UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

REVUE DE DROIT INTERNATIONAL D'ASSAS

—

ASSAS INTERNATIONAL LAW REVIEW

NUMÉRO 2, 2019 / ISSUE 2

DOSSIER THÉMATIQUE

Le Traitement des données personnelles et le droit international, questions ponctuelles et actuelles

Le renforcement des droits des personnes sur leurs données à caractère personnel, aspects de droit interne
› Mathilde GEROT

Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle : quelles implications pour le droit international privé
› Martina MANTOVANI

Les mécanismes de coopération des autorités de contrôle au sein de l'Union européenne et le Comité européen de la protection des données
› Emilie BRUNET

Is our personal genetic data really protected? A panorama United-States/Europe/France
› Jennifer MERCHANT

L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les Etats-Unis
› Céline CASTETS-RENARD

L'effacement des données en ligne : une parenté entre le droit au déréférencement et les mécanismes de défense contre les cyberviolences
› Carlotta GRADIN

Les impensées de la politique juridique de lutte contre les fausses nouvelles : de la règlementation des publications en ligne à celle de l'édition
› Basile DARMOIS

Surveillance of a combatant and his/her right to privacy under the European Convention for Human Rights
› Philippe BOU NADER

Données judiciaires et intelligence artificielle : le temps des ruptures
› Bruno DEFFAINS

Publicité de la justice : une leçon venue d'outre-Manche
› Thomas PERROUD

LIBRES PROPOS

Blockchains et droit international privé : état sommaire des questions
› Thibault DOUVILLE

La mise en œuvre du Protocole n°16 CEDH - Le dialogue des juges tient-il ses promesses ?
› Kévin BIHANNIC

The *Mennesson* case: the end of 19 years of legal battles and the remaining questions on foreign surrogacy
› Konstantinos A. ROKAS

Le maniement de l'interprétation autonome par la CJUE : l'exemple de l'arrêt *Feniks*
› Sophie DUPARC

***Molla Sali* : l'apport de la CEDH à la problématique des relations entre religion, droit interne et droit international privé**
› Konstantinos A. ROKAS

LA RECHERCHE À L'ÉCOLE DOCTORALE

THÈSES

› Claudia CAVICCHIOLI
› Karim EL CHAZLI
› Samuel FULLI-LEMAIRE
› Amina LEBDIOUI
› Rebecca LEGENDRE
› Michel TABBAL

FRENCH INTERNATIONAL CASE-LAW

Annual review of selected French case-law on public and private international law, including international business and arbitration law, from April 2017 to December 2018

UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

LexisNexis

ED9

ÉCOLE DOCTORALE DE DROIT INTERNATIONAL, DROIT EUROPÉEN, RELATIONS INTERNATIONALES ET DROIT COMPARÉ

LABORATOIRES ET ÉQUIPES D'ACCUEIL

EA 164	Centre de droit européen (CDE)
EA 2294	Centre de recherche de l'Institut des Hautes Etudes Internationales (IHEI)
EA 3046	Institut de droit comparé de Paris (IDC)
EA 3049	Centre Thucydide - Analyse et recherche en relations internationales
EA 3385	Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire (CRDH)
EA 4401	Centre de recherche de droit international privé et du commerce international (CRDI)

UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

12 place du Panthéon 75005 Paris
www.u-paris2.fr

Revue de Droit International d'Assas
Assas International Law Review
Revue éditée par l'Ecole doctorale de droit international, droit européen, relations internationales et droit comparé (ED 9) de l'Université Panthéon-Assas,
12, place du Panthéon – 75005 Paris

Directeur de la publication : **Guillaume Leyte**
Directrice scientifique : **Sabine Corneloup**
Directeur scientifique adjoint : **François Mailhé**

COMITÉ SCIENTIFIQUE
Advisory Board

Niki Aloupi,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Louis d'Avout,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Gérard Cahin,
Professeur émérite à l'Université Panthéon-Assas

Cécile Chainais,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Olivier de Frouville,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Bénédicte Fauvarque-Cosson,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Julian Fernandez,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Marie Goré,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Malik Laazouzi,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Yves Nouvel,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Fabrice Picod,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Carlo Santulli,
Professeur à l'Université Panthéon-Assas

COMITÉ DE RÉDACTION
Board of Editors

Rédacteurs en chef :
Eloïse Glucksmann et Luana Piciarca

Rédacteurs en chef adjoints :
Caroline Chaux, Basile Darmois, Mira Hamad

Equipe éditoriale :
Timothée Andro, Matthieu Bessouet, Wendy Carazo, Basak Etkin, Alexandre Hermet et Juiette Mignot

Deuxième numéro

Revue en ligne : www.u-paris2.fr
et
bientôt disponible sur LexisNexis

Publication : décembre 2019

Edito

On dit que tout ce qui arrive une fois peut ne plus jamais arriver ; mais tout ce qui arrive deux fois est destiné à perdurer. La chose est désormais accomplie. Ce deuxième numéro de la RDIA s'inscrit dans la continuité d'un projet initié il y a deux années et nous sommes très heureux de présenter de nouveau le résultat de la réflexion menée par des chercheurs de différents horizons, complétée par l'expertise ponctuelle de praticiens hautement qualifiés dans leurs domaines.

Notre credo, annoncé dans le numéro de lancement de cette Revue, soulignait l'importance de l'identité et de l'affirmation de soi. Inspirés par cette idée, il semblait tout naturellement bienvenu de consacrer un Dossier transversal au sujet des interactions entre le traitement des données personnelles et le droit international. L'ampleur du sujet imposait évidemment de s'arrêter à ses éléments les plus actuels. Le dossier compte ainsi une dizaine de contributions couvrant, d'abord, les dernières évolutions du droit interne français complété par le RGPD, ses aspects internationaux en termes de champs d'application et de coopération internationale, ainsi que les difficultés suscitées par certaines thématiques au regard de leur traitement à l'étranger, notamment aux Etats-Unis, et qui risqueraient à terme d'influer sur nos pratiques nationales (les données génétiques ou encore l'utilisation de l'intelligence artificielle). Il semblait, ensuite, utile de pousser la réflexion au-delà du RGPD en s'intéressant aux interactions de la protection des données personnelles avec d'autres principes essentiels de fond comme de procédure : la liberté d'expression, la sauvegarde de l'Etat, la recherche des preuves d'infractions, y inclut celles commises à l'étranger. Il en va également de même à l'égard de la sincérité du scrutin et la rationalité du raisonnement judiciaire, principes qui auraient pu sembler étrangers au sujet, mais qui ne le sont pourtant pas dans leurs aspects les plus actuels, tels que la saisie par le droit français des *fake news* ou la publication des noms des juges sur les décisions de justice.

Fidèles à l'idée de privilégier des réflexions transversales en droit international et droit comparé, les Libres propos réunissent des études s'intéressant aux dynamiques propres aux ordres juridiques autonomes tels que celui de l'Union européenne, ou encore aux rapports entre ces ordres juridiques autonomes et l'ordre juridique interne, que ce soit du point de vue du dialogue s'établissant entre les juges nationaux et les juges européens, favorisé par la récente entrée en vigueur du Protocole 16 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, ou qu'il s'agisse des suites des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

dans l'ordre juridique français à l'occasion de l'affaire Mennesson. L'innovation technologique soulève, par ailleurs, des débats juridiques renouvelés à travers la figure spécifique de la *blockchain*, dont la localisation suscite quelques intéressantes interrogations de droit international privé.

Toujours dans la continuité de ce qui avait été annoncé dans le premier numéro, c'est avec beaucoup d'enthousiasme que sont présentés les travaux les plus aboutis de jeunes chercheurs issus de cette Maison, mais de manière non exclusive. Les résumés de thèse publiés ici, ainsi que les actes ou comptes-rendus de conférences, de même que la chronique de jurisprudence française écrite en anglais, témoignent de la diversité des sujets, qui anime l'Ecole doctorale de droit international, de droit européen, relations internationales et droit comparé de l'université Paris II Panthéon–Assas (ED 9), tout comme, plus largement, la jeune recherche internationaliste française.

Entre continuité et renouvellement, le comité scientifique s'agrandit en conséquence de la mesure des champs étudiés et nous souhaitons remercier chaleureusement les membres nouveaux, les Professeurs Niki Aloupi, Cécile Chainais, Julian Fernandez, Olivier de Frouville, Malik Laazouzi et le nouveau directeur de l'ED 9, le Professeur Fabrice Picod, qui ont accepté d'y figurer aux côtés des Professeurs Louis d'Avout, Gérard Cahin, Bénédicte Fauvarque-Cosson, Marie Goré, Yves Nouvel et Carlo Santulli.

Parfois il arrive que la continuité soit, justement, réconfortée par le renouvellement. Ainsi la Revue perdure et l'équipe se renouvelle en les personnes de Matthieu Bessouet, Caroline Chaux, Wendy Carazo, Basak Etkin et Mira Hamad, à qui nous souhaitons nos meilleurs vœux de réussite dans cette très belle aventure qui sera la leur.

Enfin, cet édito serait incomplet sans un mot pour cette téméraire entreprise qui fut, jusqu'à présent, la nôtre. Nous l'avons vécue passionnante, académiquement et humainement enrichissante sous les regards toujours bienveillants des Professeurs Sabine Corneloup et François Mailhé et nous leurs sommes profondément reconnaissants pour l'attention et le temps qu'ils nous ont généreusement consacrés.

Bonne lecture à tous !

Éloïse Glucksman & Luana Piciarca

Au nom de toute l'équipe éditoriale

Sommaire
Summary

Edito p. 3
Eloïse Glucksmann & Luana Piciarca

LE DOSSIER THEMATIQUE…… p. 10
Le Traitement des données personnelles et le droit international, questions ponctuelles et actuelles

SPECIAL FEATURE
Personal data processing and international law, punctual and actual issues

Introduction, *Basile Darmois et Eloïse Glucksmann, avec la participation de Timothée Andro, Caroline Chaux et Mira Hamad* p. 11

Le renforcement des droits des personnes sur leurs données à caractère personnel – Aspects de droit interne p. 22
Mathilde Gérot

Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle : quelles implications pour le droit international privé ? p. 63
Martina Mantovani

Les mécanismes de coopération des autorités de contrôle au sein de l'Union européenne et le Comité européen de la protection des données p. 117
Emilie Brunet

Is Our Personal Genetic Data Really Protected ? A Panorama United States/Europe/France p. 129
Jennifer Merchant

L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les Etats-Unis p. 158
Céline Castets-Renard

L'effacement des données en ligne : une parenté entre le droit au déréférencement et les mécanismes de défense contre les cyberviolences
Carlotta Gradin p. 175

Les impensées de la politique juridique de lutte contre les fausses nouvelles : de la règlementation des publications en ligne à celle de l'édition p. 192
Basile Darmois

Surveillance of a combatant and his/her right to privacy under the European Convention for Human Rights p. 251
Philippe Bou Nader

Données judiciaires et intelligence artificielle : le temps des ruptures p. 286
Bruno Deffains

Publicité de la justice : une leçon venue d'outre-Manche p. 294
Thomas Perroud

LA RECHERCHE A L'ECOLE DOCTORALE p. 299
ACADEMIC RESEARCH

Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations p. 301
Samuel Fulli-Lemaire

Attribution de contrats pétroliers : Les pays africains à l'épreuve de la transparence p. 313
Amina Lebdioui

L'impartialité de l'arbitre p. 325
Karim El Chazli

Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies p. 341
Michel Tabbal

Droits fondamentaux et droit international privé - Réflexion en matière personnelle et familiale p. 348
Rebecca Legendre

Le *forum shopping* dans le contentieux international p. 364
Claudia Cavicchioli

LIBRES PROPOS p.384
ARTICLES

Blockchains et droit international privé : état sommaire des questions p. 385
Thibault Douville

La mise en œuvre du Protocole n°16 CEDH - Le dialogue des juges tient-il ses promesses ? p. 394
Kévin Bihannic

The Mennesson case: the end of 19 years of legal battles and the remaining questions for individuals seeking surrogacy in a foreign country p. 420
Konstantinos A. Rokas

Le maniement de l'interprétation autonome par la CJUE : l'exemple de l'arrêt *Feniks* p. 433
Sophie Duparc

Molla Sali : l'apport positif de la Cour européenne des droits de l'Homme à la problématique des relations entre la religion et le droit en droit interne et en droit international privé p. 448
Konstantinos A. Rokas

FRENCH CASE-LAW on public and private international law
Annual review of selected French case-law on public and private international law, including international business and arbitration law, from 1st April 2017 to 31 December 2018

Chronique de jurisprudence française de droit international public et privé
Chronique annuelle de jurisprudence française de droit international public et privé, droit commercial international et arbitrage international
1er Avril 2017 – 31 Décembre 2018
Timothée Andro, Esther Bendelac, Philippine Blajan, Basile Darmois, Lucas De Oliveira, Sophie Duparc, Joacquim Gaye, Eloïse Glucksmann, Victor Grandaubert, Alexandre Hermet, Paul-Edouard Laroche, Lilian Larribère, Juliette Mignot, Noëla Picari, Luana Piciarca, Anastasia Polyanskaya, Konstantinos Rokas, Berengère Rousset.

Les auteurs
ayant contribué à ce numéro

Timothée Andro, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas

Esther Bendelac, Docteur en droit de l'Université Panthéon-Assas et Avocate au barreau de Paris

Matthieu Bessouet, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Kévin Bihannic, Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'Université Versailles Saint-Quentin, Paris Saclay

Philippine Blajan, Doctorante et ATER à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Philippe Bou Nader, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas

Emilie Brunet, Juriste au Service des affaires européennes et internationales de la CNIL

Claudia Cavicchioli, Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne et Avocat au Barreau de Paris

Basile Darmois, ATER à l'Université Paris-Est Créteil

Bruno Deffains, Professeur à l'Université Panthéon-Assas, directeur du CRED et membre de l'institut universitaire de France

Lucas De Oliveira, étudiant du Master 2 droit international privé et commerce international, Université Panthéon-Assas

Thibault Douville, Professeur à l'Université de Caen Normandie

Sophie Duparc, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Karim El Chazli, Docteur en droit de l'Université Paris 1 et Conseiller juridique, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

Samuel Fulli-Lemaire, Professeur à l'Université de Strasbourg

Joaquim Gaye, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Mathilde Gérot, Avocate au Barreau de Paris

Eloïse Glucksmann, Doctorante et ATER à l'Université Panthéon-Assas

Carlotta Gradin, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas

Victor Grandaubert, Doctorant et ATER à l'Université Paris Nanterre

Alexandre Hermet, Doctorant à l'Université Panthéon-Assas, ATER à l'Université Paris Nanterre

Lilian Larribère, Doctorant et ATER à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Paul-Edouard Laroche, Doctorant contractuel à l'Université Panthéon-Assas

Amina Lebdioui, Docteure en droit de l'Université Paris II Panthéon-Assas, juriste en droit de l'énergie et membre associée du CRDH (Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire)

Rebecca Legendre, Maître de conférences à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Martina Mantovani, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas et Research Fellow à l'Institut Max Planck du Luxembourg

Thomas Perroud, Professeur à l'Université Panthéon-Assas

Noëla Picari, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas

Luana Piciarca, Doctorante à l'Université Panthéon-Assas

Anastasia Polyanskaya, étudiante du Master 2 droit international privé et commerce international, Université Panthéon-Assas

Konstantinos Rokas, Maître de conférences à l'Université de Nicosie (Chypre), Avocat au Barreau d'Athènes, Docteur en droit de l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

Berengère Rousset, Doctorante contractuelle à l'Université Panthéon-Assas

Michel Tabbal, Docteur en droit, Université Paris 2 Panthéon Assas

LE DOSSIER THEMATIQUE
Le Traitement des données personnelles et le droit international, questions ponctuelles et actuelles

SPECIAL FEATURE
Personal data processing and international law, punctual and actual issues

Introduction, *Basile Darmois et Eloïse Glucksmann, avec la participation de Timothée Andro, Caroline Chaux et Mira Hamad*

Le renforcement des droits des personnes sur leurs données à caractère personnel – Aspects de droit interne
Mathilde Gérot

Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle : quelles implications pour le droit international privé ?
Martina Mantovani

Les mécanismes de coopération des autorités de contrôle au sein de l'Union européenne et le Comité européen de la protection des données
Emilie Brunet

Is Our Personal Genetic Data Really Protected? A Panorama United States/Europe/France
Jennifer Merchant

L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les Etats-Unis
Céline Castets-Renard

L'effacement des données en ligne : une parenté entre le droit au déréférencement et les mécanismes de défense contre les cyberviolences
Carlotta Gradin

Les impensées de la politique juridique de lutte contre les fausses nouvelles : de la règlementation des publications en ligne à celle de l'édition
Basile Darmois

Surveillance of a combatant and his/her right to privacy under the European Convention for Human Rights
Philippe Bou Nader

Données judiciaires et intelligence artificielle : le temps des ruptures
Bruno Deffains

Publicité de la justice : une leçon venue d'outre-Manche
Thomas Perroud

Introduction

« Ne vous laissez pas tromper par les apparences ; dans le tréfonds, tout est loi » (Rainer Maria Rilke, *Lettres à un jeune poète*)

Cet extrait de la prose du poète allemand Rilke, cité par Alain Supiot dans son essai *Homo juridicus*[1], invite à considérer, entre autres propositions à réfléchir, que la plupart des problématiques jugées comme étant spécifiquement contemporaines pourraient en réalité faire d'ores et déjà l'objet d'un encadrement par des régimes juridiques dont les sources s'avèrent plus anciennes.

Sans conteste, l'affirmation vaut pour la protection des données à caractère personnel. Car bien avant que l'ordre juridique français, jugé précurseur en la matière, n'adopte la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, bien avant que l'Union européenne n'adopte, ensuite, la directive 95/46/CE du 23 novembre 1995 et, dans son sillage, le Règlement général sur la protection des données du 27 avril 2016, la mise de la personne physique sous forme de données, depuis au moins le temps où la vie privée fait l'objet d'une protection en droit matériel, a été appréhendée par le droit.

Au regard de la complexité des sources étudiées, de l'imbrication des solutions, et de la continuelle extension de la matière, la réunion de contributions en Dossier imposait de se limiter aux questions les plus sensibles du point de vue de l'actualité. C'est pourquoi, afin de recontextualiser les contributions ici réunies d'auteurs envers qui nous tenons à témoigner la plus grande reconnaissance pour le travail qu'ils ont accompli, ce propos introductif aura pour objet de rappeler, dans les grandes lignes, quelle a été l'évolution du droit de la protection des données à caractère personnel.

Globalement, le mouvement a été celui d'un passage d'une protection assurée par le respect du droit à la vie privée à la création de la catégorie juridique de donnée à caractère personnel ainsi qu'à l'élaboration et l'adoption d'un régime spécifique et protecteur. En droit interne, le respect du droit à la

[1] A. Supiot, *Homo juridicus, Essai sur la fonction anthropologique du Droit,* éd. du Seuil, 2005, p. 85.

vie privée repose, pour la matière civile, sur l'article 9 du Code civil dont l'actuelle rédaction répond des dispositions de la loi du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens et, pour la matière pénale, sur les délits des articles 226-1 et suivants du Code pénal qui, réprimant une série de comportements variés, forment la section du code intitulé « de l'atteinte à la vie privée ». C'est à l'occasion de l'adoption de la loi du 22 juillet 1992 portant réforme des dispositions du code pénal relatives à la répression des crimes et délits contre les personnes que le législateur, en enrichissant le chapitre du Code pénal « des atteintes à la personnalité » d'une cinquième section intitulée « des atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques », a doté le droit français des prémices d'un droit spécifiquement dédié à la protection des données personnelles. Dans le domaine des sources internationales, le mouvement a été identique. On peut ainsi considérer que les données personnelles ont un temps été protégées sur le fondement de textes généraux tels que l'article 8 sur le droit au respect de sa vie privée et familiale de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentaux du 4 novembre 1950, l'article 12 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ou encore l'article 17 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, avant que le mouvement de spécialisation ne débute à l'occasion de l'adoption, le 7 décembre 2000, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne qui, en plus de contenir un article 7 relatif au *respect* de la vie privée et familiale, dispose d'un article 8 portant spécifiquement sur la *protection* des données à caractère personnel. Cette protection spécifique trouve désormais un fondement dans le droit primaire de l'Union européenne. L'article 16§1 du TFUE (ex-article 286 TCE), dans sa rédaction issue du Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, précise en effet que « 1. Toute personne a droit à la protection des données à caractère personnel la concernant ». La généralité de la formule ne doit néanmoins pas tromper. Elle n'est guère absolue, et c'est en étudiant la mise en œuvre des dispositions assurant cette protection spécifique des données à caractère personnel que l'on se perd dans les méandres d'un droit dont l'empire ne cesse de croitre.

Aussi, bien que la donnée à caractère personnel puisse donc être considérée, implicitement du moins, comme une catégorie relativement ancienne, la notion continue de susciter des débats entre tenants d'une approche « personnaliste », voulant que la donnée personnelle soit considérée comme une extension de la personne, et tenants d'une approche « propriétariste », voulant que la donnée soit considérée comme un bien sur laquelle la personne physique identifiée possède des droits patrimoniaux

originaires[2]. Cette nature mixte, qui oscille entre la qualification personnelle et la qualification réelle, se retrouve particulièrement en droit pénal. Parmi les infractions que l'on peut ranger dans la classe des infractions contribuant à la protection des données à caractère personnel des personnes physiques, des infractions commises spécifiquement *via* un traitement informatique, à savoir des infractions dont la caractérisation dépend de la nature du moyen de traitement employé, y côtoient des infractions dont l'élément matériel, sans qu'un moyen précis de traitement de ne soit spécifié, repose sur la divulgation ou l'exploitation d'une information. Il en est ainsi des infractions sanctionnant l'atteinte au secret professionnel et l'atteinte au secret des correspondances par exemple. Aussi, en droit pénal, la donnée à caractère personnel est tantôt appréhendée comme une information détachée de son support matériel, tantôt comme un bien, ou du moins comme une chose. Ceci explique que, quel que soit le mode de détention ou de transmission du support de la donnée litigieuse, qu'il s'agisse d'un courrier papier, d'un email ou de tout type de document, la protection des données à caractère personnel peut être amenée à dépendre de poursuites déclenchées sur le fondement d'infractions constitutives d'atteintes aux biens, comme par exemple le recel[3]. À l'occasion de l'adoption des instruments de protection des données à caractère personnel les plus récents, le législateur européen semble s'être positionné en ayant choisi de privilégier, non sans de ponctuelles atténuations s'agissant de certaines hypothèses spécifiques d'exploitation commerciale, une approche personnaliste que l'on retrouve, en particulier, à travers la définition de la donnée personnelle retenue dans le RGPD.

Appréhendée indépendamment de la nature de son support, la donnée à caractère personnel renvoie désormais à « toute information se rapportant à une personne physique identifiée ou identifiable » (RGPD, art. 4, 1). Mais que penser alors de l'affirmation figurant à l'article 1er de la loi informatique et libertés et selon laquelle « l'informatique doit être au service de chaque citoyen » ? Alors que droit de l'Union Européenne ne limite pas la catégorie de données personnelles aux seules données numériques, ce ayant pour

[2] V. pour un exposé des thèses en présence : N. Martial-Braz, J. Rochfeld, É. Gattone, « Quel avenir pour la protection des données à caractère personnel en Europe ? », *D.* 2013, p. 2788, spéc. §§. 5 et s.

[3] A. Touzain, « Regards d'un civiliste sur la notion de bien en matière pénale », in Des limites à la volonté de puissance ?, Dalloz, ICP, Essais de philosophie pénale et de criminologie, vol. 12, 2017, p. 221. Ainsi, par exemple, il a été débattu du fait de savoir si le dépassement de la durée légale de conservation des données de connexion, à savoir ces données, qui telles que l'adresse IP, permettent d'identifier un utilisateur d'Internet par exemple, constituait également, alors que certaines infractions de droit pénal spécial et que le RGPD sanctionnent ce dépassement, un cas de recel.

conséquence que la protection des données à caractère personnel s'étend à tout système d'information, et l'on pense ici à des systèmes traditionnels qui n'auraient pour supports, par exemple, que des dossiers et fiches cartonnés, cette spécification des traitements informatiques doit être perçue comme la marque d'une prise de conscience du risque que la généralisation de l'emploi des technologies de l'information et de la communication présente pour la protection des droits des personnes physiques à une vie privée. Car l'article 1er de la loi informatique et libertés poursuit en rappelant que la consécration de certains droits subjectifs défensifs contre les traitements informatiques de données à caractère personnel vise à préserver l'« identité humaine, [les] droits de l'homme, (…) la vie privée, [les] libertés individuelles [et] publiques » (LIL, art. 1er). Mais cette importance du risque informatique n'a pas conduit l'Union européenne, fort heureusement on peut le considérer, à ne se limiter qu'aux seules données numériques et a préféré une approche fonctionnaliste visant à protéger, par la généralité de la définition retenue de la donnée à caractère personnel, tout type de données permettant l'identification des personnes physiques sans considération de leur support.

Il n'empêche que le mouvement de généralisation de l'emploi des technologies de l'information et de la communication a bel et bien eu lieu, et ne semble pas, eu égard aux perspectives de traitement des données personnelles qu'il offre, sur le point de s'achever. Sur le terrain des équipements et des prestations tout d'abord, la démocratisation de l'accès à Internet, la croissance de certaines de ses applications au point que quelques fournisseurs de services en plateformes absorbent aujourd'hui la quasi-totalité du trafic sur le Réseau, et le développement des procédés de traitement informatique des masses de données, ont conduit à démultiplier les points de collecte, ainsi qu'à amplifier la puissance de calcul algorithmique jusqu'à pouvoir dire que les procédés d'extraction de données personnelles à partir de données brutes ont aujourd'hui remplacé les procédés d'analyse des personnalités à partir des seules données personnelles collectées. Sur le plan économique et commerciale ensuite, les données à caractère personnel, jugées comme un « Eldorado »[4], ou comme un « nouvel or noir »[5], représentent les nouveaux actifs d'une économie dont le comportementalisme radical a conduit à faire du profil des individus une marchandise comme une autre. Sur le plan de l'échelle territoriale enfin, les processus de collecte et de traitement des données à caractère personnel se sont à un tel point internationalisés que les réponses juridiques ne peuvent aujourd'hui être pensées qu'à une échelle

[4] C. Chambon, « Interview », *Dalloz IP/IT* 2019, p. 132.
[5] G. Haas, « La cybercriminalité à la fois côté obscur et face cachée du *Big Data* », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 21.

globale, ou tout du moins à une échelle plus ample dans ses perspectives géographiques. Les récentes réformes du droit de la protection des données personnelles visent assurément à fournir une réponse à ces divers phénomènes.

Quant à ce que ces diverses réformes ont modifié du régime de protection des données à caractère personnel, on peut considérer que se dégagent aujourd'hui quelques tendances s'appuyant pour la plupart sur la notion de finalité du traitement, cadre jugé désormais déterminant pour apprécier la licéité et la loyauté du traitement opéré. Signe que le législateur européen penche pour une approche personnaliste de la matière, cette mise en avant de la finalité du traitement va de pair avec celle du consentement de la personne concernée par le traitement. En effet, le consentement au traitement a vu sa force être réaffirmée en ce que la personne physique peut, par exemple, revenir à tout moment sur le consentement qu'elle a donné. Mais afin de fortifier ce consentement, le législateur européen a prévu une série d'obligations d'information renforcées concernant les finalités recherchées par le responsable de traitement. C'est en particulier le cas d'obligations d'information concernant certains modes d'exploitations commerciales des données qui, pouvant s'analyser comme de véritables « fuites » de données, justifient que la personne concernée puisse au plus vite s'y opposer[6]. Tout cela a conduit à ce que, aujourd'hui, l'application des dispositions RGPD dépend de la mise en œuvre d'un droit de la *compliance*[7], c'est-à-dire d'un droit imposant aux personnes morales privées d'adapter les modalités de leur organisation et de leur activité aux objectifs de protection des données à caractère personnel. Sous peine de sanctions administratives pécuniaires hautement dissuasives (jusqu'à 20 millions d'euros d'amende en cas de divulgation de données dites « sensibles »), les responsables de traitement se voient plus énergiquement invités à se conformer au respect de la vie privée, ainsi qu'à des principes de prudence et de mesure qui, sauf peut-être à trouver un fondement au sein de corpus normatifs déontologiques particuliers, n'étaient rattachés jusqu'alors qu'à de simples notions de civisme sans portée normative. En somme, le droit de la protection des données personnelles entremêle des règles, certes convergentes, mais de nature et source diverses, dont la coordination n'est ni évidente[8], ni cohérente. Repenser l'articulation de normes qui, prises dans leur

[6] Sur les obligations d'information des responsables de traitement, à destination des autorités de contrôle et de la personne concernée par le traitement, v. les articles 33 et 34 du RGPD.

[7] M.-A Frison-Roche, *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet*, avril 2019, Rapp. commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique.

[8] Il faut relever que Dalloz a publié cette année sa deuxième édition d'un Code de la protection des données personnelles qui, annoté et commenté, facilite grandement,

ensemble[9], s'avèrent extrêmement disparates, semble aujourd'hui plus que nécessaire[10].

Pour autant, on ne peut dire, dans un contexte d'intensification, de radicalisation et d'internationalisation des traitements de données à caractère personnel, que le droit ait changé de paradigme. Tout est affaire, comme dans de nombreuses matières, d'une mise en balance des intérêts en présence. D'un côté, il apparaît nécessaire de protéger la personne physique contre certains traitements qui, « dévoilant » certains éléments de sa personnalité, pourraient porter atteinte à sa vie privée ou, pourrait-on écrire, à son droit à s'autodéterminer en tant que personne concernant les informations qui la concernent. Dans cette droite ligne, la protection de la donnée personnelle peut en soi servir de soupape de sécurité contre la réutilisation illicite et déloyale de la donnée aux fins de commettre des infractions portant atteinte à la vie privée ou professionnelle d'une personne[11]. D'un autre côté, il s'agirait de tolérer que le responsable de traitement, en certaines hypothèses, ait un intérêt légitime à exploiter le support matériel qu'est la donnée à caractère personnel. Mais il s'agirait, également, de ne pas négliger une troisième perspective suivant laquelle il peut arriver que, dans des cas bien spécifiques, la protection de cette personne doive céder devant certains impératifs imposant que certaines des données qui en permettent l'identification demeurent libres et publiques d'accès. C'est pourquoi il est nécessaire de penser une conciliation, à géométrie variable, entre les objectifs du droit de la

bien que l'intelligibilité de certaines règles reste encore à parfaire, la navigation du justiciable parmi les différents ensembles de textes applicables. Chez le même éditeur, on mentionnera le très utile et très discret *Protection des données personnelles* rédigé par Christiane Féral-Schuhl dans la minuscule collection *A Savoir* (2019), ouvrage qui présente utilement la problématique de la coordination entre sanctions civiles fondées sur le RGPD et sanctions pénales éparses (v. p. 220 et s.).

[9] Par exemple, le droit de ne pas s'auto-incriminer limite-t-il l'étendue des obligations d'information présentes dans le RGPD ? Autre exemple, comment envisager l'application des règles de droit commun gouvernant la co-responsablité et la complicité à la relation qu'entretient le responsable de traitement avec son sous-traitant ?

[10] Quel est l'impact, par exemple, de la violation d'une obligation d'information contenue dans le RGPD sur la détermination du point de départ de la prescription de six ans en matière de délits occultes ou dissimulés ?

[11] À cet égard, le considérant 85 du RGPD précise que « si l'on n'intervient pas à temps et de manière appropriée, [une violation peut] causer aux personnes physiques concernées des dommages physiques, matériels ou un préjudice moral tels qu'une perte de contrôle sur leurs données à caractère personnel ou la limitation de leurs droits, une discrimination, un vol ou une usurpation d'identité, une perte financière, un renversement non autorisé de la procédure de pseudonymisation, une atteinte à la réputation, une perte de confidentialité de données à caractère personnel protégées par le secret professionnel ou tout autre dommage économique ou social important ».

protection des données à caractère personnel et des intérêts qui, lui étant extérieures, sont considérés comme étant tout autant, si ce n'est plus, fondamentaux.

En premier lieu, c'est à l'état du droit positif de la protection des données à caractère personnel que ce dossier consacre une partie de ses contributions (**I**). En second lieu, c'est aux autres intérêts avec lesquels ce droit doit être concilié qu'est consacré ce dossier (**II**).

En premier lieu donc, cette étude vise à présenter, dans son état actuel, le droit matériel de la protection des données personnelles. Si l'ordre juridique français a pu être considéré comme précurseur en la matière, un bref examen de l'architecture de ses normes atteste d'un certain parti pris. Ainsi, par exemple, le droit pénal français, au gré des réformes de la loi informatique et libertés du 6 janvier 1978, s'est petit à petit enrichi d'une série d'infractions relatives à certains traitements et dont certaines sont sanctionnées de peines allant jusqu'à 5 années d'emprisonnement et jusqu'à 300 000 euros d'amende. Parallèlement, l'autorité administrative qu'est la CNIL a vu ses pouvoirs d'investigation et de sanction, au fil des années, continuellement se renforcer. Si en ce sens le droit français allait plus loin que d'autres ordres juridiques, et en particulier plus loin que l'Union européenne, ce même après l'adoption de la directive du 23 novembre 1995, son approche du droit de la protection des données à caractère personnel s'appuyait essentiellement sur la mise en œuvre d'une variété de sanctions, qu'elles soient civiles, pénales, administratives ou même disciplinaires, mais dont le trait commun était d'intervenir *a posteriori*. Dans un contexte d'intensification, de radicalisation et d'internationalisation des traitements de données, toutes ces solutions, bien que n'étant pas pour autant obsolètes, s'avèrent insuffisantes, sans possibilité d'intervention *a priori*, à sanctionner tous les traitements prohibés.

C'est pourquoi, d'une part, il a été procédé, avec l'adoption du RGPD notamment, à une profonde réforme du droit de la protection des données à caractère personnel (**A**). D'autre part, à propos de catégories spécifiques de traitement, certaines problématiques demeurent en suspens (**B**).

A) C'est à une présentation, en son état actuel, du droit matériel de la protection des données à caractère personnel que *Mathilde Gérot* consacre son étude. En dressant, en droit interne, un présent et un avenir pour cette branche du droit, celle-ci présente les principales innovations contenues dans le RGPD : encadrement des dispositifs de recueil du consentement, renouvellement des acteurs concernés par la *compliance*, nouvelles modalités d'actions et de coopération visant à renforcer la garantie des droits, etc. Il en

résulte un droit beaucoup plus contraignant et, en conséquence, un droit dont la normativité semble raffermie. Le renforcement du droit de la protection des données à caractère personnel, par le RGPD ainsi que par les législations des États-membres, n'a toutefois pas permis de résoudre toutes les difficultés, en particulier celles liées à la mise en œuvre internationale de ses dispositions. *Martina Montovani* expose, dans son étude, les difficultés que la mise en œuvre intra-européenne et extra-européenne du RGPD soulève. Pour dénouer ce qui se présente comme une imbrication de normes dont les champs d'application géographique se heurtent, l'autrice propose d'utiles lignes directrices. À supposer que ces difficultés liées à la coordination des compétences puissent être levées, *Émilie Brunet* rappelle que la protection des données à caractère personnel ne peut aujourd'hui être pensée, dans l'ordre international, sans mise en œuvre de mécanismes de coopération entre autorités de régulation nationales et institutions européennes dédiées, et que cette coordination trouve aujourd'hui son expression dans le fonctionnement du Comité européen de la protection des données.

B) L'œuvre de réforme du droit de la protection des données à caractère personnel, s'il fallait considérer certaines velléités récentes de traitement, semble encore loin d'être achevée. Adoptant une perspective comparatiste faisant intervenir les points de vues états-uniens, français et européen, *Jennifer Merchant* traite, dans son étude, des enjeux que soulève la protection des données génétiques, données qui, de nature hautement « sensible » pour reprendre la terminologie du RGPD, doivent, à ce titre, faire l'objet d'une protection spécifique. Dans une perspective comparatiste proche, *Céline Castets-Renard* étudie quant à elle ce que la généralisation du recours aux intelligences artificielles soulève comme difficultés dans les relations entre les États-Unis et l'Union européenne. Ces deux études mettent en lumière ce que les avancées technologiques supposent d'enjeux juridiques, mais également éthiques, en matière de protection des données à caractère personnel.

En deuxième lieu, c'est à l'examen des intérêts extérieurs au droit de la protection des données à caractère personnel, et avec lesquels cette branche du droit doit être articulé, que ce dossier est consacré. Tous fondés sur la solution voulant que certaines données, même à caractère personnel, doivent demeurer publiques d'accès et, partant, doivent être soustraites aux divers droits défensifs que la personne physique pourraient vouloir mettre en œuvre, ces intérêts, extrêmement variés, se rejoignent en un point.

En effet, il apparaît, d'une part, que tous ces intérêts ont une nature publique au sens où leur préservation participent de la définition et de la sauvegarde de l'ordre politique d'un État et commande que la protection des données à caractère personnel, dans des cas spécifiquement déterminés, leur cède (**A**). Ces intérêts politiques, d'autre part, peuvent être généraux comme d'une nature plus spécifique. C'est ainsi que le bon fonctionnement de la justice, « justice » étant entendue ici comme désignant l'ensemble des organes participant à la mise en mouvement du processus judiciaire, commande, bien en amont du déclenchement de ce processus lui-même que de nouvelles obligations de *compliance* soient placées à la charge de certaines personnes privées et publiques qui, dans un cadre très spécifique, sont amenées à collecter des données à caractère personnel, données qui pourraient servir dans le cadre d'actions futures. Plus précisément, le dossier, en ce que cette thématique fournit un bon exemple dans lequel l'arbitrage entre les intérêts publics dont l'État est garant et les intérêts privés des personnes physiques sujettes au traitement s'avère extrêmement délicat, traite de l'articulation du principe de publicité de la justice avec l'objectif de protection des données à caractère personnel des personnels judiciaires (**B**).

A) Il est une première hypothèse, celle dans laquelle l'intérêt public entre en conflit avec l'objectif de protection des données à caractère personnel. En effet, il apparaît que, dans les ordres démocratiques du moins, la protection des données à caractère personnel doit être articulée avec la liberté d'expression et le libre accès du public à l'information. Dès lors que les données à caractère personnel s'entendent de plus en plus souvent d'informations divulguées en ligne sur les réseaux de communication, il apparaît que les raisons justifiant que la publication de ces données soit sanctionnée, de sorte à préserver les droits des personnes physiques pouvant être, par leur biais, identifiées ou identifiables, doivent être mises en balance avec les raisons commandant que celles-ci demeurent publiques d'accès, c'est-à-dire, comme écrit précédemment, lorsque la préservation de la liberté d'expression et du libre accès du public à l'information en dépend. *Carlotta Gradin*, en comparant la mise en œuvre du « droit à l'effacement » avec le retrait des publications illicites en ligne, identifie un certain nombre de lignes directrices permettant d'effectuer cette mise en balance. Mais il existe sans doute un écueil à assimiler trop vite une donnée numérique, et la sanction qu'est son effacement, à ce qu'est un discours public, et l'acte de censure qu'est son retrait. *Basile Darmois*, en étudiant les dispositifs issus de la récente loi sur la lutte contre la manipulation de l'information du 22 décembre 2018, tente de démontrer que, au nom de la lutte contre les fausses nouvelles dans le débat public, le législateur, en cherchant à sauvegarder la sincérité des scrutins,

pourrait avoir bouleversé l'équilibre des règles s'appliquant aux publications en ligne. Mais il est une seconde hypothèse, celle dans laquelle l'intérêt public se confond avec l'objectif de protection des données à caractère personnel, à savoir lorsque les données faisant l'objet du traitement concerne des agents de l'État. C'est ainsi que *Philippe Bou Nader* traite, dans son étude, de la question du droit des combattants à bénéficier, dans le cadre de conflits armés, d'une protection de leurs données à caractère personnel.

B) Il est ensuite une hypothèse spécifique dans laquelle l'intérêt public entre en conflit avec l'objectif de protection des données à caractère personnel, à savoir lorsque cette protection se heurte à la participation de certaines personnes agissant en qualité d'organes tenus à la recherche de la vérité et à la reddition de la justice. Ces conflits sont de plusieurs ordres selon qu'il est question de protéger la vie privée des justiciables et des administrés, ou celle des personnels de justice. Par ailleurs, l'intensité du conflit est variable selon que la question de la limitation de la protection accordée se pose hors de l'enceinte judiciaire, d'une part, ou au sein de l'enceinte judiciaire, d'autre part.

D'une part, en ce qui concerne ce délicat exercice de conciliation hors de l'enceinte judiciaire, la protection des données personnelles peine essentiellement à être conciliée avec l'impératif de manifestation de la vérité. On sait que chacun est tenu, en vertu de l'article 10 du Code civil, d'apporter son concours à la justice en vue de la manifestation de la vérité. Cette prescription ne saurait pourtant autoriser toute intrusion dans la vie privée, ni qu'un contrôle de la proportionnalité des collectes de données ne soit effectué au regard de la finalité qu'est la manifestation de la vérité. C'est ainsi, par exemple, que l'exigence de loyauté dans l'administration de la preuve peut justifier que certaines pratiques, attentatoires au respect de la vie privée et, partant, à la protection des données personnelles, soient limitées. Mais à l'inverse, la protection des données à caractère personnel doit parfois céder devant les impératifs liés à la manifestation de la vérité. On sait ainsi, par exemple, que « toute personne constituée, tout officier public ou fonctionnaire qui, dans l'exercice de ses fonctions, acquiert la connaissance d'un crime ou d'un délit », est tenue, aux termes de l'article 40 du Code de procédure pénale, de transmettre sans délai tout élément recueilli au procureur de la République. Or, cette obligation de transmettre de tels éléments de preuve au procureur de la République semble être un des rares cas dans lequel la protection des données à caractère personnel souffre d'atténuation.

Mais ce Dossier s'est essentiellement concentré sur ce qui, d'autre part, se présente comme un conflit entre la protection des données à caractère personnel des personnels de justice et l'impératif de transparence de la justice. L'équilibre entre la publicité de la justice, et notamment l'accessibilité aux décisions de justice, avec la protection de la vie privée des justiciables, parties ou tiers cités dans la décision, semblait avoir été trouvé avec l'article 33 de la loi du 23 mars 2019 de programmation de réforme pour la justice. En effet, cet article prévoit que, pour toutes ces personnes physiques, les décisions de justice seront anonymisées avant leur mise en ligne. Ce même article vient toutefois ajouter bien autre chose. Limitant en cela le principe de publicité de la justice, l'article prévoit que le nom des magistrats et membres du greffe puisse, dans le texte de la décision, être occulté. S'il s'agit de se défendre contre la prédiction logicielle des décisions de justice, objectif louable on doit le concéder, pourquoi aller aussi loin et, au nom du respect de la vie privée et de la protection des données personnelles des personnels judiciaires, risquer de remettre en cause certains principes fondamentaux gouvernant le fonctionnement de la justice. Une telle approche est assurément contestable, et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, il semble qu'elle menace l'étude de la sociologie et des pratiques judiciaires, ce que *Bruno Deffains* envisage dans son étude. Par ailleurs, il semble en aller plus directement de la publicité avec laquelle les juges doivent, en toutes circonstances, accomplir leur mission, exigence de publicité à laquelle le droit anglais, empreint d'un fort utilitarisme benthamien, est attaché au plus haut point ainsi que *Thomas Perroud* nous l'apprend dans sa présentation. Faire ainsi l'anonymat du nom des juges semble d'autant plus regrettable que la publicité de leur identité semblait compléter, en un triptyque vertueux pour la qualité des décisions, la publicité de la procédure et du texte de la décision.

Basile Darmois et Eloïse Glucksmann,
avec la participation de Timothée Andro, Caroline Chaux
et Mira Hamad

Le renforcement des droits des personnes sur leurs données à caractère personnel – Aspects de droit interne

Mathilde Gérot,
Avocat à la Cour

Cette année, le règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (le "RGPD"), a soufflé sa première bougie. Si plus de deux ans ont passé depuis l'entrée en vigueur du texte, le RGPD n'est entré en application que le 25 mai 2018[12].

La période transitoire de deux années voulue par le législateur européen avait pour objectif de laisser aux entreprises le temps de se mettre en conformité avec le RGPD, d'en appréhender les nouveaux concepts et de les répercuter de manière concrète dans leurs pratiques. Depuis le 25 mai 2018, toute personne physique ou morale, autorité publique, ou tout service ou autre organisme sujet au RGPD est donc censé s'y conformer[13].

Nombre d'entreprises et d'administrations publiques accusent néanmoins un retard important en matière de protection des données à caractère personnel. Bien que l'intérêt porté à cette problématique ait considérablement évolué ces dernières années, faisant passer la protection des données à caractère personnel du statut de sujet annexe à celui de réglementation centrale aux enjeux majeurs, les entreprises et les administrations publiques peinent, pour certaines, à intégrer une culture de la protection des données à caractère personnel au cœur de leurs activités.

Les individus, quant à eux, ont mis moins de temps à se saisir du RGPD. Les statistiques publiées par la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (la "CNIL") en mai dernier soulignent une prise de conscience et une volonté de comprendre comment les données à caractère personnel sont

[12] Article 99, paragraphe 2 du RGPD.
[13] L'article 4, paragraphe 7 du RGPD définit qui peut être « responsable du traitement ».

utilisées, en particulier par les acteurs du numérique[14]. La CNIL relève une augmentation de 30 % du nombre de plaintes entre mai 2018 et mai 2019 par rapport aux années précédentes. Le plus souvent, la CNIL aura été destinataire de ces plaintes car leurs auteurs n'auront pas reçu des responsables du traitement concernés, de réponses satisfaisantes suite à l'exercice de l'un de leurs droits (demande de droit d'accès, de droit de rectification, de droit à l'effacement, *etc.*).

Cette prise de conscience des individus résulte en grande partie de l'importante campagne de communication liée à l'entrée en application du RGPD en mai 2018, mise en œuvre par la CNIL et les instances européennes, et largement relayée par les réseaux professionnels. Le RGPD consacre en effet un net renforcement des droits des individus sur leurs données à caractère personnel, qui entraine, corrélativement, l'accroissement substantiel des obligations des entreprises qui traitent ces données. Le renforcement des droits des individus à l'égard de leurs données constitue en effet l'un des objectifs principaux du RGPD, d'ailleurs rappelé dès son considérant 11 qui dispose qu' « [u]*ne protection effective des données à caractère personnel dans l'ensemble de l'Union exige de renforcer et de préciser les droits des personnes concernées et les obligations de ceux qui effectuent et déterminent le traitement des données à caractère personnel, ainsi que de prévoir, dans les États membres, des pouvoirs équivalents de surveillance et de contrôle du respect des règles relatives à la protection des données à caractère personnel et des sanctions équivalentes pour les violations* »[15].

L'attention portée à la protection des données à caractère personnel est aussi la résultante du durcissement des sanctions susceptibles d'être imposées par les autorités européennes de contrôle[16]. La protection des données à caractère personnel est ainsi en passe de devenir l'un des piliers de la *compliance* en entreprise, au même titre que le respect de la réglementation en matière de lutte contre la corruption[17], ou en matière de lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme, le droit de la concurrence, *etc.*

---

[14] https://www.cnil.fr/fr/1-de-rgpd-une-prise-de-conscience-inedite.

[15] Considérant 11 du RGPD.

[16] L'article 83 du RGPD dote les autorités de contrôle du pouvoir d'imposer des amendes administratives allant jusqu'à 20 millions d'euros, ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4% du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu.

[17] La loi n° 2016-1691 du 9 décembre 2016 relative à la transparence, à la lutte contre la corruption et à la modernisation de la vie économique, dite loi "Sapin 2", a rendu obligatoire les programmes de conformité pour lutter contre la corruption dans les entreprises d'au

La France était déjà pionnière dans le domaine de la protection des données à caractère personnel avec l'adoption de la loi du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Les fondements du domaine préexistaient dès lors à la directive 95/46 du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (la « Directive ») et à sa transposition en droit interne par la loi du 6 août 2004[18]. Venant compléter les infractions liées aux atteintes à la personnalité telles que la violation du secret ou l'atteinte à la vie privée, la loi française prévoyait déjà une section du code pénal dédiée aux atteintes aux droits de la personne résultant des fichiers ou des traitements informatiques (art. 226-16 à 226-24 du code pénal). Un certain nombre d'obligations existaient auparavant, qui ont toutefois dues être adaptées à l'état des techniques jusqu'à mettre en cohérence l'état du droit français avec le RGPD : la loi du 7 octobre 2016 n°2016-1321 pour une République numérique[19] a pour objet d'anticiper la mise en œuvre du RGPD, complétée par la loi du 20 juin 2018 n°2018-493 relative à la protection des données, pour qu'enfin l'ordonnance du 12 décembre 2018 n°2018-1125 vienne réécrire intégralement la loi informatique et liberté avec une entrée en application au 1er juin 2019.

La France s'est par ailleurs saisie de la marge de manœuvre laissée aux Etats membres par le législateur européen dans le RGPD afin de renforcer la protection des personnes à l'égard du traitement de leurs données à caractère personnel, notamment en consacrant une action de groupe à caractère indemnitaire et en multipliant les efforts de concertation entre régulateurs, avec pour dénominateur commun la CNIL.

L'intention de cet article est de donner un aperçu, sans intention exhaustive, des apports principaux du RGPD en matière de protection des personnes concernées, tant au niveau européen qu'au niveau national français, et de mettre en exergue le mouvement de transformation qui se dessine, offrant à l'individu la faculté de jouer un rôle plus actif dans la protection de ses données à caractère personnel.

moins 500 salariés et d'un chiffre d'affaires consolidé supérieur à 100 millions d'euros. V. déjà sur la question le dossier consacré dans la RDIA n°1.

[18] Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

[19] Loi n° 2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, dite loi pour une République numérique ou loi Lemaire (la « Loi pour une République Numérique »).

I- **Premier apport du RGPD : une maitrise renforcée des personnes sur leurs données à caractère personnel**

Le RGPD permet aux individus de mieux maîtriser leurs données à caractère personnel, en accentuant d'une part, la transparence relative aux traitements mis en œuvre à l'égard de leurs données et les droits dont ils disposent à ce titre, et, d'autre part, en renforçant les conditions de recueil d'un consentement valide.

A. *Le renforcement des droits et de la transparence*

Par petites touches, le RGPD introduit plus de transparence aux bénéfices des individus. Cette transparence passe concrètement par le renforcement de droits existants et l'introduction de nouveaux droits.

Parmi les plus remarquables, on peut citer le renforcement du droit à l'information qui résulte de l'allongement de la liste des éléments d'information devant être fournis par le responsable du traitement[20] aux individus dont les données à caractère personnel font l'objet d'un traitement. En particulier, l'article 13 du RGPD prévoit que les coordonnées du délégué à la protection des données (le « DPO »), s'il en existe un, sont communiquées à l'individu au moment où ses données sont collectées[21]. Pareillement, lorsque le traitement est fondé sur les intérêts légitimes du responsable du traitement[22], ceux-ci doivent être explicités à l'individu[23]. Ce même article 13 prévoit, en outre, que

[20] Le responsable du traitement est, selon l'article 4, paragraphe 7 du RGPD, celui qui détermine les finalités et les moyens du traitement.

[21] Article 13, paragraphe 1, point b) du RGPD.

[22] Tout traitement de données à caractère personnel doit en effet être fondé sur l'une des bases juridiques prévues par l'article 6 du RGPD.

[23] Article 13, paragraphe 1, point d) du RGPD. Bien que le Groupe de travail « Article 29 » ait émis un avis sur la notion d'intérêt légitime au sens de l'article 7 de la Directive, cet avis étant toujours valable sous l'égide du RGPD (Avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE), l'intérêt légitime du responsable du traitement donne lieu à de complexes discussions tant cette notion est difficile à saisir. Elle requiert la réalisation d'un exercice d'équilibriste entre l'intérêt légitime du responsable du traitement à traiter les données et les intérêts ou les libertés et droits fondamentaux de la personne concernée. D'un point de vue pratique et opérationnel, on constate que cet exercice est rarement mis en œuvre ou alors ne l'est que de manière superficielle ou incomplète, les entreprises ne disposant ni des ressources, ni du temps nécessaires à cet exercice de mise en balance (cette analyse devant

le responsable du traitement informe l'individu de son intention d'effectuer un transfert de ses données à caractère personnel vers un pays tiers et les garanties appropriées mises en œuvre afin d'assurer leur sécurité. Le responsable du traitement doit, par ailleurs, informer l'individu dont il collecte les données à caractère personnel de leur durée de conservation ou des critères permettant de déterminer cette durée. On peut également citer l'obligation d'information de l'individu du droit de retirer son consentement, de celui d'introduire une réclamation auprès d'une autorité de contrôle[24], ou encore de recevoir des informations, de la part du responsable du traitement, sur la question de savoir si l'exigence de la fourniture des données a un caractère réglementaire ou contractuel ou si elle conditionne la conclusion d'un contrat.

Le RGPD consacre, par ailleurs, l'élargissement de l'obligation de notification à l'autorité de contrôle d'une violation de données à caractère personnel et l'introduction de l'obligation de communication à l'individu d'une telle violation. Avant le 25 mai 2018, seuls les fournisseurs de services de communications électroniques étaient concernés par cette obligation de notification en cas de violation de données[25]. Désormais, le RGPD impose à tout responsable du traitement de notifier à l'autorité de contrôle toute violation de données, et ce, dans un délai maximal de 72 heures, sauf si la violation n'est pas « *susceptible d'engendrer un risque pour les droits et libertés des personnes physiques* »[26]. L'obligation prévue à l'article 34 du RGPD, en vertu de laquelle le responsable du traitement doit désormais communiquer toute violation de données à caractère personnel aux individus concernés dès lors que cette violation est « *susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés de la personne physique afin qu'elle puisse prendre les précautions qui s'imposent* », constitue, quant à elle, une innovation [27]. La distinction entre "risque" et "risque élevé" requiert cependant des responsables du traitement qu'ils effectuent un difficile exercice d'analyse pour déterminer si les personnes concernées doivent être informées ou non.

être effectuée de manière systématique, dès que l'intérêt légitime du responsable du traitement sert de base juridique à un traitement de données à caractère personnel).

[24] Le RGPD désigne par « autorité de contrôle » les autorités nationales de protection des données à caractère personnel. La CNIL est l'autorité de contrôle française.

[25] L'article 34 bis de la loi Informatique et Libertés, dans sa version antérieure au 20 juin 2018, prévoyait cette obligation qui résultait de la transposition de la directive 2002/58/CE modifiée dite « Paquet Télécom ».

[26] Article 33, paragraphe 1 du RGPD.

[27] Considérant 86 du RGPD.

Si nous ne rentrerons pas dans le détail de chacun de ces éléments d'information, leur simple énumération permet de saisir le mouvement de rééquilibrage que tente d'insuffler le RGPD entre les responsables du traitement d'une part, et les individus d'autre part, et l'alourdissement consécutif des obligations pesant sur les responsables du traitement. Un individu non informé ou mal informé des traitements de données à caractère personnel mis en œuvre à son égard n'est pas en mesure d'exercer les droits qui lui sont reconnus. Le législateur européen, en exigeant plus de transparence, permet donc aux individus, par un effet de levier, de mieux exercer leurs droits et ainsi de peser de manière plus importante sur les pratiques des acteurs du numérique.

Outre un renforcement de la transparence, le RGPD a également étoffé la palette de droits dont disposent les personnes à l'égard de leurs données à caractère personnel, accentuant, en particulier, leur faculté de contrôle sur leurs données, tant dans l'espace que dans le temps.

L'introduction d'un droit à la portabilité des données par le RGPD, droit qui n'existait pas sous l'empire de la Directive, va dans le sens d'une intensification de la maîtrise de l'individu sur ses données dans l'espace. Le législateur français a ici procédé par tâtonnement. Il a d'abord voulu anticiper le RGPD en inscrivant dans le code de la consommation, *via* la Loi pour une République Numérique[28], un droit à la portabilité des données à caractère personnel, effectuant un renvoi vers l'article 20 du RGPD. Mais il a voulu faire mieux encore, en instituant, toujours par le biais de cette loi, un droit à la portabilité des données non personnelles au bénéfice des consommateurs. Si ce droit à la portabilité des données à deux niveaux était certes critiquable, du fait des difficultés d'articulation entre ses dispositions et de mise en œuvre pratique par les opérateurs du monde digital, il avait l'avantage de représenter une véritable avancée dans la reconquête des individus sur leurs données, quelles qu'elles soient. Probablement sous la pression desdits opérateurs, le législateur français a saisi l'occasion de la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, modifiant la loi n°78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés (la « Loi Informatique et Libertés »)[29], pour revoir sa copie et abroger les dispositions du code de la

[28] (Anciens) articles L224-42-1 et suivants du code de la consommation introduits par la Loi pour une République Numérique, , puis abrogés par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

[29] La Loi Informatique et Libertés a fait l'objet d'une refonte bienvenue destinée à améliorer son intelligibilité et à tenir compte des modifications introduites par le RGPD. En particulier,

consommation relatives au droit à la récupération et à la portabilité des données non-personnelles.

Malgré ce pas en arrière, le droit à la portabilité – qui ne s'applique donc qu'aux données à caractère personnel et au sujet duquel, l'article 55 de la Loi Informatique et Libertés effectue un simple renvoi à l'article 20 du RGPD – n'en constitue pas moins un progrès notable pour les individus qui se voient investis d'un pouvoir de détermination sur leurs données à caractère personnel[30]. Son objectif premier, tel que rappelé par feu le Groupe de travail « Article 29 » (le « G29 »)[31], est de permettre aux individus de réutiliser leurs données à caractère personnel dans le cadre de différents services, facilitant « *leur capacité à déplacer, à copier ou à transmettre facilement des données à caractère personnel d'un environnement informatique vers un autre (qu'il s'agisse de leur propre système, du système de tiers de confiance ou de celui de nouveaux responsables de traitement)* » et en particulier « *leur passage d'un prestataire de services à un autre* »[32].

Les données concernées sont toutes celles que l'individu aura « fournies » au responsable du traitement. Cette notion a été interprétée de manière large par le G29 puisqu'elle couvre les données à caractère personnel « *qui sont sciemment*

---

la Loi Informatique et Libertés a été modifiée dans un premier temps par la loi n°2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles et son décret d'application du 1er août 2018, puis dans un deuxième temps par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018 portant réécriture de la Loi Informatique et Libertés dans un objectif d'amélioration de sa lisibilité et de sa cohérence avec le RGPD, et enfin, dans un troisième temps, par le décret n° 2019-536 du 29 mai 2019 qui a parachevé son adaptation au RGPD.

[30] En référence au concept répandu d'« autodétermination informationnelle », notamment traduit par la Loi pour une République Numérique qui modifia l'article premier de la Loi Informatique et Libertés afin de rappeler « *les droits des personnes de décider et de contrôler les usages qui sont faits des données à caractère personnel les concernant*" et qui s'inspire du « *Selbstbestimmungrecht* », droit similaire consacré par la Cour constitutionnelle fédérale allemande. Le Conseil National du Numérique s'est exprimé en faveur de la reconnaissance de ce droit en France dans son rapport intitulé "Ambition numérique – Pour une politique française et européenne de la transition numérique" remis au Premier Ministre en juin 2015 (voir pages 50 et suivantes).

[31] Anciennement appelé 'Groupe de travail « Article 29 »' sur la protection des données' en référence à l'article 29 de la Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, aujourd'hui abrogée, il est désormais connu sous le nom de Comité Européen de la Protection des Données (le « CEPD »). Il s'agit de l'organe européen indépendant composé de représentants des autorités nationales de protection des données à caractère personnel et du Contrôleur européen de la protection des données. Ce comité a pour objectif de garantir l'application cohérente du RGPD, notamment par l'adoption d'orientations générales destinées à clarifier certains aspects du RGPD.

[32] Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, adoptées le 13 décembre 2016 et révisées le 5 avril 2017, pages 3 et 4.

et activement "fournies" par la personne concernée » mais aussi celles qui peuvent « *découler de l'observation de l'activité de cette dernière* », telles que par exemple « *les données brutes traitées par un compteur intelligent ou d'autres types d'objets connectés, les journaux d'activités, l'historique d'utilisation d'un site web ou des activités de recherche* »[33]. A titre d'illustration, tout individu est en droit de demander à son fournisseur d'électricité de lui communiquer l'ensemble des données à caractère personnel qu'il aura fournies dans le cadre de l'exécution de son contrat de fourniture d'électricité (nom, prénom, adresse postale, numéro de téléphone, rib, *etc.*), y compris les données découlant de l'observation de la consommation d'électricité de l'individu (relevé des compteurs notamment) afin de les communiquer à un concurrent.

Le droit à la portabilité des données a suscité des critiques de la part des responsables du traitement en raison du coût engendré par la mise en place d'un dispositif technique permettant l'extraction et la portabilité desdites données et l'absence de lignes directrices concrètes quant aux réponses à apporter aux demandes d'exercice d'un tel droit[34]. Le rapport intitulé « Le Règlement général sur la protection des données : quelles opportunités pour les entreprises françaises ? » du Conseil général de l'économie, publié en avril 2019, évoque à cet égard que « *le droit à la portabilité, qui est censé faciliter pour les consommateurs la décision de changer de prestataire de service, se heurte en pratique à la nécessité de définir au préalable des cadres techniques d'interopérabilité propres à chaque secteur professionnel, valables si possible à l'échelle européenne* […]*; faute de standards de restitution des données personnelles, le droit à la portabilité représente une charge importante pour les entreprises et un bénéfice incertain pour les consommateurs* »[35].

---

[33] Groupe de travail « Article 29 » sur la protection des données, lignes directrices relatives au droit à la portabilité des données, adoptées le 13 décembre 2016 et révisées le 5 avril 2017, pages 11 et 12.

[34] L'article 20, paragraphe 1 du RGPD impose notamment aux responsables du traitement de transmettre les données faisant l'objet d'une demande de portabilité « *dans un format structuré, couramment utilisé et lisible par machine* ». Concrètement, cela requiert des responsables du traitement qu'ils configurent leurs systèmes informatiques afin que ceux-ci soient en capacité, dans un délai court (un mois, pouvant être prolongé de deux mois supplémentaires), de fournir à l'individu ses données à caractère personnel sous un format adapté et interopérable, ce qui n'est pas sans difficultés techniques. Facebook, dans un rapport intitulé « Charting a way forward >> Data Portability and Privacy », publié en septembre 2019, appelle de ses vœux l'élaboration de directives ou de règles concrètes par le législateur ou les autorités de contrôle destinées à préciser quelles données sont susceptibles d'être concernées par le droit à la portabilité mais aussi de préciser qui est responsable de la sécurité desdites données lorsqu'elles sont transmises à différents opérateurs dans le cadre de l'exercice du droit à la portabilité.

[35] Rapport du Conseil général de l'économie intitulé « Le Règlement général sur la protection des données : quelles opportunités pour les entreprises françaises ? », avril 2019, pages 9, 24 et suivantes.

Si le droit à la portabilité soulève donc des difficultés de mise en œuvre, il n'en constitue pas moins un outil nouveau à la disposition des individus désireux de renforcer leur contrôle sur leurs données à caractère personnel, et le cas échéant, de stimuler la concurrence en décidant du transfert de leurs données d'un opérateur économique à l'un de ses concurrents.

Le droit à l'effacement, désormais plus connu sous l'appellation de « droit à l'oubli », fait lui aussi l'objet de modifications importantes de la part du RGPD, à tel point qu'il a été présenté parfois comme un droit nouveau[36]. S'il a, certes, fait beaucoup parler de lui, notamment en raison des développements jurisprudentiels dont il a été l'objet et des milliers de demandes de déréférencement qui s'en sont suivies, le droit à l'effacement des données n'est pas complètement nouveau. En effet, il existait originellement, lors de l'entrée en vigueur de la Loi Informatique et Libertés, en 1978[37]. Il a été maintenu lors de la transposition en droit français de la Directive[38]. La Loi pour une République Numérique a revisité le droit à l'effacement en introduisant le droit, pour tout individu, de demander au responsable du traitement, sans motif, d'effacer les données à caractère personnel ayant été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information[39], lorsque ledit individu était mineur au moment de la collecte et en lui permettant de demander le déréférencement de l'information concernée, selon une procédure accélérée[40]. La Loi pour une République Numérique introduit par ce biais dans la loi, le droit à l'oubli numérique consacré par l'arrêt de la Cour de Justice de l'Union

[36] Article 17 du RGPD.

[37] Article 36 de la Loi Informatique et Libertés dans sa version en vigueur lors de son adoption en 1978.

[38] La Directive a été transposée en droit français par la loi n°2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés. Le droit à l'effacement figurait à l'article 40 de la Loi Informatique et Libertés, dans sa version en vigueur au 6 août 2004.

[39] Par « service de la société de l'information », il faut entendre « *tout service presté normalement contre rémunération, à distance, par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de services* » selon l'article premier, paragraphe 1, point b) de la directive 2015/1535 du Parlement européen et du Conseil du 9 septembre 2015 prévoyant une procédure d'information dans le domaine des réglementations techniques et des règles relatives aux services de la société de l'information. Le lecteur pourra aussi utilement se référer à la jurisprudence de la CJUE pour comprendre cette notion (CJUE, arrêt de la 3ème chambre du 2 décembre 2010, affaire C-108/09 (*Ker-Optika bt* contre *ÀNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézete*), paragraphes 22 et 28).

[40] Article 40 de la Loi Informatique et Libertés, tel que modifiée par la Loi pour une République Numérique.

européenne ("CJUE") rendu dans l'affaire *Google Spain* le 13 mai 2014[41], en le limitant toutefois aux données collectées lorsque la personne concernée était mineure, et anticipe ainsi l'entrée en application du RGPD. Enfin, le RGPD est venu élargir le champ d'application du droit à l'effacement des données, multipliant les cas dans lesquels ce droit est susceptible d'être exercé.

L'article 17 du RGPD, auquel se réfère désormais l'article 51 de la Loi Informatique et Libertés, permet donc à toute personne de demander au responsable du traitement de procéder à l'effacement des données à caractère personnel la concernant dès lors que l'un des motifs énumérés à l'article 17, paragraphe 1 du RGPD est applicable.

Parmi les motifs prévus figurent les cas dans lesquels le traitement est illicite ou le devient[42], ce qui n'est pas nouveau, et ceux dans lesquels le droit à l'effacement résulte de la volonté de l'individu seulement, et c'est ici que l'innovation réside. Tout individu qui retire son consentement au traitement de ses données à caractère personnel a donc le droit d'obtenir l'effacement desdites données par le responsable du traitement, s'il n'existe pas d'autre fondement juridique susceptible de justifier ledit traitement[43].

Lorsque les données à caractère personnel d'un individu sont traitées pour les besoins de l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique dont est investi le responsable du traitement[44], ou lorsque le traitement est fondé sur les intérêts légitimes poursuivis par le responsable du traitement ou par un tiers[45], la personne concernée dispose d'un droit d'opposition, pour des raisons tenant à sa situation particulière, à moins que le responsable du traitement ne démontre qu'il existe des motifs légitimes et impérieux pour le traitement qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de ladite personne, ou pour la constatation, l'exercice ou la défense de droits en justice[46]. Dans ces deux cas, l'exercice, par la personne, de son droit

[41] CJUE, arrêt rendu en grande chambre, le 13 mai 2014, dans l'affaire « *Google Spain SL and Google Inc.* contre *Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) and Mario Costeja González* » (C-131/12).

[42] L'article 17, paragraphe 1, points a), d) et e) du RGPD prévoit un droit à l'effacement des données à caractère personnel lorsque celles-ci ne sont plus nécessaires au regard des finalités pour lesquelles elles ont été collectées, lorsqu'elles ont fait l'objet d'un traitement illicite, ou encore lorsque l'effacement est requis pour respecter une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis.

[43] Article 17, paragraphe 1, point b) du RGPD.

[44] Article 6, paragraphe 1, point e) du RGPD.

[45] Article 6, paragraphe 1, point f) du RGPD.

[46] Article 21, paragraphe 1 du RGPD.

d'opposition exige du responsable du traitement qu'il cesse de traiter ses données à caractère personnel et lui permette, conséquemment, d'en exiger l'effacement dans les meilleurs délais[47].

Une fois encore, le responsable du traitement, de même que l'individu, se trouvent, pour la mise en œuvre du droit à l'effacement, confrontés à des notions dont l'interprétation s'avère délicate. Tout d'abord, la notion des « intérêts légitimes » du responsable du traitement à traiter les données, comme déjà évoqué ci-dessus, requiert de ce dernier qu'il effectue un test de mise en balance des intérêts entre le caractère légitime de ses intérêts et les intérêts, ou les libertés et droits fondamentaux des personnes concernées[48]. Cela revient à poser la question de savoir si les bénéfices tirés dudit traitement sont légitimes. La notion de « motifs légitimes et impérieux », présente à l'article 21 du RGPD relatif au droit d'opposition, pose aussi des difficultés d'interprétation. Le responsable du traitement doit, en effet, déterminer s'il existe des motifs légitimes et impérieux qui prévalent sur les intérêts et les droits et libertés de la personne concernée[49]. Bien que le G29 ait émis, sous l'empire de la Directive, un avis sur la notion d'intérêt légitime[50], et que le considérant 47 du RGPD nous aide à caractériser la légitimité de l'intérêt dans certaines situations[51], cette notion reste épineuse. On constate qu'en pratique, les responsables du traitement ont, pendant longtemps, évité d'utiliser cette base juridique pour fonder leurs traitements de données à caractère personnel, préférant d'autres bases juridiques aux contours moins incertains (telles que le consentement ou l'exécution d'un contrat)[52]. En tout état de cause, il reviendra aux responsables

[47] Article 17, paragraphe 1, point c) du RGPD.

[48] Article 6, paragraphe 1, point f) du RGPD.

[49] Article 21, paragraphe 1 du RGPD.

[50] Groupe de travail « Article 29 », avis 06/2014 sur la notion d'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement des données au sens de l'article 7 de la directive 95/46/CE.

[51] Le considérant 47 du RGPD indique que « *Un tel intérêt légitime pourrait, par exemple, exister lorsqu'il existe une relation pertinente et appropriée entre la personne concernée et le responsable du traitement dans des situations telles que celles où la personne concernée est un client du responsable du traitement ou est à son service* ». Il précise également que « *Le traitement de données à caractère personnel strictement nécessaire à des fins de prévention de la fraude constitue également un intérêt légitime du responsable du traitement concerné. Le traitement de données à caractère personnel à des fins de prospection peut être considéré comme étant réalisé pour répondre à un intérêt légitime* ».

[52] En l'absence de définition dans le RGPD, le lecteur pourra aussi se référer, pour l'interprétation de la notion de « motifs légitimes », à l'arrêt de la Cour de cassation du 28 septembre 2004, rendu sous l'empire de l'ancien article 38 de la Loi Informatique et Libertés, qui a confirmé l'arrêt d'appel en indiquant que « *pour rejeter les conclusions contestant la légitimité de l'opposition, les juges énoncent qu'en matière politique, philosophique ou religieuse, comme en l'espèce, cette condition est remplie par le seul exercice de la faculté, pour la personne concernée, de s'opposer au traitement de données* » au sujet de l'existence de « motifs légitimes » (Cour de cassation, chambre criminelle, 28 septembre 2004, n° 03-86.604), ainsi qu'à la décision récente du Conseil d'Etat du 18 mars 2019 (Conseil d'Etat, 10ème – 9ème chambres réunies, 18 mars 2019, n°406313)

du traitement, tentés de justifier leurs traitements de données à caractère personnel par la poursuite de leurs intérêts légitimes, de procéder au test de la balance qui ne pourra se faire qu'au cas par cas, et d'être en mesure d'argumenter le choix de cette base juridique en cas de question de l'autorité de contrôle compétente ou de l'individu concerné.

De la même manière, lorsque les données à caractère personnel d'un individu sont traitées à des fins de prospection, y compris de profilage lié à cette prospection, la personne concernée dispose d'un droit d'opposition. Une fois le droit d'opposition exercé, et de manière logique, la personne peut exiger du responsable du traitement qu'il procède, dans les meilleurs délais, à l'effacement de ses données à caractère personnel[53].

Enfin, lorsque les données à caractère personnel sont collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information à l'égard d'enfants, ces derniers, y compris lorsqu'ils sont devenus adultes, disposent à tout moment d'un droit à l'effacement de leurs données[54].

Le responsable du traitement, tenu d'effacer les données d'un individu en vertu des motifs évoqués ci-dessus, devra prendre, lorsqu'il aura rendu publiques lesdites données, des mesures raisonnables, y compris d'ordre technique, pour informer les responsables du traitement qui traitent ces données que l'individu concerné a demandé l'effacement de tout lien vers ces données à caractère personnel, ou de toute copie ou reproduction de celles-ci[55].

Les individus se sont emparés du droit au déréférencement, faisant de lui l'un des droits les plus médiatisés. En 2018, la CNIL a reçu 373 demandes de déréférencement qui font suite à l'absence de réponse ou à une réponse négative du moteur de recherche[56]. Afin de faire face à la vague de demandes

qui a considéré, pour confirmer l'arrêt de la Cour administrative d'appel de Paris du 25 octobre 2016 qui avait rejeté la demande d'exercice du droit d'opposition d'une mère concernant les traitements de données à caractère personnel mis en œuvre à l'égard de ses enfants par l'Education nationale, que l'exercice du droit d'opposition est subordonné « *à l'existence de raisons légitimes tenant de manière prépondérante à sa situation particulière* » et que tel n'est pas le cas des « *craintes d'ordre général concernant notamment la sécurité du fonctionnement de la base, sans faire état de considérations qui lui seraient propres ou seraient propres à ses enfants* » soulevées par la requérante.

[53] Article 21, paragraphe 2 du RGPD.

[54] Article 17, paragraphe 1, point f) du RGPD.

[55] Article 17, paragraphe 2 du RGPD.

[56] Dossier de presse bilan 2018 et enjeux 2019 de la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, page 5.

de déréférencement dont ils ont été destinataires à la suite de la condamnation de Google par CJUE dans l'affaire *Google Spain*, les moteurs de recherche ont mis à disposition des individus des formulaires de demande en ligne ou fourni des contacts auprès desquels ce droit pouvait être exercé. Dans ce contexte, le droit au déréférencement a permis à des milliers d'individus de demander et d'obtenir l'effacement de contenus les concernant et s'affichant dans la liste de résultats des moteurs de recherche associés aux nom et prénom desdits individus[57]. Restait la question épineuse de la portée territoriale du droit à l'oubli, sur laquelle la CJUE était invitée à se prononcer[58]. Alors que la CNIL était partisane d'un déréférencement de portée mondiale, l'avocat général avait, en janvier dernier, préconisé une limitation du déréférencement au territoire européen. Par un arrêt du 24 septembre 2019, la CJUE va dans le sens des conclusions de l'avocat général et indique que l'exploitant d'un moteur de recherche, qui fait droit à une demande de déréférencement, « *est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres, et ce, si nécessaire, en combinaison avec des mesures qui, tout en satisfaisant aux exigences légales, permettent effectivement d'empêcher ou, à tout le moins, de sérieusement décourager les internautes effectuant une recherche sur la base du nom de la personne concernée à partir de l'un des États membres d'avoir, par la liste de résultats affichée à la suite de cette recherche, accès aux liens qui font l'objet de cette demande* »[59]. La Cour donne ainsi raison à Google qui peut, désormais, limiter les procédures de déréférencement aux versions européennes de son moteur de recherche.

[57] Voir à cet égard le « Transparency report » mis en ligne par Google qui retrace, depuis la consécration du droit au déréférencement par la CJUE, le nombre de demandes de déréférencement reçues par Google et le nombre d'URL concernés, chiffres qui ne cessent d'augmenter depuis 2014. En particulier, le rapport indique avoir fait droit à 44.8 % des demandes reçues jusqu'à ce jour.

[58] La CNIL a condamné Google à une amende de 100 000 euros par une délibération du 10 mars 2016 car Google ne procédait qu'au déréférencement des extensions européennes du nom de domaine de son moteur de recherche, limitant la portée territoriale du droit à l'oubli aux noms de domaine européens. L'arrêt *Google Spain* n'ayant pas répondu à cette question, Google a introduit une requête devant le Conseil d'Etat pour annulation de la délibération de la CNIL. Le Conseil d'Etat a, à son tour, saisi la CJUE de plusieurs questions préjudicielles portant, notamment, sur la territorialité du droit à l'oubli. Les conclusions de l'avocat général de la CJUE étaient favorables à Google puisqu'elles prônaient une limitation du déréférencement au territoire européen, afin de respecter un autre droit non moins fondamental que celui de la protection des données à caractère personnel, à savoir le droit à l'information (CJUE, conclusions de l'avocat général M. M. Szpunar du 10 janvier 2019, affaire n° C-507/17).

[59] CJUE, arrêt rendu en grande chambre le 24 septembre 2019, dans l'affaire n° C-507/17, *Google LLC* contre *CNIL*.

Toutefois, l'arrêt laisse subsister des zones d'ombre qui nécessiteront, une fois encore, un travail d'interprétation. Que sont ces mesures permettant "effectivement d'empêcher" ou de "sérieusement décourager" les internautes d'accéder aux urls déréférencés ? En outre, l'arrêt laisse une porte ouverte en précisant que si le droit de l'Union européenne n'impose pas une application territoriale mondiale au déréférencement, il ne l'interdit pas non plus, les autorités de contrôle ou judiciaires des Etats membres étant par conséquent libres d'enjoindre aux moteurs de recherche de procéder à un déréférencement sur l'ensemble des versions dudit moteur[60]. La CNIL a immédiatement réagi en indiquant, dans un communiqué relatif à l'arrêt de la Cour publié sur son site, qu'elle était « *compétente pour obliger un moteur de recherche à déréférencer les résultats sur toutes les versions de son moteur si cela est justifié, dans certains cas, pour garantir les droits de la personne concernée* »[61]. Le droit au déréférencement n'a donc pas fini de faire parler de lui et les modalités de sa mise en œuvre donneront lieu, très certainement, à des développements et contentieux futurs.

Le droit à l'effacement, s'il n'est ni général ni absolu[62], comme vient de le confirmer la CJUE au sujet du droit au déréférencement, n'en reste pas moins un pas certain vers plus de maîtrise de l'individu sur ses données à caractère personnel dans le temps, maîtrise bienvenue quand on prend la mesure de la multitude d'informations à caractère privé que les enfants et adolescents, mais aussi les adultes, n'hésitent pas à livrer sur Internet et en particulier sur les réseaux sociaux et autres plateformes de partage. Le droit à l'effacement des données apparait alors, dans certains cas, comme la seule façon de faire marche-arrière et de voir disparaitre du monde digital des traces inopportunes

[60] CJUE, arrêt rendu en grande chambre le 24 septembre 2019, dans l'affaire n° C-507/17, *Google LLC* contre *CNIL*, point 72.

[61] https://www.cnil.fr/fr/droit-au-dereferencement-la-cjue-rendu-ses-arrets.

[62] L'article 17, paragraphe 3 du RGPD prévoit plusieurs exceptions au droit à l'effacement et notamment dans la mesure où le traitement est nécessaire à l'exercice du droit à la liberté d'expression et d'information, pour le respect d'une obligation légale qui requiert le traitement concerné, pour des motifs d'intérêt public dans le domaine de la santé publique, à des fins archivistiques dans l'intérêt public, à des fins de recherche scientifique ou historique ou à des fins statistiques ou quand le traitement est nécessaire à la constatation, à l'exercice ou à la défense de droits en justice. En outre, la Cour de cassation a récemment rappelé que « *la juridiction saisie d'une demande de déréférencement est tenue de porter une appréciation sur son bien-fondé et de procéder, de façon concrète, à la mise en balance des intérêts en présence, de sorte qu'elle ne peut ordonner une mesure d'injonction d'ordre général conférant un caractère automatique à la suppression de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages internet contenant des informations relatives à cette personne* » avant de casser l'arrêt des juges du fond rendu à l'encontre de Google Inc. (Cour de cassation, 1ère chambre civile, 14 février 2018, n° 17-10-499).

voire compromettantes pour l'individu, notamment d'un point de vue professionnel.

B. *Le consentement remusclé*

Un autre apport notable du RGPD réside dans le renforcement du consentement et des conditions en vertu desquelles ce dernier est considéré comme valable et peut être utilisé comme base juridique à un traitement de données à caractère personnel.

Le consentement est défini à l'article 4, paragraphe 11 du RGPD comme « *toute manifestation de volonté, libre, spécifique, éclairée et univoque par laquelle la personne concernée accepte, par une déclaration ou par un acte positif clair, que des données à caractère personnel la concernant fassent l'objet d'un traitement* ».

L'article 7 du RGPD contient d'autres conditions de validité du consentement, parmi lesquelles, le fait que le responsable du traitement doit être en mesure de démontrer que la personne concernée a donné son consentement[63]. Il s'agit ici d'une des nombreuses applications du principe de responsabilité (*accountability*), omniprésent dans le RGPD, et qui met en l'espèce à la charge du responsable du traitement l'obligation de conserver une preuve des consentements qu'il obtient.

Par ailleurs, lorsque le consentement est donné sous forme de déclaration écrite qui concerne également d'autres questions, la demande de consentement doit alors être présentée sous une forme qui la distingue clairement de ces autres questions, qui soit compréhensible et aisément accessible, et formulée en des termes clairs et simples, et ce afin d'éviter toute confusion sur ce à quoi la personne concernée consent[64]. L'objectif de ces précisions utiles est notamment de mettre un terme aux techniques de consentement « en bloc » ou groupé ou par le biais de l'acceptation des conditions générales, auxquelles avaient (et ont toujours) recours de nombreuses entreprises, notamment sur Internet[65]. En pratique, le consentement doit être recueilli de manière expresse et explicite, et doit par conséquent s'effectuer par des moyens qui respectent ces exigences. C'est notamment le cas du recours aux cases à cocher. A cet

[63] Article 7, paragraphe 1 du RGPD.
[64] Article 7, paragraphe 2 du RGPD.
[65] Le Groupe de travail « Article 29 » indique dans ses lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679, dans leur version révisée et adoptée le 10 avril 2018, que « *L'acceptation globale des conditions générales ne peut être considérée comme un acte positif clair visant à donner son consentement à l'utilisation de données à caractère personnel* », page 19.

égard, le RGPD a pris soin de préciser que le recours aux cases pré cochées est interdit[66]. Un arrêt de la CJUE a récemment illustré cette interdiction en rappelant que le consentement au dépôt de cookies sur le terminal d'un internaute devait être actif, spécifique et éclairé, et que par conséquent, le recours à une case cochée par défaut ne suffisait pas à caractériser un consentement valable[67].

L'exigence d'un consentement exprès et explicite requiert également qu'il soit obtenu de manière distincte, pour chaque finalité de traitement[68]. Le RGPD introduit donc ici une obligation de granularité dans le recueil du consentement.

En outre, et comme déjà évoqué ci-dessus, la personne concernée doit pouvoir retirer son consentement à tout moment[69], et tout aussi simplement que lorsqu'il est donné[70].

Enfin, et c'est peut-être là que réside la plus grande innovation du RGPD relative au consentement, il doit être tenu compte, au moment de déterminer si le consentement est donné librement, de la question de savoir si l'exécution d'un contrat, y compris la fourniture d'un service, est subordonnée au consentement au traitement des données à caractère personnel qui n'est pas nécessaire à l'exécution dudit contrat[71]. Comme l'indique le G29, « *L'article 7, paragraphe 4, cherche à garantir que la finalité du traitement des données à caractère personnel ne soit pas dissimulée ou associée à la fourniture d'un contrat ou d'un service pour lequel ces données à caractère personnel ne sont pas nécessaires. Ce faisant, le RGPD veille*

---

[66] Le considérant 32 du RGPD précise à ce sujet que « *Cela pourrait se faire notamment en cochant une case lors de la consultation d'un site internet, en optant pour certains paramètres techniques pour des services de la société de l'information ou au moyen d'une autre déclaration ou d'un autre comportement indiquant clairement dans ce contexte que la personne concernée accepte le traitement proposé de ses données à caractère personnel. Il ne saurait dès lors y avoir de consentement en cas de silence, de cases cochées par défaut ou d'inactivité* ».

[67] CJUE, arrêt rendu en grande chambre le 1er octobre 2019, dans l'affaire C-673/17, *Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV* contre *Planet49 GmbH*,, point 65.

[68] Le considérant 32 du RGPD précise à cet égard que « *Lorsque le traitement a plusieurs finalités, le consentement devrait être donné pour l'ensemble d'entre elles. Si le consentement de la personne concernée est donné à la suite d'une demande introduite par voie électronique, cette demande doit être claire et concise et ne doit pas inutilement perturber l'utilisation du service pour lequel il est accordé* ».

[69] Article 7, paragraphe 3 du RGPD.

[70] Le considérant 42 du RGPD indique que « *Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice* ».

[71] Article 7, paragraphe 4 du RGPD.

à ce que le traitement de données à caractère personnel pour lequel le consentement est sollicité ne puisse pas devenir directement ou indirectement la contre-performance d'un contrat. Ces deux bases juridiques du traitement de données à caractère personnel, à savoir le consentement et le contrat, ne peuvent pas être fusionnées et amalgamées »[72]. Le législateur européen a ici entendu faire obstacle aux cas dans lesquels les individus voient leur accès ou l'utilisation d'un service conditionné à leur consentement au traitement de leurs données à caractère personnel, sans que ces données ne soient nécessaires à l'exécution du contrat concerné[73]. L'exemple typique est celui dans lequel une personne se voit demander de consentir au traitement de ses données à caractère personnel à des fins de prospection commerciale, comme condition de son accès au service alors que lesdites données ne sont pas nécessaires à l'exécution dudit service[74].

Le RGPD renforce ainsi de manière importante les exigences relatives au recueil d'un consentement valable.

Le durcissement des conditions relatives à l'obtention d'un consentement valide est parfaitement illustré par l'actualité relative aux cookies et autres traceurs. En effet, lorsque le consentement est requis pour l'utilisation de technologies telles que les cookies en vertu de la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (la « Directive ePrivacy »), ce dernier doit satisfaire les exigences du RGPD en la matière[75].

---

[72] Groupe de travail « Article 29 », lignes directrices sur le consentement au sens du règlement 2016/679, dans leur version révisée et adoptée le 10 avril 2018, page 9.

[73] A ce sujet, le considérant 43 du RGPD précise que « *Le consentement est présumé ne pas avoir été donné librement si un consentement distinct ne peut pas être donné à différentes opérations de traitement des données à caractère personnel bien que cela soit approprié dans le cas d'espèce, ou si l'exécution d'un contrat, y compris la prestation d'un service, est subordonnée au consentement malgré que celui-ci ne soit pas nécessaire à une telle exécution* ».

[74] Le considérant 42 du RGPD indique à cet égard que « *Le consentement ne devrait pas être considéré comme ayant été donné librement si la personne concernée ne dispose pas d'une véritable liberté de choix ou n'est pas en mesure de refuser ou de retirer son consentement sans subir de préjudice* ».

[75] En effet, la Directive ePrivacy fait référence à la définition du consentement telle que donnée dans la Directive qui a été abrogée par le RGPD. Conformément à l'article 94 du RGPD, le consentement prévu par la Directive ePrivacy doit donc désormais s'entendre par référence au consentement tel que défini dans le RGPD. Le CEPD, dans son avis 5/2019 « on the interplay between the ePrivacy Directive and the GDPR, in particular regarding the competence, tasks and powers of data protection authorities » du 12 mars 2019, a confirmé que la règle générale devait s'effacer devant la règle spéciale lorsque les deux législations (le RGPD et la Directive ePrivacy) ont vocation à s'appliquer à une même opération de traitement, ce qui est typiquement le cas des cookies lorsqu'ils permettent la collecte de données à caractère personnel (voir pages 13 et suivantes).

Afin de renforcer la confiance et la sécurité dans le marché unique numérique[76], le législateur européen travaille depuis plusieurs années à la révision de la Directive ePrivacy et à son remplacement par un règlement, dans la même optique que ce qui a été réalisé en matière de protection des données à caractère personnel. D'ailleurs, il avait été initialement prévu que le futur règlement ePrivacy entre en vigueur en même temps que l'entrée en application du RGPD, le 25 mai 2018. Mais la lenteur du processus législatif européen aura retardé l'adoption du texte, et les discussions sont toujours en cours à cette heure. Parmi les points au cœur du débat figure celui du consentement aux cookies. Outre les débats relatifs aux cas dans lesquels le consentement sera exigé et ses exceptions, les échanges de vues se concentrent tout particulièrement sur les modalités pratiques d'obtention du consentement.

Alors que jusqu'à l'entrée en application du RGPD, la pratique du consentement implicite était largement tolérée et permettait aux sites internet de déduire de certains comportements de leurs utilisateurs, un consentement au dépôt de cookies sur leurs terminaux, ces techniques se trouvent aujourd'hui clairement remises en cause et une action positive de l'utilisateur est désormais exigée[77]. Afin de satisfaire au caractère univoque du consentement, l'alternative élaborée par nombres de sites internet a été la mise en place de « *cookie walls* ». Cette pratique consiste à bloquer l'accès à un site internet à défaut de consentement de l'utilisation au dépôt de cookies sur son terminal. Si le consentement de l'utilisateur apparait alors univoque dans le cadre de l'utilisation d'un « cookie walls » (par exemple en cochant une case présente sur ledit « cookie walls »), c'est le caractère libre du consentement qui semble faire défaut.

---

[76] Le marché unique numérique a pour objectif de supprimer les entraves pour exploiter pleinement les possibilités offertes par Internet. Se référer au communiqué de presse de la Commission européenne du 6 mai 2015 intitulé « Un marché unique numérique pour l'Europe : la Commission définit 16 initiatives pour en faire une réalité » (https://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_fr.htm). Voir également la page dédiée au marché unique numérique eu Europe sur le site du Conseil de l'Union européenne, qui retrace, sous forme de frise chronologique, l'ensemble des actions menées et mesures adoptées afin de réaliser ce marché unique numérique depuis le lancement de ce chantier législatif en 2015 (https://www.consilium.europa.eu/fr/policies/digital-single-market/).

[77] L'article 2 de la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 de la CNIL précise à ce sujet que « *le consentement doit se manifester par le biais d'une action positive de la personne préalablement informée des conséquences de son choix et disposant des moyens de l'exercer. Le fait de continuer à naviguer sur un site web, d'utiliser une application mobile ou bien de faire défiler la page d'un site web ou d'une application mobile ne constituent pas des actions positives claires assimilables à un consentement valable* ».

Le 25 mai 2018, le Comité Européen de Protection des Données (le « CEPD ») publiait une déclaration sur la révision de la Directive ePrivacy et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques. Dans ses conclusions, le CEPD rappelait clairement que « *pour que le consentement puisse être librement accordé conformément au RGPD, l'accès aux services et aux fonctionnalités ne doit pas être subordonné au consentement de l'utilisateur au traitement de ses données à caractère personnel ou d'informations relatives à son équipement terminal ou traitées par celui-ci. En d'autres termes, les "cookie walls" devraient être explicitement interdits* »[78]. L'*Autoriteit Persoonsgegevens*, la CNIL et l'ICO, qui ont récemment modifié leurs recommandations respectives relatives à l'obtention d'un consentement valide à l'utilisation de cookies[79], ont toutes disqualifié, en des termes plus ou moins tranchés, la pratique du « cookie walls », comme ne permettant pas d'obtenir un consentement libre[80].

Le 22 février 2019, un projet modifié du futur règlement ePrivacy a été publié par la présidence du Conseil de l'Union européenne, confirmant la position stricte adoptée vis-à-vis de l'utilisation des cookies qui nécessiterait, dans la plupart des cas, le recueil du consentement de l'utilisateur, avec toutes les

[78] https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_statement_on_eprivacy_fr.pdf.

[79] Aux Pays-Bas, l'*Autoriteit Persoonsgegevens* a publié, le 7 mars 2019, des recommandations relatives à l'utilisation des « cookie walls » et clairement affirmé qu'une telle pratique était contraire au RGPD. En France, la CNIL a adopté la délibération n° 2019-093 le 4 juillet 2019 portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la Loi Informatique et Libertés aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs) qui abroge sa délibération n° 2013-378 du 5 décembre 2013. La CNIL a par ailleurs indiqué que des recommandations sectorielles précisant les modalités pratiques de recueil du consentement seraient adoptées dans les prochains mois à l'issue d'une concertation avec les professionnels et la société civile (voir https://www.cnil.fr/fr/cookies-et-autres-traceurs-la-cnil-publie-de-nouvelles-lignes-directrices. Au Royaume Uni, l'ICO a modifié ses propres modalités d'obtention du consentement des utilisateurs à l'utilisation de cookies sur son site Internet. Quelques jours plus tard, le 3 juillet 2019, l'ICO publiait de nouvelles recommandations sous la forme d'un blog (« Blog: Cookies – what does 'good' look like? », par Ali Shah, *Head of Technology Policy*). A noter cependant, la décision du 30 novembre 2018 de l'autorité de protection des données à caractère personnel autrichienne (*Datenschutzgesetz*) qui a admis que le recours à un « cookie wall » par un site d'un journal autrichien était conforme aux exigences du RGPD en matière de consentement. En l'espèce, le site proposait à ses utilisateurs de consentir au dépôt de cookies et d'obtenir ainsi un accès illimité au journal en ligne, de refuser le dépôt de cookies et d'avoir un accès limité au journal ou de payer une somme mensuelle de 6 euros afin de bénéficier d'un accès illimité au journal (https://www.huntonprivacyblog.com/wp-content/uploads/sites/28/2019/01/DSBT_20181130_DSB_D122_931_0003_DSB_2018_00.pdf).

[80] L'article 2 de la délibération n° 2019-093 du 4 juillet 2019 de la CNIL indique à cet égard que « *la pratique qui consiste à bloquer l'accès à un site web ou à une application mobile pour qui ne consent pas à être suivi (« cookie walls ») n'est pas conforme au RGPD. Le CEPD considère en effet que, dans une telle hypothèse, les utilisateurs ne sont pas en mesure de refuser le recours à des traceurs sans subir des conséquences négatives (en l'occurrence l'impossibilité d'accéder au site consulté)* ».

exigences que cela requiert[81]. Toutefois, il n'aide pas à résoudre le nœud que constitue l'élaboration d'un consentement conforme aux exigences du RGPD et acceptable par les sites internet, toujours désireux de soigner l'expérience client, et surtout des sites internet gratuits dont le *business model* repose sur la publicité ciblée.

Le consentement a par ailleurs été repensé pour permettre un renforcement de la protection de certaines catégories de la population ou de données à caractère personnel.

Tout d'abord, le RGPD identifie les enfants comme des individus vulnérables, méritant une protection spécifique. Le considérant 38 indique que cela s'explique par le fait que les enfants peuvent être moins conscients des risques et des conséquences du traitement de leurs données à caractère personnel, ainsi que de leurs droits.

Le RGPD aborde spécifiquement la protection des enfants dans quatre domaines différents, à savoir leur information, qui doit se faire de manière « *concise, transparente, compréhensible et aisément accessible, en des termes clairs et simples* »[82], l'interdiction du "profilage" à leur égard[83], le droit à l'effacement de leurs données à caractère personnel lorsqu'elles ont été collectées, sur la base de leur consentement, dans le cadre de l'offre directe de services de la société de l'information[84], et les conditions applicables audit consentement. Ces conditions sont spécifiées à l'article 8 du RGPD qui prévoit que lorsque le responsable du traitement fournit des services de la société de l'information aux enfants et entend se fonder sur le consentement de ces derniers en tant que base juridique, le consentement doit alors être fourni par les titulaires de

---

[81] Voir "*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council concerning the respect for private life and the protection of personal data in electronic communications and repealing Directive 2002/58/EC (Regulation on Privacy and Electronic Communications)*", du Conseil de l'Union européenne en date du 22 février 2019, et en particulier ses considérants 20 et 21 qui rappellent que "*To the extent that use is made of processing and storage capabilities of terminal equipment and information from end-users' termination equipment is collected for other purposes than for what is necessary for the purpose of carrying out the transmission of an electronic communication over an electronic communications network or for the provision of the service requested, consent should be required. In such a scenario, consent should normally be given by the end-user who requests the service from the provider of the service*" (https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-6771-2019-INIT/en/pdf).

[82] Article 12, paragraphe 1 du RGPD.

[83] Considérant 71 du RGPD.

[84] Article 17, paragraphe 1, point f) du RGPD. Voir nos développements à cet égard, au paragraphe 1.1 ci-dessus.

l'autorité parentale si l'enfant est âgé de moins de 16 ans[85]. Le RGPD a par ailleurs entendu laisser une marge de manœuvre aux Etats-Membres de l'Union européenne afin de leur permettre de faire varier cet âge limite entre 13 et 16 ans[86]. Il revient donc aux responsables du traitement qui entendent collecter des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de la société de l'information sur la base du consentement[87], d'identifier les domaines dans lesquels ce type de services est susceptible d'être fourni à des mineurs, de prévoir un mécanisme de recueil du consentement des titulaires de l'autorité parentale lorsque le mineur est âgé de moins de 16 ans, sous réserve d'un âge inférieur fixé par la législation nationale applicable, et de s'efforcer de vérifier que le consentement est donné par le titulaire de l'autorité parentale à l'égard du mineur, compte tenu des moyens technologiques disponibles. Le responsable du traitement se trouve, une fois encore, responsabilisé puisqu'en cas de contestation, il lui appartiendra de prouver qu'il a bel et bien obtenu un consentement du titulaire de l'autorité parentale et qu'il est "raisonnablement" en mesure de vérifier que ledit consentement provient du titulaire de l'autorité parentale.

Par ailleurs, le RGPD prévoit un renforcement du consentement dans les cas dans lesquels il existe un risque avéré quant à la protection des données à caractère personnel d'un individu. C'est le cas des données à caractère personnel qui « *par nature,* [sont] *particulièrement sensibles du point de vue des libertés et des droits fondamentaux méritent une protection spécifique, car le contexte dans lequel elles sont traitées pourrait engendrer des risques importants pour ces libertés et droits* »[88]. Il s'agit typiquement des cas dans lesquels des données sensibles sont traitées telles que celles relatives à l'orientation sexuelle, l'origine ethnique ou raciale, ou encore l'orientation politique. Par ailleurs, si l'article 22 du RGPD prévoit qu'une personne a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris en matière de profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire, cette personne peut néanmoins y consentir de manière

[85] Le considérant 38 du RGPD précise à cet égard que « *Cette protection spécifique devrait, notamment, s'appliquer à l'utilisation de données à caractère personnel relatives aux enfants à des fins de marketing ou de création de profils de personnalité ou d'utilisateur et à la collecte de données à caractère personnel relatives aux enfants lors de l'utilisation de services proposés directement à un enfant. Le consentement du titulaire de la responsabilité parentale ne devrait pas être nécessaire dans le cadre de services de prévention ou de conseil proposés directement à un enfant* ».

[86] En France, l'article 45 de la Loi Informatique et Libertés a retenu que le mineur pouvait consentir seul à un traitement de données à caractère personnel en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information à compter de l'âge de 15 ans.

[87] Typiquement, il s'agit des newsletters, réseaux sociaux, plateformes, etc.

[88] Considérant 51 du RGPD.

explicite[89]. Enfin, le consentement explicite de la personne peut également constituer la base juridique au transfert de données à caractère personnel envisagé, lorsqu'aucune des garanties appropriées prévues aux articles 45 et 46 du RGPD ne sont fournies. La personne doit alors être informée des risques que ce transfert pourrait comporter pour elle en raison de l'absence desdites garanties[90]. Dans ces hypothèses, le responsable du traitement doit s'assurer de l'existence d'un consentement explicite, autrement dit d'une déclaration expresse de la personne concernée[91].

Si le mouvement général insufflé par le législateur européen de renforcement de la transparence et du contrôle des personnes sur leurs données à caractère personnel doit être salué, l'effectivité des droits des personnes est à relativiser tant certains mécanismes élaborés par le RGPD requièrent des responsables du traitement un numéro d'équilibriste que d'aucun ne peut affirmer qu'il maitrise dans toute sa mesure. Face aux difficultés de mise en pratique de ces mécanismes auxquelles les responsables du traitement, mais aussi les individus, ne manquent pas de se confronter, la CNIL et le délégué à la protection des données (le « DPO ») apparaissent comme des relais bienvenus.

Ce double mouvement de renforcement de la transparence et du consentement fait passer l'individu de simple spectateur de l'utilisation de ses données à caractère personnel à celui d'acteur de la régulation, bien que, comme le rappellent sept de nos régulateurs français dans une note portant sur la régulation par la donnée, « *Cette capacité régulatrice des utilisateurs ne se substitue pas à celle des régulateurs* »[92], mais vient seulement en renfort.

II. **Second apport du RGPD : Le lifting bienvenu des acteurs de la conformité, pour une plus grande crédibilité de la législation**

[89] Article 22, paragraphe 2, point c) du RGPD.
[90] Article 49, paragraphe 1, point a) du RGPD.
[91] La CNIL donne plusieurs exemples de mécanismes propres à permettre le recueil d'un consentement explicite, tels qu'une case de recueil du consentement spécifiquement dédiée au traitement des données sensibles, l'exigence d'une déclaration écrite et signée par la personne concernée ou d'un envoi d'un courriel indiquant que la personne accepte expressément le traitement de certaines catégories de données, ou encore le recueil du consentement en deux étapes (voir https://www.cnil.fr/fr/conformite-rgpd-comment-recueillir-le-consentement-des-personnes).
[92] « Nouvelles modalités de régulation : La régulation par la donnée », Autorité de la concurrence, AMF, Arafer, Arcep, CNIL, CRE, CSA, 8 juillet 2019, page 3.

L'effectivité de la protection des données à caractère personnel passe par le renforcement des pouvoirs et la multiplication des missions de la CNIL ainsi que par la création du rôle de DPO, point de contact privilégié en la matière.

A. *Entre affermissement et accroissement des pouvoirs de la CNIL*

Si le renforcement radical des pouvoirs de sanction de la CNIL fut l'un des principaux points d'attention des commentateurs du RGPD, ce n'est pas le seul apport de ce texte en la matière. En effet, la CNIL se voit investie de nombreuses autres missions[93], dont une bonne partie constitue des innovations par rapport aux missions dont elle était chargée sous l'égide de la Directive[94]. Parmi ces missions, la CNIL doit favoriser « *la sensibilisation du public et sa compréhension des risques, des règles, des garanties et des droits relatifs au traitement* […] » et encourager « *la sensibilisation des responsables du traitement et des sous-traitants en ce qui concerne les obligations qui leur incombent* […] »[95]. C'est donc d'abord un rôle pédagogique que le RGPD a entendu confier aux autorités de contrôle. La CNIL mène, à cet égard, diverses actions de communication à destination du grand public, via son site internet dont la qualité des contenus ne cesse de s'améliorer et qui s'étoffe considérablement, et également au travers de sa participation à différents salons, conférences et autres rassemblements.

Ensuite, la CNIL se voit reconnaitre un rôle d'accompagnement et de conseil dans le processus de mise en conformité. A ce titre, elle est chargée d'établir et de tenir à jour une liste de types d'opération de traitement de données à caractère personnel qu'elle considère comme devant donner lieu à une analyse d'impact[96]. Elle se voit également confier la mission d'encourager l'élaboration de codes de conduite[97], de mécanismes de certification des personnes, des produits, des systèmes de données ou des procédures[98], ou encore de labels et

[93] Les missions des autorités de contrôle sont prévues par l'article 57 du RGPD.
[94] L'article 8 de la Loi Informatique et Libertés liste les missions de la CNIL.
[95] Article 57, paragraphe 1, points b) et d) du RGPD.
[96] Article 35, paragraphe 4 et article 57, paragraphe 1, point k) du RGPD.
[97] Début juillet 2019, les services de la CNIL ont lancé une consultation sur le référentiel d'agrément de l'organisme de contrôle du code de conduite qui s'est terminée le 4 août 2019. Par ailleurs, plusieurs initiatives sectorielles sont en cours pour l'élaboration de codes de conduite, notamment en matière de recherche médicale ou portant sur les infrastructures de « cloud ».
[98] La CNIL a adopté le 20 septembre 2018 deux référentiels en matière de certification des compétences du DPO, à savoir un référentiel de certification qui fixe notamment les conditions de recevabilité des candidatures et la liste des 17 compétences et savoir-faire attendus d'un DPO pour être certifié, et un référentiel d'agrément qui fixe les critères applicables aux organismes qui souhaitent être habilités par la CNIL à certifier les

marques en matière de protection des données et d'approuver lesdits codes de conduite et critères de certification et d'agrément des organismes de certification. Dans le cadre de ces missions, il est prévu que les autorités de contrôle appliquent le mécanisme de contrôle de la cohérence prévu par l'article 63 du RGPD. Ce mécanisme a pour objectif d'assurer une application cohérente du RGPD dans l'ensemble de l'Union européenne, notamment lorsqu'une autorité de contrôle envisage d'adopter, une liste, un code de conduite ou toute autre mesure destinée « *à produire des effets juridiques en ce qui concerne des opérations de traitement qui affectent sensiblement un nombre important de personnes concernées dans plusieurs Etats membres* »[99]. Ce contrôle de cohérence est réalisé par le CEPD qui émet alors un avis sur la mesure envisagée par l'autorité de contrôle à l'initiative de celle-ci[100].

Au-delà des missions définies par le RGPD, le législateur français a élargi la palette des outils de régulation à la disposition de la CNIL. En particulier, la Loi Informatique et Libertés prévoit que la CNIL établit et publie, en concertation avec les organismes publics et privés représentatifs des acteurs concernés, des règlements types en vue d'assurer la sécurité des systèmes de traitement de données à caractère personnel et de régir les traitements de données biométriques, génétiques et de santé[101]. Le règlement type constitue un instrument juridiquement contraignant pour les organismes qui entendent mettre en œuvre des activités de traitement concernées par ledit règlement type. A titre d'exemple, la CNIL a adopté un règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail[102].

La CNIL est également dotée du pouvoir d'établir et de publier des lignes directrices, recommandations ou référentiels « *destinés à faciliter la mise en conformité des traitements de données à caractère personnel avec les textes relatifs à la protection des données à caractère personnel et à procéder à l'évaluation préalable des risques*

compétences du DPO sur la base du référentiel de certification élaboré par cette dernière. En application de ce référentiel d'agrément, la CNIL a agréé AFNOR CERTIFICATION à compter du 4 juillet 2019 pour une durée de 5 ans.

[99] Considérant 135 du RGPD.

[100] Article 64 du RGPD.

[101] Article 8, I, 2°, c) de la Loi Informatique et Libertés.

[102] Délibération n° 2019-001 du 10 janvier 2019 de la CNIL portant règlement type relatif à la mise en œuvre de dispositifs ayant pour finalité le contrôle d'accès par authentification biométrique aux locaux, aux appareils et aux applications informatiques sur les lieux de travail.

par les responsables de traitement et leurs sous-traitants »[103]. Ces référentiels actualisent les normes et autorisations uniques que la CNIL avait adoptées avant l'entrée en vigueur du RGPD. A cet égard, elle a lancé une consultation publique relative à l'adoption de deux référentiels, relatifs à la gestion des ressources humaines et aux alertes professionnelles qui se sont terminées en mai dernier. La CNIL a par ailleurs adopté un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre à des fins de gestion des vigilances sanitaires[104].

Outre ces nouvelles missions, la CNIL a par ailleurs décidé, dans le cadre de la modification de la Loi Informatique et Libertés, de mettre en œuvre certaines des marges de manœuvre qui lui étaient laissées par le RGPD. C'est notamment en exerçant cette liberté que la CNIL a fixé à 15 ans le seuil d'âge du consentement des mineurs aux services de la société de l'information, ou qu'elle a pu conserver les dispositions relatives au droit à la mort numérique[105], incorporé à la Loi Informatique et Libertés par la Loi pour une République Numérique. La CNIL a également élaboré des dispositions particulières concernant les traitements de données de santé[106], profitant de la latitude laissée par le RGPD en matière de traitement des données génétiques, biométriques ou concernant la santé[107].

Très active et soucieuse d'accompagner les parties prenantes dans le cadre de leur mise en conformité au RGPD, la CNIL multiplie les actions pédagogiques, et a, dans ce cadre, publié un guide spécial destiné aux TPE et PME en partenariat avec Bpifrance[108]. Elle propose également sur son site des exemples de mention d'information des personnes concernées dans des cas

[103] Article 8, I, 2°, b) de la Loi Informatique et Libertés.

[104] Délibération n° 2019-057 du 9 mai 2019 de la CNIL portant adoption d'un référentiel relatif aux traitements de données à caractère personnel mis en œuvre à des fins de gestion des vigilances sanitaires.

[105] Le droit à la mort numérique a été introduit dans la Loi Informatique et Libertés par la Loi pour une République Numérique. Depuis l'ordonnance du 12 décembre 2018, ce droit est intégré à l'article 85 de la Loi Informatique et Libertés, dans un nouveau chapitre intitulé « Dispositions régissant les traitements de données à caractère personnel relatives aux personnes décédées ». Il s'agit du droit de laisser des directives, de son vivant, sur le sort de ses données à caractère personnel après sa mort. L'article prévoit également les droits des héritiers sur les données à caractère personnel du défunt quand ce dernier n'a pas laissé de directives. Le droit à la mort numérique fait l'objet d'une information auprès des personnes concernées, dans les conditions prévues aux articles 12 à 14 du RGPD.

[106] Le titre II, chapitre III, section 3 de la Loi Informatique et Libertés prévoit des dispositions particulières relatives aux traitements de données à caractère personnel dans le domaine de la santé.

[107] Article 9, paragraphe 4 du RGPD.

[108] https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/bpi-cnil-rgpd_guide-tpe-pme.pdf.

spécifiques[109] ainsi qu'un modèle simplifié de registre des activités de traitement[110]. La CNIL a par ailleurs a lancé un outil de formation en ligne disponible à tous[111] et propose, sur son site internet, un logiciel facilitant la réalisation d'études d'impact, qui a fait l'objet de plusieurs améliorations et enrichissements depuis son lancement[112].

Enfin, la CNIL a vu ses pouvoirs de contrôle et de sanction nettement renforcés puisque sa formation restreinte peut désormais prononcer des sanctions dont le montant est susceptible de s'élever jusqu'à 20 millions d'euros ou, dans le cas d'une entreprise, jusqu'à 4 % du chiffre d'affaires annuel mondial total de l'exercice précédent, le montant le plus élevé étant retenu[113]. Tant les responsables du traitement que les sous-traitants sont susceptibles de se voir appliquer ces amendes administratives. Le RGPD apporte d'utiles précisions quant aux éléments devant être pris en compte par l'autorité de contrôle pour décider du montant de l'amende administrative. Le texte rappelle qu'en tout état de cause, l'amende administrative infligée en cas de manquement doit être effective, proportionnée et dissuasive.

C'est certainement le caractère dissuasif de la sanction qui faisait défaut auparavant, à tout le moins en France, puisque le montant des amendes administratives susceptibles d'être prononcées par la CNIL était limité à 150 000 euros ou 300 000 euros en cas de récidive[114]. Sans réel pouvoir de sanction,

---

[109] Par exemple, la CNIL propose un exemple d'information en cas d'accès à des locaux professionnels par badge, ou de géolocalisation des véhicules des salariés (https://www.cnil.fr/fr/rgpd-exemples-de-mentions-dinformation).

[110] En vertu de l'article 30 du RGPD, chaque responsable du traitement et sous-traitant tiennent un registre des activités de traitement effectuées. Ce registre, qui se présente sous une forme écrite, y compris sous forme électronique, doit contenir diverses informations et remplace les formalités déclaratives des traitements de données auprès de la CNIL requises jusqu'à l'entrée en application du RGPD. Le 25 juillet 2019, la CNIL a annoncé la publication d'un modèle de registre simplifié sous forme de tableau excel, au format ouvert.

[111] En mars 2019, la CNIL annonçait avoir lancé une formation en ligne intitulée « L'atelier RGPD » et destinée principalement aux DPO. Une fois la formation suivie, la CNIL délivre une attestation de suivi aux participants ayant répondu correctement à 80 % des questions par module.

[112] L'article 35 du RGPD prévoit les conditions dans lesquelles une analyse d'impact relative à la protection des données est requise. Il s'agit des cas dans lesquels « *un type de traitement, en particulier par le recours à de nouvelles technologies, et compte tenu de la nature, de la portée, du contexte et des finalités du traitement, est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les droits et libertés des personnes physiques* ».

[113] Article 83 du RGPD.

[114] Toutefois, la Loi pour une République Numérique avait anticipé l'entrée en application du RGPD en réhaussant le montant des amendes administratives pouvant être infligées par la CNIL à hauteur de 3 millions d'euros (article 65 de la Loi pour une République Numérique).

la CNIL est restée, pendant longtemps, une autorité dont la voix portait peu, et ce, alors qu'elle existe depuis 1978. En outre, depuis sa création, la CNIL a imposé un nombre de sanctions administratives relativement faible (en comparaison du nombre d'entreprises ou d'administrations publiques ne se conformant pas aux règles applicables) et aux montants peu élevés, ce qui a certainement favorisé la méconnaissance, parfois volontaire, des entreprises vis-à-vis de leurs obligations en matière de protection des données à caractère personnel[115].

Si la communication massive de la Commission et des autorités de contrôle européennes a très certainement participé à la prise de conscience des organismes quant à la nécessité de protéger les données à caractère personnel, l'augmentation considérable du montant des amendes pouvant être infligées par ces dernières explique principalement les actions mises en œuvre par les organismes concernés, et le souci, relativement récent, de placer la protection des données au cœur de la politique d'entreprise[116].

La CNIL peut par ailleurs atteindre tant les responsables du traitement que les sous-traitants, ces derniers étant désormais soumis à de nombreuses obligations en vertu du RGPD, ce qui n'était pas le cas avant. En outre, le champ d'application territorial du RGPD a été élargi, puisqu'il est aujourd'hui susceptible de s'appliquer à des organismes qui ne sont pas établis sur le territoire de l'Union européenne mais dont les activités de traitement sont liées à une offre de biens ou de services à des personnes se trouvant dans l'Union européenne, qu'un paiement soit exigé ou non, ou dès lors que le traitement est lié au suivi de leur comportement[117]. La CNIL peut donc également atteindre des responsables du traitement ou sous-traitants qui ne sont pas établis dans l'Union européenne dès lors que les traitements de données mis en œuvre par ces organismes concernent des personnes qui, elles, s'y trouvent.

---

115 Par ailleurs, les poursuites entreprises sur le fondement des infractions prévues par le code pénal en la matière sont très rares.

116 Le désintérêt des entreprises pour la protection des données à caractère personnel s'explique également par le fait que peu de victimes de manquements ont entrepris des actions en justice. Le risque, pour les entreprises, était donc relativement limité. En effet, la preuve d'un préjudice est complexe à rapporter en matière de protection des données à caractère personnel. Couplé avec la faiblesse de l'enjeu (les préjudices restant le plus souvent très modérés quand ils sont prouvés), cela a toujours eu pour résultat de décourager les individus victimes d'un manquement de saisir la justice pour demander réparation. Avec l'action de groupe, cela devient plus simple et plus accessible. Voir les développements à ce sujet en partie III, A ci-dessous.

117 Voir la définition du champ d'application territorial du RGPD en son article 3.

Enfin, une autre nouveauté issue du RGPD réside dans la possibilité pour la CNIL d'effectuer ses missions de contrôles et d'adopter des décisions dans le cadre d'une coopération avec d'autres autorités européennes de contrôle lorsque « *le responsable du traitement ou le sous-traitant est établi dans plusieurs Etats membres ou si un nombre important de personnes concernées dans plusieurs Etats membres sont susceptibles d'être sensiblement affectées par des opérations de traitement* »[118]. Ce mécanisme permet ainsi d'apporter une réponse unique à la conformité ou la non-conformité d'un traitement de données et d'éviter le « forum shopping », pratique largement répandue sous l'empire de la Directive.

B. *Le DPO, nouvelle figure de la compliance*

Le RGPD fait entrer en scène un nouvel acteur de la conformité, le délégué à la protection des données dont la désignation, par le responsable du traitement et le sous-traitant, s'avère obligatoire dans trois cas et en particulier quand « *les activités de base du responsable du traitement ou du sous-traitant consistent en des opérations de traitement qui, du fait de leur nature, de leur portée et/ou de leurs finalités, exigent un suivi régulier et systématique à grande échelle des personnes concernées* » ou lorsque ces activités de base consistent en un « *traitement à grande échelle de catégories particulières de données* » ou « *des données à caractère personnel relatives à des condamnations pénales et à des infractions* », en résumé, ce que nous appelons couramment, des données sensibles[119]. Néanmoins, rien n'interdit aux entreprises qui n'en ont pas l'obligation de désigner un DPO. Une telle désignation relaie souvent un message positif, que ce soit en interne ou en externe, car les personnes concernées disposent alors d'un interlocuteur identifié, en cas de besoin, et par ailleurs, l'entreprise montre, par cette désignation, qu'elle accorde une certaine importance à la protection des données à caractère personnel, ce qui lui donne un avantage concurrentiel non négligeable.

---

[118] Article 62 du RGPD. A cet égard, le considérant 130 du RGPD dispose que « *Lorsque l'autorité de contrôle auprès de laquelle la réclamation a été introduite n'est pas l'autorité de contrôle chef de file, l'autorité de contrôle chef de file devrait coopérer étroitement avec l'autorité de contrôle auprès de laquelle la réclamation a été introduite conformément aux dispositions relatives à la coopération et à la cohérence prévues par le présent règlement. Dans de tels cas, l'autorité de contrôle chef de file devrait, lorsqu'elle adopte des mesures visant à produire des effets juridiques, y compris des mesures visant à infliger des amendes administratives, tenir le plus grand compte de l'avis de l'autorité de contrôle auprès de laquelle la réclamation a été introduite, laquelle devrait rester compétente pour effectuer toute enquête sur le territoire de l'État membre dont elle relève, en liaison avec l'autorité de contrôle chef de file* ».

[119] Article 37, paragraphe 1 du RGPD.

Le G29 est venu clarifier certaines des notions clefs utilisées pour déterminer les conditions dans lesquelles la désignation d'un DPO est obligatoire. En particulier, doit être entendu par « activités de base », les « *opérations essentielles nécessaires pour atteindre les objectifs du responsable du traitement ou du sous-traitant* »[120]. Il recommande par ailleurs de tenir compte de certains facteurs pour déterminer l'existence d'un traitement "à grande échelle", au titre desquels « *le nombre de personnes concernées, soit en valeur absolue, soit en valeur relative par rapport à la population concernée* », « *le volume de données et/ou le spectre des données traitées* », « *la durée, ou la permanence, des activités de traitement des données* », « *l'étendue géographique de l'activité de traitement* »[121].

La notion de « *suivi régulier et systématique* » est, quant à elle, précisée par le considérant 24 du RGPD qui indique que « *Afin de déterminer si une activité de traitement peut être considérée comme un suivi du comportement des personnes concernées, il y a lieu d'établir si les personnes physiques sont suivies sur internet, ce qui comprend l'utilisation ultérieure éventuelle de techniques de traitement des données à caractère personnel qui consistent en un profilage d'une personne physique, afin notamment de prendre des décisions la concernant ou d'analyser ou de prédire ses préférences, ses comportements et ses dispositions d'esprit* ». Le G29 a également apporté des précisions intéressantes sur cette notion, notamment sur le fait qu'elle ne devait pas se limiter à l'environnement en ligne[122].

A la lueur de ce qui précède, de nombreux organismes, tels que ceux du secteur de la publicité ciblée ou les réseaux sociaux, sont par conséquent susceptibles d'entrer dans les deux premières catégories visées ci-dessus comme devant obligatoirement désigner un DPO.

En avril dernier, Marie-Laure Denis, Présidente de la CNIL, indiquait que la France comptait environ 17 000 DPO désignés agissant pour plus de 51 000 entreprises et organisations[123]. La France aurait pourtant besoin, selon elle, de 80 000 DPO. La marge est donc importante. Elle s'explique en partie par la gageure que constitue la désignation d'un DPO qui réponde aux exigences multiples du RGPD.

---

[120] Groupe de l' « Article 29 », lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, adoptées le 13 décembre 2016, version révisée et adoptée le 5 avril 2017, page 8.

[121] Groupe de l' « Article 29 », lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, adoptées le 13 décembre 2016, version révisée et adoptée le 5 avril 2017, page 9.

[122] Groupe de l' « Article 29 », lignes directrices concernant les délégués à la protection des données, adoptées le 13 décembre 2016, version révisée et adoptée le 5 avril 2017, pages 10 et 11.

[123] La Tribune, interview de Marie-Laure Denis, Présidente de la CNIL, 15 avril 2019.

En effet, le rôle du DPO englobe des fonctions à la fois internes, au sein de l'organisation qui l'a désigné, et externes, impliquant des discussions et une coopération avec les autorités européennes de protection des données[124]. En particulier, le DPO fournit les orientations nécessaires sur la manière dont les mesures destinées à assurer la conformité avec le RGPD doivent être mises en œuvre[125]. L'exemple le plus parlant à cet égard réside dans l'article 35 du RGPD qui indique que lorsqu'une analyse d'impact relative à la protection des données est requise, le responsable du traitement demande conseil au DPO. Mais le DPO est aussi, tout à la fois, le conseil juridique et le référent en matière de conformité[126], la personne en charge d'évaluer les risques liés aux traitements des données à caractère personnel[127], le responsable de la qualité, également en charge des audits[128], le directeur de projets[129], le spécialiste de la sécurité informatique[130], mais aussi le médiateur et le gestionnaire de crises[131].

---

[124] Article 39, paragraphe 1, points d) et e) du RGPD.

[125] L'article 38, paragraphe 1 du RGPD dispose que « *Le responsable du traitement et le sous-traitant veillent à ce que le délégué à la protection des données soit associé, d'une manière appropriée et en temps utile, à toutes les questions relatives à la protection des données à caractère personnel* ».

[126] L'article 39, paragraphe 1, point a) du RGPD prévoit que le DPO a notamment pour mission d' « *informer et conseiller le responsable du traitement ou le sous-traitant ainsi que les employés qui procèdent au traitement sur les obligations qui leur incombent en vertu du présent règlement et d'autres dispositions du droit de l'Union ou du droit des États membres en matière de protection des données* ». Il doit donc être en mesure de fournir un avis juridique aux opérationnels sur toute question portant sur la protection des données. Le DPO est également en charge de former et de sensibiliser l'entreprise sur les problématiques liées à la protection des données.

[127] Le DPO doit être en mesure d'évaluer les risques concrets liés à des opérations de traitement spécifiques et de prendre les mesures qui s'imposent, telles que la réalisation d'une analyse d'impact sur la protection des données (article 39, paragraphe 1, point c) du RGPD), ou l'identification des mesures de sécurité susceptibles de mitiger les risques identifiés.

[128] Article 39, paragraphe 1, point b) du RGPD. En outre, le DPO sera souvent chargé de s'assurer du respect par l'organisme qui l'a désigné des engagements pris par ce dernier, par exemple en cas d'adoption de règles internes d'entreprise ou de certification.

[129] Le DPO doit s'assurer que les différents projets menés par l'entreprise (par exemple, le lancement d'un nouvel objet connecté) respectent, dès leur commencement et tout au long de leur développement, de la conception à la mise en production, les dispositions du RGPD (notamment pour l'application des principes de « *privacy by design* », « *privacy by default* »).

[130] Dans le cadre de sa mission de conseil en matière de conformité au RGPD, le DPO doit nécessairement disposer de connaissances de base en matière de sécurité informatique, dans la mesure où il est amené à être sollicité sur les mesures pratiques à mettre en place aux fins de respect des exigences du RGPD en la matière, mais aussi en cas d'incidents de sécurité des données.

[131] Le DPO sera souvent sollicité pour mettre en place un plan de gestion de crise en cas de violation de données, afin que le responsable du traitement soit en mesure de prendre les mesures pour y remédier, et d'informer l'autorité de contrôle et éventuellement les personnes concernées, le tout dans un délai très court, d'où l'importance d'avoir une procédure pré-définie.

La question de savoir si le DPO doit être désigné en interne ou en externe et celle de sa localisation géographique doivent être étudiées au cas par cas en fonction des particularités de l'organisme concerné. Néanmoins, la pratique favorise généralement une désignation en interne, puisqu'un DPO compétent est un DPO qui maitrise les méandres du droit de la protection des données à caractère personnel, et son texte phare, à savoir le RGPD, mais aussi qui dispose d'une très bonne compréhension des activités de l'entreprise concernée et de son fonctionnement interne.

Le DPO apparait comme la pierre angulaire du principe de responsabilité (*accountability*) qui irrigue le RGPD et constitue l'un des principaux changements de fonds dont le législateur européen a fait le choix. En effet, il abandonne un système de contrôle a priori au profit d'un système de contrôle a posteriori dont la conséquence majeure est de responsabiliser les responsables du traitement et sous-traitants[132]. Le système de déclarations de conformité et d'autorisations qui préexistait à l'entrée en application du RGPD a été remplacé par ce principe de responsabilité, qui place les responsables du traitement et sous-traitants dans une logique de conformité continue. A ce titre, ils doivent être en mesure de démontrer leur conformité à tout moment.

Si le DPO n'est pas responsable, il apparait à tout le moins comme le garant d'un certain niveau de conformité, et par conséquent de l'effectivité de la protection des personnes concernées[133].

Les difficultés rencontrées à l'occasion de la mise en œuvre pratique des différents droits reconnus aux personnes concernées, se retrouvent de manière similaire et comme évoqué plus haut, du côté de ceux qui en sont débiteurs. Le DPO doit alors, selon nous, ne pas être un simple répétiteur du RGPD, mais tendre à en devenir un interprète, sorte de bâton de berger du responsable du traitement ou du sous-traitant. A ce titre, et grâce à sa place de choix au cœur de l'entreprise, le DPO est idéalement placé pour développer une réflexion innovante et devenir force de proposition dans le cadre de la traduction pratique du RGPD.

[132] Le sous-traitant est celui qui traite les données à caractère personnel pour le compte et selon les instructions du responsable du traitement. Contrairement au responsable du traitement, le sous-traitant ne détermine pas les finalités et les moyens du traitement qu'il effectue.

[133] En vertu de l'article 82 du RGPD, seuls les responsables du traitement et les sous-traitants sont susceptibles d'être reconnus responsables d'une violation du RGPD.

III. Les efforts de la France pour garantir l'effectivité des droits des personnes sur leurs données à caractère personnel

En France, les personnes concernées voient l'effectivité de leurs droits renforcée grâce à l'implication et au souci, du législateur français d'une part, mais aussi des autorités administratives indépendantes d'autre part, de protéger la vie privée et les données à caractère personnel des personnes.

A. *La consécration d'une action de groupe à vocation indemnitaire*

Le législateur français a saisi l'opportunité offerte par le RGPD aux Etats-membres d'intégrer dans leurs droits nationaux un droit, pour les personnes concernées, de mandater des organismes, organisations ou associations afin d'introduire une réclamation en leur nom devant les juridictions compétentes et d'obtenir réparation[134].

L'idée d'une action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel avait déjà germé en France puisque dès 2014, le Conseil d'Etat suggérait, dans son étude annuelle sur le numérique et les droits fondamentaux, la création d'une action collective destinée à répondre au développement croissant des nouvelles technologies et du *big data*[135]. Le Conseil d'Etat y soulignait l'importance « *d'accroître la capacité des individus à agir pour la défense de*

[134] L'article 80, paragraphe 1 du RGPD dispose à cet égard que « *La personne concernée a le droit de mandater un organisme, une organisation ou une association à but non lucratif, qui a été valablement constitué conformément au droit d'un État membre, dont les objectifs statutaires sont d'intérêt public et est actif dans le domaine de la protection des droits et libertés des personnes concernées dans le cadre de la protection des données à caractère personnel les concernant, pour qu'il introduise une réclamation en son nom, exerce en son nom les droits visés aux articles 77, 78 et 79 et exerce en son nom le droit d'obtenir réparation visé à l'article 82 lorsque le droit d'un État membre le prévoit* ».

[135] Conseil d'Etat, « étude annuelle 2014 : Le numérique et les droits fondamentaux », voir la proposition n°8 consistant à « *créer une action collective, distincte de l'action de groupe, destinée à faire cesser les violations de la législation sur les données personnelles. Cette action serait exercée devant le tribunal de grande instance par les associations agréées de protection de consommateurs ou de défense de la vie privée et des données personnelles* », pages 262, 283 et suivantes. Le Conseil National du Numérique (CNNUM), dans son rapport intitulé "Ambition numérique – Pour une politique française et européenne de la transition numérique" remis au Premier Ministre en juin 2015, s'est prononcé en faveur de la recommandation du Conseil d'Etat visant à l'ouverture d'une action collective en matière de protection des données à caractère personnel (voir page 57). Il précisait également que pour qu'un tel recours soit pleinement effectif, il devait s'accompagner de la réparation des dommages immatériels, extrapatrimoniaux et des préjudices moraux.

leurs droits et à amplifier ainsi les possibilités d'action des pouvoirs publics eux-mêmes » en adoptant une « *logique "d'empowerment", "d'autonomisation" des individus* »[136].

Si le législateur aurait pu, dès l'adoption de la loi Hamon en 2014[137], instaurer une action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel, c'est la loi pour la modernisation de la justice du XXIe siècle du 18 novembre 2016, qui donna vie à la proposition du Conseil d'Etat[138].

Néanmoins, cette action de groupe, à la différence de l'action de groupe ouverte par la loi Hamon aux consommateurs, n'avait pas de vocation indemnitaire mais pour seul but de faire cesser un manquement[139]. Très certainement en raison de sa portée limitée, l'action collective créée par la loi pour la modernisation de la justice du XXIe siècle n'a jamais été mise en œuvre.

Il a donc fallu attendre l'entrée en application du RGPD et sa transposition en droit interne via la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles, pour que le législateur français décide de franchir complètement le gué en consacrant une action de groupe à caractère indemnitaire en matière de données à caractère personnel[140].

L'action de groupe ne peut être engagée que « *lorsque plusieurs personnes physiques placées dans une situation similaire subissent un dommage ayant pour cause commune un manquement de même nature aux dispositions du règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 ou de la présente loi par un responsable de traitement de données à caractère personnel*

[136] Conseil d'Etat, « étude annuelle 2014 : Le numérique et les droits fondamentaux », page 262. Dans ses développements relatifs à l'autodétermination informationnelle en lien avec la question de la loyauté des plateformes, le CCNUM indiquait que « *afin que l'individu ne porte pas toujours seul la responsabilité de veiller au bon usage de ses données dans un environnement caractérisé par une asymétrie de pouvoir, des dispositifs d'action collective sont à prévoir en cas de non-respect de ce droit fondamental à l'autodétermination informationnelle* », page 35.

[137] La loi n° 2014-344 du 17 mars 2014 relative à la consommation, dite loi Hamon, a introduit l'action de groupe permettant aux consommateurs d'être indemnisés suite à des manquements de professionnels au code de la consommation.

[138] Loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[139] L'ancien article 43 ter de la loi Informatique et Libertés, créé par la loi n° 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle, prévoyait expressément que « *cette action tend exclusivement à la cessation* » du manquement.

[140] Article 37 de la Loi Informatique et Libertés. Ce fut au prix de longs débats puisque le projet de loi initial ne prévoyait pas de permettre l'exercice de l'action de groupe aux fins de réparation d'un dommage causé par un manquement à la législation applicable en la matière. Il a fallu que le Conseil National des Barreaux alerte la rapporteure du projet de loi, Madame Paula Forteza, de la nécessité de mettre un terme à cette limitation de l'action de groupe en matière de protection des données à caractère personnel à la seule cessation d'un manquement.

ou un sous-traitant »[141]. Les cas typiques sont ceux d'une fuite de données massive liée à un manquement à la sécurité des données, ou encore l'utilisation des données à caractère personnel des utilisateurs d'un réseau social ou d'une plateforme à des fins de publicité ciblée sans que ces derniers aient donné un consentement valable à un tel traitement.

L'action de groupe se déroule en trois phases principales. La première phase débute par l'envoi, par l'association ou l'organisation syndicale habilitée[142], d'une mise en demeure à l'encontre du responsable du traitement ou du sous-traitant auquel il est reproché un manquement au RGPD ou à la loi Informatique et Libertés. Le responsable du traitement ou le sous-traitant visé dispose alors de 4 mois pour adopter les mesures propres à faire cesser le manquement ou réparer les préjudices subis[143].

A l'issue de cette période de 4 mois, la seconde phase débute avec le dépôt, par l'association ou l'organisation syndicale, d'un acte introductif d'instance. Elle s'achève par un jugement du tribunal sur la responsabilité du responsable du traitement ou du sous-traitant. Si celle-ci est reconnue, le jugement définit le groupe de personnes à l'égard desquelles la responsabilité du responsable du traitement ou du sous-traitant est engagée et les critères de rattachement à ce groupe ainsi que les préjudices indemnisables. Le jugement détermine également le délai pendant lequel les personnes peuvent adhérer au groupe en vue d'obtenir réparation de leur préjudice et les mesures de publicité destinées à informer les personnes susceptibles d'avoir subi un dommage causé par le manquement constaté[144].

La troisième phase correspond à la période pendant laquelle les personnes concernées peuvent se joindre au groupe ou adresser une demande en

---

[141] Article 37, II de la Loi Informatique et Libertés.

[142] L'article 37, IV de la Loi Informatique et Libertés indique que peuvent exercer l'action de groupe, « *1° les associations régulièrement déclarées depuis cinq ans au moins ayant dans leur objet statutaire la protection de la vie privée ou la protection des données à caractère personnel ; 2° les associations de défense des consommateurs représentatives au niveau national et agréées en application de l'article L. 811-1 du code de la consommation, lorsque le traitement de données à caractère personnel affecte des consommateurs ; 3° les organisations syndicales de salariés ou de fonctionnaires représentatives au sens des articles L. 2122-1, L. 2122-5 ou L. 2122-9 du code du travail ou du III de l'article 8 bis de la loi n° 83-634 du 13 juillet 1983 portant droits et obligations des fonctionnaires ou les syndicats représentatifs de magistrats de l'ordre judiciaire, lorsque le traitement affecte les intérêts des personnes que les statuts de ces organisations les chargent de défendre* ».

[143] Article 64 de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle.

[144] Article 66 de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle.

réparation, et ainsi obtenir indemnisation, via une procédure collective ou de manière individuelle, de leur préjudice[145].

A côté des actions individuelles classiques ouvertes aux personnes concernées[146], le droit français consacre donc désormais une action de groupe à caractère indemnitaire, ce qui constitue une avancée considérable qui s'inscrit, elle aussi, dans le mouvement général de renforcement du contrôle des personnes sur leurs données à caractère personnel.

Jusqu'à la loi du 20 juin 2018, si les personnes concernées disposaient déjà, y compris avant l'entrée en application du RGPD, d'une large palette de droits sur leurs données à caractère personnel, elles se trouvaient démunies lorsque, se considérant victimes d'un manquement, elles entendaient voir leurs droits respectés. L'idée de s'engager dans une action individuelle devant les juridictions civiles contre l'un des mastodontes de l'Internet paraissait alors un combat inégal nécessitant un investissement surpassant de loin les bénéfices escomptés[147]. En effet, l'investissement en temps et financier que représente une action individuelle en matière de protection des données à caractère personnel, avait le plus souvent comme conséquence une inaction des personnes concernées.

La consécration de l'action de groupe à caractère indemnitaire en matière de protection des données à caractère personnel réintroduit par conséquent un peu d'équilibre. En effet, l'individu n'est plus seul face aux acteurs du numérique et peut bénéficier de la force du regroupement des victimes, et du caractère gratuit d'une telle action. Comme l'indiquait le Conseil d'Etat dans son étude annuelle de 2014, « […] *l'enjeu collectif peut être très important, par exemple dans le cas d'une faille de la sécurité ou d'une cession non autorisée de données personnelles affectant des centaines de milliers voire des millions de personnes. C'est pour apporter une réponse à ce type de situation, dans lequel une multitude de personnes sont concernées par un litige de faible enjeu pour chacune, que la loi du 17 mars 2014 relative à la consommation a créé la procédure d'action de groupe* »[148].

---

145 Voir les articles 69 et suivants de la loi de modernisation de la justice du XXIe siècle.

146 Notamment, les actions civile (en réparation du préjudice subi), pénale et administrative (devant la CNIL, puis le Conseil d'Etat en appel).

147 Dans son étude annuelle de 2014, le Conseil d'Etat soulignait déjà que « *Les personnes affectées par une méconnaissance de la législation sur les données personnelles sont peu enclines à saisir la justice. L'enjeu pour chaque personne est en règle générale limité et le préjudice difficile à évaluer* », page 283.

148 Conseil d'Etat, étude annuelle 2014 : Le numérique et les droits fondamentaux, page 283.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi du 20 juin 2018, l'Internet Society France a lancé la première action de groupe contre Facebook le 8 novembre 2018[149] tandis que l'UFC Que Choisir annonçait en faire de même à l'encontre de Google le 26 juin 2019[150]. Chacune de ces actions de groupe a demandé au tribunal de réparer le préjudice subi à hauteur de 1 000 euros par personne. Rapporté au nombre d'utilisateurs de Facebook et Google susceptibles de se joindre à ces actions, le montant des préjudices indemnisables pourrait être considérable.

La vocation indemnitaire de l'action de groupe et la menace d'une publicité négative présentent tout à la fois des intérêts dissuasif et préventif non négligeables qui joueront probablement un rôle dans le renforcement de l'effectivité des droits des personnes concernées, qui pourront, de cette manière, placer sous surveillance les acteurs du numérique.

B. *La multiplication des initiatives de coopération entre la CNIL et les autres autorités de régulation françaises*

Depuis la signature, le 6 janvier 2011, d'une convention de partenariat, la CNIL et la Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes (la « DGCCRF ») mènent des réflexions et actions conjointes afin d'apporter une meilleure protection aux données à caractère personnel des consommateurs. En particulier, et en vertu de ce partenariat, la DGCCRF communique à la CNIL, à l'occasion des contrôles qu'elle mène, les manquements constatés à la Loi Informatique et Libertés[151]. C'est très probablement dans le cadre de ces échanges d'informations que la CNIL mettait Facebook en demeure, par une décision du 26 janvier 2016[152], pour des manquements à la Loi Informatique et Libertés dans le cadre de ses activités de traitements des données des utilisateurs de son réseau social, tandis que,

[149] https://www.isoc.fr/ebastille-mars-2019/.

[150] https://www.quechoisir.org/decryptage-action-de-groupe-contre-google-vos-questions-nos-reponses-n68427/#concretement-comment-et-quand-dois-je-me-signaler.

[151] Par exemple, les manquements à la sécurité des données ou à l'obligation d'information des personnes concernées, une collecte déloyale, *etc.*

[152] Décision n°2016-007 du 26 janvier 2016 de la CNIL mettant en demeure les sociétés Facebook Inc. et Facebook Ireland Limited. La CNIL reprochait notamment à Facebook une absence de base légale à la combinaison des données à caractère personnel de ses utilisateurs, un manquement au principe de proportionnalité, l'absence de recueil du consentement de ses utilisateurs pour le traitement de données sensibles, l'absence de mention adéquate dans le formulaire d'inscription, l'absence de durée de conservation proportionnée des données.

début février 2016, la DGCCRF enjoignait à Facebook de modifier ses conditions générales d'utilisation afin d'en supprimer les clauses abusives[153].

La CNIL et la DGCCRF ont par ailleurs publié un communiqué commun afin d'alerter les entreprises de l'existence de pratiques abusives consistant en des sollicitations trompeuses émanant de sociétés prétendant fournir des prestations de mise en conformité au RGPD. Ces pratiques se sont multipliées à l'approche de l'entrée en application du RGPD. Les deux autorités ont donc décidé d'agir de concert en formulant un certain nombre de recommandations destinées à aiguiller les professionnels faisant l'objet de ce type de démarchage[154].

En début d'année, un pas de plus a été franchi par les deux autorités de régulation afin de renforcer la protection des consommateurs et leurs données à caractère personnel. La CNIL et la DGCCRF ont en effet signé un nouveau protocole de coopération le 31 janvier 2019 dont l'objectif est d'adapter leur collaboration aux nouveaux enjeux numériques. Le commerce en ligne s'étant démocratisé, les consommateurs sont régulièrement la cible de pratiques discutables en matière d'utilisation de leurs données à caractère personnel. Invités à communiquer leurs données à caractère personnel dans le cadre d'un projet d'achat en ligne ou de la simple visite d'un site internet, on constate qu'ils sont souvent amenés à divulguer plus de données à caractère personnel que nécessaires à la finalité poursuivie, qu'ils sont mal informés des finalités pour lesquelles ces données sont collectées et que celles-ci sont parfois collectées dans des conditions de sécurité insuffisantes. La CNIL et la DGCCRF, dont les champs de compétence sont amenés à se superposer de plus en plus fréquemment, entendent donc, par ce nouveau protocole de coopération, « *mieux sensibiliser les consommateurs aux risques encourus lors de la communication de leurs données personnelles et diffuser les bonnes pratiques mises en œuvre par les professionnels ; faciliter l'échange d'informations relatives au non-respect du droit de la consommation et de la protection des données personnelles des consommateurs ; réaliser des contrôles communs ; porter conjointement des propositions d'actions au niveau européen ; mutualiser les expertises, notamment en ce qui concerne les outils d'enquête ; partager leurs analyses sur les évolutions du cadre législatif et réglementaire en matière de protection des consommateurs et de leurs données personnelles* »[155].

[153] La DGCCRF critiquait en particulier la possibilité pour Facebook de supprimer des contenus publiés par un utilisateur sur le réseau social, et ce, de manière discrétionnaire.
[154] https://www.cnil.fr/fr/pratiques-abusives-mise-en-conformite-RGPD-CNIL-DGCCRF.
[155] https://www.economie.gouv.fr/dgccrf/cnil-et-dgccrf-font-evoluer-protocole-cooperation-pour-renforcer-protection-des-consommateurs.

La CNIL s'associe également aux réflexions d'autres autorités de régulation, signe que la question de la protection des données à caractère personnel tend à imprégner l'ensemble de la société, tant la donnée est partout. Le 24 juin 2019, l'Autorité de la concurrence, l'AMF[156], l'Arafer[157], l'Arcep[158], la CNIL, la CRE[159] et le CSA[160] se sont réunis pour échanger sur des sujets d'intérêts communs. Cette réunion des sept régulateurs français s'est concrétisée par la publication d'une note, fruit de leurs réflexions, intitulée « Nouvelles modalités de régulation – La régulation par la donnée » le 8 juillet 2019[161]. La régulation par la donnée « […] *consiste à utiliser la puissance de l'information pour comprendre le marché et éclairer son fonctionnement de manière factuelle pour mieux l'orienter et mieux assurer la protection d'ordre public du consommateur sur ces différents marchés* »[162]. En particulier, cette note souligne l'importance que joue l'information des consommateurs et de la société civile pour faire contrepoids face aux acteurs de l'économie numérique. Elle indique à cet égard qu' « *Un deuxième type d'action consiste à fournir aux utilisateurs et aux acteurs relais (acteurs publics, associations, société civile, outils de mesure ou comparateurs, etc.) un contre-pouvoir par une information précise, individualisée voire personnalisée. A travers leurs choix, les utilisateurs peuvent devenir des acteurs de la régulation à part entière en pesant sur les décisions des acteurs économiques dont ils sont les clients* »[163].

Un exemple de synergie intéressante est la participation de la CNIL au rapport du CSA et de l'Hadopi sur les assistants vocaux et enceintes connectées[164]. Dans ce rapport, la CNIL rappelle les trois points de vigilance qu'elle a identifiés relatifs à la protection de la vie privée et présente comme le deuxième frein majeur au développement des enceintes connectées sur le marché français, les craintes des consommateurs à l'égard de la collecte et de

156 Autorité des marchés financiers.
157 Autorité de régulation des activités ferroviaires et routières.
158 Autorité de régulation des communications électroniques et des postes.
159 Commission de régulation de l'énergie.
160 Conseil supérieur de l'audiovisuel.
161 https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/note-aai-regulation-par-la-data-juil2019.pdf.
162 « Nouvelles modalités de régulation : La régulation par la donnée », Autorité de la concurrence, AMF, Arafer, Arcep, CNIL, CRE, CSA, 8 juillet 2019, page 3.
163 « Nouvelles modalités de régulation : La régulation par la donnée », Autorité de la concurrence, AMF, Arafer, Arcep, CNIL, CRE, CSA, 8 juillet 2019, page 3.
164 « Assistants vocaux et enceintes connectées, l'impact de la voix sur l'offre et les usages culturels et médias », Hadopi et CSA, avec la participation de l'Arcep, de l'autorité de la concurrence et de la CNIL, mai 2019.

l'utilisation de leurs données à caractère personnel au travers desdites enceintes. L'Hapodi et le CSA en concluent que « *Les pouvoirs publics devront accompagner le développement des usages des enceintes connectées et des assistants vocaux en garantissant un niveau élevé d'information des utilisateurs sur l'utilisation de leurs données personnelles, sur les fonctionnalités offertes par ces nouvelles technologies et sur les services disponibles sur ces terminaux* »[165].

Par ailleurs, la CNIL, autorité administrative indépendante dont la création en 1978 par la Loi Informatique et Libertés, visait à protéger les individus des dérives de l'administration en matière de traitement de données à caractère personnel[166], continue d'affirmer son rôle de garde-fou. Le 12 septembre dernier, elle a publié un avis sur un article du projet de loi de finances pour 2020[167] dont l'objet est la mise en place d'une expérimentation permettant la collecte de données à caractère personnel d'individus sur les réseaux sociaux et plateformes en ligne aux fins de lutte contre la fraude fiscale[168]. La CNIL a exprimé ses réserves devant ce dispositif et souligné « *une forme de renversement des méthodes de travail des administrations visées ainsi que des traitements auxquels elles ont recours pour lutter contre la fraude. Elle repose en effet sur une collecte générale préalable de données relatives à l'ensemble des personnes rendant accessibles des contenus sur les plateformes en ligne visées, en vue de cibler des actions ultérieures de contrôle lorsque le traitement de ces données aura fait apparaitre un doute, et non sur une logique de traitement ciblé de telles données lorsqu'un doute ou des suspicions de commission d'une infraction préexistent* ». Elle a également indiqué, dans son communiqué publié sur son site internet le 30 septembre 2019, que cette expérimentation présentait « *des*

---

[165] « Assistants vocaux et enceintes connectées, l'impact de la voix sur l'offre et les usages culturels et médias », Hadopi et CSA, avec la participation de l'Arcep, de l'autorité de la concurrence et de la CNIL, mai 2019, page 78.

[166] C'est en particulier suite à la révélation, en 1974, d'un projet du gouvernement visant à identifier chaque citoyen par un numéro et d'interconnecter l'ensemble des fichiers de l'administration par le biais de ce numéro unique (le projet SAFARI, système automatisé pour les fichiers administratifs et le répertoire des individus), que le souci de protéger les données à caractère personnel et la vie privée des personnes a vu le jour et mené à la création de la loi du 6 janvier 1978.

[167] Délibération n° 2019-114 du 12 septembre 2019 portant avis sur le projet d'article 9 du projet de loi de finances pour 2020 (https://www.cnil.fr/sites/default/files/atoms/files/d2019-114_projet_article_9_plf_vs.pdf).

[168] En vertu de l'article 8, I, 4°, a) de la Loi Informatique et Libertés dans sa dernière version, la CNIL « *est consultée sur tout projet de loi ou de décret ou toute disposition de projet de loi ou de décret relatifs à la protection des données à caractère personnel ou au traitement de telles données. Elle peut également être consultée par le président de l'Assemblée nationale, par le président du Sénat ou par les commissions compétentes de l'Assemblée nationale et du Sénat ainsi qu'à la demande d'un président de groupe parlementaire sur toute proposition de loi relative à la protection des données à caractère personnel ou au traitement de telles données.* ».

enjeux très particuliers du point de vue des libertés, compte tenu de l'impact du dispositif sur la vie privée et ses possibles effets sur la liberté d'expression en ligne » et insisté sur « *la nécessité d'évaluer de manière approfondie le respect, par les administrations concernées, du principe de proportionnalité* »[169].

Enfin, il faut souligner le rôle moteur de la CNIL dans l'élaboration et l'accouchement douloureux que fut l'adoption du RGPD. En effet, l'ancienne présidente de la CNIL, Isabelle Falque-Pierrotin[170], fut élue le 27 février 2014 à la présidence du G29 pour deux ans, et a, par ce biais, apporté une contribution majeure à la construction de ce nouveau standard européen.

L'ensemble de ces initiatives et prises de position sont la preuve qu'un mouvement de rééquilibrage est en marche, avec d'une part, des individus mieux informés pour décider, en connaissance de cause, des utilisations faites de leurs données à caractère personnel et, d'autre part, des acteurs du numérique responsabilisés et plus surveillés, tant par les régulateurs que l'ensemble de la population.

Néanmoins, le chemin vers la conformité reste long et sinueux. Nombre d'entreprises peinent à se mettre en conformité par manque de moyens mais surtout parce que le RGPD demeure un texte long, complexe et souvent éloigné des considérations pratiques et techniques auxquelles se confrontent chaque jour les entreprises. Si l'internalisation de la conformité en matière de protection des données à caractère personnel est bienvenue car elle permet de responsabiliser les acteurs de l'économie numérique, et de stimuler leur réflexion pour le développement de mesures innovantes en matière de conformité, ces derniers ont néanmoins besoin d'être guidés afin de percer les arcanes du RGPD[171]. Le CEPD, par la publication de lignes directrices, la CNIL, par la création de référentiels et autres labels, et le DPO, par son rôle

[169] https://www.cnil.fr/fr/projet-de-loi-de-finances-2020-publication-de-lavis-de-la-cnil.

[170] Isabelle Falque-Pierrotin fut présidente de la CNIL du 21 septembre 2011 à fin janvier 2019. Elle fut également élue à la présidence de la conférence mondiale des autorités de protection de données de 2017 à 2018 (https://icdppc.org/the-conference-and-executive-committee/executive-committee/).

[171] Ce besoin est notamment rappelé dans le rapport du Conseil général de l'économie intitulé « Le Règlement général sur la protection des données : quelles opportunités pour les entreprises françaises ? », avril 2019, qui indique que « *La nouvelle logique de responsabilisation des acteurs, censée favoriser la prise d'initiative et l'innovation, engendre pourtant des craintes et des réticences, notamment en raison du montant élevé des sanctions potentielles en cas de non-respect du règlement. Nombreux sont ceux qui réclament des lignes directrices plus précises ou qui expriment le besoin d'être rassurés quant à la conformité de leurs traitements de données à caractère personnel* », page 20.

central dans l'entreprise en matière de conformité, permettent de s'acheminer, pas à pas, vers l'opérationnalisation du RGPD. Mais des efforts sont encore nécessaires afin de traduire, de manière concrète, des mécanismes et concepts du RGPD qui demeurent abscons et sources de nombreuses questions.

Le RGPD en tant qu'espace juridique multi-échelle : quelles implications pour le droit international privé ?

Martina Mantovani,
Doctorante, Université Paris II Panthéon-Assas et Research Fellow, Institut Max Planck du Luxembourg

Remarques introductives : le RGPD saisi par le droit international privé

Le 25 mai 2018, date de l'entrée en application du nouveau RGPD[1], marque un moment historique pour le régime juridique européen en matière de protection des données à caractère personnel. Cette réforme, largement souhaitée tant par les opérateurs commerciaux que par les particuliers[2], tire les enseignements de vingt ans de jurisprudence et de mise en œuvre de la législation de l'UE en la matière. Elle aspire notamment à moderniser le cadre juridique en introduisant des nouveautés qui renforcent la protection des droits individuels, tout en ouvrant de nouvelles perspectives pour les sociétés et les entreprises[3].

Aux yeux de l'internationaliste-privatiste, le RGPD présente plusieurs aspects intéressants. Premièrement, à la différence de la directive antérieure[4], le nouveau règlement porte unification des règles de compétence internationale, auxquelles s'ajoutent quelques règles de procédure uniformes, applicables au contentieux international en matière de protection des données[5]. D'ailleurs, son article 48 introduit une règle spéciale en matière de reconnaissance de décisions étrangères, de nature administrative ou juridictionnelle, ordonnant le transfert ou la divulgation des données vers des

[1] Règlement (UE) 2016/679 du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE (règlement général sur la protection des données), JOUE [2016] L 119/1.

[2] Voir, en ce sens, les résultats de l'Eurobaromètre spécial n°432 du 2015, Protection des données, Rapport de juin 2015.

[3] Communication de la Commission, *Une meilleure protection et de nouvelles perspectives - Orientations de la Commission relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données à partir du 25 mai 2018*, COM(2018) 43 final, janvier 2018, 1.

[4] Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOCE [1995] L 281/31.

[5] Cf., respectivement, les articles 79 et 81 du RGPD.

pays tiers. Ces innovations, déjà largement commentées[6] par la doctrine spécialiste, ne font pas l'objet de la présente contribution, qui vise en revanche à interroger la « complexité spatiale » du régime juridique établi par le RGPD.

Nous retenons, à ces fins, une définition large de la fonction du droit international privé, en tant que branche du droit traitant essentiellement de l'application des lois dans l'espace[7], ou de la détermination de l'empire respectif des lois dans l'espace[8]. Abordée sous cet angle, la complexité spatiale du RGPD, voire sa capacité de moduler l'emprise de ses règles dans l'espace d'une manière différenciée et dynamique, en ciblant des aires géographiques différentes en fonction du but recherché, intéresse sans nul doute le droit international privé, au sens large adopté ci-dessus.

La première partie de l'article interroge alors la complexité spatiale du RGPD *en tant que processus*. À ces fins, nous mobiliserons la notion « d'échelle ». Cet emprunt à la géographie critique nous permet en effet de bien illustrer les étapes qui jalonnent la création des aires de normativité établies par le RGPD, à savoir la manière dans laquelle chacune d'entre elles est conçue, tout d'abord, dans le discours politique du législateur européen ; se manifeste, ensuite, à travers des règles positives qui en définissent les frontières spatiales et se concrétise avec une plus grande efficacité grâce, enfin, à l'action combinée de multiples acteurs prenant part à ce processus.

Sans vouloir trop anticiper les résultats de l'analyse à venir, il convient de mentionner dès à présent que, en raison tant de sa nature de « loi uniforme » que des conceptions politiques fondamentales qui l'inspirent, le RGPD néglige quelque peu la règlementation des aspects de droit international privé au sens strict du terme. Il y a, plus particulièrement, une insuffisance manifeste de règles visant à résoudre les difficultés découlant de la coexistence du régime uniforme qu'il établit avec des régimes (matériels ou conflictuels) voisins, avec lesquels il est possible d'envisager des chevauchements, des conflits ou, le cas échéant, des relations de complémentarité.

C'est pourquoi la deuxième partie de la contribution considère la spatialité complexe du RGPD *en tant que datum,* dans le but de déterminer la

---

[6] Par rapport aux règles de compétence uniformes voir, entre autres, Marta Requejo Isidro, *Max Schrems against Facebook STJUE, as. C-498/16,* (2018) MPILux Working Paper 4 (2018) ; Pietro Franzina, *Jurisdiction regarding claims for the infringement of privacy rights under the General Data Protection Regulation*, dans Alberto de Franceschi (éd*)., European Contract Law and the Digital Single Market*, (Intersentia, 2016), Christian Kohler, *Conflict of Law Issues in the 2016 Data Protection Regulation of the European Union*, *ibidem*, (2016) Rivista Italiana di Diritto Internazionale Privato e Processuale 653.

[7] J. H. Beale, *A treatise on the conflict of laws or, Private international law*, (Harvard University Press 1916), 1.

[8] A. Pillet et J.-P. Niboyet, *Manuel de droit international privé,* (Sirey 1924), 1.

manière dans laquelle celle-ci vient encadrer l'action des acteurs, dont notamment les législateurs nationaux et les autorités judiciaires nationales, auxquels revient la tâche de combler les lacunes laissées par le législateur européen à travers le façonnage, et/ou l'identification, d'une règle de droit international privé appropriée.

Partie I. Procédés de conception et construction d'un espace juridique « multi-échelle ».

Dans des disciplines autres que le droit, c'est un fait bien établi que l'espace n'est pas une réalité passive, mais plutôt un produit[9], ou un construit[10], élaboré dans une dynamique sociale et idéelle. La thèse que nous allons soutenir ici est que des considérations identiques s'appliquent aux *espaces juridiques*. S'intéresser à la production de l'espace juridique mis en place par le RGPD, c'est donc affirmer que celui-ci est bien un produit collectif reflétant les valeurs et les représentations de ceux qui le façonnent, dont notamment le législateur européen. Du fait qu'il se fonde sur la récupération, par le législateur, des aspirations de ceux à qui il le destine[11], l'espace européen des données nous paraît susceptible de révéler les enjeux et les modes de spatialisation de la société qui le produit.

Or, tant les modes de spatialisation que les enjeux sous-jacents au RGPD se démarquent par leur complexité. En effet, ce règlement mobilise, de manière simultanée et en fonction de l'objectif poursuivi, des stratégies de spatialisation différentes afin de créer trois *échelles* juridiques distinctes : l'échelle *paneuropéenne,* l'échelle *extra-européenne* et l'échelle *intra-européenne.* La notion d' « échelle » retenue par la présente contribution est empruntée aux études de la géographie critique anglo-saxonne[12], où l'échelle est regardée

[9] Le champ de la recherche sur la nature de l'espace a été déblayé par les travaux pionniers d'Henri Lefebvre, et notamment par l'ouvrage *La production de l'espace,* (Editions Anthropos 1974).

[10] Récemment, plusieurs auteurs ont contesté l'utilisation du terme « production » du fait qu'il serait implicitement à une analyse marxiste de la société aujourd'hui peu en vogue. Les termes moins politisés de « construction » ou « fabrication » lui sont préférés : M. Lussault, *L'homme spatial : la construction sociale de l'espace humain*, (Seuil 2007) ; J.Y. Toussaint & M. Zimmermann, *User, Observer, programmer et fabriquer l'espace public*, (Collection des sciences appliquées de l'INSA de Lyon, 2001).

[11] La réforme du 2016 a fait suite à une large consultation des parties prenantes, dont les résultats ont été publiés dans l'Eurobaromètre spécial No 432, v. note 2.

[12] Voir les aperçus des differentes courantes réalisés par D. Masson, *Politique(s) des échelles et transnationalisation : perspectives géographiques,* dans (2009) *Politique et Sociétés,* Vol. 28 (1)*,* 113, aussi bien que par A. Herod, Scale (Key Ideas in Geography), (Routledge 2010).

comme étant, à la fois, un phénomène discursif, un phénomène matériel et, enfin, une construction collective. Aborder chacune de ces échelles en tant que phénomène discursif signifie, tout d'abord, orienter l'analyse vers la façon dont ces échelles sont imaginées, ou représentées – c'est-à-dire *construites dans le discours politique* – comme « ajustées » à la poursuite et à la réalisation des objectifs matériels poursuivis par le législateur européen au moyen du RGPD, saisis dans leur spécificité.

Deuxièmement, la prise en compte de la « dimension matérielle » de chaque échelle conduira à l'analyse des techniques législatives déployées par le législateur européen pour définir le « *spatial stretch* », voire le champ d'application spatial ou le ressort d'influence, des normes qui appartenant.

Enfin, les approches constructivistes de l'échelle invitent à s'interroger sur l'identité des acteurs (institutionnels et sociaux) participant, de manière plus ou moins directe, à la création ou à la mise à jour de la portée spatiale de chacune des échelles susmentionnées. Si le législateur européen demeure l'acteur le plus impliqué dans les processus de construction de l'espace européen des données, il n'en reste pas moins que d'autres acteurs – tels que la Cour de Justice de l'Union Européenne (dorénavant CJUE), les autorités judiciaires nationales et les autorités administratives de contrôle, les législateurs nationaux, des gouvernements étrangers et enfin, l'initiative privée – contribuent également à leur façonnage.

I. L'échelle paneuropéenne

L'échelle paneuropéenne sera définie comme l'aire géographique caractérisée par l'applicabilité directe et immédiate, de manière transversale « dans tous les États membres et dans toutes le politiques de l'Union », des règles de droit substantiel établies par le RGPD[13].

La création d'une telle échelle est sans doute l'une des innovations principales du RGPD. En tant que *phénomène discursif*, sa construction s'accompagne d'une rhétorique du changement radical par rapport à la situation de fragmentation juridique antérieure, existant en vertu de la directive 95/46/CE **(a)**. En tant que phénomène matériel, une telle échelle se présente

[13] Cf. Discours /12/26 de Viviane Reding, *The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age*, disponible à https://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.htm, se référant à l'établissement de « *a strong, consistent and future-proof framework for data protection, applied consistently across all Member States and across all European Union policies* ».

comme un *territoire fonctionnel*[14], prétendument homogène du point de vue du droit applicable au fond, mais insusceptible d'être enfermé par les frontières géopolitiques de l'Union **(b)**. L'étendue d'un tel territoire fonctionnel est néanmoins susceptible de connaître des fluctuations au fil du temps, du fait que ses frontières spatiales sont définies non seulement par le législateur européen, mais également par la CJEU et par les autorités judiciaires et administratives nationales **(c)**.

a. L'échelle paneuropéenne dans le discours politique du législateur européen

Dans le discours politique du législateur européen, la réforme du 2016 est présentée tout d'abord comme un « rééchelonnement » du régime européen en matière de protection des données personnelles. Ce rééchelonnement résulte notamment de l'abandon de l'échelle étatique, sur laquelle s'appuyaient les différentes lois nationales de transposition de la directive 95/46/CE, au profit de l'adoption d'une focale plus ample, considérant l'ensemble du territoire européen comme une entité spatiale indivisible et sans partitions internes.

En effet, l'une des aspirations principales de la réforme était précisément de remédier à la fragmentation et au sens généralisé d'insécurité juridique issus de la directive antérieure, contribuant ainsi à la meilleure réalisation d'objectifs et principes déjà sous-jacents à celle-ci[15]. Sous l'empire de cette dernière, à la fragmentation « physiologique » découlant de l'existence de 28 différentes lois nationales d'implémentation s'ajoutaient les difficultés ultérieures résultant des manquements des États Membres lors de la transposition en droit national. À cet égard, des études comparatives conduites vers la fin des années 2000 avaient montré l'existence d'implémentations

[14] Cf. l'acception de « territoire européen » développée par MM. Rigaux (A. Rigaux, *Territoire communautaire,* Rép. communautaire Dalloz, 1995) et Dubos (O. Dubos, *Le territoire*, dans Auby (éd), *L'influence du droit européen sur les catégories de droit public,* Dalloz 2010, 355), défini en tant que « territoire fonctionnel de l'Union, correspond[ant] au champ d'application spatial des règles communautaires, et [qui], pour cette raison, … n'est pas simplement dépendant des territoires des États Membres» : Dubos, *ibid,* 374.

[15] D'après le considérant 9 du RGPD, la directive 95/46/CE demeure toujours « satisfaisante » en ce qui concerne ses objectifs et ses principes. Cependant, cela « n'a pas permis d'éviter une fragmentation de la mise en œuvre de la protection des données dans l'Union, une insécurité juridique ou le sentiment, largement répandu dans le public, que des risques importants pour la protection des personnes physiques subsistent, en particulier en ce qui concerne l'environnement en ligne ».

considérablement divergentes dans les 28 États Membres[16], particulièrement concernant la règle d'applicabilité établie sous son article 4. Ayant pour but de délimiter, à la fois, l'emprise du régime européen en matière de protection des données *et* le champ d'application spatial de chaque loi nationale d'implémentation, cette règle se caractérisait par sa structure complexe et de la technicité du rattachement retenu, le « cadre d'activités d'un établissement d'un responsable du traitement ou d'un sous-traitant sur le territoire d'un État Membre ». Elle avait par conséquent été souvent équivoquée et mal traduite par les législateurs nationaux[17]. Le manque de coordination entre les champs d'application spatiaux des lois nationales d'implémentation qui en résultait avait, à son tour, engendré des lacunes de la protection juridique des personnes physiques, ainsi que de situations de surrèglementation[18] des activités commerciales transfrontalières, qui compliquaient considérablement la vie des personnes physiques et des opérateurs commerciaux actifs dans le marché unique.

En rupture avec cet héritage, le RGPD est présenté comme « une législation paneuropéenne unique pour la protection des données »[19], à savoir « un ensemble unique de règles directement applicables dans les ordres juridiques internes des États membres »[20], sans besoin de mesures nationales d'implémentation, ce qui devrait garantir l'application uniforme de ses règles, au profit du marché unique numérique de l'UE[21].

Une telle démarche devrait notamment assurer l'égalisation du niveau de protection juridique garantie aux personnes physiques dans l'Union, quelle que soit leur nationalité ou résidence[22], ainsi que la simplification de l'environnement réglementaire au sein du marché unique, au moyen de la suppression du patchwork incohérent des lois nationales d'implémentation. Ceci dans la conviction que de telles mesures encouragent la confiance des consommateurs, offrent plus de clarté aux opérateurs économiques

[16] D. Korff, *EC Study on the Implementation of Data Protection Directive 95/46/EC*, disponible à https://ssrn.com/abstract=1287667.

[17] *Ibid*, 43, remarquant que il'n y avait, au niveau européen, que 9 transpositions nationales correctes dudit article 4.

[18] Alors que la genèse historique de la directive révèle la volonté d'éviter une situation dans laquelle « le même traitement pourrait être régi par les lois de plus d'un État Membre » : Proposition de la Commission modifiée du 15 octobre 1992, O.J. 1992, C 311/30, COM (1992) 422 final, 13.

[19] Discours de Mme Viviane Reding, note 13.

[20] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 9; Commission Européenne, *Questions et réponses - Règlement général sur la protection des données,* 24 janvier 2018.

[21] Commission Européenne, *Questions et réponses, ibid.*

[22] Considérant 2 du RGPD.

européens[23], tout en facilitant au même temps leur entrée sur le marché d'autres États membres[24].

À de tels objectifs, sans nul doute essentiels pour le bon fonctionnement du marché unique, s'ajoute un projet politique encore plus ambitieux, à savoir la mise en place d'un régime juridique adapté aux modèles économiques des mastodontes de l'économie numérique globale. Ceux-ci concentrent souvent leurs opérations de traitement des données – dont celles relatives aux personnes présentes dans l'UE – dans un seul pays, le cas échéant non-européen, mais assurent la rentabilité de leurs activités commerciales soit grâce à l'offre de biens et services collatéraux sur le territoire (géopolitique) européen, soit au moyen du suivi des comportements qui y ont lieu[25]. Du point de vue du législateur européen, il était alors impératif, de contraindre ces géants de la société de l'information au respect des nouvelles règles, en introduisant un décalage entre territoire (géopolitique) européen et échelle pan-européenne d'applicabilité directe du RGPD. La portée extraterritoriale de la législation européenne a alors pour but de garantir, d'une part, l'efficacité de la protection garantie par celles-ci aux personnes physiques, quel que soit l'État (européen ou non-européen) dans lequel leurs données sont effectivement collectées et traitées et, d'autre part, l'existence d'un véritable « *level playing field* », voire de conditions de concurrence équitables pour toutes les entreprises actives, plus ou moins directement, sur le marché européen.

b. La construction de la dimension matérielle de l'échelle paneuropéenne

Du point de vue de la technique législative, la construction de l'échelle pan-européenne comme territoire fonctionnel homogène résulte de la combinaison de deux démarches distinctes : d'un côté, l'unification du droit applicable au fond sur l'ensemble du territoire *géopolitique* de l'UE et, de l'autre côté, la projection, par le biais d'une règle d'applicabilité *ad hoc,* de cette loi territoriale au-delà des frontières politiques de l'Union, dans la mesure où son respect est une condition pour l'accès des entreprises des pays tiers au marché européen.

[23] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 10.
[24] Discours de Mme Viviane Reding, note 13
[25] *ibid.*

Quant à la première démarche, elle s'appuie sur la portée générale des règlements européens aux termes de l'article 288 TFUE. Se présentant comme un instrument normatif extrêmement détaillé, comptant 173 considérants et 99 articles, le RGPD s'apparente de près à une loi uniforme, applicable à l'ensemble du territoire géopolitique européen. Bien qu'une telle loi gouverne indistinctement des traitements des données à caractère transfrontière et purement interne, son contenu substantiel a été spécialement adapté au caractère ubiquitaire et intrinsèquement mobile des données personnelles au sein d'un marché intégré et à l'ère du numérique[26].

Deux considérations s'imposent à l'égard de l'unification matérielle réalisée au moyen de l'article 288 TFUE. *Primo*, elle traduit sur le plan matériel la rhétorique de la rupture déjà signalée relativement au discours du législateur européen. En effet, la méthode de l'unification matérielle est aux antipodes de l'approche conflictuelle[27] adoptée par l'article 4 de la directive du 1995, étant donné que l'objet d'une loi uniforme est précisément d'effacer la diversité des lois dans son ressort spatial d'application, excluant ainsi leurs conflits[28].

Secundo, puisque l'article 288 TFUE définit le champ d'application spatial de cette loi uniforme sur la base d'un principe de territorialité absolue, une telle disposition ne parvient pas, à elle seule, à concrétiser la vocation politique du RGPD d'appréhender des activités de traitement menées en dehors du territoire géopolitique européen. Pour ce faire, le RGPD y combine une démarche ultérieure, axée sur la prévision, à son article 3, d'une règle de conflit unilatérale.

---

[26] D'après le discours de Mme Viviane Reding (note 13) prononcé lors de la présentation de la proposition de réforme, celle-ci avait pour but d' « *adapter les règles à la réalité des entreprises multinationales … [ainsi qu'à] la réalité de la vie des gens. Les Européens vivent, travaillent, font des courses et voyagent librement dans l'Union européenne. Leurs données doivent donc également circuler librement : librement et en toute sécurité* ». Dans le même sens, voir considérants 5 et 6 du RGPD.

[27] On adhère ici à la perspective avancée par M. Picone, *Les méthodes de coordination entre ordres juridiques en droit international privé : Cours général de droit international privé,* (1999) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, (Volume 276), 44, selon laquelle le bilatéralisme et l'unilatéralisme (y compris les règles d'applicabilité) ne constituent que des variantes à l'intérieur de la méthode conflictuelle classique. Plus nuancé est la position de M.M. Rigaux et Fallon, *Droit international privé* (3ème éd. Larcier 2005), 125, précisant qu'entre une règle de rattachement et une règle d'applicabilité « *il y a identité dans la fonction mais différence dans la méthode. Quant à la fonction, l'une et l'autre tendent à résoudre un conflit de lois, en déterminant la règle matérielle applicable à une situation internationale […]. Quant à la méthode, la règle de rattachement prend pour hypothèse la situation particulière — ou rapport de droit — alors que la règle directe d'applicabilité prend pour hypothèse les règles matérielles dont l'applicabilité est visée. Cette différence a un effet sur l'objet de chacune de ces règles [...]: alors que l'objet de la règle de rattachement s'étend à un ordre juridique considéré dans son ensemble, l'objet de la règle d'applicabilité se réduit à un jeu déterminé de règles matérielles* ».

[28] Sur la relation ambivalente existant entre unification du droit et droit international privé voir, en général, M.P. Malaurie, *Loi uniforme et conflits de lois*, dans (1967) Travaux du Comité français de droit international privé, 83.

Tout en s'appuyant *nominalement* sur la rhétorique de la territorialité, celle-ci confère *de facto* une portée extraterritoriale aux dispositions matérielles du RGPD.

D'un côté, son article 3(1) étend l'applicabilité du régime uniforme européen à tout traitement des données personnelles effectué dans le « cadre d'activités » d'un établissement du responsable situé en territoire européen, « *que le traitement ait lieu ou non dans l'Union* ». Ce dernier alinéa codifie la jurisprudence antérieure de la CJUE[29] perpétuant ainsi l'interprétation large de « cadre d'activités d'un établissement » façonnée sous la directive du 1995. Par conséquent, à l'instar de cette dernière, le RGPS régit directement des traitements de données effectués *en dehors de l'UE*, dans la mesure où ceux-ci présentent un « lien indissociable » avec d'autres activités, accessoires ou corollaires, exercées par un autre établissement du même responsable, situé en territoire européen[30].

De l'autre côté, en vertu de l'article 3(2), l'applicabilité du RGPD est déclenchée par des comportements tenus par de responsables du traitement non établis dans l'UE, produisant néanmoins des effets sur le territoire européen. Une telle démarche – qui, du moins dans la rhétorique européenne, relève encore du principe de territorialité[31] – confère à l'échelle juridique paneuropéenne une portée spatiale très large, d'ailleurs potentiellement susceptible d'être élargie davantage par la pratique administrative et judiciaire. Les rattachements de « l'offre de biens ou de services à des personnes concernées dans l'Union » (sous *a*) et du « suivi des comportements » au sein de l'Union (sous *b*) laissent en effet subsister de nombreux doutes concernant leur interprétation et mise en œuvre[32], qui pourraient bien aboutir à des

[29] CJUE, 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12.

[30] Cf. M. Gömann, *The new territorial scope of EU data protection law: Deconstructing a revolutionary achievement*, (2017) 54 Common Market Law Review, Issue 2, 567.

[31] Cf., à l'égard de comportements restrictifs de la concurrence adoptés en dehors de la Communauté, CJCE 27 sept. 1988, *Ahlström Osakeyhtiö c/ Commission*, aff. jtes 89, 104, 116, 117 et 125 à 129/85, ayant établi que l'application des règles européennes en matière de concurrence sur la base des seules répercussions économiques à l'intérieur du marché commun est couverte par le principe de territorialité qui est universellement reconnu en droit international public.

[32] Quant à « l'offre dirigée » sous a), le considérant 23 du RGPD spécifie ce critère au moyen d'une liste non exhaustive d'éléments – tant objectifs que subjectifs – permettant de déterminer si l'activité de traitement est liée à une offre ciblant l'Union. Cette liste s'apparente de celle établie dans CJUE, 7 décembre 2010, *Peter Pammer c/ Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG* et *Hotel Alpenhof GesmbH c/ Oliver Heller,* aff. jtes C-585/08 et C-144/09 concernant l'article 15 §1 sous c) du règlement n° (CE) 44/2001, Pourtant, ces critères ont été établis par rapports au contexte très spécifique des contrats de consommation, ce qui rend difficulteux leur transposition telle quelle à la matière de la protection des données. Il déjà été souligné, à cet égard, que «°de très nombreux traitements ne font pas référence à des

approches protectionnistes « *in dubio pro* » de l'applicabilité du RGPD. Dans ce cadre, la mission de maintenir la portée de l'échelle paneuropéenne dans les limites du raisonnable appartiendra, peut-être, à des acteurs autre que le législateur européen.

c. Les oscillations spatiales de l'échelle paneuropéenne, conséquence directe de sa nature de « construction collective »

Les travaux précités de la géographie critique anglo-saxonne interrogent également la qualité de l'échelle en tant que « construction collective » historiquement changeante, objet de projets d'action de multiples concepteurs et insérée dans de rapports de forces politiques, économiques ou sociales. Cet angle d'analyse invite alors à considérer l'échelle juridique paneuropéenne non comme une dimension spatiale « déjà donnée », voire figée de manière définitive par le législateur européen, mais plutôt en tant que dimension spatiale malléable, activement façonnée par plusieurs acteurs, dont notamment la CJEU et les autorités judiciaires nationales et les autorités nationales de contrôle.

Déjà sous la directive 95/46/CE, la CJEU avait, pour sa part, considérablement élargi la portée de l'échelle paneuropéenne, dans le souci d'éviter que des activités de traitement soient soustraites aux obligations prévues par la législation européenne du seul fait que le responsable – qui tire toutefois profit d'autres activités ancillaires menées dans l'Union – concentre les opérations de traitement en dehors de l'UE[33]. La règle établie par le

facteurs tels que la devise ou la langue, destinés à déterminer si un responsable cible ou non le marché européen », surtout lorsque ils concernent des services offerts uniquement en ligne, accessibles en anglais et payés en bitcoins. Il est alors peu probable que la mise en œuvre de l'article 3(2)(a) produise des résultats homogènes, même au cas où il serait interprété de manière extensive : cf., en ce sens, D.J. Svantesson, *Extraterritoriality and targeting in EU data privacy law: The weak spot undermining the regulation*, (2015) IDPL (5), 226, 228, et M. Gömann, note 4 page 59, 585-6. Quant au critère du « suivi des comportements », établi sous b), il demeure difficile d'identifier le seuil déclencheur de l'applicabilité du régime européen. Un souci notable a été exprimé, en ce sens, par l'avis 01/2012 du Groupe de Travail "Article 29", relatif aux propositions de réforme du régime en matière de protection des données, 23 mars 2012, 10, remarquant que, même si le responsable du traitement ne crée pas de véritables profils, certaines de ses activités de traitement pourraient de toute façon être considérées comme une « suivi ou observation des comportements » au sens de l'article 3(2)(b). Des clarifications précieuses, mais sans doute insuffisantes, sont apportées par les lignes directrices 3/2018, relatives au champ d'application territorial du RGPD, élaborées par le Comité Européen de la Protection des Données (EDPB).

[33] Cf la lecture de l'arrêt *Google Spain,* n 29, proposée par le Conclusions de l'Avocat général Øe dans CJUE, 28 juillet 2016, *Verein für Konsumenteninformation c/ Amazon EU Sàrl* , aff. C-191/15, point 124.

législateur afin de régir l'applicabilité de la directive à des responsables établis dans des pays tiers – l'article 4(1)(b) – était en effet particulièrement inadaptée à l'appréhension des traitements « extra-européens » des données « européennes », collectées suite à la navigation sur des sites Internet[34]. Afin d'y remédier, la CJUE a adopté une interprétation très large de deux conditions de déclanchement de l'article 4(1)(a), à savoir l'existence d'un « établissement situé sur le territoire européen » et, dans le « cadre d'activités » duquel a lieu le traitement des données. De telles conditions ont été jugées satisfaites du fait de la simple existence d'une installation physique quelque peu tangible sur le territoire de l'UE[35], dont l'activité montre un lien (même négligeable, mais indissociable) avec le traitement des données effectué par un autre établissement du même responsable dans un pays tiers[36].

Ce faisant, la CJEU a pratiquement « réécrit » la règle d'applicabilité de l'article 4(1) sous a) de la directive, s'appuyant à ces fins non sur sa lettre ou sa genèse historique, mais plutôt sur une justification de nature essentiellement *politique*. Elle s'est alors engagée dans des fonctions quasi-législatives, allant sans doute au-delà de ses compétences institutionnelles[37].

Pourtant, dans un arrêt plus récent, *Google France*[38], elle semble rectifier le tir, en suggérant une approche de quelque sorte différente à la détermination

---

[34] L'article 4(1)(b), utilisait, en tant que facteur de rattachement, la notion de « recours à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire d'un État membre », dont la teneur demeurait très controversée par rapport aux activités en ligne. La question cruciale était de savoir si la collecte des données des visiteurs d'un site internet accessible à l'échelle globale (par exemple, au moyen de cookies) impliquait ou non le recours à des moyens (l'ordinateur de l'internaute) situés sur le territoire européen : cf. Korff Study, note 1 page 57, 56-7. D'ailleurs, les autorités de contrôle se montraient très réticentes à étendre l'application de la loi européenne à des situations impliquant des responsables établis en dehors de leurs pouvoirs de contrainte : *Ibid,* 55 and 57.

[35] Bien qu'aucun établissement ne puisse exister du simple fait de l'existence et accessibilité d'un site Internet (CJEU, *Amazon*, n 33, points 76-77) la présence d'un seul représentant peut, dans certaines circonstances, constituer une installation stable, notamment au cas où celui-ci agirait avec un degré de stabilité et à l'aide de moyens suffisants, tels que, par exemple, un compte bancaire ou une boîte aux lettres (CJUE, 1 octobre 2015, *Weltimmo s. r. o. c/ Nemzeti Adatvédelmi és Információszabadság Hatóság*, aff. C-230/14, point 30).

[36] Selon une jurisprudence constante, il n'est pas exigé que le traitement des données soit effectué directement par ou avec la participation de l'établissement européen, la génération de recettes par celui-ci étant déjà symptomatique d'un traitement effectué « dans le cadre d' activités » de l'établissement local, dans la mesure où ces recettes sont un indice de l'existence d'un lien indissociable entre les activité de celui-ci et les activités de traitement ayant lieu en dehors de l'Union : *Google Spain,* note 3 page 59, et arrêts cités par les *Guidelines 3/2018,* note 1 page 60.

[37] Cf. M. Gömann, note 4 page 59, 576-58.

[38] CJUE, 24 septembre 2019, *Google LLC c/ Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL),* aff. C- 507/17.

de la portée spatiale du RGPD[39]. Immédiatement qualifié comme étant le *Morrison*[40] du droit européen des données[41], cet arrêt semble en effet apprécier l'emprise spatiale de la législation européenne au moyen d'une approche méthodologique « par droits », plutôt qu'une approche globale, considérant le RGPD comme un ensemble indissociable de droits dotés d'une portée identique[42].

Tout en réaffirmant la jurisprudence antérieure selon laquelle les activités de traitement menées par un moteur de recherche établi en dehors de l'Union rentrent dans le champ d'application du RGPD en vertu de son article 3(1), l'arrêt *Google France* paraît établir une sorte de présomption contre l'extraterritorialité à l'égard de la mise en œuvre pratique du droit au déréférencement, saisi dans sa spécificité. Elle souligne, à ce propos, qu'il s'agit d'un droit inconnu ou différemment compris dans de nombreux États tiers[43], impliquant d'ailleurs une mise en balance du droit à la protection des données à caractère personnel et de la liberté d'information des internautes, que le législateur européen n'aurait effectué que pour ce qui concerne l'Union[44]. Ceci implique, selon la CJUE, que l'effet de ce droit est *en principe* limité aux seuls résultats apparaissant à la suite de recherches effectuées depuis le territoire européen, admettant ainsi que les résultats de recherche puissent rester accessibles en cas de recherches effectuées en dehors de l'Union[45].

Aux fins de notre réflexion sur l'approche constructiviste à l'échelle paneuropéenne, l'arrêt *Google France* mérite d'être signalé pour deux ordres de

[39] Bien que à la date de l'introduction de la demande de décision préjudicielle n'était applicable que la directive 95/46, la CJUE a examiné les questions posées au regard tant de cette directive que du RGPD, dans le but déclaré d'assurer que ses réponses seront, en toute hypothèse, utiles pour la juridiction de renvoi.

[40] *Morrison v. National Australia Bank*, 561 U.S. 247 (2010) est un arrêt de la Cour Suprême des États-Unis s'appuyant sur un canon de l'interprétation législative, à savoir la présomption contre l'extraterritorialité, prévoyant qu'en l'absence d'une intention contraire clairement exprimée du Congrès, les lois fédérales sont présumées ne s'appliquer que dans le cadre des affaires internes.

[41] Voir l'aperçu rapide de l'arrêt *Google France* par G. Van Calster sur son blog: https://gavclaw.com/2019/09/25/court-of-justice-sees-no-objection-in-principle-to-eu-right-to-be-forgotten-leading-to-worldwide-delisting-orders-holds-that-as-eu-law-stands-however-it-is-limited-to-eu-wide-application-leave/.

[42] Une telle approche méthodologique s'apparente en effet de près à celle avancée par la Cour Suprême américaine dans *Morrison,* n 40 et plus récemment dans *RJR Nabisco* (579 U.S. ___ 136 S. Ct. 2090; 195 L. Ed. 2d 476), ayant établi que bien que certaines dispositions de la Section 1962 de RICO s'appliquent extraterritorialement, il n'est pas possible de déceler une intention claire du Congrès à ce que la voie de droit civile en dommages-intérêts s'applique de manière extraterritoriale.

[43] *Google France,* note 38, point 59.

[44] *Ibid,* points 61-2. La Cour prend néanmoins soin de préciser que législateur européen serait théoriquement compétent pour prévoir l'obligation de procéder à un déréférencement sur l'échelle globale, (points 55-8), mais qu'il aurait choisi de ne pas exercer cette compétence.

[45] *Ibid,* point 64.

raisons. *Primo,* il consacre l'autonomie ontologique de cette échelle juridique, en ce qu'il demande que le déréférencement soit effectif à l'échelle paneuropéenne, et non sur la seule version du site web de l'État membre de résidence du demandeur[46]. *Secundo,* l'arrêt confirme que la définition de la spatialité du RGPD et des droits qui y sont établis demeure une entreprise collective, relevant non seulement de la compétence du législateur européen, mais également de celle d'autres acteurs institutionnels. En effet, la CJUE a précisé à cet égard que, si le droit de l'Union n'impose pas le déréférencement mondial, il ne l'interdit pas non plus[47]. Au contraire, il appartient aux autorités de contrôle ou aux autorités judiciaires des États membres de combler la lacune laissée (il semble, volontairement) par le législateur, en effectuant, *au cas par cas,* la mise en balance entre le droit à la protection des données et le droit à la liberté d'information, déterminant ainsi l'échelle (paneuropéenne ou mondiale) à laquelle le déréférencement doit opérer[48].

II. L'échelle extra-européenne

Loin d'être une dimension spatiale homogène et uniforme, l'échelle « extra-européenne » rassemble un grand nombre de « bulles juridiques » d'étendue variable, voire des aires situées en dehors du champ d'application directe et immédiate du RGPD, sur lesquelles il exerce néanmoins une influence considérable. L'aspiration du RGPD à produire des effets même en dehors de son champ d'application spatial ressort très clairement du discours de Mme la Commissaire Viviane Reding, prononcé en 2012 lors de la présentation de la proposition de règlement, intitulé « *Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age* »[49]**(a)**. Pour concrétiser cette aspiration « au global » du RGPD, le législateur européen adopte tout un ensemble de stratégies flexibles qui lui permettent de façonner, plus ou moins indirectement, la direction et le contenu du droit matériel

[46] À ces fins, elle invite les autorités nationales de contrôle à coopérer dans le cadre du mécanisme de coordination prévu au Chapitre VII du RGPD, qui se présente alors comme l'un des chantiers privilégiés de la construction collective de l'échelle paneuropéenne : *Ibid,* points 67-68.

[47] *Ibid,* point 72.

[48] *Ibid.* En lisant entre les lignes de l'arrêt *Google France,* le véritable problème posé par cette affaire semble consister en la prise de position du CNIL de 2016, ayant établi de manière générale qu'en cas de déréférencement d'un lien concernant une personne vivant en France, les informations devaient être rendues inaccessibles quel que soit le lieu dans le monde depuis lequel la recherche était effectuée. Il semblerait alors qu'une autorité nationale demeure compétente à conférer une portée extraterritoriale au déréférencement uniquement sur la base d'une appréciation concrète et individualisée de chaque cas de figure.

[49] Discours de Mme Viviane Reding, note 13.

applicable à des activités de traitement des données exercées dans un pays tiers **(b)**. Bien évidemment, le succès d'une telle démarche ne saurait résulter de l'action unilatérale du législateur européen, supposant par contre la coopération concertée de plusieurs agents, institutionnels ou non, au sein d'un processus plus ou moins finalisé. C'est alors par rapport à la dimension extra-européenne qu'émerge encore plus clairement la nature de « construction sociale et collective » des échelles **(c)**.

a. L'échelle extra-européenne dans le discours politique du législateur européen

Le discours politique développé par le législateur européen par rapport à l'échelle extra-européenne est complexe et nuancé. Il est possible d'y déceler, tout d'abord, une volonté claire d'exercer une influence directe sur le contenu d'une législation étrangère applicable au traitement des données personnelles *collectées au sein de l'Union.* En effet, comme l'a remarqué Mme Reding, dans un monde où la libre circulation des données est fondamentale pour les nouveaux modèles commerciaux et où les frontières physiques n'ont plus de sens, il est inconcevable que les données détenues par une société européenne soient correctement protégées à l'intérieur des frontières de l'UE, mais qu'ils ne le soient plus lorsqu'elles sont transférées dans une filiale asiatique ou américaine de cette même société[50].

Dans cet esprit, une fois les données collectées dans l'UE, le RGPD conditionne leur transfert vers un pays tiers à la capacité avérée de celui-ci d' « offrir des garanties pour assurer un niveau adéquat de protection, essentiellement équivalent à celui qui est garanti dans l'Union »[51]. Cela implique, en pratique, que tant les pays tiers que les entreprises situées dans des pays tiers souhaitant maintenir des relations commerciales avec l'UE doivent se conformer au standard européen en matière de protection des données, s'ils souhaitent maintenir un tel partenariat. Une telle démarche est susceptible de créer plusieurs « *sphères extra-européennes de conformité avérée* », étendant de quelque sorte l'emprise et/ou l'aire d'influence de la législation

[50] *Ibid.*

[51] Considérant 104 du RGPD. D'après CJEU, 6 octobre 2015, *Maximillian Schrems c/ Data Protection Commissioner*, aff. C-362/14, la nécessité d'assurer une protection « adéquate » n'implique pas l'exigence d'assurer un niveau de protection identique à celui garanti dans l'Union. Toutefois, il faut que ce pays tiers assure effectivement, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, un niveau de protection des libertés et droits fondamentaux *substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union*.

européenne en matière de protection des données au-delà de son champ d'application pour ainsi dire « naturel ».

Au côté de cette stratégie d'intervention directe, déployée dans le but exprès de protéger des données provenant de l'espace européen, le législateur européen manifeste une volonté plus générale d'œuvrer au niveau international pour consolider davantage l'adoption de ses valeurs et de son standard de protection, indépendamment de l'origine – européenne ou non – des données à traiter. À cet effet, les déclarations du législateur européen laissent entrevoir la volonté de poursuivre une approche à deux volets : d'une part, la Commission s'emploie en faveur du développement des relations et des négociations au niveau intergouvernemental, dans le but de promouvoir la convergence des différents ordres juridiques mondiaux et faciliter la préparation d'instruments internationaux reflétant les principes européens en matière de protection des données[52]. D'autre part, la Commission parie sur l'adoption volontaire du standard européen par des acteurs publics et privés hors UE. À ces fins, elle souligne que les règles de l'UE en matière de protection des données sont de plus en plus considérées au niveau international comme les normes les plus strictes qui soient dans le domaine de la protection des données[53], et que leur respect créerait par conséquent un avantage concurrentiel, voire « une marque de fabrique » que les gens reconnaitraient et à laquelle elles feraient confiance dans le monde entier[54]. La Commission souligne d'ailleurs que l'adoption volontaire du standard européen ne concerne pas uniquement les acteurs privés, dans la mesure où des législations récemment adoptées par plusieurs pays et organisations régionales extérieures à l'UE présentent un certain nombre de caractéristiques communes au régime de protection des données de l'UE[55], témoignant ainsi que le RGPD sert de plus en plus de référence et de source d'inspiration au-delà des frontières européennes[56].

b. La construction de la dimension matérielle de l'échelle extra-européenne

Aborder l'échelle extra-européenne sous l'angle de l'approche matérialiste implique d'examiner les démarches entamées par le législateur

[52] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 6.
[53] *Ibid.*
[54] Discours de Mme Viviane Reding, note 13.
[55] *Ibid.*
[56] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 6.

européen afin de promouvoir la diffusion de ses valeurs et des principes au-delà du champ d'application direct du RGPD. À ces fins, sont mobilisées à titre principal deux techniques distinctes : d'une part, la démarche intergouvernementale (i) et, d'autre part, le mécanisme que Mme Scott a nommée « extension territoriale »[57] (ii).

i) Démarche intergouvernementale

À l'heure actuelle, l'extension du régime juridique établi par le RGPD à des pays tiers au moyen des négociations intergouvernementales tant bilatérales que multilatérales n'est, dans une large mesure, qu'un potentiel en devenir.

La démarche intergouvernementale est tout d'abord au cœur des efforts de la Commission portant sur la modernisation de la convention 108 du Conseil de l'Europe, voire le seul instrument multilatéral juridiquement contraignant actuellement en vigueur dans le domaine de la protection des données. À cet égard, la Commission s'est dite activement engagée dans la promotion de la vision européenne, s'employant à ce que la future Convention reflète les mêmes principes que ceux consacrés dans les règles du RGPD[58].

La démarche intergouvernementale est également mise en avant dans le cadre des accords de stabilisation et d'association (ASA) conclus par l'Union avec les pays tiers candidats (officiels et potentiels) à devenir membres de l'UE et prévoyant, dans la plupart des cas, une obligation d'aligner la législation nationale en matière de protection des données au standard européen[59].

En dehors de ces cas de figure, la démarche intergouvernementale est activement poursuivie par la Commission aux fins de l'exécution de la stratégie exposée dans sa communication de 2017[60]. Celle-ci se fonde sur l'intensification des relations avec les pays tiers avec lesquels il existe déjà des

[57] J. Scott, *Extraterritoriality and Territorial Extension in EU Law*, (2014) American Journal of Comparative Law, (62), 87.

[58] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 6 ; Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, *Les règles en matière de protection des données comme instrument pour créer un climat de confiance dans l'UE et au-delà - bilan*, COM(2019) 374 final, 24 juillet 2019, 11-12.

[59] Voir notamment article 81 de l'ASA UE- Serbie, articles 70(3) et 79 de l'ASA UE- Albanie, article 81 de l'ASA UE -Monténégro. Ces mesures ont commencé à porter les résultats escomptés, certains des pays candidats ayant déjà adopté des lois très similaires, sinon identiques, au RGPD. Ceci est notamment le cas de la Serbie, dont la nouvelle loi en matière de protection des données personnelles, entrée en vigueur en août 2019, n'est en substance que la traduction du RGPD : cf. https://paprikart.rs/en/blog/the-personal-data-protection-law-has-come-into-force.php et le Rapport Serbie 2019, préparé par la Commission Européenne, SWD(2019) 219 final, 24.

[60] Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil, *Échange et protection des données à caractère personnel à l'ère de la mondialisation,* COM(2017) 7 final, 10 janvier 2017.

éléments de convergence substantiels et avérés, dans le but principal d'explorer la possibilité d'adopter des conclusions relatives à l'adéquation des leurs systèmes juridiques[61]. Dans un tel contexte, la démarche intergouvernementale se présente comme une étape préalable à la mise en œuvre de l'autre technique déployée sur l'échelle extra-européenne, l' « extension territoriale », dont les décisions d'adéquation ne sont qu'une manifestation parmi d'autres.

ii) Extension territoriale

Alors que la démarche intergouvernementale est utilisée par le législateur européen dans le but de consacrer le rôle de l'UE en tant qu"initiatrice des normes au plan mondial, l'utilisation du mécanisme de l'extension territoriale est, du moins d'emblée, plus étroitement liée à la poursuite des objectifs institutionnels du RGPD, notamment à son aspiration d'assurer une protection effective des personnes concernées dans l'UE, même lorsque leurs données quittent le territoire européen.

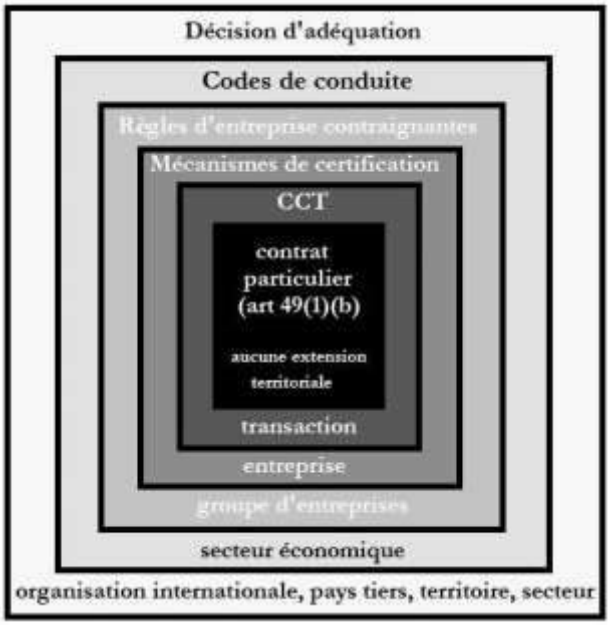
En effet, lorsqu'il est utilisé par rapport à l'exportation de produits fabriqués ou situés au sein du marché de l'UE, le mécanisme l'extension territoriale vise non seulement à encourager le développement de lois plus protectrices dans des pays tiers, mais également – et surtout – à empêcher des entreprises situées dans l'UE de se soustraire aux obligations imposées par la législation européenne au moyen de l'exportation de ces biens vers des destinations adoptant des lois moins strictes et contraignantes en la matière[62]. À ces fins, le RGPD subordonne le transfert, voire l'exportation, des données collectées dans Union à la condition que le niveau de protection des personnes physiques qu'il garantit ne soit pas compromis[63].

Le RGPD donne lieu à une extension territoriale du fait que l'application des règles contenues dans son Chapitre V est déclenchée par l'existence d'un rattachement territorial pertinent – l'existence d'un exportateur de données établi dans l'Union – mais suppose également la prise en compte d'un comportement ou des circonstances survenus à l'étranger (par exemple, l'adhésion d'une entreprise d'un pays tiers à un code de conduite européen), ou du contenu substantiel d'une loi étrangère pertinente[64], censée capable d'assurer aux personnes concernées un niveau de protection des

[61] Communication COM(2019) 374 final, n 62, 13.
[62] J. Scott, note 57, 109.
[63] Article 44 du RGPD.
[64] J. Scott, note 2 57, 90.

libertés et droits fondamentaux substantiellement équivalent à celui garanti au sein de l'Union.

Le mécanisme de l'extension territoriale permet alors à l'UE de régir des activités qui ne sont pas centrées sur son territoire en définissant la focale et le contenu du droit appliqué dans un pays tiers[65]. Plus particulièrement, selon Mme Scott, la particularité de cette technique consiste en ce qu'elle permet de profiter d'un rattachement territorial pour susciter un changement juridique ou comportemental sur des échelles spatiales d'étendue variable[66]. Moyennant la mise à disposition d'une panoplie d'outils différents, permettant de démontrer la conformité d'un régime juridique tiers au standard européen, le RGPD parvient en effet à construire un certain nombre de sphères d'intervention normative concentriques, délimitées, en considération de l'outil d'intervention choisi, par les frontières d'une transaction individuelle, d'une entreprise individuelle, d'un secteur économique, ou éventuellement, d'un pays tiers dans son ensemble. Le périmètre de l'influence législative exercée par le RDGP en dehors des frontières européennes sera alors délimité de manière plus ou moins large en fonction de l'outil utilisé dans le cas d'espèce.



Tout d'abord, le RGPD maintient la faculté de la Commission de constater, de manière générale au moyen d'une décision d'adéquation, qu'une

[65] *Ibid*, 89.
[66] *Ibid*, 111.

organisation internationale, un *pays tiers dans son ensemble*, un *territoire* ou *plusieurs secteurs déterminés* dans ce pays tiers assurent un niveau de protection adéquat. Alors que la plupart des décisions d'adéquation adoptées jusqu'à maintenant suivent l'approche nationale, portant sur l'ordre juridique du pays tiers concerné dans son ensemble[67], deux d'entre elles ciblent une base spatiale différente, englobant l'ensemble des sujets soumis à une loi (étatique) sectorielle[68], ou à un ensemble de principes énoncés par la décision elle-même, reflétant les valeurs de la politique européenne en matière de protection des données personnelles[69].

Deuxièmement, la licéité des transferts hors-UE peut être assurée au moyen de l'adhésion à des codes de conduite approuvés par une autorité nationale de contrôle et d'application générale en vertu d'une décision de la Commission[70]. L'échelle d'intervention de ces codes est *sectorielle,* leur but primaire étant celui d'adapter le régime applicable en matière de protection des données, y compris les garanties à prévoir lors d'un transfert hors de l'UE, à *la spécificité des différents secteurs de traitement et des besoins spécifiques des micro, petites et moyennes entreprises*[71].

En troisième lieu, le RGPD permet de constater la conformité au standard européen au niveau du *groupe d'entreprises*[72]. Les règles d'entreprises contraignantes (BCR)[73], juridiquement contraignantes pour toutes les entités signataires du groupe, quel que soit leur pays d'implantation, ainsi que pour tous leurs employés, sont un outil pensé pour les besoins spécifiques des

---

[67] Article 45 du RGPD. Au 31 octobre 2019, 12 décisions d'adéquation ont été adoptées conformément à la directive 95/46/CE (Andorre, Argentine, Îles Féroé, Guernesey, Canada, Israël, Île de Man, Jersey, Nouvelle Zélande, Suisse, Uruguay et le Bouclier de protection des données UE-États-Unis) et une décision adoptée conformément à l'article 46 du RGPD, concernant le Japon. Selon la Commission, d'intenses travaux sont en cours avec le Canada, la Nouvelle-Zélande, l'Argentine et Israël pour assurer la continuité des décisions d'adéquation adoptées sur la base de la directive de 1995 : Communication COM(2019) 374 final, note 58, 13.

[68] C'est notamment le cas de la décision du 20 décembre 2001 (JOCE [2002] L002/13) constatant l'adéquation de la protection assurée par la loi canadienne sur la protection des données personnels, applicable aux seules organisations du secteur privé qui collectent, utilisent ou communiquent des données personnelles dans le cadre d'activités commerciales.

[69] C'est le cas de la décision du 12 juillet 2016 (JOUE [2016] L207/1) relative à l'adéquation de la protection assurée par le bouclier de protection des données UE-États-Unis, applicable aux seules entreprises qui y ont prêté adhésion auprès du ministère américain du commerce.

[70] Les responsables du traitement hors UE peuvent adhérer à un code de conduite ou à un mécanisme de certification de l'UE en prenant l'engagement contraignant et exécutoire (par exemple, au moyen d'un contrat) d'appliquer les garanties de protection des données qui y sont établies : cf. article 42(2) RGPD.

[71] Article 40 du RGPD.

[72] Article 47 du RGPD.

[73] V. également sur la question la contribution d'Emilie Brunet, sur « Les mécanismes de coopération des autorités de contrôle au sein de l'Union européenne et le Comité européen de la protection des données », cette Revue.

grandes entreprises multinationales implantées dans plusieurs pays européens, et effectuant de nombreux transferts de données depuis leurs entités ou entre celles-ci, vers des pays tiers n'assurant pas un niveau de protection équivalent à celui de l'UE[74]. L'échelle d'intervention sous-jacente aux BCR n'est pas figée, étant loisible à chaque groupe d'entreprises de limiter, éventuellement, leur champ d'application aux seuls transferts opérés par des entités situées dans l'UE vers des entités situées dans des pays tiers, ou de les étendre, à l'inverse, à l'ensemble des transferts de données opérés entre entités signataires, même lorsque celles-ci sont toutes les deux situées hors de l'UE.

Quatrièmement, les nouveaux mécanismes de certification prévus à l'article 42 permettent de constater la conformité au standard européen à l'échelle de *chaque entreprise*[75], alors que les clauses contractuelles type (CCT) prévues par l'article 46 opèrent à l'échelle de la *transaction individuelle*. Il s'agit de clauses-modèle, pré-approuvées par la Commission européenne ou par une autorité nationale de contrôle[76], qu'un exportateur européen et un importateur d'un pays tiers peuvent intégrer volontairement dans un ou plusieurs contrats afin de définir leurs obligations respectives à l'égard du traitement des données transférées.

Il convient enfin de souligner que des transferts de données vers des États tiers sont également possibles, *à titre strictement exceptionnel,* sur la base d'un contrat individuel, aux termes de l'article 49(1) lettres b) et c). Bien qu'opérant également à l'échelle de la transaction individuelle, un tel contrat, en tant qu'outil de transfert, ne réalise aucune extension territoriale. En effet, alors que la licéité d'un transfert réalisé sur la base des CCT se fonde sur l'incorporation et le prolongement, par celles-ci, des valeurs et des garanties établies par la législation européenne, la licéité du transfert basé sur le contrat individuel sous 49(1) lettre *b)* n'est pas justifiée par la prévision de garanties supplémentaires au bénéfice de la personne concernée, mais plutôt par la « nécessité » et le caractère « occasionnel » du transfert. En pratique, pour procéder au transfert des données hors UE sur la base de l'article 49(1) lettre

[74] Les BCR se fondent sur l'acceptation, par le responsable du traitement ou le sous-traitant établi sur le territoire d'un État membre, de l'engagement de sa responsabilité pour toute violation des BRC commise par une entité établie dans un pays tiers, assurant de cette manière des droits opposables dans l'Union: cf. article 47(1)(b) et (2)(f).

[75] À condition que l'entreprise non-européenne adhérant à de tels mécanismes adopte l'engagement contraignant et exécutoire mentionné ci-dessus, note 2.

[76] Article 46 (2) (c) et (d) RGPD. Alors que les clauses contractuelles types adoptées par la Commission ont une validité européenne, celles adoptées par une autorité de protection des données n'impliquent que l'autorité qui les a adoptées et peuvent donc être utilisées uniquement pour des responsables du traitement relevant de la compétence de cette autorité. D'après la Communication COM(2019) 374 final, note 58, 10, les clauses adoptées par la Commission constituent le principal outil sur lequel les entreprises s'appuient pour exporter les données en dehors de l'UE.

b), l'exportateur devra produire la preuve supplémentaire de la « nécessité » tant du traitement que du transfert desdites données à la bonne exécution des obligations résultant du contrat, ainsi que de leur caractère « occasionnel », à savoir non répétitif ou régulier[77]. Une telle preuve n'est en revanche pas requise lorsque le transfert se fonde sur l'un des outils réalisant une extension territoriale (tels que les clauses contractuelles type). Ces considérations laissent déjà entrevoir le complexe système d'incitations et de pénalisations mis en place par le Chapitre V du RGPD grâce à la technique de l'extension territoriale, ayant pour but d'inciter un changement comportemental des acteurs sociaux – et finalement, un changement législatif – à des échelles de plus en plus englobantes.

c. L'échelle extra-européenne comme construction collective : la migration des normes

La capacité effective de l'UE de susciter des changements comportementaux et législatifs en dehors de ses frontières ne saurait dépendre de la seule initiative unilatérale du législateur européen. Au contraire, elle présuppose la réceptivité et la prédisposition à la coopération des acteurs ciblés par la stratégie d'intervention européenne.

Le RGPD est le fruit d'une telle prise de conscience, du fait qu'il met en place de multiples incitations pour que la conformité soit atteinte sur une échelle toujours croissante, soit en conférant des avantages supplémentaires, allant au-delà de l'accès pur et simple aux réserves des données collectées dans l'UE, soit en imposant moins d'inconvénients lorsque la conformité est atteinte à un niveau plus systémique.

Bien conscient du fait qu'assurer la conformité transaction-par-transaction pourrait s'avérer particulièrement onéreux, surtout pour les petites et moyennes entreprises, le RGPD récompense l'adhésion, par celles-ci, à des mécanismes de certification avec la possibilité d'assurer la conformité de l'ensemble des transactions effectuées au moyen d'un seul et unique engagement contraignant et exécutoire[78]. Outre une considérable simplification bureaucratique et administrative, une telle démarche permettrait à l'entreprise de bénéficier de la « marque de fabrique » que le respect de la

[77] Groupe de travail « Article 29 », Lignes directrices à l'égard de l'article 49 du règlement 2016/679, adoptée le 6 février 2018, 4 et 8-9.
[78] Cf. article 42(2) RGPD.

législation européenne créé dans l'esprit des consommateurs mondiaux, selon les propres considérations de la Commission. Dans le même esprit, un groupe d'entreprises pourrait être encouragé à adopter des BCR afin d'encadrer les transferts de données personnelles au sein du groupe de manière globale et uniforme, en évitant de conclure autant de contrats CCT qu'il existe de transferts intra-groupe.

Cette forte implication de l'initiative privée des acteurs commerciaux dans le processus d'expansion de l'échelle extra-européenne pourrait également être analysée sous l'angle du phénomène que Mme Resnik a baptisé « migration des normes »[79]. Elle remarque, à cet égard, que la souveraineté populaire est au cœur des échanges de normes et des valeurs juridiques entre pays « importateurs » et pays « exportateurs » du droit, ces échanges étant alimentés non seulement par des acteurs institutionnels au niveau national, mais également par des organisations populaires (*grassroot organisations*) ou par l'initiative privée. Les pratiques des acteurs privés contribuent en effet à l' « absorption silencieuse », sinon des règles, du moins des valeurs étrangères, déclenchant des processus d'internalisation procédant d'en bas et souvent dépourvus d'objectifs généraux clairement définis, mais qui parviennent quand même, à long terme, inciter le changement juridique sur une plus vaste échelle.

Abordée sous cet angle, l'aspiration de l'UE à jouer le rôle de catalyseur normatif s'appuie, dans une large mesure, sur des processus d'absorption silencieuse déclenchés par l'extension territoriale de ses valeurs mises en œuvre par des acteurs privés, qui travaillent de l'intérieur les ordres juridiques des pays tiers et facilitent une plus ample convergence au niveau international. Une telle convergence facilite également la négociation et l'adoption, par la Commission, des décisions d'adéquation, sur l'échelle nationale ou sectorielle. Du point de vue des opérateurs commerciaux, celles-ci présentent l'avantage additionnel de permettre la libre circulation de données à caractère personnel à partir de l'UE, sans que ni l'exportateur de données de l'Union ni l'importateur extra-européen doivent prévoir des garanties supplémentaires. Les mesures d'incitation imbriquées dans le mécanisme de l'extension territoriale et l'aspiration globale du RGPD travaillent alors main dans la main pour promouvoir le rôle de l'UE en tant qu'initiatrice de normes au niveau global.

[79] J. Resnik, *Law's Migration: American Exceptionalism, Silent Dialogues, and Federalism's Multiple Ports of Entry,* (2006) Yale Law Journal (115), issue 7.

III. L'échelle intra-européenne, l'œuvre inachevée du législateur européen

À côté des échelles paneuropéenne et extra-européenne, il existe, même après l'entrée en application du RGPD, une dimension *intra-européenne* du régime en matière de protection des données, qui se présente comme un pavage fragmenté de lois nationales des États membres.

En effet, bien que, selon la Commission, l'objectif de simplification et unification règlementaire sous-jacent à la réforme du 2016 ait été largement atteint[80], le maintien d'un certain niveau de fragmentation juridique à l'échelle nationale fait partie intégrante du projet politique envisagé par le RGPD. Même si le règlement est directement applicable dans les États membres, il les oblige à prendre un certain nombre de mesures juridiques au niveau national, en particulier pour fixer des règles pour des questions spécifiques[81], et il leur permet de préciser son application dans certains domaines[82]. Conséquence directe du caractère « général » du RGPD, le grand nombre de clauses d'ouverture en faveur de la loi des États membres, disséminées dans l'ensemble du document[83], rapprochent cet instrument d'une directive[84], contraignante quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux autorités nationales le choix de la forme et des moyens pour y parvenir[85].

Du point de vue de notre analyse, il est important de souligner que l'échelle intra-européenne, n'est qu'esquissée par le RGPD. Le discours politique du législateur européen à cet égard est sinon absent, du moins très peu développé **(a)**. Mais c'est la dimension matérielle de cette échelle à être particulièrement négligée par le législateur européen, voire la délimitation, au moyen de la prévision d'une règle ou de principes directeurs explicits, de

---

[80] Communication COM(2019) 374 final, note 58, 2.

[81] Voir, par exemple, l'article 84 (exigeant des États membres qu'ils déterminent le régime des sanctions applicables en cas de violations du RGPD et qu'ils prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir leur mise en œuvre) ou l'article 85 (demandant aux États membres de concilier, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel et le droit à la liberté d'expression et d'information).

[82] Tels que l'âge de consentement des enfants aux services en ligne (article 8) ou le traitement des données à caractère personnel dans des domaines spécifiques tels que les relations de travail (article 88).

[83] W. Veil a compté 68 différents cas de figure dans lesquels le RGPD a délégué la règlementation d'une question donnée à la loi nationale des États membres : https://www.flickr.com/photos/winfried-veil/29706462112/.

[84] J. Wagner et A. Benecke, *National Legislation within the Framework of the GDPR. Limits and Opportunities of Member State Data Protection Law*, (2016) European Data Privacy Law, 353, 360.

[85] Dans le respect des exigences de la Charte des droits fondamentaux et du principe de la libre circulation des données à caractère personnel au sein de l'UE : Communication COM(2019) 374 final, n 588, 3.

l'emprise spatiale respective de chacune des lois nationales édictées sur la base des clauses d'ouverture **(b)**.

a. Les clauses d'ouverture dans le discours politique du législateur européen

Plusieurs explications peuvent être avancées pour rendre compte de la prévision, par le RGPD, des clauses d'ouverture en faveur de la loi des États membres. Alors que les comptes rendus de la doctrine signalent des soucis d'assurer une protection plus efficace et sur mesure au moyen d'une législation sectorielle[86], ou encore la volonté de réconcilier le cadre normatif européen avec les traditions – constitutionnelles et non – des États membres[87], il est intéressant de constater que la proposition de règlement, pour sa part, garde le silence le plus total à ce sujet, tant dans la section intitulée « subsidiarité et proportionnalité » que dans l'explication détaillée de la proposition[88].

Pour ce qui concerne la Commission européenne, son souci principal après l'adoption du RGPD a été de préciser les limites de la marge de manœuvre dont bénéficient les acteurs participant à la création de l'échelle intra-européenne. La Communication de la Commission fixant des « orientations relatives à l'application directe du règlement général sur la protection des données » prend soin de rappeler aux États membres que l'interprétation du règlement est laissée aux juridictions européennes (aux juridictions nationales et en dernier recours à la Cour européenne de justice) et non aux législateurs nationaux[89]. Par conséquent, ces derniers étaient dans l'interdiction de copier le texte du règlement, lorsque cela ne s'imposait pas à la lumière des critères fournis par la jurisprudence, ainsi que de l'interpréter ou d'y ajouter des conditions supplémentaires. Une telle démarche de la part des législateurs nationaux aurait en effet donné lieu, selon la Commission, à une nouvelle situation de fragmentation juridique susceptible de laisser les

[86] J. Wagner et A. Benecke, *supra*, note 84, 354.

[87] Voir, entre autres, T. Overby, *The Danish Adaptation of the GDPR*, 61, et P. Jonason, *The Swedish measures accompanying the GDPR,* 42, dans Mc Cullagh, Tambou et Bourton (éds), *National Adaptations of the GDPR* (Luxembourg, 2019), donnant compte des soucis concernant l'impact du RGPD sur la liberté de presse (en Suède) et sur la liberté de recherche scientifique et génétique (au Danemark).

[88] Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (règlement général sur la protection des données), COM(2012) 011 final.

[89] Communication COM(2018) 43 final, note 3, 10.

opérateurs de toute l'Union dans l'incertitude la plus totale quant au régime juridique applicable[90].

b. La dimension matérielle de l'échelle intra-européenne, le grand absent du RGPD

Au vu des préoccupations exprimées par la Commission à propos des risques pour la sécurité et l'uniformité juridiques, le fait que le législateur européen n'ait prévu aucune solution explicite visant à assurer la bonne répartition spatiale des lois nationales complémentaires apparaît comme une anomalie encore plus étonnante. L'expérience de la directive de 1995 aurait en effet dû servir de mise en garde contre les risques pour l'efficacité de la protection juridique et la sécurité juridique auxquels la coordination défaillante des champs d'application spatiaux des lois nationales est susceptible d'exposer les justiciables.

Pourtant, le RGPD ne tire pas parti de ces enseignements, la plupart des clauses d'ouverture du RGPD ne font que renvoyer au « droit de l'État membre auquel le responsable du traitement est soumis »[91], ou à l'existence d'une « obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis »[92], sans pour autant préciser les critères présidant à leur identification. Il n'y a, notamment, ni règle d'applicabilité uniforme, inspirée de l'article 4 de la directive antérieure[93], ni principes directeurs, visant à assurer du moins une certaine uniformité des initiatives unilatérales éventuellement entamées par les États membres. En effet, si le manque de solution explicite et uniforme pourrait déjà être, un soi, une source d'incertitude pour les opérateurs commerciaux et les personnes concernées, force est de constater que le problème s'est davantage aggravé du fait que, malgré les recommandations de la Commission, les États membres ont interprété le silence du RGPD comme conférant une liberté presque totale dans le façonnage des règles d'applicabilité de la législation nationale[94].

En dépit de son potentiel déstabilisateur, ce problème est pour le moment passé inaperçu tant dans les premières appréciations du groupe

---

[90] *Ibid.*

[91] Voir, par exemple, les articles 6(3)(b), 14(4)(c) et 17(1)(e).

[92] Voir, par exemple, l'article 6(1)(c).

[93] L'article 3 du RGPD n'étant qu'une règle d'applicabilité simple, qui se borne à définir le champ d'application spatial des règles matérielles établies par le RGPD.

[94] Voir infra, partie IIème, II, a.

d'experts multipartite concernant la première année d'application du RGPD[95], que dans le rapport de la Commission[96]. En revanche, les États membres sont bien conscients des difficultés qui découlent des incertitudes concernant la délimitation du champ d'application spatial des lois nationales[97]. D'ailleurs, l'émersion récente des premières pratiques de *law shopping*[98] qui profitent d'une telle incertitude pour contourner certaines des prohibitions établies par les

[95] Groupe d'experts multipartite supportant l'application du Règlement (EU) 2016/679, *Contribution from the Multistakeholder Expert Group to the stock-taking exercise of June 2019, on one year of GDPR application,* 13 juin 2013.

[96] Le programme de travail futur, énoncé par la Communication COM(2019) 374 final, note 58, 3-4, n'annonce aucune mesure visant à remédier à l'insécurité juridique qui en découle.

[97] Le document préliminaire No 12756/1/19, préparé par le Secrétariat général du Conseil, contient un aperçu des remarques des États membres concernant les premières applications du RGPD. Plusieurs États membres (France, Allemagne, Irlande et surtout les Pays-Bas) font remarquer des difficultés importantes découlant de la fragmentation juridique des lois nationales et aux problèmes conflictuels qui existent par rapport à l'âge de consentement des enfants. D'autres États membres remarquent de manière plus générale les problèmes qui découlent de l'absence d'une règle visant à résoudre les conflits entre lois complémentaires nationales. La République Chèque souligne à ce propos que « les responsables du secteur privé apprécieraient des éclaircissements sur la portée territoriale et personnelle de la législation nationale complémentaire, par exemple sous forme d'opinions d'institutions européennes sur cette question. Même si la République Chèque a délibérément abordé cette question de manière très conservatrice et ne s'appuie que sur le RGPD en tant que tel (…), cette question crée une incertitude juridique importante dans l'ensemble de l'Union ». Dans le même esprit, le Portugal observe que « l'adoption de règles nationales spécifiques dans les domaines autorisés par le règlement créera un problème d'application de la loi, du fait que le règlement n'aborde pas la question de la loi applicable en cas de traitement transfrontière des données ». S'appuyant sur le constat que les parties prenantes attirent l'attention sur la nécessité d'un niveau d'harmonisation plus élevé, le Portugal est d'avis que la diversité actuelle des solutions conflictuelles nationales en ce qui concerne le champ d'application spatial des lois complémentaires est problématique et pourrait éventuellement imposer un changement législatif dans le court terme. L'Autriche souligne également la nécessité de prévoir des règles de conflits visant à déterminer les règles de procédure applicables au cas où plusieurs autorités de contrôle, relevant d'États membres différents, sont impliquées dans une même procédure. L'absence actuelle de toute règle en ce sens serait susceptible de porter atteinte à la coopération optimale entre lesdites autorités.

[98] Le 26 septembre 2019, une question pour réponse écrite introduite auprès de la Commission attire l'attention sur une prétendue utilisation à des fins commerciaux du système européen de coopération judiciaire en matière pénale, l'ECRIS (cf. https://twitter.com/SophieintVeld/status/1177225038296223745). Plus particulièrement, il semble qu'une entreprise commerciale, probablement établie au Royaume Uni, ait régulièrement et systématiquement accès à ce réseau par le biais du casier judiciaire national polonais, permettant ainsi à des employeurs européens d'avoir accès aux casiers judiciaires d'employés (actuels et potentiels) d'une manière supposément plus aisée mais conforme à la loi. Cependant, de telles pratiques permettent de contourner de prohibitions que certains législateurs nationaux – notamment le britannique et l'irlandais – ont introduit dans leurs lois nationales en vertu de l'article 88 du RGPD. Édictées dans le souci d'éviter qu'un employé soit obligé à exercer ses droits individuels d'accès au casier, permettant ainsi à l'employer d'obtenir de tels certificats en dehors des voies légales ouvertes par la loi nationale, de telles prohibitions sont rendues ineffectives en pratique par l'incertitude qui existe relativement à leur champ d'application spatial. Pour une analyse plus détaillée de telles pratiques, voir M. Mantovani, *Law Shopping in Relation to Data Processing in the Context of Employment: The Dark Side of the EU System for Criminal Judicial Cooperation?,* disponible à https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3461738.

législateurs nationaux, démontre que la rectification de ce problème est une question urgente et incontournable. De telles pratiques vont à l'encontre des objectifs matériels poursuivis tant par le RGPD lui-même, dont notamment celui d'assurer la protection optimale *et cohérente* des personnes concernées dans l'Union[99], que par les législateurs nationaux dans l'exercices des compétences qui leur réserve le RGPD.

La deuxième partie de cette contribution ambitionne de démontrer deux hypothèses interdépendantes : d'une part, que le façonnage de la dimension matérielle de l'échelle intra-européenne aurait pu profiter d'une meilleure prise en compte de la « fonction de coordination » qui est traditionnellement confiée au droit international privé, comprise comme « l'ensemble des démarches qui, tenant compte de la diversité des systèmes juridiques sur le plan interne comme international et des difficultés qui en résultent dans les relations privées, tendent à en atténuer les effets »[100]. D'autre part, nous soutiendrions que le caractère multi-échelle du régime établi par le RGPD vient encadrer le façonnage des règles de droit international privé en matière de protection des données à caractère personnel.

Partie II. Les conséquences de la complexité spatiale du RGPD en droit international privé

Les considérations développées à l'égard du procédé de conception et construction de l'espace juridique européen des données devraient avoir bien illustré l'aspiration du RGPD à s'affirmer sur la scène régionale et internationale comme une loi uniforme à portée paneuropéenne, issue d'une culture politique quelque peu teintée d'impérialisme au vu de son « aspiration au global ». De ce fait, devant les difficultés découlant de la diversité des systèmes juridiques en matière de protection des données, il a tendance à traiter des situations « internationales » en fonction des conceptions et des besoins de l'ordre interne, dans la mesure où ses valeurs et ses normes ambitionnent de *s'imposer* aux systèmes juridiques tant des États membres que des pays tiers, plutôt qu'à *composer* avec eux.

Pour cette raison, il n'est pas étonnant de constater que cet instrument présente des carences manifestes au regard des règles de droit international

[99] Considérant 10.

[100] P. Mayer, "*Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé*", (2007) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* (Volume 327), *55.*

privé. Cette discipline est en effet animée d'un sentiment fort différent, voire d'un souci de coordination, traduisant la quête d'un traitement uniforme des situations juridiques internationales nonobstant la diversité des systèmes juridiques[101].

Or, il n'est pas toujours possible d'ignorer les problèmes résultant de la permanence, tant à l'intérieur qu'à l'extérieur des frontières européennes, d'une diversité juridique marquée en la matière de la protection des données personnelles. Les lacunes laissées par le RGPD relativement à la règlementation des conflits de lois occasionnés par cette diversité juridique doivent alors être comblées d'une manière ou d'une autre, soit par voie d'interprétation, soit par l'adoption de mesures législatives *ad hoc* de la part du législateur national ou européen.

Or, cette deuxième partie vise à démontrer comment la prise en compte spécifique de la complexité spatiale du RGPD s'avère tout à fait *essentielle* lors du façonnage, par voie législative ou interprétative, des règles de droit international privé appelées à résoudre de tels conflits. Nous nous focaliserons, à ces fins, sur la recherche d'une solution réaliste et opérationnelle au problème de l'absence de toute indication, dans le RGPD, concernant l'agencement spatial des lois des États membres sur l'échelle intra-européenne.

Dans un tel cadre, la complexité spatiale du RGPD vient impacter, tout d'abord, la possibilité de combler cette lacune au moyen de l'application généralisée des règlements européens existants portant unification des règles de conflit de lois, dont notamment les règlements Rome I[102] et Rome II[103], dans la mesure où cette complexité pourrait s'avérer incompatible avec l'approche « universaliste » sous-jacente à ces derniers **(I)**. Deuxièmement, la forte imbrication et hiérarchisation qui existent entre échelle juridique paneuropéenne et échelle juridique intra-européenne pourraient empiéter, d'une manière implicite, sur la marge de liberté des législateurs nationaux lors de la conception des règles d'applicabilité de leurs lois complémentaires **(II)**. Enfin, la prise en compte de la politique de subsidiarité sous-tendante à certaines clauses d'ouverture, déléguant la prévision d'une protection plus spécifique de sujets particulièrement vulnérables à un niveau plus « local » et

[101] B. Audit, *Le droit international privé en quête d'universalité : Cours général,* (2001) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye (Volume 305), 475.
[102] Règlement (CE) 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) [2008] JOCE L 177/6.
[103] Règlement (CE) 864/2007 sur la loi applicable aux obligations non-contractuelles (Rome II) [2007] JOCE L199/40.

proche des personnes concernées, pourrait également participer au façonnage de règles d'applicabilité protectrices *ad hoc.* **(III)**.

I. Complexité spatiale du RGPD et caractère universel des Règlements européens portant unification des règles de conflit de lois

L'absence, dans le RGPD, d'une solution uniforme et explicite aux conflits de lois nationales édictées sur la base de ses clauses d'ouverture ne poserait pas de problème particulier au cas où une telle solution serait déjà fournie, au niveau paneuropéen, par l'un des règlements adoptés par l'UE dans le domaine du conflit de lois.

En effet, dans la grande majorité des cas, une violation des droits conférés par le RGPD sera également qualifiable de violation d'une obligation (contractuelle ou non contractuelle) relevant de la matière civile et commerciale, au sens retenu par les règlements Rome I et Rome II. Sans tenir compte pour l'instant des problèmes additionnels créés par l'exclusion établie sous l'article 1(2)(g) de ce dernier, sur lesquels nous reviendrons, il s'agit d'apprécier s'il y compatibilité idéologique et méthodologique entre, d'une part, le « caractère universel » desdits Règlements et, d'autre part, le caractère multi-échelle de l'espace juridique établi par le RGPD. Nos réflexions à propos de stratégies de spatialisation mises en œuvre par le RGPD pourraient suggérer, à ce propos, que l'application des règlements Rome I et II à des conflits de lois en matière de protection des données doit être réservée à des cas exceptionnels **(a)**, et subordonnée à l'issue positive du « test de l'interchangeabilité » **(b)**.

a. La place de la coordination et du principe d'application du droit étranger dans le RGPD et dans les règlements Rome I et II : une incompatibilité manifeste

La théorie générale du droit international privé, dont les règlements Rome I et Rome II sont une manifestation, a été marquée depuis le XIX^{e} siècle par une tradition de coordination et une attitude relativement généreuse à l'égard des normes étrangères.

Ayant pour but de faire « vivre ensemble » des systèmes juridiques différents, la technique de la coordination suppose, comme condition

préalable, que chacun des ordres juridiques en présence montre une disponibilité à la prise en compte tant de l'existence que du contenu substantiel des régimes juridiques étrangers. Cette propension à l'ouverture vers l'autre et à l'acceptation de l'idée de relativité des systèmes et des valeurs juridiques s'est manifestée, au sein des règlements Rome I et II, par le choix en faveur du « caractère universel » des règles de conflit de lois qui y sont établies.

Consistant en l'aptitude d'une règle de conflit de lois à désigner indifféremment la loi d'un État membre ou la loi d'un pays tiers[104], ledit « caractère universel » correspond, selon la proposition de règlement Rome II, « à un principe profondément enraciné dans le droit positif des règles de conflit de lois » de source nationale et internationale[105]. En effet, cette indifférence vers l'origine (européenne ou non) de la loi désignée s'explique en raison de l'accueil, par ces règlements, de l'un des postulats de la théorie générale « classique », à savoir la présomption d'interchangeabilité parfaite des lois de droit privé au sein d'une « communauté de droit »[106].

En raison du choix en faveur du caractère universel, les règlements Rome I et II manifestent leur adhésion à une vision de la communauté de droit « à la Mayer », d'après laquelle elle n'implique nullement la parenté culturelle des systèmes juridiques qui y appartiennent, consistant par contre en la simple « mise en commun, à la disposition du juge, des règles des divers peuples »[107]. De ce fait, la coordination a toujours une vocation potentiellement universelle, voire globale, le principe de l'application de la loi étrangère n'étant pas limité aux relations entre les ordres juridiques appartenant à la même sphère culturelle[108]. En effet, selon cette théorie de la coordination, l'ordre juridique ne risquerait rien à ne pas imposer l'application de ses règles à des situations internationales[109]. À l'inverse, ce sont le plus souvent les intérêts privés et l'aspiration à l'harmonie internationale des solutions qui s'avèrent déterminants, l'intérêt de l'Etat constituant seulement un élément confirmatif ou au contraire perturbateur[110], demandant la mise en œuvre des correctifs de l'ordre public ou des lois de police.

Or, la question est de savoir si ladite théorie générale pourrait être transposée telle quelle, au moyen de l'application des règles de conflit

---

104 Article 2 du règlement Rome I et article 3 du règlement Rome II.

105 Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") COM(2003)427 final, p. 10.

106 F Von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, 1849, § 348, p. 70-71.

107 P. Mayer, note 100, 62.

108 L. Gannagé, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des conflits de cultures,* (2014) *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye,* (Volume 357), 318.

109 P. Mayer, *op. cit.*, note 100, 164.

110 *Ibid,* 151 et 176.

bilatérales à caractère universel des règlements Rome I et Rome II, au traitement des conflits de lois en matière de protection des données personnelles. Notre réflexion à l'égard des procédés de construction des échelles extra-européenne (i) et intra-européenne (ii) suggère l'existence d'une incompatibilité idéologique et méthodologique marquée entre le RGPD et la règle de conflit à caractère universel, de nature à établir une présomption de non-applicabilité des règlements Rome I et II aux conflits de lois touchant à la matière de la protection des données personnelles (iii).

i) Les enseignements tirés de la réflexion sur l'échelle extra-européenne : les conflits de lois en matière de protection des données comme « conflits de cultures »

L'attitude adoptée par le législateur européen vis-à-vis des systèmes de protection des données personnelles des pays tiers montre que, à ses yeux, les conflits entre ceux-ci et le régime établi par le RGPD sont toujours considérés comme de véritables « conflits de cultures ».

Selon la terminologie adoptée par Mme Gannagé, un conflit de cultures présuppose qu'une relation internationale se déroule à la frontière d'ordres juridiques appartenant à des entités culturelles différentes[111]. Autrement dit, dans un conflit de cultures, les divergences qui opposent les systèmes juridiques en présence sont particulièrement marquées. Il suffit de penser, à cet égard, aux différences fondamentales qui existent entre « l'approche européenne » à la protection des données personnelles, « axée sur le facteur humain »[112] et la logique mercantile sous-jacente à l'approche des États-Unis, résultant en une cadre juridique moins contraignant pour les entreprises désireuses de collecter et traiter des données à caractère personnel.

Or, le fait que, aux yeux du législateur européen, tout conflit entre la loi européenne en matière de protection des données et la loi d'un pays tiers est conçu comme un « conflits de cultures » a des implications importantes à l'égard de l'outillage méthodologique mis en œuvre pour sa résolution.

Notre réflexion à propos de l'échelle extra-européenne démontre précisément que, vis-à-vis desdits conflits, tant les conditions que les objectifs de la coordination font défaut.

D'un côté, l'approche adoptée par le législateur européen se caractérise par un absolutisme des valeurs marqué, dans la mesure où elle se fonde sur l'imposition unilatérale des valeurs européennes en matière de la protection

111 L. Gannagé, *op. cit., supra,* note 1 108, 239.
112 Communication COM (2019) 374 final, note 58, 2.

des données aux partenaires commerciaux de l'UE. La volonté de composer avec l'autre est totalement absente de la politique poursuivie par la Commission sur l'échelle extra-européenne : s'il est vrai qu'elle s'emploie activement dans des négociations avec des pays tiers, il n'en reste pas moins que de telles activités n'aboutissent jamais en des échanges bidirectionnels de valeurs, et à l'adhésion à l'idée de relativité et d'interchangeabilité des systèmes juridique en la matière. À l'inverse, le système européen de protection des données est toujours le seul à pouvoir s'imposer tant au niveau global que dans la solution concrète d'un conflit de cultures[113].

De l'autre côté, les méthodes de règlementation d'un tel conflit – dont notamment le mécanisme de l'extension territoriale – sont d'abord au service de cette politique de protection des valeurs européennes. L'objectif majeur est de préserver coûte que coûte le champ d'application de la loi européenne dans l'espace. Au regard de cette exigence, les intérêts privés, la continuité des relations juridiques ou l'harmonie internationale des solutions paraissent des objectifs tout à fait secondaires, n'inspirant guère l'action du législateur sur l'échelle extra-européenne. De ce fait, l'objectif de coordination se trouve affecté à une position tout à fait marginale, sinon nulle.

Dans un tel contexte, il semble y avoir une incompatibilité de fond entre le RGPD et la règle de conflit à caractère universel et les correctifs qui l'accompagnent. L'application généralisée des règlements Rome I et Rome II aux conflits des lois en matière de protection des données impliquerait, en effet, l'acceptation d'un risque – l'éventualité qu'un conflit de cultures soit résolu au moyen de la désignation de la loi d'un pays tiers – auquel le RGPD n'est guère disponible à s'exposer. À de telles considérations s'ajoutent des arguments ultérieurs, tirés de notre réflexion à l'égard de l'échelle intra-européenne, militant eux aussi contre l'applicabilité généralisée des règlements Rome I et II auxdits conflits.

ii) Les enseignements tirés de la réflexion sur l'échelle intra-européenne : les frontières de la « communauté de droit » et de la technique de la coordination

Les conflits de lois qui intéressent l'échelle intra-européenne – voire les conflits entre les lois édictées par les États membres sur la base des clauses d'ouverture – sont fondamentalement différents des conflits décrits ci-dessus. Hormis quelques cas particuliers, touchant à des questions d'intérêt

[113] Au moyen, par exemple, de l'application d'un *ersatz* de la loi européenne aux données transférées vers un pays tiers.

constitutionnel[114], de tels conflits ne sont pas qualifiables de conflits de cultures. Intervenant entre des lois ayant une racine (culturelle et juridique) commune, à savoir les dispositions matérielles du RGPD, qu'elles sont appelées à compléter ou préciser, ceux-ci n'impliqueront que très rarement de véritables chocs de valeurs.

Cette différence dans la nature du conflit ouvre la voie à la possibilité d'adopter une approche méthodologique très différente à leur solution. Sur l'échelle intra-européenne, tant les conditions que les objectifs de la coordination semblent, en effet, satisfaits.

Quant aux objectifs de la coordination, l'aspiration à faire « vivre ensemble », de manière harmonieuse, les systèmes juridiques complémentaires des États membres devrait être, en principe, une finalité primordiale d'un instrument tel que le RGPD, qui aspire à simplifier l'environnement réglementaire, au bénéfice de la clarté et de la sécurité juridique des justiciables, et à assurer un niveau élevé, mais surtout *cohérent,* de protection juridique aux personnes concernées dans l'ensemble de l'UE[115]. Il devrait par conséquent s'intéresser à la continuité des relations juridiques, à la règlementation uniforme des rapports de droit, quel que soit le juge saisi de la situation, et à la nécessité d'éviter la survenance de « traitements boiteux », *i.e.* licites dans l'ordre juridique du for mais illicites dans l'ordre juridique dont la loi devrait en principe être appliquée à la règlementation des conditions de licéité du traitement, ou vice-versa.

Quant aux conditions de la coordination, le haut degré de parenté culturelle qui existe entre les lois des États membres en matière de protection des données permet d'assurer une coïncidence tendancielle entre justice conflictuelle et réalisation d'une justice matérielle acceptable pour le for. Une telle circonstance justifie, à la fois, l'adoption d'un esprit d'ouverture partielle vers l'application potentielle de normes étrangères et l'établissement d'une présomption (réfragable) d'interchangeabilité des lois en matière de protection des données au sein d'une telle communauté restreinte de droit.

Une telle limitation « géographique » de la présomption d'interchangeabilité et du principe de l'application du droit étranger est aussi une conséquence directe de la proximité fonctionnelle entre le RGPD et une directive : étant donné que seule la loi d'un État membre saurait remplir la

[114] Tel pourrait être le cas, par exemple, relativement aux conflits de dispositions nationales édictées sur la base de l'article 85 du RGPD, demandant aux États membres de concilier, par la loi, le droit à la protection des données à caractère personnel au titre du présent règlement et le droit à la liberté d'expression et d'information.

[115] Considérant 10.

fonction de compléter les règles uniformes du RGPD, les conflits occasionnées par l'existence des clauses d'ouverture doivent forcement être résolus par la désignation d'une telle loi*,* et non de n'importe quelle loi étatique en matière de protection des données, indépendamment du dégrée de parenté culturelle qui pourrait exister, le cas échéant, entre la loi d'un pays tiers et le régime européen.

Or, dans un tel contexte, les règles de conflit établies par les règlements Rome I et Rome II sont alors intrinsèquement inadaptées, en raison de leur caractère universel, à enfermer coordination et interchangeabilité à l'intérieur de telles frontières géographiques.

iii) La présomption contre l'applicabilité des règlements à caractère universiel : fondement et justification

Au vu de ce qui précède, l'incompatibilité entre le RGPD et le caractère universel des règlements Rome I et II apparaît alors avant tout de type idéologique, le premier étant axé sur une distinction – celle entre la loi d'un État membre et la loi d'un pays tiers – qui est par contre répudiée par ces derniers.

Mais il s'agit également d'une incompatibilité sur le plan méthodologique. En effet, s'il est vrai que les règlements Rome I et Rome II pourraient en principe garantir la désignation de la loi d'un État membre au moyen des mécanismes des lois de police et de l'ordre public, il n'en reste pas moins que de tels mécanismes, conçus comme marginaux et dérogatoires, deviendraient de cette manière la solution plus utilisée, sinon la solution « par défaut » des conflits de lois en matière de protection des données. D'ailleurs, il serait difficile de limiter le recours aux seuls cas de désignation, par le règlement Rome I ou II, d'une loi d'un pays tiers. La mobilisation de ces mécanismes pourrait notamment conduire à une « naturalisation » de la qualification de toute disposition du régime complémentaire du for comme loi de police ou comme relevant de son ordre public, acquérant conséquemment préséance même lorsque le régime complémentaire d'un autre État membre a vocation à s'appliquer[116].

En bref, l'utilisation desdits règlements pour résoudre des conflits entre régimes complémentaires nationaux entrainerait une déformation manifeste de leur appareil théorique et idéologique, qui est simplement inadapté, dans son état actuel, à appréhender et à gérer la complexité spatiale sous-jacente au RGPD. Sur cette base, il semble possible d'établir une présomption réfragable

[116] Les règlements Rome I et II n'offrent que des possibilités assez limitées d'appliquer ou de "prendre en compte" des lois de police d'un État autre que l'État du for.

contre leur applicabilité aux conflits de lois touchant à la matière de la protection des données personnelles, susceptible d'être renversée, dans un nombre limité de situations précises, à l'aide du « test de l'interchangeabilité ».

b. La réfutation de la présomption contre l'applicabilité des règlements à caractère universel au moyen du « test de l'interchangeabilité »

L'aptitude éventuelle des règlements à caractère universel à régir des conflits de lois nationales touchant à la matière de la protection des données personnelles dépend, tout d'abord, de la possibilité faire rentrer ces conflits dans leurs champs d'application matériels respectifs.

Or, si l'applicabilité du règlement Rome II à des situations mettant en cause la licéité de traitements des données à caractère transfrontière peut être écartée, d'une manière sans nul doute simpliste[117], en vertu de l'exclusion contenue sous son article 1(2)(g), il n'en va pas de même en ce qui concerne le règlement Rome I.

En effet, les obligations contractuelles jouent, au sein du RGPD, un rôle de premier plan, étant considérées, selon les cas, comme une condition de déclanchement des droits créés par le RGPD[118] ou d'un régime juridique matériel (dérogatoire ou complémentaire) de source nationale[119]. D'ailleurs, un contrat peut servir de base juridique fondant la licéité du traitement des données, du profilage et du transfert des données vers des pays tiers[120], ainsi que d'outil pour la distribution des responsabilités entre responsables

[117] La question cruciale est de savoir si la violation des droits conférés par le RGPD rentre ou non dans la notion d' « d'atteinte à la vie privée et aux droits de la personnalité », faisant l'objet d'une exclusion sous l'article 1(2)(g) du règlement Rome II. En faveur de l'applicabilité de l'exclusion, voir: M. Brkan, *Data Protection and conflicts-of-laws: a challenging relationship*, (2016) European Data Privacy Law, 33.

[118] C'est le cas, notamment, de l'article 20 (1) lettre *a)*, qui associe le droit à la portabilité des données, entre autres, à l'existence d'un traitement effectué à l'aide de procédés automatisés "fondé sur un contrat".

[119] Voir, notamment, l'article 8, concernant les contrats de prestation de services de la société de l'information offerts directement aux enfants ; l'article 9(2) lettre *h),* conjointement aux paragraphes (3) et (4) du même article, pour ce qui concerne les contrats avec des professionnels de la santé ; l'article 88, pour ce qui concerne les relations de travail.

[120] Respectivement, articles 6(1) lettre *b),* 22, 46 (1) lettres *c)* et *d)* et 49(1) lettres *b)* et *c)* du RGPD.

conjoints du traitement, ou entre responsables du traitement et sous-traitant(s)[121].

Lorsque de tels contrats présentent des éléments d'internationalité, le Règlement Rome I maintient sa vocation à s'appliquer. Afin de réconcilier son caractère universel avec la spatialité complexe du RGPD, le champ d'application matériel du règlement Rome I devrait être apprécié de manière rigoureuse, à l'aide d'un test à deux volets. Tout d'abord, conformément à la jurisprudence *Brogsitter*[122], une violation d'un droit conféré par le RGPD, constituant également la violation d'une obligation contractuelle au sens retenu par le règlement Rome I, ne tombe dans le champ d'application matériel de ce dernier que si, et dans la mesure où, l'interprétation du contrat s'avère indispensable pour établir le caractère licite ou, au contraire, illicite, du comportement donnant lieu à la violation reprochée. Deuxièmement, il faut également se demander si, à l'aune des objectifs du RGPD et des enseignements tirés de l'analyse de ses stratégies de spatialisation, celui-ci admettrait que la question en cause soit éventuellement régie par une loi autre que celle d'un État membre. Les modalités de mise en œuvre d'un tel test peuvent être explicitées davantage à l'aide de deux exemples pratiques, tirés des dispositions du RGPD considérant le contrat comme une base juridique de la licéité du traitement (i) et comme élément déclencheur d'un régime complémentaire en matière de travail (ii). Alors que dans ces cas, ce test parvient à apporter une solution tranchée, il subsiste de zones d'ombres difficiles, où la délimitation des champs d'application respectifs du RGPD et du règlement Rome I reste difficile à atteindre par voie d'interprétation (iii).

i) Le contrat « international » en tant que fondemnet de la licéité du traitement des données

Clé de voûte du RGPD, son article 6 définit les conditions de licéité de tout traitement des données, en énumérant six différentes bases juridiques. Parmi celles-ci, la lettre *b)* prévoit expressément qu'un traitement des données est licite si, et dans la mesure où, celui-ci est *nécessaire* à l'exécution ou à la conclusion d'un contrat auquel la personne concernée est partie. Découlant du constat élémentaire que, parfois, les obligations contractuelles envers la personne concernée ne peuvent être exécutées sans que celle-ci fournisse certaines données à caractère personnel[123], une telle base juridique contient une clause d'ouverture implicite en faveur d'une loi nationale. Elle exige, en

[121] Articles 26 et 28 du RGPD.

[122] CJUE, 13 mars 2014, *Marc Brogsitter c/Fabrication de Montres Normandes EURL*, aff. C-548/12, point 25.

[123] Comité Européen de la Protection des Données, *Guidelines 2/19 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects*, 19 avril 2019.

effet, d'apprécier la « licéité » du traitement des données à l'aune non seulement des règles matérielles posées par le RGPD, mais également de la *lex contractus* de source nationale.

Une fois la condition matérielle de la « nécessité » remplie[124], la licéité du traitement aux termes de l'article 6 (1) lettre *b)* vient dépendre de l'appréciation de l'existence et de la validité du contrat dont l'exécution ou la conclusion est en cause, ainsi que de sa conformité aux normes impératives qui y sont éventuellement applicables. L'interprétation du contrat en cause s'avérant essentielle afin d'adopter de telles déterminations, une telle question semble satisfaire parfaitement aux conditions posées par *Brogsitter* aux fins d'une qualification « contractuelle » de l'obligation sous-jacente. Il nous semble que de telles déterminations doivent être effectuées sur la base de la loi applicable au contrat, désignée en application du Règlement Rome I. En effet, il n'y a aucune objection de principe à l'applicabilité de ce règlement : d'un côté, cette *lex contractus* n'a pas été édictée dans le but exprès de compléter le caractère général du RGPD, appartenant plutôt au droit commun de chaque État. La spatialité complexe du RGPD n'exige pas alors qu'un tel conflit soit indéfectiblement résolu en faveur de la loi d'un État membre. De l'autre côté, les droits des personnes concernées ne seraient pas perturbés par l'application de la loi d'un pays tiers à des questions telles que la validité et l'existence du contrat ou la capacité des parties[125], sous réserve, bien évidemment, de l'application des normes impératives du for – telles que, par exemple, les dispositions nationales d'implémentation de la directive 93/13/CE[126] – en tant que lois de police.

[124] Notion autonome de droit européen, la « nécessité aux fins de la conclusion ou exécution d'un contrat » est à apprécier par la mobilisation des principes du droit européen des données, notamment les principes d'équité et de limitation de la finalité du traitement : *ibid.*

[125] Étant entendu que le règlement Rome I ne règle d'une manière uniforme que les conditions de mise en cause de la capacité d'une partie à un contrat conclu entre des cocontractants qui se trouvent dans un même pays, et que la capacité juridique de cocontractants impliqués dans des négociations « à distance » reste régie par la loi désignée par le système du droit international privé du for. Il convient également de souligner que, aux termes de l'article 8 (3) du RGPD, la capacité de l'enfant d'exprimer un consentement valable au traitement de ses données personnelles dans le cadre d'un contrat de prestation de service de la société de l'information « ne porte pas atteinte au droit général des contrats des États membres, notamment aux règles concernant la validité, la formation ou les effets d'un contrat à l'égard de l'enfant ». Les droits conférés aux enfants par le RGPD ne subiraient alors aucun préjudice du fait de l'application éventuelle de l'article 13 du règlement Rome I à des questions de capacité.

[126] Directive 93/13/CE concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, [1993] JOCE L95/29.

ii) Les contrats de travail, déclencheurs d'un régime national complémentaire

Des considérations tout à fait différentes s'imposent à l'égard des conflits entre des lois portant spécification, aux termes de l'article 88 du RGPD, du régime applicable en matière de protection des données des employés dans le cadre des relations de travail. Évidemment, seule la loi d'un État membre peut venir préciser la base de référence établie de manière uniforme par le RGPD.

Il convient de souligner que certaines violations des droits conférés aux employés en vertu de l'article 88 ne sauraient peut-être constituer une violation d'une « obligation contractuelle » aux termes du principe énoncé par *Brogsitter,* strictement interprété. Il suffit de penser à un litige dans lequel l'employé reproche à son employeur de l'avoir obligé à exercer ses droits individuels d'accès au casier judiciaire, en violation d'une prohibition établie par la loi d'un État membre en vertu de l'article 88 RGPD[127]. Il y aurait ici de la marge pour argumenter que l'interprétation du contrat de travail n'est pas, en soi, essentielle afin de déterminer la licéité du comportement reproché à l'employeur, dans la mesure où l'illicéité découle de la violation pure et simple d'une disposition légale, visant à éviter des abus en présence d'une situation objective de déséquilibre de pouvoirs.

iii) Zones d'ombres : le seuil de tolérance de l'interchangeabilité

Il reste, dans le système du RGPD, un certain nombre de contrats par rapport auxquels il est difficile de déterminer, dans l'état actuel du droit, si et dans quelle mesure la loi d'un pays tiers, ou éventuellement la loi choisie par les parties, pourrait compléter le régime matériel établi par le RGPD.

C'est le cas, notamment, des « accords » par lesquels des responsables conjoints du traitement définissent, aux termes de l'article 26 du RGPD, leurs obligations respectives, « *sauf si, et dans la mesure où,* leurs obligations respectives sont déjà définies par le droit de l'Union *ou par le droit de l'État membre auquel les responsables du traitement sont soumis ».*

Ce qui ressort de cette disposition est, tout d'abord, qu'il y a une marge de manœuvre pour l'autonomie privée, en ce que lesdits accords pourraient préciser le partage des responsabilités et déterminer quelles parties sont censées se conformer à chacune des obligations prévues par le RGPD. Il est également clair qu'une telle autonomie privée est strictement encadrée par les

[127] Telle que, par exemple, la prohibition établie par la Section 4 du *Data Protection Act 2018* irlandais, voir *supra.*

limites légales établies par le droit de l'Union ou par la loi nationale d'un État membre auquel les deux responsables sont soumis. Or, s'il est bien évident que, vis-à-vis des aspects de l'accord portant sur les obligations en matière de protection des données *strictu sensu,* seule la loi d'un État membre ou le RGPD lui-même pourraient venir limiter l'autonomie des parties, il n'est pas tout à fait clair si, et dans quelle mesure, une loi d'un pays tiers ou la loi choisie par les parties pourraient régir des aspects de cet accord qualifiables d' « obligations contractuelles » aux termes de *Brogsitter* et en quelque mesure séparables des obligations en matière de protection des données.

Le problème principal, à cet égard, reste l'article 26(3) du RGPD, établissant que l'accord entre les responsables ne pourrait en tout cas empêcher la personne concernée d'exercer les droits que lui confère le RGPD contre chacun des responsables du traitement. Cette circonstance pourrait faire pencher pour l'inapplicabilité totale du Règlement Rome I à de tels accords, dans la mesure où l'application à titre résiduel de la loi d'un pays tiers ou d'une loi choisie par les parties pourrait, même de manière indirecte et involontaire, venir entraver l'exercice, ou perturber davantage le contenu, des droits conférés aux personnes concernées par le RGPD.

En tout cas, aborder l'article 26 du RGPD sous l'angle du droit international privé signifie ouvrir une véritable boîte de Pandore. Le « test de l'interchangeabilité » développé ici ne saurait en effet répondre aux nombreuses questions laissées ouvertes par cette disposition, telles que, par exemple, la manière dans laquelle identifier la loi de l'État membre à laquelle les responsables sont soumis, au cas où ceux-ci relèveraient de deux lois nationales différentes, ou encore, la possibilité de sortir de l'impasse à travers le choix préalable de l'une des lois (européennes) en conflit.

II. Imbrication et hiérarchie des échelles intra- et pan- européenne en tant que principes directeurs pour la solution d'un conflit de systèmes

Le discours politique du législateur européen à l'égard des échelles pan- et intra- européennes parvient à mettre en exergue que celles-ci se présentent comme des espaces juridiques superposés, profondément imbriqués l'un dans l'autre et interdépendants. Cette section présente tout d'abord les initiatives unilatérales entamées par les États Membres pour définir l'emprise spatiale de leurs lois nationales **(a)**. Le but est de démontrer que les perturbations produites sur l'échelle intra-européenne par leur interaction disharmonieuse et chaotique peuvent entraver, ou encore empêcher, la réalisation des objectifs

matériels poursuivis sur l'échelle paneuropéenne **(b)**. Dans ce cadre, nous suggérons que les critères présidant à l'agencement spatial optimal de l'échelle intra-européenne seraient peut-être déjà enchâssés, bien que d'une manière implicite, dans l'échelle supérieure et plus englobante **(c)**.

a. Les initiatives unilatérales des États membres dans l'état actuel du droit

L'analyse comparative des règles d'applicabilité couramment retenues par les États membres permet de détecter au moins trois approches différentes à la définition du champ d'application spatial des régimes complémentaires nationaux : l'oubli (il nous semble, délibéré) (i), la lecture introvertie de l'article 3 du RGPD (ii), et le rattachement personnel (iii).

i) L'oubli

Tout d'abord, plusieurs législateurs[128] ont choisi de n'inclure, dans leurs lois complémentaires, aucune disposition sur le champ d'application spatial. La législation italienne est un exemple en ce sens : en adaptant le code de protection des données au RGPD[129], le législateur italien a simplement abrogé son article 5 – qui définissait auparavant son champ d'application géographique en fonction l'article 4 de la directive 95/46/CE – sans toutefois prévoir aucune clarification supplémentaire quant à la portée du nouveau cadre législatif.

Le même problème émerge par rapport au *Data Protection Act* 2018 irlandais[130]. À ce propos, la *Law Society of Ireland* a fait remarquer, dans ses observations, qu'une telle loi soulève certaines questions qui mériteraient d'être analysées davantage par le législateur irlandais, dont notamment le choix de ne pas délimiter d'une manière expresse les champs d'application matériel et spatial des règles nationales[131]. La *Law Society* estime à cet égard que l'insertion d'une règle explicite offrirait des avantages tant pour les particuliers que pour les responsables du traitement, en ce qu'elle éliminerait toute ambiguïté quant à la portée matérielle et spatiale de l'*Act*[132]. Elle ajoute qu'une

[128] À notre connaissance, les lois lituanienne, autrichienne, roumaine, espagnole, italienne et irlandaise ne prévoient aucune disposition explicite concernant leur champ d'application spatial.
[129] Décret No 196 du 30 juin 2003, amendé par le décret No 101 du 10 août 2018.
[130] Loi irlandaise No 7/2018, *Data Protection Act 2018*.
[131] Law Society of Ireland, *Law Society Submissions on the Data Protection Bill 2018,* avril 2018, 3 et 6.
[132] *Ibid,* 6.

plus grande clarté quant aux entités visées par cette loi serait d'autant plus souhaitable au vu du grande nombre d'entreprises multinationales – dont notamment *Facebook* – qui effectuent des traitements sur une grande échelle en Irlande, soulevant ainsi des questions qui, en l'absence d'une disposition expresse, devront être résolues par voie d'interprétation par l'autorité judiciaire nationale[133].

ii) La lecture introvertie de l'article 3 du RGPD

Une autre approche, largement répandue dans les États Membres[134], consiste en l'adoption d'une règle d'applicabilité façonnée sur la structure et terminologie de l'article 3 du RGPD, qui est ainsi interprété comme établissant une règle d'applicabilité à double clef. La Section 207 de la loi britannique en matière de protection des données personnelles peut être prise comme l'archétype d'une telle règle d'applicabilité, en ce qu'elle prévoit son application au traitement des données à caractère personnel effectué dans le cadre d'activités d'un établissement d'un responsable ou d'un sous-traitant *situé sur le territoire du Royaume Uni*, que le traitement ait lieu ou non *au Royaume Uni*. D'ailleurs, cette loi s'applique également au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées *qui se trouvent sur le territoire britannique* par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi sur le territoire de l'Union européenne, lorsque les activités de traitement sont liées soit à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées *au Royaume Uni,* qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes, soit au suivi des comportements ayant lieu au *Royaume Uni*.

Dans la mesure où une telle démarche pourrait signaler la volonté des législateurs nationaux d'assurer une certaine cohérence entre la portée de leurs lois et celle du régime européen, il serait souhaitable d'aligner la teneur des notions juridiques utilisées par la loi nationale – telles que le « cadre

[133] *Ibid.* Une approche similaire avait été envisagée par le législateur français, ce qui aurait impliqué, en cas de contentieux, l'application, par les juridictions françaises, « des règles classiques en cas de conflit de normes internationales ». Cette option a cependant été écartée, du fait qu'elle ne semblait pas satisfaisante au regard des objectifs de sécurité juridique : cf. Étude d'impact, Projet de loi relatif à la protection des données personnelles, disponible à http://www.assemblee-nationale.fr/15/projets/pl0490-ei.asp.

[134] Notamment la Danemark (Chapitre 2 de la Loi du 18 mai 2018 No 2017/1 LSV 68), Suède (Section 5 de la Loi du 18 avril 2018, N. 218), Belgique (article 4 de la Loi du 5 septembre 2018), Lituanie (Section 1, paragraphe 4 de la Loi du 15 juin 2018), Malte (Section II du *Data Protection Act* XX du 28 mai 2018), les Pays Bas (article 4 de la Loi du 22 mai 2018 No 144), le Royaume Uni (*Supplementary final provision* No 207 du *Data Protection Act 2018* du 23 mai 2018), Slovaquie (Section 1 para.3(4) de la Loi du 30 janvier 2018 No 18) et l'Allemagne (§ 1(4) of DSAnpUG-EU, loi du 30 juin 2017). Le projet de loi de la Slovénie (art. 5 du projet publié le 4 avril 2018) adopte une solution identique.

d'activités » d'un « établissement » – sur l'interprétation façonnée par la CJUE par rapport à l'échelle paneuropéenne.

Pourtant, le potentiel d'une telle approche pour assurer une bonne coordination des lois complémentaires sur l'échelle intra-européenne est largement limité par la permanence de divergences, plus ou moins accidentelles, lors de sa mise en œuvre par les États membres. Tout en maintenant la structure et la logique sous-tendantes à l'article 3 du RGPD, certaines législations y ajoutent des conditions ultérieures, parvenant ainsi à élargir ou à restreindre la portée spatiale de la loi nationale par rapport à celle qui résulterait d'une introversion « pure et simple » de l'article 3 du RGPD. C'est ainsi que, par exemple, le législateur allemand étend la portée de sa loi nationale à tout traitement des données personnelle effectué *en Allemagne*[135], alors que le législateur belge exclut l'application de sa loi nationale aux activités d'un sous-traitant établi sur le territoire belge, mais traitant les données sur le territoire d'un autre État membre[136].

Des difficultés additionnelles résultent des lois nationales omettant de « transposer » le deuxième paragraphe de l'article 3 du RGPD. C'est le cas, notamment, des lois finnoise et luxembourgeoise : aucune d'entre elles ne prétend s'appliquer à l'offre de biens ou de services, ni au suivi des comportements dans le territoire national, effectués par de responsables non établis dans l'UE, tout en adoptant en même temps une interprétation assez ambiguë de la règle ciblant les responsables établis en territoire européen[137].

Dans la mesure où de telles divergences dans l'adaptation de l'article 3 du RGPD s'apparentent à des difficultés rencontrées dans la transposition de l'article 4 de la directive 95/46/CE[138], elles sont destinées à donner lieu à des

[135] Cf. §1(4) sub 1 *DS*AnpUG-EU. En raison de cet ajout, le droit allemand prétend s'appliquer à toutes les activités de traitement effectuées physiquement sur le territoire allemand, même lorsque ce traitement a lieu exclusivement dans le cadre d'activités d'un établissement de ce responsable situé dans un autre État membre.

[136] Aux termes de l'article 4(3) de la loi belge, « par dérogation au paragraphe 1er, lorsque le responsable du traitement est établi dans un État membre de l'Union européenne et fait appel à un sous-traitant établi sur le territoire belge, le droit de l'État membre en question s'applique au sous-traitant pour autant que le traitement a lieu sur le territoire de cet État membre ».

[137] Au vu de son article 2, la loi luxembourgeoise du 1er avril 2018 prétend s'appliquer à tout responsable ou sous-traitant « établi sur le territoire luxembourgeois », sans exiger que le traitement soit effectué dans le cadre d'activités de cet établissement luxembourgeois. La loi finnoise No 1050 du 5 décembre 2018, pour sa part, prévoit, à son article 3, que les traitements des données personnelles effectués dans le cadre d'activités d'un établissement d'un responsable ou sous-traitant dans l'Union sont régis par la loi finnoise si le responsable ou sous-traitant est établi en Finlande.

[138] Voir note 15.

problèmes identiques de surrèglementation des activités de traitement transfrontières et de lacunes de la protection juridique.

iii) Le rattachement personnel

Il reste à souligner l'approche bien plus originelle adoptée par certains législateurs, ayant fondé l'applicabilité du régime complémentaire national sur l'existence d'un rattachement personnel, à savoir, la résidence[139] ou de la nationalité[140] de la personne concernée.

En ce sens, la lecture du projet de loi français montre bien que, lors du façonnage de la règle d'applicabilité de la législation nationale, le législateur ne s'est nullement senti dans l'obligation de répliquer la structure et la teneur de l'article 3 du RGPD ou de prendre en compte la nécessité d'assurer, dans toute la mesure du possible, la réalisation optimale des objectifs poursuivis par le législateur européen. Au contraire, il revendique de manière claire son autonomie politique, soulignant que « dès lors que les États membres ne se sont pas entendus sur certaines dispositions et que des marges de manœuvre existent, il est cohérent que chaque État puisse appliquer les choix politiques que le législateur national a faits ». Dans cet esprit, son choix du facteur de rattachement a été motivé par la volonté « de garantir la protection des données à caractère personnel des personnes présentes sur le territoire français » ainsi qu'une plus grande « sécurité juridique pour les responsables du traitement », dans le but de renforcer l'attractivité du territoire national[141]. La considération des principes du marché intérieur occupe en revanche un rôle très marginal. D'un côté, le législateur français reconnaît que « le critère de l'établissement principal du responsable du traitement » aurait mieux satisfait aux véritables besoins du marché unique, permettant au responsable du traitement de n'appliquer qu'un seul droit et de réduire par conséquent les charges administratives et la complexité juridique. De l'autre côté, néanmoins, il estime qu'une telle option aurait empiété sur les droits des personnes concernées, du fait que le droit applicable au traitement de leurs données aurait pu varier en fonction du lieu d'établissement principal du responsable du traitement ou de son sous-traitant.

Dans un tel contexte, le choix en faveur du critère du lieu de résidence de la personne concernée a été jugé « plus respectueux de la souveraineté du

[139] Cf. article 5-1 de la loi « Informatique et Libertés » No 78-17 du 6 janvier 1978, amendé par l'article 10 de la loi du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

[140] Article 2 projet de loi No 120/XIII, mais vois les considérations qui suivent à propos de l'article 2(2)(c) de la loi portugaise No 58 du 8 août 2019.

[141] Cf l'étude d'impact accompagnant le Projet de loi français relatif à la protection des données personnelles, note 133, « Article 8 », « Objectifs poursuivis ».

droit national » et « plus protecteur pour les personnes physiques concernées, qui n'ont alors pas à s'interroger sur le droit applicable dans un autre État membre de l'Union, lequel n'est bien souvent pas accessible dans leur langue »[142]. Le CNIL, pour sa part, a souligné « les difficultés opérationnelles qui pourraient naître avec les pays ayant retenu des critères différents et incompatibles avec ceux retenus par le projet de loi »[143].

Il faut également mentionner la nouvelle loi portugaise en matière de protection des données, en ce qu'elle prétend s'appliquer non seulement à tout traitement effectué sur le territoire national, mais également aux traitements *en dehors du territoire national* lorsque ceux-ci (a) sont effectués dans le cadre d'activités d'un établissement portugais du responsable ou (b) concernent des personnes présentes sur les territoire portugais, ciblées par les activités décrites à l'article 3(2) ou (c) *concernent des données enregistrées auprès des postes consulaires, dont sont titulaires des portugais qui résident à l'étranger.* Il convient de souligner que cette dernière hypothèse a fait l'objet d'une importante reformulation par rapport au projet du 22 mars 2018[144]. L'article 2 dudit projet de loi étendait l'applicabilité de la loi portugaise « aux traitements concernant des personnes qui, étant portugais, résident à l'étranger et dont les données sont enregistrées auprès des postes consulaires ». Alors que ce libellé aurait permis de détecter une volonté d'application au traitement des données dont sont titulaires tous les ressortissants portugais enregistrés auprès des postes consulaires – ce qui aurait conféré à la loi une forte vocation à l'application extraterritoriale – la nouvelle formulation semble limiter de manière moins ambiguë l'application de la loi portugaise aux seuls traitements des données des ressortissants portugais effectués directement par les postes consulaires portugais eux-mêmes.

[142] *Ibid,* « 3.2.2. Option 3 (retenue) : Lieu de résidence de la personne concernée ». L'article art. 5-1 de la loi « Informatique et Libertés » continent néanmoins une dérogation au critère de résidence pour les traitements relatifs à la liberté d'expression et d'information. Ceux-ci sont régis par la loi nationale « dont relève le responsable du traitement, lorsqu'il est établi dans l'UE ». Le projet de loi explique à ce propos qu'une telle disposition est à comprendre comme adoptant le critère de l'établissement – et non, il faut le souligner, du « cadre d'activités de l'établissement » – dans le souci principal d'assurer, entre autres, la possibilité, pour des responsables du traitement établis en France, d'opposer le secret des sources journalistiques, garanti par la loi française, « ce qui ne serait pas forcément le cas dans un autre État membre de l'Union européenne ».

[143] Délibération n° 2017-299 du 30 novembre 2017 portant avis sur un projet de loi d'adaptation au droit de l'Union européenne de la loi n°78-17 du janvier 1978.

[144] Voir note 139.

b. Les enseignements tirés de la réflexion sur les échelles paneuropéenne et intra-européenne : des limites implicites à la liberté des législateurs nationaux dans le domaine du droit international privé

La grande variété de solutions mises en avant par les règles d'applicabilité échafaudées par les États membres est une preuve de l'importance et de l'actualité de la réflexion de M Francescakis. Il y plus de 50 ans, celui-ci soulignait que chaque ordre juridique tend à s'ériger en système indépendant, et que tout règle de conflit de lois est porteuse de la vision matérielle, concrète et institutionnelle de son concepteur[145]. De ce fait, des discordances sont susceptibles de se manifester non pas dans le résultat final de la donnée litigeuse mais dans les principes que lesdits systèmes mettent respectivement en avant pour la solution d'un conflit de lois[146].

Dans ce contexte, les choix discordants des législateurs nationaux vis-à-vis du rattachement à retenir en la matière de protection des données personnelles peut être expliqué en termes de *conflit de systèmes nationaux*. Pourtant, du fait que l'avènement de l'UE a engendré l'institution « d'un ordre juridique propre, intégré au système juridique des États membres [...] et qui s'impose à leur juridiction »[147], un autre conflit de systèmes devient envisageable, impliquant, d'une part, le(s) système(s) étatique(s) et, de l'autre part, le système européen.

En effet, il est bien établi dans la jurisprudence de la CJEU, que la participation d'un État au projet européen entraine des limitations de leurs droits souverains en ce qui concerne non seulement l'établissement de normes de droit substantiel, mais également dans le domaine du droit international privé. Dans la mesure où les règles nationales de droit international privé sont, comme d'autres mesures étatiques, susceptibles de constituer des entraves à l'exercice des libertés fondamentales de droit européen, le contrôle de leur conformité éventuelle avec le régime européen du marché intérieur s'avère inévitable[148].

---

145 Ph. Francescakis, *La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé* (Sirey 1958), 56-57.

146 *Ibid,* 57.

147 CJCE, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa* c/ *Ente Nazionale per l'Energia Elettrica (ENEL),* aff. 6/64.

148 Voir M. Fallon, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré: l'expérience de la Communauté européenne,* (1995) Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, (Volume 253), 148 et J. Heymann, *Importing proportionality to the conflict of laws*, Muir

L'imbrication, interdépendance et hiérarchisation des échelles paneuropéenne et intra-européenne qui résultent de la nature « générale » du RGPD impliquaient donc une limitation implicite de la marge de manœuvre dont disposaient, dès l'origine, les législateurs nationaux dans le façonnage des règles d'applicabilité de la législation nationale, dans la mesure où ils étaient en tout cas tenus de choisir des formes et des méthodes adaptés à la réalisation du résultat global défini par le législateur européen dans le RGPD.

C'est dans ce sens qu'il faut lire l'avertissement de la Commission de l'UE selon laquelle, en adaptant leur législation nationale, « les États membres doivent tenir compte du fait que toute mesure nationale qui aurait pour conséquences de faire obstacle à l'applicabilité directe du règlement et de mettre en péril son application simultanée et uniforme dans l'ensemble de l'UE serait contraire aux traités »[149].

Or, il faut souligner qu'une telle « application simultanée et uniforme » des droits conférés par le RGPD est susceptible d'être compromise non seulement par des dispositions nationales répétitives[150], mais également par l'interaction chaotique et non organisée des législations nationales complémentaires, dans la mesure où elle réintroduit les « différences dans le niveau de protection des droits et libertés des personnes physiques, en particulier le droit à la protection des données à caractère personnel… [qui] peuvent empêcher le libre flux des données personnelles dans l'ensemble de l'Union »[151].

Un regard de plus près aux possibles interactions concrètes des lois nationales révèle des risques endémiques de surrèglementation des activités de traitement transfrontières. L'exemple d'un responsable du traitement doté d'un établissement au Luxembourg, mais traitant des données personnelles d'une personne résidente à Thionville dans le cadre d'activités de sa succursale d'Arlon, démontre que des activités transfrontières, menées dans un rayon de 20 km à peine, sont susceptibles de déclencher l'application *cumulative* d'au moins trois lois nationales différentes[152]. Qu'est-ce qui en est, alors, de l'objectif de simplification règlementaire poursuivi par le RGPD, visant à

Watt et Fernández Arroyo (éds), *Private International Law and Global Governance*, (Oxford 2014) 277, 279.

[149] Communication COM (2018) 43 final, note 3, 9.

[150] À savoir des dispositions nationales qui, en incorporant les dispositions des règlements de l'UE, dépassent les limites fixées par la jurisprudence de la CJUE : voir, à cet égard, Wagner et Beneke, note 84, 358.

[151] Considérant 9 du RGPD.

[152] La loi luxembourgeoise, en vertu du critère de « établissement sur le territoire national » retenu par son article 2, la loi belge en vertu du critère du « cadre d'activités de l'établissement » sous son article 4 et la loi française en raison de la « résidence de la personne concernée » aux termes de l'article 5-1 de la loi « Informatique et Libertés ».

garantir, à la fois, plus de clarté aux opérateurs commerciaux quant au régime juridique applicable et moins de charges administratives liées à la complexité juridique, dans le but de faciliter l'entrée dans les marchés d'autres États Membres ?

Dans un esprit similaire, un conflit négatif est envisageable au cas où une personne concernée résidant à Fribourg déciderait d'agir en justice à Strasbourg aux termes de l'article 79 du RGPD, étant ici établi le responsable qui, en traitant les données de cette personne dans le cadre d'activités de son établissement français, a prétendument violé un ou plusieurs droits conférés par le RGPD. Le conflit négatif émerge alors du fait que le législateur allemand a confié la protection juridique complémentaire de son résident au législateur français, alors que le législateur français a choisi de limiter la protection conférée par sa loi nationale aux sujets résidant en territoire français. Que reste-il alors de l'objectif de droit européen d'assurer un niveau *cohérent et élevé* de protection de cette personne physique à l'égard du traitement de ses données[153] ?

Vis-à-vis des objectifs poursuivis par le législateur sur l'échelle paneuropéenne, les États membres apparaissent alors comme un orchestre sans chef qui détonne. Nous avons argumenté ailleurs[154] que, aux fins de la mise en œuvre des normes d'applicabilité établies dans la législation complémentaire, les autorités judiciaires nationales devraient prendre en compte les conséquences de leur interaction potentielle avec les règles d'applicabilité édictées par d'autres États membres concernés. Dans la mesure où, dans ce cas de figure, une telle interaction est susceptible d'entraver ou d'empêcher la réalisation des objectifs poursuivis sur l'échelle plus englobante, la règle d'applicabilité de la législation nationale complétant le RGPD devrait être considérée comme contraire au droit de l'Union, ce qui peut conduire, selon les cas, soit à l'obligation de l'interpréter de manière « conforme » aux exigences de ce dernier, soit à l'obligation de la laisser inappliquée[155].

Dans les deux cas, la question est de savoir quelle serait la solution conflictuelle la plus adaptée, au vu des objectifs et de la structure du RGPD, à

---

153 Considérant 10 du RGPD.

154 M. Mantovani, *Horizontal conflicts of Member States' GDPR-complementing law: the quest for a viable conflict-of-laws solution,* (2019) Rivista Italiana di diritto internazionale privato e processuale, (3), 535.

155 CJCE, 10 avril 1984, *Sabine von Colson and Elisabeth Kamann c/Land Nordrhein-Westfalen,* aff. C-14/83, point 26 ; CJCE, 13 novembre 1990, case C-106/89, *Marleasing SA* c/*La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, aff. C-106/89, point 8. La Communication COM(2019) 374 final, n, 3 et 18 souligne que, dans des domaines autres que les règles d'applicabilité des législations nationales, les tribunaux espagnols et allemands ont déjà rendu des arrêts annulant des dispositions de la législation nationale jugées incompatibles avec le RGPD.

assurer le bon fonctionnement synchronique des échelles pan- et intra-européennes.

c. La solution d'un conflit entre systèmes spatialement superposés et hiérarchiquement ordonnés. La « vocation normative » de l'espace « multi-échelle » du RGPD

La recherche d'une solution réaliste et opérationnelle aux problèmes d'agencement spatial des lois nationales sur l'échelle intra-européenne doit s'appuyer sur deux constats préalables fondamentaux. D'un côté, il y a la tendance de la CJUE de privilégier, dans une situation caractérisée par une disparité de législations nationales, la possibilité de faire bénéficier l'opérateur économique de l'application d'une « loi unique » comme un corollaire du concept de marché unique, dans l'attente de l'établissement éventuel de règles de conflit uniformes[156]. De l'autre côté, il y a le constat que les termes exacts de la désignation de cette loi ne sont pas encore fixés de manière précise.

Ce que nous suggérons ici, pourtant, est que l'espace juridique établi par le RGPD aurait, en ce sens, une « vocation normative », dans la mesure où tant sa nature multi-échelle que les enjeux politiques qui y sous-tendent pourraient orienter le repérage des principes présidant à la répartition adéquate des lois nationales en présence.

Écrivant à une époque où l'intégration européenne n'avait qu'une orientation essentiellement économique, M. Fallon avait déjà souligné que, lorsque le droit européen tend à préserver des valeurs supérieures à la circulation des richesses, développant une véritable politique matérielle européenne, sa réalisation ne serait plus de la seule responsabilité de l'État. Elle refléterait, en revanche, un intérêt « proprement communautaire » incitant, dans une situation de disparité de législations nationales, à la formulation de règles positives de conflit de lois susceptibles de traduire cette politique[157].

Or, il est incontestable qu'il existe une véritable politique matérielle de l'Union en la matière de protection des données, axée sur la poursuite simultanée de deux objectifs placés sur un pied d'égalité : d'une part, la promotion du bon fonctionnement du marché unique par un accroissement de la circulation des données et, d'autre part, la volonté d'assurer un niveau de

[156] M. Fallon, *Op. cit*,, note 148, 146 et J Heymann, note 148, 279.
[157] M. Fallon, *ibid*, 147.

protection cohérent et élevé des personnes concernées. La règle positive de conflit de lois visant à définir la dimension matérielle de l'échelle intra-européenne devrait alors permettre de réaliser, à la fois, ces deux aspirations politiques, tout en évitant le piège des solutions trop déséquilibrées dans un sens ou dans l'autre, telles que celles sous-tendantes les règles française et luxembourgeoise.

Dans ce cadre, nous suggérons que l'agencement spatial des lois complémentaires nationales sur l'échelle intra-européenne devrait être organisé autour d'une règle générale d'applicabilité recoupée sur l'article 3 du RGPD, sur l'exemple de la règle britannique illustré ci-dessus. Plusieurs arguments semblent militer en faveur d'une telle solution, certains desquels découlent directement du caractère multi-échelle de l'espace juridique établi par le RGPD.

Une telle démarche permettrait tout d'abord d'ancrer l'étendue de l'échelle intra-européenne à celle de l'échelle paneuropéenne, garantissant ainsi que toute situation couverte par la loi paneuropéenne uniforme en vertu de l'article 3 du RGPD soit également appréhendée par la législation complémentaire d'un État membre. Autrement dit, elle permettrait de remédier aux lacunes de la protection qui, dans l'état actuel du droit, résultent des conflits négatifs de lois ou des « transpositions » partielles de l'article 3 en droit national. De surcroît, étant donné que les mêmes facteurs de rattachement seraient utilisés aux fins de délimiter la portée de la loi européenne et nationale, l'adoption de la règle proposée ici permettrait l'adaptation souple et automatique de la dimension matérielle de l'échelle intra-européenne aux oscillations spatiales de l'échelle paneuropéenne, déterminées par des interprétations extensives ou restrictives, de la part de la CJUE, des notions juridiques employées par l'article 3 du RGPD.

Une deuxième ligne d'arguments supportant l'adoption de la solution proposée s'appuie sur des considérations essentiellement pratiques. Premièrement, la règle basée sur la lecture introvertie de l'article 3 du RGPD correspond à une solution déjà largement répandue en droit positif[158], ce qui permettrait de résoudre la plupart des problèmes posés par l'état actuel du droit au moyen de l'interprétation conforme des règles existantes, dans la mesure où elles s'écartent de manière plus ou moins importante de la terminologie et de la structure de ladite disposition du RGPD. D'ailleurs, en ce qu'elle devrait fonctionner comme une règle d'application *générale*, actionnable par rapport à la vaste majorité des conflits de lois complémentaires

[158] Voir note 133.

nationales, la règle proposée ici répondrait aux objectifs de simplification législative, assurant ainsi davantage de prévisibilité pour les opérateurs commerciaux dans un domaine juridique déjà perçu comme étant trop technique et extrêmement difficile à comprendre[159]. Pourtant, son caractère « général » n'empêcherait qu'elle soit soumise à un nombre très limité d'exceptions, motivées, en substance, soit par l'application du principe de la territorialité du droit public[160], soit par le recours éventuel à des solutions conflictuelles plus respectueuses du principe de subsidiarité.

III. La subsidiarité comme principe inspirant la solution d'un conflit de lois ?

Bien qu'elles soient extrêmement pratiques pour les responsables du traitement et les sous-traitants, les règles d'application générale, telle que celle proposée ci-dessus, peuvent conduire à des résultats insatisfaisants dans les cas où l'identification de la loi applicable ne doit pas rester neutre sur le plan des valeurs, mais doit plutôt procéder de manière sélective en fonction des résultats. Ceci serait notamment le cas en ce qui concerne plusieurs dispositions du RGPD qui, prévoyant des clauses d'ouverture en faveur de la législation nationale, manifestent la volonté de protéger davantage certaines catégories de personnes concernées, censées mériter une « protection spécifique »[161] ou des « règles plus spécifiques pour assurer la protection des droits et libertés en ce qui concerne le traitement de leurs données à caractère personnel »[162].

Dans ces cas, il est envisageable que le RGPD ait délégué l'établissement d'un tel régime protecteur à un niveau réglementaire plus immédiat et local, dans la conviction que les législateurs nationaux ont une meilleure conscience et connaissance de la situation spécifique des sujets vulnérables relevant de leur juridiction. Le droit international privé devrait donc contribuer à la réalisation de cet objectif en soumettant ces questions, par le biais de rattachements sur mesure, à la loi complémentaire de l'État membre avec lequel ces sujets entretiennent le lien personnel ou factuel le plus étroit et significatif.

La clause d'ouverture établie à l'article 8 du RGPD constitue un très bon exemple de réglementation sous-optimale qui résulterait de l'application

[159] Cf. les considérations du législateur européen dans la proposition de règlement Rome II, n 105.
[160] Voir M. Mantovani, note 154, 559.
[161] Considérant 38 du RGPD, par rapport aux enfants.
[162] Article 88 du RGPD, en relation aux employés.

exclusive de la règle axée sur la lecture introvertie de l'article 3 du RGPD. En déléguant aux États membres la fixation de l'âge minimal requis pour donner un consentement valable au traitement des données à caractère personnel, cette disposition vise à fournir une « protection spécifique » aux enfants. Les travaux préparatoires de plusieurs lois complémentaires montrent que la définition d'une telle limite s'est appuyée sur la mise en balance de deux intérêts opposés : d'une part, la protection des enfants, considérés comme des sujets vulnérables, et, d'autre part, la promotion de leur autodétermination et émancipation vis-à-vis des titulaires de la responsabilité parentale, en raison du potentiel éducatif avéré des services de la société de l'information[163]. Pour ce faire, les législateurs nationaux ont pris en compte des « facteurs environnementaux locaux », à savoir le degré de familiarité des enfants avec les services Internet et le degré d'autonomie conférée à des mineurs d'un âge comparable par les dispositions du droit national des contrats[164].

Dans un tel contexte, une solution conflictuelle plus respectueuse de cette « aspiration au local », tout à fait exceptionnelle, du RGPD pourrait consister en l'application, pour ce qui concerne la question spécifique de l'âge minimal requis pour prêter un consentement valable, de la loi de l'État membre de la résidence habituelle de l'enfant. Du fait que ce rattachement traduit le degré d'intégration effective d'une personne dans un environnement social donné, il garantirait la désignation de la loi nationale la plus adaptée à réaliser la politique de subsidiarité sous-jacente à l'article 8 du RGPD, prévoyant une protection « sur mesure » pour les enfants, saisis dans leur spécificité culturelle.[165].

Une telle solution, qui a déjà été adoptée par le droit positif de quelques États membres[166], permettrait également de résoudre les soucis exprimés par

---

[163] Cf. T. Overby, *Op. cit*, note 87, 61 et Pauner et Vigouro, *The adaptation of the GDPR in Spain*, 85, in dans Mc Cullagh, Tambou et Bourton (éds), *National Adaptations of the GDPR* (Luxembourg, 2019).

[164] Voir l'aperçu des consultations des parties prenantes et des projets de lois nationaux disponible à https://www.betterinternetforkids.eu/web/portal/practice/awareness/detail?articleId=3017751

[165] Une règle d'applicabilité inspirée de l'article 3 du RGPD risquerait de soumettre l'enfant à une loi nationale qui le priverait, en raison de la prévision d'une limite âge supérieure ou inférieure, soit d'un niveau de protection supérieur, soit d'une faculté d'autodétermination auxquels il aurait droit en application de la loi locale. Dans les deux cas, le résultat ainsi obtenu serait sous-optimal au regard de la politique de subsidiarité poursuivie par l'art. 8 RGPD et par les législateurs nationaux.

[166] Dans la section 5 de la loi suédoise sur la protection des données, n 134, la règle générale d'applicabilité fondée sur l'application introvertie de l'article 3 du RGPD est assortie d'une règle supplémentaire stipulant que l'âge minimal requis pour la validité du consentement du mineur s'applique « aux traitements de données à caractère personnel relatives à des enfants résidant en Suède, quel que soit le lieu où le responsable du traitement ou sous-traitant sont

le législateur français pour justifier le choix en faveur de l'adoption généralisée du critère de la résidence. En particulier, le rejet du critère de l'établissement a été motivé par la volonté d'éviter l'application du droit d'autres États membres à des traitements de données touchant des résidents français, spécialement dans le cadre de l'utilisation de services tels que *Google* ou *Facebook*. Du fait que de tels responsables ont leur siège en Ireland, l'adoption du critère de l'établissement, au lieu de celui de la résidence, aurait entrainé davantage de risques au cas où l'Irlande aurait choisi comme âge de consentement des mineurs en ce qui concerne l'offre directe de services de la société de l'information l'âge de 13 ans[167].

La solution que nous proposons ici, combinant une règle spéciale applicable aux enfants avec une règle générale fondée, entre autres, sur le rattachement « du cadre d'activités d'un établissement », nous parait plus équilibrée au vu du double objectif poursuivi par le RGPD, dans la mesure où elle serait moins biaisée en faveur de la protection individuelle et moins préjudiciable aux besoins du marché unique[168].

Le principe de subsidiarité pourrait également inspirer, d'une manière tout à fait similaire, la délimitation du champ d'application spatial des dispositions nationales édictées en matière de relations de travail[169] et des dispositions admettant le traitement des « données sensibles » dans le cadre de contrats conclus entre un consommateur et un professionnel de la santé[170]. Dans de tels cas, une bonne base de départ est déjà fournie par les articles 6 et 8 du règlement Rome I – adoptant respectivement le rattachement de la résidence habituelle du consommateur « passif » et du lieu d'accomplissement

établis ». Le projet de loi slovène sur la protection des données s'inspire de la même formule, en complétant la règle générale d'applicabilité avec la spécification que ses dispositions sur le consentement des mineurs, sur les données sensibles et sur l'équilibre entre la protection du droit et le droit à la liberté d'expression ou d'accès aux informations publiques s'appliquent au traitement des données à caractère personnel de personnes résidant habituellement en Slovénie, « même lorsque leur traitement est effectué dans le cadre d'activités de l'établissement du responsable situé dans un autre État membre ».

[167] Projet de loi français, note 133.

[168] Concernant l'interprétation de ce critère de rattachement, la CJUE a récemment confirmé que la désignation, par Facebook, de son établissement irlandais comme étant l'unique responsable du traitement dans l'ensemble de l'UE n'empêche pas l'applicabilité de la loi d'un autre État membre, dans la mesure où les traitements effectués en Irlande ont un « lien indissociable » avec les activités d'un établissement local (cf. CJUE 5 juin 2018, *Unabhängiges Landeszentrum für Datenschutz Schleswig-Holstein c/ Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein,* aff. C-210/16). Il convient de noter que, à ce jour, Google et Facebook ont, le deux, des bureaux à Paris, qui qualifient d' « établissements » au sens du droit de la protection des données de l'UE. L'application tendancielle de la loi française aux résidents français qui utilisent ces services pourrait donc être assurée au moyen de la règle générale.

[169] Article 88 du RGPD.

[170] Article 9(2)(h) du RGPD.

habituel du travail – s'agissant simplement de remédier au caractère universel de telles règles de conflit[171].

Considérations finales. Complexité spatiale du RGPD et droit international privé.

Cette contribution s'insère dans la lignée des études critiques questionnant des constructions du droit international et européen à l'aune de la sphère des données, comprise comme un nouvel « espace » du droit, et des nouveaux rapports qu'elle permet d'établir avec les territoires institutionnels conventionnels[172].

Dans cet esprit, la mobilisation de la notion d' « échelle », au lieu de celle de « territoire », nous a permis de bousculer la conception de l'espace juridique et de la spatialité du droit comme un donné, absolu et apolitique. L'opposition traditionnelle entre territorialité et extraterritorialité, les deux définies par rapport aux territoires étatiques conventionnels[173], apparait en effet totalement inadaptée à rendre compte tant de la finesse des techniques mobilisées par le législateur européen pour asservir la délimitation de la spatialité de son droit à la réalisation de ses projets politiques, que de la richesse de formes d'agencement spatial du cadre juridique européen en matière de protection des données personnelles mises en place par le RGPD.

De manière connexe, la thèse que nous avons soutenue dans la deuxième partie de cette contribution est que le droit international privé, en tant que « branche du droit traitant essentiellement de l'application des lois dans l'espace »[174], pourrait profiter d'une meilleure prise de conscience du procédé de conception et de construction d'un espace juridique. En effet, comme l'écrivait M. Lefebvre « [l'espace] permet des actions, en suggère ou en interdit »[175]. C'est là un des sens de notre affirmation selon laquelle un espace

---

[171] Voir Mantovani, note 154, 557.

[172] J.S. Bergé et S. Grumbach, *La sphère des données et le droit : nouvel espace, nouveaux rapports aux territoires,* (2016) Journal du Droit international (4), 1153.

[173] Selon une définition célèbre, il y a des éléments d'extraterritorialité quand « une norme est mise en œuvre par une autorité extérieure au *territoire (étatique)*, ou encore quand il est tenu compte dans la mise en œuvre d'une norme d'éléments extérieurs au *territoire (étatique)* ou encore lorsque l'application de la norme implique des effets juridiques à l'extérieur du *territoire (étatique)* ». Cf. B. Stern, *L'extra-territorialité « revisitée »: où il est question des affaires Alvarez-Machain, Pâte de Bois et de quelques autres...*, (1992) Annuaire Français de Droit International (38) 239, 242.

[174] J. H. Beale, note 7, 1.

[175] H. Lefebvre, note 9, 89.

juridique multi-échelle, tel que celui créé par le RGPD, pourrait avoir une « vocation normative ». La prise en compte des valeurs et des représentations de ceux qui façonnent, à titre primaire, un tel espace juridique serait notamment susceptible de révéler des limites implicites à la liberté d'action d'autres concepteurs participant à l'effort collectif de création dudit espace, notamment lorsqu'ils sont chargés d'en préciser ou de délimiter davantage les frontières internes ou externes au moyen d'une règle de droit international privé.

Eu égard à l'état actuel du droit positif européen en matière de protection des données à caractère personnel, nous avons formulé des proposions de règles de droit international privé censées réaliser une délimitation du champ d'application spatial des régimes complémentaires nationaux plus adaptée aux enjeux politiques et aux représentations sous-jacentes au RGPD. De telles règles visent, tout d'abord, à assister les autorités judiciaires nationales dans leurs efforts d'interprétation « conforme » des règles d'applicabilité existantes, ainsi qu'à orienter d'éventuelles interventions législatives de la part du législateur européen ou national.

Les mécanismes de coopération des autorités de contrôle au sein de l'Union européenne et le Comité européen de la protection des données

Emilie Brunet, *Juriste – Service des affaires européennes et internationales - CNIL*

Depuis le 25 mai 2018, côté pile, le RGPD permet aux **entreprises établies dans l'Union d'avoir un seul interlocuteur pour toute l'Europe, leur autorité de contrôle chef de file** : lorsqu'elles souhaitent mettre en place des outils de transferts comme les règles contraignantes d'entreprises ou lorsqu'elles souhaitent développer des outils de conformité tels qu'un code de conduite, par exemple, elles n'ont désormais plus à s'adresser qu'à une seule autorité de protection des données au sein de l'Union (ou plus précisément de l'Espace Economique Européen puisque les 3 pays de cet espace appliquent également le RGPD et sont parties aux mécanismes de coopération). A titre général, ces responsables de traitements ou sous-traitants n'ont donc plus à respecter les exigences variables des législations nationales ou des autorités de contrôle compétentes sur tous les territoires sur lesquels ils sont établis ou à l'égard desquels ils exercent leurs activités, mais peuvent bénéficier d'un **mécanisme de « guichet unique »**[1]. Ce principe d'un interlocuteur unique permet également aux entreprises établies dans l'Union européenne de bénéficier d'un avantage concurrentiel fort puisqu'elles bénéficient des mécanismes harmonisés européens, tandis que les entreprises établies en dehors de l'Union mais qui visent le marché européen continuent de devoir s'adresser à chacune des autorités de contrôle où elles adressent leurs services. En l'absence d'établissement en Europe, les entreprises qui s'adressent au marché européen s'exposent ainsi à des démarches plus nombreuses donc plus lourdes et chronophages (au lieu d'avoir un seul interlocuteur pour toute l'Union elles devront potentiellement s'adresser à une trentaine d'autorités - UE + Etats de l'Espace économique européen - Islande, Norvège et Lichtenstein).

Derrière ce « guichet unique » pour les entreprises dont l'établissement se trouve dans l'Espace Economique Européen, le RGPD a institué, côté face, **une série de mécanismes de coopération entre autorités innovants**

[1] Des exceptions sont néanmoins prévues dès lors que des « marges de manœuvre » sont ouvertes par le RGPD (obligations légales nationales, exercice de leurs missions par les autorités publiques, traitement de données sensibles, etc.).

pour assurer qu'une réponse homogène et cohérente sera apportée à l'ensemble des acteurs. C'est pourquoi le Règlement a conduit à la mise en œuvre d'une régulation largement européanisée du traitement de données à caractère personnel. En effet, le RGPD a notamment pour objet d'assurer une meilleure harmonisation du niveau de protection des données en Europe que celle atteinte par la transposition de la directive 95/46/CE ; le choix même de l'instrument juridique – règlement plutôt que directive – en témoigne. De cet objectif découle la nécessité d'assurer l'homogénéité des exigences des autorités de protection des données, chargées d'appliquer cette loi unique, à l'égard des responsables de traitement et sous-traitants.

Désormais, le RGPD **fournit aux autorités de contrôle des outils intégrés et des procédures contraignantes pour développer une doctrine commune**, en particulier dans le contexte du traitement des plaintes et des notifications de violations de données. Pour ce faire, les autorités de protection des données compétentes doivent **se coordonner étroitement avec leurs homologues**, et **coopérer sur l'ensemble des traitements transfrontaliers au moyen de mécanismes de coopération, au sens large, obligatoire ou facultative** (**I**) et de **développer une doctrine et une jurisprudence commune, notamment au travers du nouvel organe européen institué par le Règlement** (**II**) pour encadrer les interactions des autorités de contrôle.

I. Une obligation de coopération renforcée pour les autorités de contrôle

Le RGPD conduit à un changement substantiel de la régulation du traitement de données personnelles, désormais menée en réseau à l'échelle européenne. Ce mode de régulation, très innovant, repose sur une compétence partagée entre autorités de contrôle au niveau national, ainsi qu'au niveau européen entre elles et le Comité européen de la Protection des Données (*ie* avec le nouvel organe qu'elles composent collectivement). Cette nouvelle gouvernance influe grandement sur les modalités d'exercice des différentes missions des autorités de protection des données. Dans l'ensemble, ce changement du mode de régulation rend nécessaire une plus grande intégration de la dimension européenne dans les divers travaux des autorités de protection des données, dans un contexte d'accroissement sensible du nombre de dossiers traités, ainsi qu'une réorganisation interne des autorités et de leurs méthodes de travail.

Plusieurs mécanismes de coopération, établis pour atteindre les objectifs généraux du RGPD, impactent en effet les modalités d'action des autorités de contrôle. Le système « IMI » (*Internal Market Information system*), qui préexistait au RGPD, est dorénavant utilisé par toutes les autorités pour échanger les informations utiles et mettre en œuvre certains de ces mécanismes.

a. Le renforcement des outils de coopération préexistants - l'assistance mutuelle (art. 61 RGPD) et les opérations conjointes (art. 62 RGPD)

Le RGPD, à l'instar de la Directive 95/46, continue de permettre, sans l'imposer pour autant, des formes de coopération, y compris lorsque l'activité de traitement en cause n'affecte pas à proprement parler plusieurs territoires ou plusieurs autorités de contrôle. Dès lors que les autorités en ressentent le besoin pour des traitements particuliers, et notamment les traitements transfrontaliers, elles peuvent **se demander mutuellement assistance** ou **mener des opérations de contrôle conjointes**[2].

Dans le cas des **demandes d'assistance mutuelle**, les autorités peuvent s'adresser des demandes diverses : sur le traitement de dossiers particuliers – soit pour se demander des informations soit pour en donner, avant une procédure de guichet unique ; pour formuler des demandes d'information générale ou pour échanger sur des questions de doctrine, indépendamment de cas particuliers. Ces échanges ne sont pas nouveaux, puisque les autorités de contrôle échangeaient déjà sur des questions particulières, comme sur des cas particuliers. Cependant, le RGPD a formalisé ces procédures, qui peuvent désormais être engagées suivant des procédures claires et via le système informatique partagé. Là où la Directive 95/46 prévoyait laconiquement « *Les autorités de contrôle coopèrent entre elles dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de leurs missions, notamment en échangeant toute information utile.* »[3], le RGPD prévoit un article dédié, une obligation de répondre à la demande d'une autre autorité sauf dans des cas limitativement énumérés (soit lorsqu' elle n'est pas compétente pour traiter l'objet de la demande ou pour prendre les mesures qu'elle est requise d'exécuter ; soit lorsque satisfaire à la demande constituerait une violation du présent règlement ou du droit de l'Union ou du droit de l'État membre auquel l'autorité de contrôle qui a reçu la demande est soumise)[4].

---

[2] Plus de 400 cas d'assistance mutuelle sont enregistrés dans le système informatique de coopération des autorités. En revanche, aucune opération conjointe n'a encore eu lieu.

[3] Article 28, paragraphe 6, dernier alinéa.

[4] Article 61 RGPD.

Les autorités requises disposent en outre d'un délai d'un mois pour adresser leur réponse, sans quoi l'autorité requérante peut adopter une mesure provisoire sur son territoire, et saisir le Comité Européen de Protection des Données pour obtenir l'adoption d'une mesure d'urgence contraignante (au titre de l'article 66) et pour qu'il rende un avis sur les aspects liés à la procédure d'assistance mutuelle elle-même (au titre de l'article 64).

Pour ce qui concerne les **opérations conjointes**, la directive 95/46 indiquait seulement « chaque autorité peut être appelée à exercer ses pouvoirs sur demande d'une autorité d'un autre État membre »[5]. Le RGPD apporte plus de nouveautés dans la mesure où il prévoit désormais la possibilité pour les Etats membres d'effectuer des enquêtes conjointes[6] et de prendre des mesures répressives conjointes, auxquelles participent des membres ou des agents des autorités de contrôle d'autres États membres, et même aux autorités de contrôles, avec l'autorisation de l'autorité de contrôle d'origine, de conférer des pouvoirs, notamment des pouvoirs d'enquête, aux membres ou aux agents de l'autorité de contrôle d'origine participant à des opérations conjointes ou d'accepter que les membres ou les agents de l'autorité de contrôle d'origine exercent leurs pouvoirs d'enquête conformément au droit de l'État membre dont relève l'autorité de contrôle d'origine. Bien entendu, ces partages de souveraineté doivent s'organiser conformément aux droits nationaux des Etats membres qui disposent de la faculté de prévoir ces mécanismes, plus intégrés encore.

Là encore les différentes étapes de procédures sont précisément encadrées par le RGPD, en termes d'identification des parties prenantes (quelles autorités de contrôle sont compétentes), de délais (là aussi, un mois), d'étapes, de suites données (là aussi, en l'absence de suites données à la demande, le CEPD devra être saisi pour l'adoption d'une mesure d'urgence contraignante et pourra également rendre un avis sur le suivi de la procédure par l'autorité de contrôle requise).

Dans tous ces cas, la coopération peut être bilatérale, entre les deux seules autorités de protection des données concernées par un cas particulier ou par un cas de portée locale par exemple, ou multilatérale, entre toutes les autorités compétentes à un titre ou à un autre, comme par exemple pour toutes les réclamations portant sur les plus gros acteurs ou sur des questions de portée générale.

[5] Article 28, paragraphe 6, premier alinéa, dernière phrase.
[6] Article 62 RGPD.

b. La nouvelle procédure du « guichet unique » et l'obligation de se coordonner pour les autorités européennes - Le mécanisme du guichet unique (art. 60 RGPD) et la gestion des cas locaux (art. 56.2 RGPD)

Le RGPD a pour objet d'alléger les formalités et de diminuer les charges administratives pour les responsables de traitement et les sous-traitants. Il vise néanmoins également à garder un équilibre pour les personnes concernées par les traitements mis en œuvre sur le territoire de l'Union en ne les éloignant pas de leur interlocuteur naturel, l'autorité de contrôle nationale. Ainsi, toute personne résidant en France ou y travaillant doit toujours pouvoir s'adresser à la CNIL pour toute réclamation ou violation qu'il souhaite porter à son attention. Le maintien d'un tel **interlocuteur unique**, non plus pour les responsables de traitement mais pour les personnes elles-mêmes, nécessite également une coopération étroite entre les autorités de contrôle concernées et compétentes pour aboutir à une décision collective.

Les dispositions du RGPD imposent donc tout d'abord une **coopération directe entre les autorités de contrôle compétentes** dans le cadre du **mécanisme du « guichet unique »** (ou « OSS » pour *One-Stop-Shop*)**.** Cette coopération est obligatoire pour toute décision contraignante concernant les traitements dits « transfrontaliers » : cela concerne en pratique, les traitements mis en œuvre par les entreprises établies dans un seul Etat membre, mais dont les activités sont susceptibles d'impacter des personnes situées dans plusieurs Etats membres, ainsi que les traitements mis en œuvre par les groupes transnationaux établis dans plusieurs de ces Etats. Il est important de relever que le RGPD exige là une analyse par traitement de données et non par entreprise. Ainsi, une entreprise pourra bénéficier du guichet unique pour une partie de ses activités, mais pas pour d'autres si certaines sont purement nationales par exemple. En pratique, les principaux cas de coopération proviennent des plaintes des particuliers (plus de 70% des cas concernent des plaintes) ; les violations de données constituent le second vecteur de coopération entre autorités européennes. 1268 procédures de coopération ont été ouvertes depuis le 25 mai 2018, et la CNIL est concernée par environ 950 d'entre elles, dont 75 cas pour lesquels elle est autorité chef de file. Environ 20% de l'ensemble des plaintes reçues par la CNIL concernent des traitements transfrontaliers. S'agissant des plaintes, les organismes les plus concernés sont : les grands opérateurs numériques, les

sociétés opérant en ligne (commerce en ligne, tourisme, jeux en ligne, etc.) et les transporteurs (aériens, maritimes, VTC, etc.). Elles concernent autant les acteurs connus de l'internet que de plus petits organismes moins exposés.

Ce mécanisme repose sur l'intervention d'une autorité « chef de file » (ou « LSA » pour *Lead Supervisory Authority*), qui est l'interlocuteur d'un même organisme mettant en œuvre un traitement transfrontalier. Cette autorité « lead » est chargée de coordonner la prise de décision avec les autres autorités de protection des données « concernées » (ou « CSA » pour *Concerned SA*) par le traitement. En pratique, ce mécanisme suppose que l'autorité « chef de file » identifie les autorités de contrôle concernées, leur transmette toutes les informations utiles, et leur soumette son projet de décision finale sur chaque cas particulier. Toute autorité concernée dispose alors du pouvoir de formuler des objections pertinentes et motivées pour que le projet de décision soit éventuellement revu. Au terme d'un premier tour de consultation sur le projet de décision initial de 4 semaines, l'autorité chef de file qui a reçu des objections peut soit décider de modifier son projet pour intégrer l(es) objection(s), dans ce cas elle soumet un projet révisé sur lequel elle laisse deux semaines aux autorités concernées pour réagir. Soit, elle peut décider de ne pas modifier son projet initial si elle ne partage pas les objections formulées. Dans ce cas, de même que si des objections pertinentes et motivées sont formulées sur son second projet de décision, le Comité Européen de Protection des Données sera saisi du différend pour le trancher (cf infra).

Le RGPD laisse volontairement, à la fois une souplesse aux autorités chef de file pour mener leurs investigations et préparer leurs projets de décisions pour se conformer à leurs procédures nationales, et encadre dans des délais stricts et rapides les phases de coopération entre autorités concernées afin d'assurer au maximum aux opérateurs que cette « strate » supplémentaire de préparation de la décision finale ne sera pas démesurément chronophage. Cette contrainte supplémentaire pour les autorités de contrôle se traduit concrètement par des échanges informels renforcés entre autorités concernées et autorités chef de file dans de nombreux dossiers pour aboutir à l'adoption rapide du projet de décision final par l'autorité chef de file si la décision s'adresse au responsable de traitement, ou par l'autorité du plaignant lorsque la décision s'adresse à lui (classement ou rejet de la plainte).

Cependant, pour ne pas mettre en œuvre cette coopération lourde pour chaque cas individuel, une modalité particulière de coopération est également prévue entre ces mêmes autorités dans le cas où l'objet même du dossier dont

est saisie une autorité est uniquement local, bien que le traitement concerné par ce dossier concerne, à titre général, plusieurs autorités : c'est la **procédure de gestion des cas locaux (article 56, paragraphe 2 du RGPD)**. Elle vise à permettre le traitement d'une réclamation portant sur un traitement transfrontalier au plus près du plaignant et d'alléger la procédure de décision commune lorsque les enjeux restent très locaux. Depuis le 25 mai 2018, 58 procédures de ce type ont été initiées.

Dans le cadre de ces coopérations directes, le principe est celui de l'adoption des décisions est la codécision : l'objectif est d'aboutir à une décision prise par consensus, formellement adoptée par une seule autorité nationale mais collectivement endossée par les autres autorités, dûment consultées par l'autorité en charge du cas particulier et dont les avis doivent être pris en compte par l'autorité chef de file. Toutefois, la pratique n'est pas exempte de cas plus épineux, de questions nouvelles qui appellent une position collective de l'ensemble des autorités de contrôle ou de situations plus pathologiques. C'est pourquoi le RGPD prévoit également des **mécanismes destinés à élaborer et guider, au niveau européen, les bonnes pratiques, mais aussi à arbitrer les éventuels différends entre autorités**. Pour se faire, il a créé un **nouvel organe européen : le Comité Européen de la Protection des Données**.

II. Un nouvel organe européen garant de la bonne coordination des autorités de contrôle : le Comité européen de la Protection des données

Deux considérations très concrètes ont présidé à la création du Comité Européen de la Protection des Données : assurer une mise en œuvre homogène et adaptable du RGPD, à la pratique concrète des acteurs, là où il y avait auparavant 28 législations nationales. Le CEPD pourra dans certains cas **adopter un avis, obligatoire, mais non contraignant en soi** (a), mais aussi **arbitrer les éventuels différends entre autorités de contrôle** pour maintenir leur indépendance et leur égalité (b).

Un organe de niveau européen, **doté de la personnalité juridique** lui permettant d'adopter des décisions juridiquement contraignantes et susceptibles de recours devant la CJUE, était donc nécessaire. Ses missions sont sensiblement élargies par rapport à celles précédemment confiées au G29 qui regroupait déjà l'ensemble des autorités de protection des données

de l'Union européenne mais dans une enceinte informelle et sa structure est plus complète. Ses nouvelles prérogatives en font, sous certains aspects, un **véritable régulateur européen de la protection des données**.

Ces nouveaux mécanismes dits de « cohérence » sont également enserrés dans des délais courts, et ce d'autant plus qu'une procédure d'urgence est prévue dans certains cas pour l'adoption des avis ou des décisions contraignantes (art. 66 du RGPD).

a. L'élaboration d'une doctrine commune sur les questions générales - les lignes directrices du CEPD (article 70 RGPD) et les avis du comité (art. 64 RGPD)

Les missions générales propres du CEPD prévues à l'article 70 du RGPD sont assez similaires à certaines de celles confiées aux autorités au niveau national comme, par exemple, la possibilité d'adopter des lignes directrices, des recommandations ou des bonnes pratiques dans de nombreux domaines (critères et conditions applicables au profilage, circonstances dans lesquelles une violation de données est susceptible d'engendrer un risque élevé pour les personnes ou dans lesquelles une violation doit être notifiée aux personnes concernées, etc). 17 documents (lignes directrices, recommandations, etc.) sur le RGPD ont été adoptés par le G29 et entérinés par le Board, sur des sujets essentiels tels que le consentement, les violations de données, le profilage, etc.. De plus, 7 nouveaux documents de doctrine ont été adoptés par le Comité, sur le champ d'application du RGPD, la certification ou la vidéosurveillance par exemple, et plus d'une vingtaine sont actuellement en cours d'élaboration (sur le ciblage des utilisateurs des réseaux sociaux, sur les responsables du traitement et sous-traitant, ou sur l'interprétation de certaines dispositions spécifiques du RGPD, etc.)[7].

Il est cependant doté d'une compétence supplémentaire pour émettre des avis, à la manière des recours préjudiciel devant la Cour de Justice de l'Union européenne : il est possible de saisir le Comité pour savoir comment interpréter ou appliquer telle ou telle disposition.

[7] Voir le programme de travail du Comité, disponible ici : https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb-2019-02-12plen-2.1edpb_work_program_en.pdf

Toute autorité de contrôle a ainsi l'obligation de **solliciter l'avis de le CEPD avant de prendre certaines décisions**, non pas concernant un traitement particulier mais **concernant plus généralement des acteurs ou des catégories de traitements ; son avis doit ainsi permettre de garantir l'homogénéité du niveau de protection des données assuré sur le territoire européen**. Il s'agit des décisions qui, par nature, impactent l'ensemble du territoire européen ou concernent des cas par essence transnationaux, comme par exemple les décisions relatives à des outils permettant le transfert de données hors de l'Union européenne – comme les règles contraignantes d'entreprises (ou « binding corporate rules » - « BCR » en anglais, prévues à l'article 46 du RGPD), les codes de conduite ou certaines clauses contractuelles de transfert – ou encore les décisions établissant la liste des traitements obligatoirement soumis à analyse d'impact.

Cet avis n'est pas contraignant en tant que tel sur le plan purement formel pour l'autorité de contrôle mais, s'il n'est pas suivi, une autre autorité ou la Commission européenne peut néanmoins demander au Comité d'adopter une décision contraignante.

Outre ces avis obligatoires, le CEPD peut en outre être saisi de toute question générale ou produisant des effets dans plusieurs Etats membres par une autorité de contrôle[8].

Ce mécanisme a déjà été utilisé pour assurer une approche cohérente vis-à-vis des traitements de données devant faire l'objet d'une analyse d'impact. C'est aussi le mécanisme qui a été utilisé pour clarifier l'articulation entre le RGPD et la directive ePrivacy ou la compétence des autorités de contrôle en cas de changement de lieu de l'établissement principal d'un responsable de traitement.

b. Le règlement des différends (art. 65 RGPD)

Enfin, tous ces mécanismes sont nécessairement susceptibles de donner lieu à des **différends entre les autorités de protection des données**. Ces divergences doivent pouvoir être arbitrées au sein même de cette communauté, avant, le cas échéant, d'être tranchées par le juge. C'est pourquoi le RGPD prévoit la possibilité pour le CEPD d'adopter des

[8] L'EDPB a adopté 29 avis concernant des décisions des autorités nationales sur la liste des traitements obligatoirement soumis à analyse d'impact préalable, dont la liste établie par la CNIL ; il a également été saisi de deux questions d'application générale (sur l'articulation entre RGPD et directive e-Privacy et sur le changement de lieu de l'établissement principal d'un responsable de traitement).

décisions contraignantes pour les autorités de contrôle, soit en cas de conflit dans la mise en œuvre de ces procédures collectives de prise de décision, soit lorsqu'un avis du Comité n'aura pas été suivi, soit pour éviter un conflit de compétences (positif ou négatif) des autorités pour assurer le traitement d'un cas transfrontalier.

Cette procédure a pour objectifs généraux d'aboutir à une solution définitive et contraignante, **lorsque le consensus n'a pas pu être atteint entre les autorités dans le cadre de la procédure de coopération ou lorsqu'une autorité n'a pas joué le jeu du collectif**, et d'assurer ainsi une interprétation commune et cohérente du RGPD en vue de la construction d'une véritable jurisprudence européenne. Ce mécanisme est donc susceptible de concerner l'ensemble des objets relevant des procédures de coopération précitées (guichet unique et avis CEPD) et d'être appliqué, en cas de litige, à de nombreuses décisions des autorités de contrôle.

Concrètement, lorsqu'il ne sera pas possible de désigner l'autorité chef de file par consensus, lorsqu'une autorité n'aura pas suivi l'avis du Comité ou lorsque l'autorité chef de file n'aura pas suivi les objections pertinentes et motivées des autres autorités concernées dans le cadre du mécanisme du guichet unique, le Comité sera appelé à rendre une décision contraignante pour résoudre le différend. Les modalités procédurales de mise en œuvre de cet article sont complétées par les règles de procédure internes du Comité[9]. En pratique, une fois la procédure enclenchée, le Comité aura un mois pour adopter sa décision, prolongé d'un mois supplémentaire dans les cas jugés complexes par le Président du Comité. Ces délais très courts sont destinés à assurer la résolution du différend rapidement dans la mesure où la plupart du temps la décision du Comité ne clôturera pas le cas dans son ensemble. En effet, il est important de noter que le Comité ne sera jamais saisi directement du cas national pour le résoudre. Il sera saisi du point de différend entre autorités, et ne rendra une décision que sur les points de droit de ce désaccord. Sa décision ne liera donc l'autorité de contrôle destinataire de la décision que sur ces aspects. L'autorité de contrôle nationale adoptera donc une décision nationale contenant à la fois des éléments propres et purement nationaux, ainsi que la décision du Comité sur les aspects qui lui auront été soumis[10]. C'est la raison pour laquelle à l'issue de la procédure de décision du CEPD en lien avec un cas individuel, l'avis du CEPD ne sera publié qu'en même temps que la décision finale adoptée par l'autorité de

[9] Ces règles de procédures sont disponibles sur le site edpb.europa.eu (https://edpb.europa.eu/sites/edpb/files/files/file1/edpb_rop2_adopted_23112018_en.pdf.pdf) – Voir en particulier l'article 11 des règles de procédures.

[10] Article 60, paragraphe 7 et suivants.

contrôle compétente. Cette publication doit permettre de faire démarrer les délais de recours pour les personnes concernées par cette décision (plaignant ou responsable de traitement selon le cas)[11] en même temps que les délais de recours nationaux pour les autres aspects de la décision de l'autorité de contrôle nationale.

Ce mécanisme n'a pas encore été actionné. Ceci s'explique à la fois par les efforts de coordination informelle en amont de la préparation des projets de décisions par les autorités de contrôle, et par les délais de traitement des cas nationaux qui n'ont pas tous abouti à la présentation de projets de décisions dans le cadre de la coopération directe entre autorités de contrôle au travers du mécanisme du guichet unique pour l'instant.

***

Le RGPD a sensiblement modifié et renforcé les modalités de coopération des autorités de contrôle entre elles et en instituant un nouvel organe européen chargé d'assurer la cohérence de mise en œuvre du cadre juridique européen en matière de protection des données. Ces changements de paradigme ont conduit à un **partage de compétences entre les autorités de contrôles individuelles et le collectif qu'elle forme pour composer le Comité européen de la protection des données**. Un peu moins de deux ans après l'entrée en application du texte, toutes ces procédures n'ont pas encore pu être expérimentées, et il apparaît encore un peu prématuré de tirer un bilan exhaustif du Règlement sur ces aspects. Cependant, des décisions plus substantielles devraient prochainement être adoptées et sans doute appeler une mise en œuvre croissante et plus complète de l'ensemble de ces mécanismes.

En outre, il convient de souligner que **ces procédures de coopération intra-européennes ne sont pas exclusives d'autres formes d'échanges entre autorités compétentes** puisque d'une part la **coopération informelle entre autorités européennes** se poursuit, et d'autre part que la **coopération internationale avec les pays tiers est également consacrée par le RGPD.** A cet égard, l'extension du champ d'application du cadre juridique européen, en même temps que la globalisation des attentes des individus et des enjeux dans le domaine de la protection des données et de la vie privée appellent également une coopération renforcée des régulateurs pour permettre une pleine application du cadre juridique européen et une

[11] Voir considérant 143 RGPD et 267 du TFUE sur les délais de recours devant la CJUE contre les décisions d'institutions et organes européens.

meilleure interopérabilité des cadres juridiques en la matière au plan international, conforme aux standards établis par le RGPD. Des outils concrets de coopération devraient donc également se développer à l'avenir.

Is Our Personal Genetic Data Really Protected ? A Panorama United States/Europe/France

Jennifer Merchant, Professor Paris II
Researcher at the CERSA/Centre d'études et de recherches de sciences administratives et politiques
Member of the Institut universitaire de France
Co-founder and Board Member/Deputy Treasurer of ARRIGE/Association for Responsible Research and Innovation in Genome Editing

Introduction

Today, we are facing a new challenge in the social impact of scientific and technological developments and discoveries. According to numerous ethicists and social scientists, this particular chapter in the history of the relationship between science and society touches on the most intimate part of us, that is, our personal genetic makeup. Indeed, scientists have already identified genetic markers for various diseases and health conditions, including cancer, diabetes, Alzheimer's disease, some forms of breast cancer, Huntington's disease, cystic fibrosis, and potentially hundreds of others. Genetic tests are currently available to identify predispositions to specific conditions, and are expected to multiply as science advances. Although none of these tests predict with full certainty that a condition will develop, they provide a new opportunity for individuals to know more about the potential risk of disease for themselves and their families.

Indeed, it is argued that once informed about their genetic status, individuals can take proactive and preventive steps to protect their health, enhance their well-being, and lower health care costs for themselves and society as a whole. However, these developments also warrant concern about the privacy of genetic information and the potential use to which such information may be put. Two closely-related consequences have generated particular concern : the privacy of our genetic data and genetic discrimination: in others words, the need to protect identifiable genetic

information and avoid differential treatment of individuals on the basis of actual or presumed genetic differences. Concern has especially focused on the use of genetic information by third parties which is prejudicial to a person's interests, such as the exclusion from insurance or employment.

This article will explore and analyze the legal protections that the United States, the European Union and France have established in protecting personal, identifiable genetic data. We will confine ourselves to a discussion of genetic screening, storage and transmission of genetic information, leaving aside other, sometimes more complex issues such as PGD (Preimplantation Genetic Diagnosis) in assisted reproductive technologies or human genome editing.

The first part will present and discuss the ethical and social issues at stake when our personal genetic data is not protected. The second part will be devoted to the context in the United States, and will look more closely at the concept of a "right to genetic privacy". The third part will be devoted to the protections of personal genetic data established in Europe and in France. The fourth part will present acute contemporary challenges. Indeed, though at first glance it would appear that the European/French framework is more robust, it has become clear that in the globalized and privatized handling of genetic data today, this framework's efficiency is being questioned.

I. What is at stake ?

To address this subject, let's begin with a fiction and consider the dilemma of an American woman in her forties, Mrs. L., who goes to her doctor to have her annual medical check-up. During ritual examinations, such as routine blood tests but also MRI (magnetic resonance imaging) and DNA analyses, she is found to have a gene responsible for a disease called the "Lynch syndrome". This genetically transmissible disease is one form of colon cancer (about one in six colon cancers), affecting one in 200 people in the Western world. A person with this genetic mutation has up to an 80% risk of developing colon cancer before the age of 50. The first symptoms usually appear around the age of 45.[1]

Now imagine that the company employing Ms. L. would like to promote her, and management starts the evaluation procedure for this employee. The results of her medical check-up are forwarded to management by her doctor

[1] Lynch Syndrome: https://www.cancer.net/cancer-types/lynch-syndrome. Accessed August 29th 2019.

who works for the health care insurance plan offered by and partly subsidized by the employer.[2] Indeed, when Ms. L. accepted the health care plan of her employer, she agreed by contract to the authorization of transmitting this information. Management then turns to the company's in-house physician consultant for advice relative to her putative promotion. His answer is negative. "It goes almost without saying," the consultant writes in his report, "that Ms. L.'s case will require expensive medical care, and therefore will be a huge financial burden for the company". He adds that from the employer's point of view, it "would not make sense from an actuarial standpoint" to register Ms. L. in the new job training course planned for her, even less to promote her given the frequent absences that her chemotherapy and radiotherapy treatment will necessarily entail. In addition, the medical consultant expresses his fear that once aware of the existence of this gene, Ms. L. may manifest psychological disorders due to the anxiety caused by this type of information. Thus, her possible behavior, lack of motivation at work, absences, etc., could jeopardize her effectiveness within the company. He concludes with a final opinion – to simply to dismiss Ms. L.

Genetic Discrimination

This story is not as fictitious as it appears. Two studies carried out in 1988 and 1996 revealed more than 200 cases of "genetic discrimination".[3] They essentially involved people who had been refused health or life insurance policies because they were asymptomatic carriers of genetically transmissible diseases. The parents of a baby girl diagnosed at birth with Phenylketonuria, a genetic disease that manifests itself in severe mental retardation, were denied the possibility of including their child in their health insurance policy, despite the fact that the disease can be contained and even eradicated early on by the administration of a specific diet. A young man

[2] "In 2016, the U.S. population overall was approximately 325 million, with 53 million persons 65 years of age and over covered by the federal Medicare program. For the remaining 272 million non-institutional persons under age 65 : There were 155 million with employer-based coverage, 90 million with other coverage, and 27 million uninsured. Private health insurance coverage continued to be more prevalent than public coverage, at 67.2 percent and 37.7% respectively". United States Census, *Health Insurance Coverage in the United States*, 2017: https://www.census.gov/content/dam/Census/library/publications/2018/demo/p60-264.pdf. Accessed August 29th 2019.

[3] Paul R. Billings, *et al.*, "Discrimination as a Consequence of Genetic Testing", *American Journal of Human Genetics*, 50, 1992, p. 476-482. Lisa Geller, *et al.* "Individual, Family, and Societal Dimensions of Genetic Discrimination: A Case Study Analysis", *Science and Engineering Ethics*, Volume 2-1, 1996, p. 71-88. See also Paul Steven Miller, "Genetic Discrimination in the Workplace", *Journal of Law, Medicine, and Ethics*, 26, No. 3, 1998, p. 189-197.

diagnosed with hemochromatosis (iron overload) and in a stable condition for many years was not able to obtain life insurance despite the fact that both his parents had the same disease and lived to the age of eighty.

Cases of discrimination unrelated to health or life insurance were also documented in these studies. For example, a man with an impeccable driving record was denied a driver's license renewal when the State Department of Motor Vehicles discovered that he was a carrier of a gene related to a benign neurological disease. Examples of genetic discrimination were also documented in the workplace. A person was refused a job because he was an asymptomatic carrier of a genetic neurological disease. A carrier of Gaucher's disease[4] was dismissed from his job in the armed forces, and a civil servant's employment was terminated because she was the carrier of the same disease. Finally, an asymptomatic carrier of neurofibromatosis[5] was refused a promotion and also saw the amount of his perks and benefits reduced (stock options and end-of-year bonuses).

The most disturbing case cited in these two studies was that of a couple encouraged by a genetic counsellor to adopt a child rather than conceive one because the woman's father had Huntington's disease.[6] The woman herself had a one-in-two chance of becoming ill and also of transmitting this disease to her future child. Hence, the couple turned to an adoption agency. When the agency learned of her medical situation, the couple's request was refused on the basis that the mother was not a suitable adoptive parent since there was a good chance that she would become seriously ill in the near future.

At the origin of these studies was a questionnaire on genetic screening programs designed by the US Federal Office of Technology Assessment and sent to 366 companies. The results were alarming: 17 of the 366 companies had already established genetic screening programs as part of their

[4] This disease occurs when an enzyme is deficient in a rare and hereditary way. Persons afflicted suffer from anemia, bone deficiency, enlarged livers and spleens, and sometimes disorders in the central nervous system. The disease can potentially be fatal. https://ghr.nlm.nih.gov/condition/gaucher-disease. Accessed August 29th 2019.

[5] The person was not afflicted, just a carrier. If afflicted with the serious form of the genetic mutation (neurofibromatosis Type 1), the person's condition is characterized by changes in skin coloring and the growth of tumors along nerves in the skin, brain, and other parts of the body. The signs and symptoms of this condition vary widely among affected people. https://ghr.nlm.nih.gov/condition/neurofibromatosis-type-1. Accessed August 29th 2019.

[6] Adult Huntington disease, the most common form, usually appears in a person's thirties or forties. Many people with Huntington disease develop involuntary jerking or twitching movements known as chorea. As the disease progresses, these movements become more pronounced. Individuals with the adult-onset form of Huntington disease usually live about 15 to 20 years after signs and symptoms begin. https://ghr.nlm.nih.gov/condition/huntington-disease. Accessed August 29th 2019.

recruitment process, and 59 were on the verge of doing so. The justification for these screening programs was presented by the employers as being the best way to direct future employees to a workstation that was more appropriate to her/his (genetic) profile.

There is no doubt that in the United States a growing number of employers, insurance companies, but also primary and secondary schools, law enforcement agencies, the judiciary, immigration authorities, credit companies, and the military are increasingly interested in personal genetic information. While it is true that widespread genetic screening or access to genetic information can help to heal and improve the health of many people, and even contribute to the well-being of society as a whole, it would seem that the main motivation for this request does not come from such noble designs. According to the pioneer sociologist of the sciences in this field, Dorothy Nelkin, behind this growing demand is what she termed an actuarial mind-set that focuses on risk underwriting, based on "blind faith in numbers and statistics, the need for economic efficiency, and the tendency to reduce complex problems to measurable and manageable dimensions".[7] As a consequence, the physician is placed in the role of a "double agent", to use a term coined by another pioneer scholar in this field, professor of law and bioethics, Lori Andrews, that is, having duties to her/his patient but also to her/his employer, the private insurance company s/he buys into, or the public health care plan s/he belongs to.[8]

While some genetic screening programs are justifiable in the name of public health, the fact remains that the expansion and increase in these practices will require individuals to comply with institutional objectives, and in an increasingly sophisticated way as the human genome project advances in its discoveries of the function of mapped genes. As Dorothy Nelkin wrote: "For most organizations, the practice of genetic screening and filtering is quite rational and in line with economic needs (...) However, this practice can also lead to the impossibility for the organization to evolve, increasing its rigidity as well as institutional control to the detriment of individual rights"?[9]

[7] Dorothy Nelkin & Laurence Tancredi, *Dangerous Diagnostics: The Social Power of Biological Information*, University of Chicago Press, 1994, p. 160.

[8] Lori Andrews, *et al.*, *Assessing Genetic Risks: Implications for Health and Social Policy*, Washington D.C., National Academy Press, 1994. Read online at: https://www.nap.edu/catalog/2057/assessing-genetic-risks-implications-for-health-and-social-policy. Accessed August 29th 2019.

[9] Nelkin, *op. cit.*, p. 160, 161.

Is Personal Genetic Data Like An Intimate Diary ?[10]

Many scholars have argued that genetic information is totally different from other types of personal information, stressing that DNA contains an as yet unknown and uncontrolled amount of information.[11] Bioethicist and professor of biomedical law, George Annas, used the metaphor of the intimate diary to describe personal genetic data, *i.e.* information that contains the deepest thoughts and secrets that an individual wants concealed from others. In fact, Annas argues, personal genetic data is even more intimate than the content of a diary, since it usually describes the past and can predict certain aspects of the future that the person herself does not know.

Indeed, unlike a diary, the information contained in a person's genetic code is generally unknown to that person. When this information falls into the hands of a third party, how can the individual protect her/himself against possible abuse ? Moreover, is it always necessary for an individual to know the content of his genetic code? Annas cites further documented cases of genetic discrimination, and also highlights psychological research that argues for a "right not to know" (high suicide rates among people who discover they are carriers of Huntington's disease, etc.). Secondly, knowledge of a person's genetic code also indicates information about family members, which may lead to an extension of discriminatory practices to the person's parents, siblings and children. Finally, since the DNA molecule remains unchanged once extracted of a person and stored, the information it contains can be used for future discriminatory practices as new correlations between genes and their physiological expressions are developed.

This erosion of individual privacy is all the more worrisome because in the United States, unlike France or Europe, very few and insufficient federal

[10] This metaphor was first used by George Annas as defined here: "Genetic Privacy", http://www.sjsu.edu/people/steven.lee/courses/FS169/s1/07annas.pdf

[11]. For both sides of the argument for or against the unique nature of genetic information, see: George Annas, *Standard of Care: The Law of American Bioethics*, Oxford University Press. New York. 1993. George Annas, "Privacy rules for DNA databanks. Protecting coded 'future diaries' ", Journal of the American Medical Association, 1993: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/8230598. George Annas *et al.*, "DNA Testing, Banking and Genetic Privacy", *New England Journal of Medicine*, 2006: https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pubmed/16899773. Thomas Murray, "Genetic Exceptionalism and 'Future Diaries' ", in Mark Rothstein, ed, *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven, Yale University Press, 1997. Mark Rotenberg, *et al.*, "Genetic Information and the Workplace: Legislative Approaches and Policy Challenges", *Science*, 1755-1757, 1997: https://science.sciencemag.org/content/275/5307/1755.full. Read online: https://www.researchgate.net/publication/235241798_Genetic_Information_and_the_Workplace_Legislative_Approaches_and_Policy_Challenges. Accessed September 8th 2019.

laws and/or national regulations are in place to protect a person's private genetic information and prevent discriminatory abuse. Consequently, strict limited access to personal genetic information must be established.

II. The United States

In the United States, the relationship between science and the "right to privacy" is not new, as evidenced by the famous 1928 Supreme Court decision on wiretapping, in which Judge Brandeis called the "right to be left alone the most comprehensive and cherished right of civilized men".[12] However, when it comes to personal genetic data, this long tradition barely applies.

There are many debates today around a constitutionally entrenched right to privacy in the field of medical information in general, and genetic information in particular. However, for obvious reasons, the American Constitution of 1787 made little mention of these two areas. Consequently, abuse of medical confidentiality is generally punished by individual legal actions in tort law litigation, and sometimes by certain regulations initiated and passed by individual States. Hence, only some laws in some states and some portions of common law offer some protection against the abuse of personal medical information. This explains why over so many years, the majority of civil liberties advocates and biomedical ethics experts have called for the need to enact a comprehensive federal law protecting "genetic privacy" based on constitutional principles and Supreme Court jurisprudence relative to the broader area of privacy rights.

Opponents of this type of law argue that there are already many regulations in place. It is true that a significant number of texts testify to the public authorities' attempt to prevent abuse, the most important ones being the 2000 Health Insurance Portability and Accountability Act/HIPAA (200)[13] and the Genetic Information Non-Discrimination Act/GINA (2008).[14] However, when it becomes a question of looking at sector by sector, and the differences between collecting, storing and transmitting personal

[12] Full text, Brandeis & Warren, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 1890: http://faculty.uml.edu/sgallagher/Brandeisprivacy.htm. Accessed September 1st 2019.

[13] HIPPA, or the Kassebaum-Kennedy Bill, K2, or Public Law 104-191, 2000: https://www.hippa.com/hipaa-law.html. Accessed September 1st 2019.

[14] Genetic Information Non-Discrimination Act/GINA, 2008: https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf. Accessed September 1st 2019.

genetic data, it is precisely in the plethora and complexity of the texts in existence that the problem lies. In addition, while at the federal level, these texts seem to offer some sort of protection, when examined closely, it appears that they apply only to a very small number of citizens.

Personal Medical Information, Employers and Health Care Insurance Companies : 1973-1996

Following certain federal initiatives in response to discriminatory practices against African Americans suffering from sickle-cell anemia, several federal laws were passed to address initial cases of discrimination based on medical data: the 1973 Federal Rehabilitation Act (FRA)[15], the 1974 Employment Retirement Income Security Act (ERISA),[16] and the 1990 Americans with Disabilities Act (ADA), later revised in 1995 by a directive from the Equal Employment Opportunity Commission (EEOC) to include "disabilities and diseases of genetic origin."[17]

ERISA requires any employer to pay for the health care of employees injured at work or made ill due to working conditions. That being said, it does not prohibit the practice of genetic filtering. In addition, ERISA does not apply to state laws governing self-funded health care plans. As mentioned, most Americans who have not reached retirement age take out private insurance, and this figure is increasing as more and more employers are partnering with private insurers in contracts they finance in part for their employees. Most of the laws in States that aim to prohibit genetic discrimination concern only the practice of initial genetic filtering, and not access to genetic information in general, sometimes collected through access to family medical history, health checks carried out on employees, or through existing medical records that contain genetic information. Similarly, if in some States, a private insurer cannot use the results of a DNA analysis to exclude a person from its lists of beneficiaries, it is still possible for the same insurer to discriminate on the basis of other indications, either phenotypic or derived from family medical history (e. g. presence of genetically modified diseases transmissible), or already existing medical records.

The FRA, ADA and ERISA prohibit discrimination against any person with any disability. However, all three texts contain a clause that provides for

[15] FRA : https://legcounsel.house.gov/Comps/Rehabilitation%20Act%20Of%201973.pdf. Accessed September 1st 2019.
[16] ERISA : https://www.dol.gov/general/topic/retirement/erisa. Accessed September 1st 2019.
[17] ADA : https://www.eeoc.gov/eeoc/publications/fs-ada.cfm. Accessed September 1st 2019.

a significant loophole: "Nothing may require (...) an organization to allow an individual to participate or not (...) within that organization when the individual in question poses a direct threat to the health or safety of others". In other words, companies may select on the basis of medical criteria if this is justified by the company's security needs or economic activity. For example, an airline company may refuse candidates for pilot positions who do not have perfect vision. This came to be known as the "business necessity exception clause", inspired by a 1980 lower federal court decision in which the majority opinion defined an example of tolerated discrimination, in that case, where an employee was at risk of a heart attack if he occupied a certain position.[18] The court ruled here that the employer was allowed to reject a job application or to assign an employee to another position in the company in the name of "business necessity". The court did not provide any guidance as to the degree of probability of a future illness or disability to be considered if an employer wanted to benefit from the business necessity and/or security clause, thus leaving open a plethora of interpretations on the part of employers. In a case involving racial discrimination, the US SC later upheld the "business necessity clause" arguing that no discrimination existed, but without providing any guidance nor clear definition of how far an employer may use the "business necessity clause".[19]

Meanwhile, while both the ADA and its 1995 EEOC directive protect individuals who currently suffer from a disability or disease (genetic or not), they do little to protect asymptomatic carriers who may never express the disease contained in their genes throughout their entire lives. These people risk being potentially discriminated against on the basis of the company's economic concerns about the future cost of their health care and the future of their dependents. Though the ADA prohibits discrimination based on genetic information relating to illness, disease, or other disorders, its protections or lack thereof by a company have never been tested in court. Other serious limits are to be mentioned, *i.e.* the ADA only applies to companies with more than 15 employees and of course does not apply to health or life insurance companies.

[18] *E.E. Black, LTD v. US Department of Labor et. al.*, 497 F. Supp, 1088, 1980.

[19] *Wards Cove Packing Co. v. Atonio*, 109 S. Ct. 2115, 2123-24 (1989). Also read this excellent analysis by Pamela Perry on this important case: "Balancing Equal Employment Opportunities with Employers' Legitimate Discretion: The Business Necessity Response to Disparate Impact Discrimination Under Title VII", *Industrial Relations Law Journal*, 1990: https://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1193&context=bjell. Accessed September 1st 2019.

Personal Genetic Information, Employers and Health Care Insurance Companies : From 1996 to GINA (Genetic Information Non-Discrimination Act, 2008)[20]

Repeated failures towards passing a comprehensive federal law prohibiting both upstream and downstream genetic discrimination did not dissuade bioethicists and patient interest groups to continue working toward this goal, and their efforts were somewhat satisfied in 1996 with the passage of the aforementioned Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA). This federal law prohibits the use of genetic testing and the use of genetic information by health care insurance companies to establish eligibility criteria. However, the HIPAA is simply an amendment to ERISA, therefore self-funded plans are exempt. In addition, and despite the fact that HIPAA distinguishes between DNA analysis (genetic tests) and genetic information by stipulating that the latter cannot be considered as a pre-existing disease condition, this only applies "in the absence of a diagnosis of the condition related to this type of information".[21] In other words, if a diagnosis has already been made (presence of a gene linked to a disease) and is found in the medical record, HIPAA offers no protection against discrimination based on this previous diagnosis.

In reaction to these inadequacies, pressure from interest groups led to the addition of a clause to HIPAA that required Congress to enact federal legislation before 2000 to protect the confidentiality of medical records. If such legislation was not passed, the Health and Human Services Department was authorized to develop federal regulations to this effect. Congress did not pass the requested law, so on October 29th 1999, President Clinton presented "Medical Privacy Plan (MPP)" regulations devised by the HHS on his command.[22]

The regulations, incorporated into Title 29 of the Code of Federal Regulations and in effect as of 2002, established a uniform federal standard for the use and transmission of medical records, specifying who had access to the records and under what conditions. In addition, it prohibited the sale of information contained in medical records to private companies such as pharmaceutical companies, which was not the case until then. Many

[20] Genetic Information Non-Discrimination Act (GINA), 2008 : https://www.govinfo.gov/content/pkg/PLAW-110publ233/pdf/PLAW-110publ233.pdf. Accessed September 8th 2019.

[21] The Health Insurance Portability and Accountability Act of 1996, 42 US.C. 300gg(b)(1), 300gg-I. (Pub. L. No. 104-191, Title I, Sec. 101 and 102).

[22] "Medical Privacy Plan", incorporated into Title XXIX of the Code of Federal Regulations, paragraph 1910, 1974. 19: https://www.dol.gov/general/cfr/title_29 . Accessed September 1st 2019.

applauded President Clinton's effort and the ensuing regulations, however significant aspects of the MPP regulations were/are still vigorously criticized.

First, the regulations continue to allow the police to obtain any and all medical records on a simple suspect without the order of a judge. In addition, critics point to the presence of a strange clause stipulating that the MPP only applies to electronic medical files, and not to medical files contained in scrolls and folders made of "traditional" paper, which made up the vast majority of medical files when the MPP was enacted at the time. Also criticized is the fact that the regulations do not apply to public health coverage entities or their databases and all the exchange of information that can occur. In other words, the medical records of all Medicaid (health insurance for the poor) or Medicare beneficiaries (health insurance for all persons over 65 years of age) are not protected. In addition, the MPP regulations do not require a physician to obtain the authorization of his patient before using the patient's record to develop treatment with another physician (and thus transmit her/his patient's record to a third-party physician) or to exchange medical data with the patient's health insurer for the payment/reimbursement of medical treatment costs. Critics also point out that no legal procedure is provided for citizens in the event of abuse or discrimination. How can s/he lodge a complaint, against whom, and before which jurisdiction - federal or state – as this can change everything in terms of remedy, compensation and damages, and why are there no sanctions? Finally, the "business/security necessity clause" was maintained in the MPP.[23]

The Long Road to GINA (Genetic Information Non-Discrimination Act), 2008

Globally unsatisfied with these aforementioned federal initiatives, researchers and activists in bioethics and public policy increased their efforts to single out genetic information as being distinct from other medical information and, therefore, requiring special protection. The first definition of the inherently private aspect of genetic information was presented in Tom Beauchamp and James Childress's pioneering book in which the authors stipulated that what is private is "a state or condition of physical or informational inaccessibility".[24] The authors therefore proposed that public policy in this area "must define precisely the areas considered private, and

[23] *29 CFR § 1630.14 - Medical examinations and inquiries specifically permitted*, Cornell Law School Legal Information Institution: https://www.law.cornell.edu/cfr/text/29/1630.14. Accessed September 1st 2019.

[24] Tom Beauchamp & James Childress, *Principles of Biomedical Ethics, 7th Edition*, Oxford University Press, 2012, p. 408 (first published in 1979).

must also and clearly define the interests of public authorities that can legitimately exceed an individual's interests in protecting his or her privacy".[25]

Two other scholars formulated an even more precise definition of "genetic privacy". Alan Westin defined it as "the core concept of privacy", in particular, the right of an individual to determine for her/himself what information about her/himself can be known by others.[26] Similarly, aforementioned George Annas emphasized the fundamentally private nature of personal genetic information, and since 1995 had pushed for the passage of a bill before the US Congress, the "Genetic Privacy Act"/Genetic Information Non-Discrimination Act" known as GINA).[27] GINA was finally passed after fourteen years of intense struggle between interest groups, employers and large health and life insurance companies.

Initially, Annas's Genetic Privacy Act (GPA) was drafted to regulate and control DNA databases, but Annas and his colleagues quickly extended the terms of the text to regulate the acquisition, storage, and transmission of genetic data. Thus, the GPA stipulates : 1/ no third party may possess or control an identifiable DNA sample without the fully informed and written consent from the person whose DNA sample is at stake, 2/ that this person has full access to the sample and can retrieve it or have it destroyed s/he so desires, and 3/ that this person controls the transmission of any information contained in the sample.

Information collection, analysis, storage, and transmission of identifiable genetic material without consent is only allowed by law enforcement and juridical agents. Since these restrictions only apply to identifiable DNA, this does not interfere with the work of scientists studying the human genome from unidentifiable samples.

So Just What Does GINA Protect … Or Doesn't ?

As aforementioned, it took Annas fourteen years to succeed in passing GINA. Criticisms fell into two categories. On the one hand, there were many who argued that the GPA was too restrictive.[28] On the other hand, many

[25] *Ibid.*

[26] Among other publications by Alan Westin, "Privacy and Genetic Information" in Frankel & Teich eds., *The Genetic Frontier: Ethics, Law and Policy*, Washington D.C., American Association for the Advancement of Science, 1994, p. 53-76.

[27] George Annas, *et. al.*, *The Genetic Privacy Act*, Boston University School of Public Health, 1995: https://www.osti.gov/servlets/purl/171293. Accessed September 1st 2019.

[28] See *op. cit.* Note 11.

argued that GINA was still highly inadequate in protecting the genetic privacy of all American citizens. For example, they condemned the exception granted to law enforcement, arguing that the right to privacy of a suspect, or even an accused or even a convicted person, is totally violated by the possibility for the police to take a DNA sample without the authorization of the person it comes from.

However, the pressure of widespread criticism against the GINA bill forced its proponents to negotiate early on a number of compromises and provide for several exemptions, before it was finally signed by President George W. Bush on May 21st 2008. It is true that GINA provides new protections against access to genetic information and genetic discrimination in both the health insurance and employment settings. However, GINA does not address all possible forms of genetic discrimination. For example, it does not apply to life insurance, disability insurance, or long-term care insurance, mortgage requests and commercial transactions. GINA does not apply to employers with fewer than 15 employees nor to individuals covered by several forms of federal and military insurance. Likewise, GINA does not protect symptomatic individuals.

In addition, five major exceptions to the prohibition on acquisition off genetic information were enacted :

1) The first one applies to when an employer "inadvertently requests or requires family medical history of the employee or family member of the employee." The intent of this exception is meant to address so called "water-cooler conversations" where an employee might voluntarily offer such information up to the employer in an informal setting.

2) A second exception applies to situations where an employer offers health or genetic services including a wellness program. An increasing number of employers are providing wellness programs to their employees, which begin with extensive health questionnaires. Employees who sign up for these programs may unknowingly deliver personal genetic information that could subsequently be used against them.[29]

[29] "Some workplaces implement wellness programs aiming to promote good health and disease prevention among employees. In exchange for participating in these wellness programs, employees may receive inducements in the form of discounts on employer-provided health insurance or extra paid leave, for example. An inducement can also be a penalty; if employees participating in a wellness program do not provide certain types of information, they could see the cost of health insurance increase. Typically, wellness programs are run by third-party companies that collect employees' biometric data (e.g. weight, blood pressure, cholesterol

3) The third exception applies to the genetic monitoring of the biological effects of toxic substances. Some employers have programs which conduct genetic tests of workers in specific hazardous environments to determine if they need to be reassigned before they become symptomatic of adverse exposure. This testing is voluntary, but does collect and store personal genetic information.

4) Additional exceptions include Federal or state Family and Medical Leave Act compliance, commercially and publicly available records (but not medical databases and court records) and law enforcement procedures.

5) Finally, though GINA requires that genetic information be kept as part of the employee's confidential medical record and prohibits the disclosure of genetic information, this may be breached in the following situations : a) There is a written request of an employee for such information to be revealed, or a family member if the family member is receiving a genetic service/treatment; b) The information may be revealed to a health researcher in compliance with applicable law ; c) The information may be revealed in response to a court order; d) FMLA compliance and information of a manifested disease or disorder that poses an imminent hazard of death or life threatening illness.

GINA, the Workplace and Health Insurance

Under the ADA, after a conditional offer of employment, it is lawful for an employer to require individuals to undergo a preplacement medical examination and to sign an authorization releasing all of their medical records to the employer. GINA now qualifies this by saying that employers can require the release of all medical information **except** genetic information. GINA defines genetic information as the genetic tests of the individual, genetic tests of the individual's family members, and family health histories.

levels) and use this information to design workplace interventions to improve health. Wellness programs might provide smokers with smoking cessation resources or recommend diet and exercise plans for individuals seeking to lose weight… Under GINA it is permissible for employers to request employees' genetic information for the purposes of voluntary wellness programs. However, employers cannot induce employees to provide their genetic information; this means that if an employee chooses to give genetic information to the wellness program, they cannot receive an additional reward for doing so. Conversely, if an employee chooses to withhold genetic information, they cannot be penalized". National Human Genome Research Institute, "Genetic Discrimination", last updated April 2017: https://www.genome.gov/about-genomics/policy-issues/Genetic-Discrimination. Accessed September 1st 2019.

However, because this information is commonly interspersed in medical records, there is no practical way for the agents of the health records (physicians, hospitals) to send only non-genetic information. In practice, when presented with a request, the agents usually send the entire records.

The development and widespread use of electronic health records (EHRs) and online networks offer the possibility of using health information technology to limit the scope of health information disclosed for any particular purpose. Unfortunately, there have been no efforts undertaken to design health records with the capacity to segment or sequester sensitive health information (including but not limited to genetic information) to facilitate more targeted access or disclosures. Without such efforts, health privacy is declining precipitously because records are increasingly comprehensive (i.e., containing information generated by substantially all health care providers) and longitudinal (i.e., containing information over an extended period of time). Thus, when employers and other third parties require access to an individual's health records the amount of information they receive is much more extensive than before.

Indeed, numerous entities have economic interests in learning about an individual's current or likely future health. GINA consists of halfway measures limited to health insurance and employment that do not provide adequate assurance to the public that genetic information will not be used to their detriment in other ways. GINA prohibits genetic discrimination in individual health insurance against people when they are asymptomatic, but fails to provide them with what they need most - health coverage when they are ill. GINA prohibits employers from requesting or requiring the release of genetic information in comprehensive health records at a time when it is infeasible to separate genetic information from other health records.

In addition, it is not clear that GINA, by singling out genetic information for special treatment, will not increase the stigma associated with genetics and encourage other condition-specific, rather than comprehensive, legislation. It is not clear whether GINA will cause legislative fatigue based on the erroneous assumption that the issues have already been resolved. It is not clear whether consumers will understand GINA's limitations or mistakenly rely on its presumed protections. In the short term, the worst thing that could happen is for advocates of genetic rights and fairness in health care to be satisfied with GINA or exult in its enactment. In essence, without universal health coverage, the current role of the market in this area

will continue to encourage the transmission of medical information, whether genetic or not.

Indeed, there are major flaws with GINA and coverage is largely a mirage.[30] A specific example will better illustrate this. Under GINA, it is unlawful for an individual health insurance company to refuse coverage, charge higher rates, or exclude certain conditions on the basis of genetic information, including the results of a genetic test. For example, it would be unlawful to deny coverage to a woman with a positive test for one of the breast cancer mutations. Now, suppose some months or years later, the woman develops breast cancer. GINA would no longer apply. In virtually every state, the health insurance company could lawfully react to the changed health status of the individual by refusing to renew the policy (at its typically annual renewal date), by increasing the rates to reflect the increased risk (and the rates might double or triple), or by renewing the policy but exclude coverage for breast cancer.

Consequently, as long as individual health insurance is medically underwritten at the initial application and for renewals, individuals who are ill or more likely to become ill are extremely vulnerable. Many advocates and policy makers have concentrated on the issue of genetic discrimination in health insurance, but the issue is much broader and cannot be resolved by such a narrow focus. To state the obvious, genetic discrimination in health insurance remains a threat except in those handful of states that have prohibited it. Until a national health system emerges in the United States (The Affordable Care Act otherwise known as "Obamacare" does not exclude private insurers from the system, not to mention that it is continually under attack by Republican legislators and in the federal courts), this threat will continue. Only with the establishment of a system of universal access to health care can the issue of genetic discrimination perhaps disappear.

III. Europe, France and Personal Genetic Information

The examination of genetic information protection frameworks in Europe and France reveal stark differences with the United States. The obvious starting point is how the concept of "privacy" is framed. As we have seen, in the United States the "right to privacy" emanates from case law, which implies a variety of interpretations and therefore heterogeneity in

[30] Mark Rothstein, "GINA's Beauty is Only Skin-Deep", *GeneWatch*, last updated June 2019: http://www.councilforresponsiblegenetics.org/GeneWatch/GeneWatchPage.aspx?pageId=184

public policies that must take into account equally diverse judicial decisions. The shortcomings of GINA and the limits of State laws protecting genetic information underline both the advantages and disadvantages of this type of decentralized system in the absence of a federal framework ; the advantage being that states have more freedom to act as "laboratories of democracy", and the disadvantage lying in the lack of homogeneity, which leads to increasing recourse to the courts to resolve conflicts that often suffer from a legislative vacuum.

This is hardly the case in Europe and France, since the right to privacy is made explicit in the texts governing the European Community and France, and finds its main source in the Universal Declaration of Human Rights. In addition, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (adopted in 1950) transformed this right into a positive obligation imposed on Member States to not intervene in the private sphere, defined as including family life and correspondence.[31] While it is true that the private sphere is protected in different ways across Member States, all Member States have ratified the European Convention, Article 8 of which expressly recognizes the right to respect for private and family life. [32] Across Europe, this right to privacy is generally regulated by national civil codes, and in France also by the criminal code. In France, the right to privacy is a right of personality, in other words, a subjective right according to Article 9 of the Civil Code.[33] The purpose of subjective rights is to protect material and moral interests. Thus, the protection of the right to privacy extends beyond simply being a simple civil law, since the violation of a subjective right does not require proof of the damage incurred.

The European Context

In the more specific field of protecting medical information, Europe and France have set the bar very high. The European approach in the domain of medical data is based on the idea that the protection of individual medical information is a human right to be respected, and must serve as a guarantee

[31] As amended, *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms*: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf Accessed September 2nd 2019.

[32] Article 8 ECHR – "Right to private life, family life, correspondence and home": https://human-rights-law.eu/echr/article-8-echr-right-to-private-life-family-life-correspondence-and-home/. Accessed September 2nd 2019.

[33] Code Civil Article 9 : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCodeArticle.do?idArticle=LEGIARTI000006419288&cidTexte=LEGITEXT000006070721. Accessed September 2nd 2019.

of individual freedom and of the society as a whole. The fact that most Europeans have access to a universal health care system increases the importance of the protection of medical information and its processing by public authorities. This approach thus allowed for the establishment of a very restrictive legal framework for the collection, storage, use and transmission of medical information. In addition, European and French law have assigned a specific status to what is considered to be "sensitive data", for example, ethnic group, religion, political beliefs, medical and genetic information. This information is subject to specific protections, and sanctions are provided for in the event of abuse.

Thus, the first major difference between the United States and Europe/France lies in the active role assigned to the State in protecting individual interests. A second distinction lies is the existence of commissions explicitly responsible for protecting personal information, for example, the *Commission nationale de l'informatique et des libertés* (CNIL) in France.[34] There are several European regulations and directives governing the collection and transmission of personal data, for example, the Directive of the European Parliament and of the European Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, "a common measure that requires all Member States to establish national legislation in accordance with European standards."[35]

The most recent European initiative is the General Data Protection Regulation/GDPR. It replaces the previous 1995 framework, and among other things reinforces the powers of the CNIL and similar other national commissions, and adds personal biometric and genetic information to the list of sensitive data.[36]

Any entity handling personal data on Europeans must comply with this text, whether it is a company, a subcontractor or even an association. In other words, an American, Japanese or Chinese group that collects and processes European personal data must also comply with it. The size of the company, its sector of activity or its public or private nature is not relevant. Even a small startup that is embarking on e-health must comply.

[34] CNIL : https://www.cnil.fr/. Accessed September 2nd 2019.
[35] Directive of the European Parliament and of the European Council of October 24th 1995: https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX%3A31995L0046. Accessed September 2nd 2019.
[36] GDPR : https://eur-lex.europa.eu/eli/reg/2016/679/oj. Accessed September 2nd 2019.

French Specificities

France did not wait for European directives or regulations to establish its own legislation on the protection of personal data when it enacted the 1978 "Law on Data Processing, Data Files and Individual Liberties," and subsequently created the CNIL.[37] Any procedure that involves the use of personal or medical information initiated in the public sector must first be authorized by the CNIL. As for the private sector, although the CNIL does not have the authority to prohibit the creation of personal databases by private entities, the latter must nevertheless present their project to the CNIL and demonstrate that the use of personal information has been consented to by the person from whom the data originates. In addition to these mandatory procedures, the CNIL helps individuals who consider themselves victims of abuse to engage litigation.

More recently in 2018, the French Data Protection Act was passed in order to comply with the provisions set out in the aforementioned European GDPR, and uses the possibilities provided for in the GDPR to implement specific national provisions, including but not limited to, consolidating the oversight powers of the CNIL, and adding personal biometric and genetic information to the list of sensitive data.[38]

Finally, one must certainly not forget the protections established long before by the French Bioethics Laws/FBLs (1994) which apply to the protection of medical data, persons involved in medical research, medically assisted procreation, and organ and tissue donation.[39] All biomedical activities, even though they sometimes involve the economic activity of a sector such as the pharmaceutical industry, are not protected by the

[37] *Loi Informatique et Libertés*, Act N°78-17 January 6th 1978 : https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Act78-17VA.pdf . Accessed September 2nd 2019.

[38] Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles : https://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2018/6/20/jusc1732261l/jo/texte. Accessed September 2nd 2019.

[39] Law 94-630 of 25 July 1994 on the protection of persons engaged in biomedical research. Law 94-653 of 29 July 1994 on respect for the human body. Law 94-654 of 29 July 1994 on donations and the use of elements and products of the human body, medically assisted reproduction and prenatal diagnosis. The following is the link to the latest version of the laws (2011 revision). The laws were initially passed in 1994, revised in 2004, revised in 2011, and at this time are before the French Parliament for a new revision: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000024323102. Accessed September 2nd 2019.

principles governing free enterprise but by the principles related to the protection of the intrinsic inviolability of the human body. Indeed, French Bioethics Laws (FBLs) affirm the existence of an extrapatrimonial right to respect for the human body.

What this means is that though the human body is not assimilated to the person her/himself, it nevertheless benefits from the same protection as the person and is considered as falling within the "private sphere" of said person. In other words, the human body, its elements, and derived products cannot be commercialized. Similarly, organs, elements, and products derived from the human body cannot be stored, analyzed, and transmitted to others without the informed and written consent of the person from whom they originate. Indeed, these elements are not alienable objects, but rather represent the trace of the person from whom they originate. Thus, FBLs are based on the protection of the person rather than on the protection of the body *per se*.

One chapter of the FBLs specifically devotes numerous clauses to the question of the analysis, storage and transmission of genetic information. As such, "genetic information is part and parcel of bodily integrity in that it is an element of the human body and its private nature, in light of the fact that genetic fingerprinting technology allows for the personal identification of the individual". Consequently, in any procedure involving nominative genetic information, the law requires that the following three conditions be respected : 1/ the obtaining of fully informed written consent of the person ; 2/ the prohibition of commercial use of this information; and finally, 3/ the right to privacy which only allows the personal physician to know and have access to nominative genetic information. In addition, in civil or criminal legal proceedings (i.e. paternity research, rape or murder charges), the doctor can only reveal the identity of a genetic sample, and no other medical information of that person.[40]

French legislators not only provided the framework within which genetic information can be obtained and circulated, they also put into place a series of sanctions in the event of a violation of the law. In Chapter VI of Title II of the Criminal Code, an entire section is devoted to "offences against the person resulting from the genetic study of his characteristics or identification

[40] **Loi n° 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain,** Titre II : « De l'étude génétique des caractéristiques d'une personne et de l'identification d'une personne par ses empreintes génétiques »: https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619. Accessed September 2nd 2019.

of his genetic fingerprints", and call for penalties of imprisonment and the imposition of damages, length and amount in function of the infraction.[41]

IV. Contemporary Acute Challenges

Questioning the Efficiency of the French Laws Governing Personal Genetic Data

Despite the undeniable effort to build a framework protecting the private sphere of individual medical information, the FBLs in general and other French laws in particular governing personal genetic data remain the object of criticism. The first criticism, and despite the passage in 2002 of the "Loi Kouchner" reinforcing patients' rights,[42] many continue to bemoan the concentration of power in the hands of physicians.

A second criticism lies in the fact that not a single law prevents employers and insurers from **simply requesting** genetic information from persons seeking employment or a private health insurance plan. Many argue that this issue is already regulated by the penal and labor codes which prohibit an employer from **discriminating** on the basis of health criteria. Nevertheless, others see the absence of a specific section on this subject - especially in relation to private health insurers - as a serious gap in bioethics laws.

These criticisms also pointed to the launching in 1997 of the *Carte Vitale*, after the French Parliament amended French law governing social security to allow the introduction of digital codes and electronic health records. Each person insured via *la Sécurité sociale* now has a smart card that s/he uses both at the physician's office, the hospital, and the pharmacist to make payment

[41] Section 6 : « Des atteintes à la personne résultant de l'examen de ses caractéristiques génétiques ou de l'identification par ses empreintes génétiques » : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=EC7B4AEBB2B22DA38AE71BD63FD8025C.tplgfr30s_3?idSectionTA=LEGISCTA000006165397&cidTexte=LEGITEXT000006070719&dateTexte=20060701. Accessed September 2nd 2019.

[42] Before 2002, French patients did not have access to their medical files ; the practice of informed consent was not systematized ; the concept and practice of refusing care did not exist ; all medical practices surrounding artificial reproductive techniques were – and still are – strictly controlled. Access is only available for heterosexual couples suffering from a medically ascertained form of infertility. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé (1) : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000227015&categorieLien=id. Accessed September 3rd 2019.

calculated on the basis of reimbursement rates provided for by this national public health care program.

The objective of introducing the *Carte vitale* was to assess and improve the allocation of resources in health care and to modernize the administration of Social Security. The law provided that the Council of State/*Conseil d'état* should establish specific conditions for the application of the law and also consider the opinion of the CNIL. In May 1995, the CNIL issued an opinion on the 1993 Parliamentary law, expressing a number of reservations. While acknowledging the need for better control of health expenditures, the CNIL nevertheless considered that the creation of "exhaustive medical files containing medical information relating to the privacy of individuals" (in particular, genetic information), all concentrated in an electronic chip accessible to many third parties, for example, pharmacists, was contrary to the protection of the privacy of French citizens. The CNIL therefore suggested that access to information contained in the *Carte Vitale* only be given to personal doctors or doctors employed by health insurers. Similarly, the CNIL asked that the codes corresponding to medical information contained in the *Carte Vitale* not appear on the filing sheets sent to health insurers.

These suggestions were adhered to, particularly before the launching of the new *Carte Vitale* in 1999.[43] Now, the content of the chip is limited to essential administrative information, access is restricted to health professionals, and the patient has the right to object to the mention of data that s/he considers to be intrusive. This certainly demonstrates the importance of the CNIL in protecting personal data prior to any legislative process.

Meanwhile, at a time when the United States Congress was discussing the passage of GINA, the French Parliament was discussing wider access to identifiable genetic information. With the creation of the FNAEG in 1998,[44] police had the authority to collect, analyze and store an individual's DNA, however this practice was only authorized for suspects of murder and sexual

[43] Délibération n°98-024 du 24 mars 1998 : *Délibération portant avis sur un projet d'arrêté présenté par le ministère de l'emploi et de la solidarité relatif aux spécifications physiques et logiques de la carte d'assurance maladie VITALE et aux données qu'elle contient* :
https://www.legifrance.gouv.fr/affichCnil.do?id=CNILTEXT000017653601

[44] **Loi n° 98-468 du 17 juin 1998 relative à la prévention et à la répression des infractions sexuelles ainsi qu'à la protection des mineurs :** https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000556901. FNAEG: https://www.service-public.fr/particuliers/vosdroits/F34834. Bot2019. Both accessed September 7th 2019.

crimes. In 2003, the French Parliament passed Loi 2003-239, Art. 29,[45] which extended this collection, analysis and storage an individual's identifiable DNA to any suspect of any crime or offence that involved a minimum penalty of three years' imprisonment. In addition, this identifiable genetic information could remain on file from twenty-five up to forty years.[46]

This particular file, the FNAEG,[47] now contains a wide range of identifiable persons' genetic data/DNA who have been **arrested**, **suspected and/or indicted** for a variety of offences and crimes : crimes against humanity and crimes and offences of willful violence against the life of persons, torture and acts of barbarism, willful violence, threats of violence against persons, drug trafficking, violations of personal freedoms, human trafficking, pimping, exploitation of beggars, endangering minors,[48] theft, extortion, fraud, destruction, damage, deterioration and threats of damage to property,[49] attacks on the fundamental interests of the Nation, acts of terrorism, counterfeiting, criminal association and war crimes,[50] the concealment or laundering of money, etc.[51] In short, just about any offence or crime. In addition, since the passage of the Loi 2006-399 of April 4th 2006, it has, under certain conditions, collected identifiable DNA of persons of

[45] Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure : https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000412199&categorieLien=id Accessed September 7th 2019.

[46] Code de procédure pénale. Titre XX : Du fichier national automatisé des empreintes génétiques et du service central de préservation des prélèvements biologiques, Article R. 53-14 : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=B01841DD0066BCB2216838A6A2FFC16A.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006137412&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20190908. Accessed September 3rd 2019.

[47] In 2018, the CNIL reported 2,9 million registered genetic profiles: https://www.cnil.fr/fr/fnaeg-fichier-national-des-empreintes-genetiques. Accessed September 8th 2019.

[48] Du fichier national automatisé des empreintes génétiques Code de procédure pénale. Titre XX, Article 706-55 : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do;jsessionid=78C28A623DFA30B72D22B7110B74FF1E.tplgfr31s_1?idSectionTA=LEGISCTA000006138132&cidTexte=LEGITEXT000006071154&dateTexte=20190907. Accessed September 7th 2019. Code de procédure pénale : articles 221-1 à 221-5, 222-1 à 222-18, 222-34 à 222-40, 224-1 à 224-8, 225-4-1 à 225-4-4, 225-5 à 225-10, 225-12-1 à 225-12-3, 225-12-5 à 225-12-7 et 227-18 à 227-21 . Accessed September 8th 2019.

[49] *Ibid.* Code de procédure pénale : articles 311-1 à 311-13, 312-1 à 312-9, 313-2 et 322-1 à 322-14 . Accessed September 8th 2019.

[50] *Ibid.* Code de procédure pénale : articles 410-1 à 413-12, 421-1 à 421-6, 442-1 à 442-5, 450-1 et 461-1 à 461-31 du code pénale . Accessed September 8th 2019.

[51] *Ibid.* Code de procédure pénale : articles 321-1 à 321-7 et 324-1 à 324-6 . Accessed September 8th 2019.

French or foreign nationality convicted abroad of these same types of offences.[52]

Refusal to submit to a DNA sample procedure is punishable by one year's imprisonment and a fine of 15,000 euros. If subsequently, the individual who refused is convicted of a crime, s/he faces two years' imprisonment and a fine of 30,000 euros in addition to the sentence received following conviction. To have one's identifiable genetic data removed from the FNAEG before the set expiry of storage, the individual must file a legal request to the public prosecutor via registered letter. In the event of a refusal to delete, there is a possibility of appeal before the *juge des libertés et détention* (the judge of freedoms and detention) and in the event of a further refusal, an appeal may be lodged with the *Président de la chambre d'instruction* (President of the investigating chamber) ; all in all, a very long, expensive and tedious process for both the State and the individual in question who must pay her/his own lawyer fees to achieve her/his goal.

The FNAEG has been the target of a number of criticisms from both national institutions and the European Court of Human Rights. In its "Decision No. 2010-25 QPC of September 16th 2010", the French Constitutional Council laid out two criticisms of the FNAEG. It insisted that the law be interpreted as "limiting the collection" of genetic data to persons suspected of serious crimes or offences "as listed in article 706-55 of the Code of Criminal Procedure". It also insisted that the storage of data be of a "reasonable" duration, one that is proportional to the gravity of the offence, and adapted to the age of the offender (minor or adult).[53]

On June 22nd 2017, and quoting the aforementioned French Conseil Constitutionnel's reservations, the European Court of Human Rights

[52] « Après l'article 706-56 du code de procédure pénale, il est inséré un article 706-56-1 ainsi rédigé : Art. 706-56-1. Sur instruction du procureur de la République du lieu de résidence ou de détention de l'intéressé, sont inscrites, dans le fichier prévu par le présent titre, les empreintes génétiques des personnes de nationalité française, ou de nationalité étrangère résidant de façon habituelle sur le territoire national, et qui ont été condamnées par une juridiction pénale étrangère pour une infraction de même nature que celles mentionnées aux 1° et 2° de l'article 706-55, lorsque ces condamnations, en application d'une convention ou d'un accord international, ont fait l'objet d'un avis aux autorités françaises ou ont été exécutées en France à la suite du transfèrement des personnes condamnées. Les dispositions de l'article 706-56 sont applicables à ces personnes. » See Code de procédure pénale, Du fichier national automatisé des empreintes génétiques : Titre XX, articles 706-54 à 706-56-1 and articles R53-9 à R53-21 : https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?idSectionTA=LEGISCTA000006138132&cidTexte=LEGITEXT000006071154. Accessed September 7th 2019.

[53] Décision n° 2010-25 QPC du 16 septembre 2010 : French version, https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2010/201025QPC.htm. English version, https://www.conseil-constitutionnel.fr/en/decision/2010/201025QPC.htm. Accessed September 8th 2019.

condemned France in the case *Ayçaguer v. France*, unanimously holding that there had been a violation of Article 8 (right to respect for private life) of the European Convention on Human Rights. The case involved the applicant's refusal to undergo biological testing, the result of which was to be included in the national computerized DNA database (FNAEG). The Court first referred to the Constitutional Council's decision to the effect that the provisions on the FNAEG were in conformity with the Constitution, on condition that the duration of storage of such personal data depend on the purpose of the file stored and the nature and/or seriousness of the offences in question. The Court concluded that, to date, no appropriate action had been taken on that reservation and that there was currently no provision for differentiating the period of storage depending on the nature and gravity of the offences committed.

Secondly, the European Court ruled that regulations on the storage of DNA profiles in the FNAEG file did not provide the data subjects with sufficient protection, owing to duration and the fact that the data could not be deleted in Ayçaguer's case. Indeed, the deletion procedure only applied to suspects, but the Court considered that convicted persons too should be entitled to apply for the deletion of their stored data. Thus, the Court concluded that French regulations failed to strike a fair balance between the competing public and private interests.[54]

Finally, in 2018, the CNIL severely questioned an Amendment approved by a Parliamentary Commission in its work on the 2019-2022 justice system reform project, notably its proposal to modify Articles 706-54 and 705-56-1-1 of the Code de procédure pénale.[55] Up until now the FNAEG in its work of identifying and searching for persons believed to be involved in crimes and misdemeanors only relied on "non-coding" DNA segments, in other words portions that do not make it possible to recognize an individual's genetic characteristics such as her/his ethnic origin. The CNIL criticized the Amendment's desire to broaden the possibility for the FNAEG in identifying a person by using any segment of DNA, coding or non-coding.

[54] *Affaire Ayçaguer c. France* : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-174441%22]} . Accessed September 9th 2019.

[55] Loi de Programmation 2019-2022 et de réforme pour la justice (N° 1349), Amendement N°CL846, Article 50 : http://www.assemblee-nationale.fr/dyn/15/amendements/1349/CION_LOIS/CL846. Accessed September 8th 2019.

The Amendment also seeks to extend searches not only to immediate family members but to other relatives of the person examined.[56]

Conclusion

As we have seen, identifiable genetic data generates a considerable number of issues, both at the level of personal and family health, and even at the level of a society. But at the heart of this is the main issue, that of respect for everyone's privacy. Whether in France, and especially in the United States, many questions remain unresolved. The immediate imperative is to find the right balance between public health interests and individual rights to respect of their private sphere.

Another crucial and still unresolved issue concerns the informed consent granted for the transmission of genetic information. As analyst Mark Rothstein points out, it is relatively easy and quick to obtain a law requiring the confidentiality of genetic information and a robust informed consent procedure for any transmission or use of genetic information. What is more important but less obvious, however, is to obtain the subsequent and ongoing protection of genetic information after informed consent has been given.[57] For example, if a person authorizes the transmission of genetic information about him or her, but the information lands in the hands of a malicious third party, no recourse exists. Indeed, nothing has been proposed to date, either in France or in the United States, to guarantee the authenticity of the transmission granted.[58]

Other issues continue to be the subject of strong criticism, such as the fact that in the United States, genetic information of persons only suspected in a civil or criminal case is not protected by any existing or proposed legislation at this time. In the event that these persons are subsequently exonerated, their genetic data nevertheless remain in public authority files. As we saw in France, the same problem exists, though to a lesser extent since a person may request that her/his data be destroyed/removed. But the question remains : why are their privacy rights infringed ?

---

[56] CNIL, Données génétiques : les réserves de la CNIL sur l'amendement portant sur l'élargissement du FNAEG, 18 novembre 2018 : https://www.cnil.fr/fr/donnees-genetiques-les-reserves-de-la-cnil-sur-lamendement-portant-sur-lelargissement-du-fnaeg. Accessed September 8th 2019.

[57] Mark Rothstein, ed., *Genetic Secrets: Protecting Privacy and Confidentiality in the Genetic Era*, New Haven Yale University Press, p. 355-369.

[58] As illustrated here in the popularity of health care applications. Natasha Singer, "When Apps Get your Medical Data, Your Privacy May Go with It", *New York Times*, September 3rd 2019: https://www.nytimes.com/2019/09/03/technology/smartphone-medical-records.html

Meanwhile, current health privacy laws in the US created before genetic privacy became an issue, don't adequately protect it. The aforementioned Health Insurance Portability and Accountability Act (HIPAA) as well as GINA do not apply to for-profit companies like GEDmatch, 23andMe, or Ancestry.com. Nor do any of the current laws in the US apply to the recent federal NIH "All of Us" Program, its private partners, nor to websites or apps.[59] Indeed, if you sign up for this program, it may have more sensitive information about you than your own doctor. But the program is not a person's physician and is not subject to the duties imposed on healthcare providers by HIPAA and other regulations such as state medical licensing laws. In addition, growingly sophisticated algorithms are demonstrating their capacity to identify what was up till now anonymized data.[60] In this regard, it will be important to follow the outcome of a class action suit, *Dinerstein v. Google*,[61] filed against the University of Chicago Medical Center and Google for alleged misuse of patient electronic health records.[62]

---

[59] "The *All of Us* Research Program is a historic effort to gather data over many years from one million or more people living in the United States, with the ultimate goal of accelerating research and improving health. Unlike research studies that are focused on a specific disease or population, *All of Us* will serve as a national research resource to inform thousands of studies, covering a wide variety of health conditions. Researchers will use data from the program to learn more about how individual differences in lifestyle, environment, and biological makeup can influence health and disease. Participants may be able to learn more about their own health and contribute to an effort that may advance the health of generations to come?" : https://allofus.nih.gov/about. Accessed September 8th 2019.

[60] And even if the genetic data a person turns over because s/he is told it will be anonymized, it can still be traced by to the person. All over the world market researchers are ready to pay for all sorts of anonymized data, thus not considered as personal. However recently, scientists at Imperial College London and Université Catholique de Louvain, in Belgium reported that that they had created a computer algorithm that can identify 99.98% of Americans from almost any available data set with as few as 15 attributes, such as gender, zip code or marital status. Luc Rocher *et. al.*, "Estimating the success of re-identifications in incomplete datasets using generative models", *Nature Communications*, July 23rd 2019: https://www.nature.com/articles/s41467-019-10933-3. Accessed September 8th 2019.

[61] *Dinerstein v. Google LLC et. al.* Illinois Northern, Case n° 1:19-cv-04311: https://edelson.com/wp-content/uploads/2016/05/Dinerstein-Google-DKT-001-Complaint.pdf

[62] "In *Dinerstein v. Google* filed in federal court in Illinois, Matt Dinerstein asserts that the University of Chicago violated his privacy by turning over his and thousands of other patients' EHR data to Google. The forms Dinerstein signed at the hospital stated that his medical records would not be disclosed to third parties for commercial purposes. Although most identifying information was removed, the records given to Google contained date stamps indicating the dates and times that services were rendered, as well as free-text notes from clinical visits. The complaint, which seeks money damages and a court order to stop the use and further transfer of patient records, alleges deceptive and unfair business practices in violation of state consumer protection law, breach of contract, violation of common-law privacy rights, and other claims.

Google's interest in medical records derived from its plans to develop a novel EHR system. It envisions a system that uses AI to analyze patient records, predict future clinical events, and highlight what past medical information contributed to the predictions. Google aspires to reduce information overload and help clinicians decide 'which patients have the highest need for my attention now and, at an individual level, what information in the patient's chart

This also means that Europeans and French people who have been caught up in the media-fed excitement of learning about one's ancestors, finding a sibling or donor parent in cases of assisted reproductive technologies, or learning more about her/his propensity to contracting a disease are not protected either, even if protection standards in their own country are higher. Today, more than 15 million people worldwide have purchased genetic tests marketed on the Internet by 23andMe, AncestryDNA or MyHeritage. Some estimate this market to reach 22 billion dollars in 2024. Despite strict prohibition in France, foreign private companies like the aforementioned 23andMe or MyHeritage collect, store and analyze a large amount of French genetic data for profit. Indeed, many French people buy their genetic tests. French television channels broadcast their advertisements ; French hospitals, universities or institutes, and therefore French researchers, collaborate and publish with these companies.[63] This enthusiasm for genetic testing highlights a significant French demand, but above all, the limits of French laws protecting the private nature of such data.

Finally, there is the very complex space between employers and health insurers. For the time being, Europe and France as well as other countries that have a single payer public-health system in place, people are relatively well-protected. In the United States, however, it is almost impossible to imagine adequate protection against acts of genetic discrimination as long as health insurance consists for most Americans of paying monthly payments to a private company or to their employer. As discoveries in genetics continue at an astounding pace and the media continue to attribute a spectacular aura to it, there is little doubt that employers in conjunction with health insurers will have increasing incentives to exclude from their ranks individuals and families who cost them too much, such as Ms. L. at the beginning of this article. As the researcher at the Kennedy Institute of Ethics, Madison Powers, writes, "A health policy that removes market-driven incentives to obtain access to genetic information is as effective, if not more effective, than any law that aims to protect of the private sphere".[64]

---

should I attend to' ". I. Glenn Cohen *et. al.*, "Big Data, Big Tech, and Protecting Patient Privacy", *Journal of the American Medical Association Network*, August 9th 2019: https://jamanetwork.com/journals/jama/fullarticle/2748399. Accessed September 8th 2019.

[63] 23andMe: https://www.test-genealogie.com/avis-23andme/. MyHeritage : https://www.myheritage.fr/dna. Accessed September 8th 2019.

[64] Madison Powers, "Justice and Genetics: Privacy Protection and the Moral Basis of Public Policy", in Mark Rothstein, ed., *op. cit.* p. 355-369.

A health system evolving outside the market ? This seems highly unlikely in the United States, after both Hillary Clinton's failure to reform the American health care system during her husband's Administration, and Barack Obama's laudable but insufficient attempt to transform the US system. In France, Social Security is in crisis, and there are enough people who want to transit to an individual private health insurance system, thus questioning the future of the protection of identifiable genetic data in France. Thus, without a federal law in the United States protecting the confidentiality of personal genetic information, and without the survival of a public and universal health system in France, we can fear, as Dorothy Nelkin wrote, the "risk of increasing the number of people defined as not fit for work, education, or uninsurable". And for this same author to conclude, "We risk creating a biological subcategory of human beings."[65]

[65] Dorothy Nelkin, *op.cit.* Note 7, p. 176.

L'intelligence artificielle, les droits fondamentaux et la protection des données personnelles dans l'Union européenne et les Etats-Unis

Céline Castets-Renard
Membre de l'Institut Universitaire de France (IUF)
Professeur, Université Toulouse 1 Capitole
Directrice du Master Droit du Numérique
Directrice adjointe de l'IRDEIC, Centre d'Excellence Jean Monnet
Visiting Professor*, Fordham Law School*
Visiting Fellow*, Yale Law School, ISP (Internet Society Project)*

L'intelligence artificielle (IA) a le vent en poupe. Pas une semaine ne passe sans qu'une entreprise ou un Etat ne se targue de vouloir être le *leader* en la matière et de s'emparer des opportunités technologiques et économiques générées. Si on s'accorde à dire que les Etats-Unis occupent aujourd'hui la première place, ils pourraient être remplacés par la Chine dans les années à venir[1]. Une telle évolution inquiète parfois, tant le système de crédit social chinois sur la réputation des citoyens[2], basé sur la surveillance de masse et le *big data*, rappelle les épisodes les plus sombres de la science-fiction[3]. Cette vision pessimiste est toutefois contrebalancée par les apports de l'IA, en Chine comme ailleurs. On attend par exemple de l'IA qu'elle améliore la médecine ou aide à relever les défis environnementaux[4]. Les entreprises de la *Silicon Valley* dominent aujourd'hui les technologies d'IA, portées à l'époque par le Président Obama qui fit élaborer un plan stratégique de financement fédéral de la recherche et développement[5]. Depuis lors, le

[1] https://www.lemondeinformatique.fr/actualites/lire-intelligence-artificielle-quand-la-chine-aura-pris-le-pouvoir-73417.html. Avec 1,4 milliard d'abonnements de téléphone mobile et 800 millions d'utilisateurs de l'internet, plus que les Etats-Unis et l'UE réunis, les citoyens chinois génèrent de grandes quantités de données à caractère personnel qui sont utilisées pour mettre au point des produits d'IA.

[2] https://fr.wikipedia.org/wiki/Syst%C3%A8me_de_cr%C3%A9dit_social.

[3] Comme par exemple la série « Black Mirror » de Charlie Brooker.

[4] Aifang Ma, *L'intelligence artificielle en Chine : un état des lieux,* Fondation pour l'innovation politique, Nov. 2018.

[5] Trois communications ont été publiées entre octobre et décembre 2016 : Preparing for the Future of AI, National Science and Technology Council & Committee on Technology (NSTC) (Oct. 2016) ; The National Artificial Intelligence Research and Development

Président Trump ne semble pas afficher le même soutien financier, si bien que les Etats-Unis pourraient effectivement se voir doubler par la Chine. Cette dernière présente une bonne convergence des acteurs privés et publics, ainsi qu'un investissement financier colossal, propre à satisfaire les ambitions de devenir le leader mondial en 2030[6]. Cette compétition mondiale n'est toutefois pas aussi clivante, puisque des entreprises américaines et chinoises concluent des accords entre elles[7]. Quant à l'Europe, force est de constater qu'elle accuse un retard en investissements privés dans l'IA : ceux-ci se sont élevés à environ 2,4-3,2 milliards d'euros en 2016, contre 6,5-9,7 milliards d'euros en Asie et 12,1-18,6 milliards d'euros en Amérique du Nord[8]. Néanmoins, le positionnement de l'Union européenne est différent et tend à mieux intégrer les risques de l'IA, en termes de responsabilité, dangerosité physique ou sociale (discrimination par exemple). L'Union européenne[9] et ses Etats membres, rejoints par le Canada, prônent une IA éthique et responsable[10], au travers de la Déclaration de Montréal[11] du rapport du député et mathématicien français Cédric Villani[12] ou du rapport allemand sur l'éthique de la conduite automatisée et connectée[13]. Outre ces initiatives nationales, l'objectif de la France et du Canada est aujourd'hui de fédérer d'autres Etats de l'Union européenne au sein du G7 et au-delà, afin de créer un GIEC de l'IA (G2IA)[14], à l'image du GIEC de l'environnement[15]. Le

Strategic Plan, National Science and Technology Council (Oct. 2016) ; Artificial Intelligence Automation, and The Economy, Executive Office of the President (Dec. 2016).

[6] Aifang Ma, *op. cit.*

[7] *Ibid.*

[8] Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions : *l'Intelligence artificielle pour l'Europe*, 25 avril 2018, COM(2018) 237 final.

[9] Communication de la Commission, l'Intelligence artificielle pour l'Europe, op. cit. Voir aussi la Communication, *Building Trust in Human-Centric Artificial Intelligence (Construire la confiance dans une intelligence artificielle centrée sur l'humain)*, adoptée le 8 avril 2019, COM(2019) 168 final.

[10] Sur les enjeux, voir le débat initié par la CNIL, *Comment permettre à l'homme de garder la main ?, Rapport sur les enjeux éthiques des algorithmes et de l'intelligence artificielle*. Notre contribution : « L'IA du Quotidien peut-elle être Éthique ? : Loyauté des Algorithmes d'Apprentissage Automatique », Ph. Besse, C. Castets-Renard, A. Garivier, J.-M. Loubes, *Statistique et Société*, 2018-3, vol. 6.

[11] https://www.declarationmontreal-iaresponsable.com.

[12] https://www.aiforhumanity.fr.

[13] L'Allemagne a mis en place une plateforme sur les systèmes d'apprentissage, afin de permettre un dialogue stratégique entre le monde universitaire, l'industrie et le gouvernement, et a présenté un rapport sur l'éthique de la conduite automatisée et connectée : https://www.plattform-lernende-systeme.de.

[14] https://www.numerama.com/tech/446252-la-france-et-le-canada-lancent-le-giec-de-lintelligence-artificielle.html. Les deux nations ont annoncé le 6 décembre 2018 la création d'un Groupe International d'experts en Intelligence Artificielle (G2IA), qui aura pour mission de réfléchir aux enjeux de cette discipline.

[15] Groupe d'experts intergouvernemental sur l'évolution du climat (GIEC).

G2IA, annoncé en décembre 2018, « soutiendra et guidera l'adoption responsable de l'IA, axée sur le respect des droits de la personne, l'inclusion, la diversité, l'innovation et la croissance économique. Il aura également pour mandat de faciliter la collaboration, sur la scène internationale, entre la communauté scientifique, l'industrie, la société civile les organisations internationales concernées et les gouvernements »[16].

L'IA n'est cependant pas seulement un sujet politique et est avant tout affaire d'avancées technologiques, coûteuses en investissement. Son déploiement exige des algorithmes, des puissances de calcul et des données en grande quantité. La technologie de l'IA n'est d'ailleurs pas unique mais constitue un ensemble de techniques et théories mises en œuvre pour permettre à des machines de simuler le comportement humain grâce à une masse de données. Plusieurs définitions peuvent d'ailleurs être proposées. Peut être retenue l'idée de base, selon laquelle l'IA est un système permettant de résoudre rationnellement des problèmes complexes et de prendre des actions appropriées pour atteindre des objectifs prédéfinis, quelles que soient les circonstances du monde réel rencontrées par le système. Les algorithmes d'IA en exploitation impactent déjà les quotidiens professionnels ou personnels, conséquences de la « datafication » de nos environnements. Ils sont capables de s'entraîner à partir de données massives pour construire des décisions automatiques (Algorithmic Decision Systems)[17] et constituent le sous-ensemble historique de l'IA appelé apprentissage automatique (*machine learning*). Ce sous-ensemble intègre lui-même les algorithmes d'apprentissage statistique, incluant l'apprentissage profond (*deep learning*). Ce type d'algorithmes construit des règles de décision ou des prévisions par minimisation d'un risque, généralement une erreur moyenne de prévision. Les domaines d'application sont nombreux et variés, allant du marketing et *data mining*, à la finance et trading algorithmique, en passant par la traduction automatique et le traitement du langage naturel, la reconnaissance faciale et l'analyse d'images, ainsi que l'aide au diagnostic, la détection d'anomalies ou encore la prévision de défaillance et la maintenance préventive dans

16 https://minefi.hosting.augure.com/Augure_Minefi/r/ContenuEnLigne/Download?id=BCC9A02C-3703-4D5D-BFDC-7CF864570894&filename=218%20-%20Mounir%20Mahjoubi%20annonce%20la%20cr%C3%A9ation%20%C3%A0%20l%E2%80%99initiative%20de%20la%20France%20et%20du%20Canada%20d%E2%80%99un%20Groupe%20International%20d%E2%80%99experts%20en%20Intelligence%20Artificielle.pdf

17 C. Castelluccia and D. Le Métayer, *Understanding Algorithmic Decision-Making: Opportunities and Challenges, Study, Panel for the Future of Science and Technology, European Parliamentary Research Service* (EPRS), Mars 2019, p. 21.

l'industrie. Sans même évoquer l'exemple grand public de l'assistant personnel *Siri* (*Apple*) ou *Alexa* (*Amazon*), l'IA est à l'évidence déjà là.

Au-delà des réussites technologiques et déclarations politiques, comme toute technique, le développement de l'IA est conditionné par le droit[18]. S'il est aujourd'hui question de penser sa régulation[19] et d'envisager des règles propres[20], portant notamment sur la prise de décision algorithmique[21], le droit commun doit s'envisager d'abord. Ce dernier impose des exigences, susceptibles de freiner ou, au contraire, encourager son déploiement. En effet, le développement et l'usage d'algorithmes, ainsi que l'agrégation d'une masse de données ne se font pas dans les mêmes conditions, selon si un cadre légal s'applique ou non. Plus précisément, le *big data* implique une collecte massive de données et la rigueur avec laquelle leur traitement est conditionné influence nécessairement ces activités. Ainsi, si on considère la règlementation des données personnelles, le faible niveau de protection aux Etats-Unis a facilité le développement d'outils prédictifs, appliqués aux missions de police et justice. Néanmoins, l'absence de règlementation stricte de protection de données personnelles n'implique pas pour autant le défaut de normes et le respect des principes constitutionnels ne doit ainsi pas être négligé. Les différences législatives en matière de protection des données personnelles sur le déploiement des technologies d'IA (1) et l'impact de ces dernières sur le respect des droits fondamentaux des individus (2) seront envisagés dans une comparaison entre l'Union européenne et les Etats-Unis. Il apparaît que ce qui peut passer pour un retard technologique à court terme de l'Europe pourrait s'avérer être à long terme une avance, si un cadre éthique de l'IA est privilégié, en présence d'une technologie porteuse d'espoirs mais aussi de risques envers les individus et sociétés démocratiques.

---

[18] C. Castets-Renard, « Traitement algorithmique des activités humaines : le sempiternel face à face homme / machine », *Cahiers Droit, Sciences et Technologies*, n° 6, 2016, p. 239-255.

[19] *AI For Humanity* https://www.aiforhumanity.fr : « C'est maintenant que nous devons nous emparer pleinement des opportunités de l'intelligence artificielle tout en pensant le cadre de sa régulation ».

[20] Voir par exemple les travaux des chercheurs lors du G7 de décembre 2018 amorçant la création du GIEC de l'IA : https://www.cifar.ca/cifarnews/2018/12/06/accountability-in-ai-promoting-greater-social-trust.

[21] Voir en France la loi n° 2016-1321 pour une République numérique du 7 octobre 2016 et la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 réformant la loi n° 78-17 sur la protection des données personnelles. Pour une analyse : C. Castets-Renard, « Accountability of Algorithms: A European Legal Framework on Automated Decision-Making », *Fordham Intellectual Property, Media & Entertainment Law Journal*, Volume XXIX, 2019 (à paraître) ; Régulation des algorithmes et gouvernance du *machine learning* : vers une transparence et "explicabilité" des décisions algorithmiques ?", *Dossier spécial Intelligence Artificielle, Revue Droit&Affaires*, Paris II, oct. 2018.

I. L'impact des législations de protection des données personnelles sur le déploiement des technologies d'IA dans l'Union européenne et aux Etats-Unis

Des règles plus strictes de protection des données personnelles et d'encadrement des systèmes algorithmiques s'appliquent en Europe, en comparaison des Etats-Unis (A). En conséquence, l'Europe accuse un retard dans le développement de certaines méthodes, comme l'illustrent la police et la justice prédictive (B).

A. Le cadre législatif relatif aux données personnelles et systèmes algorithmiques en Europe et aux Etats-Unis

La protection des données personnelles est intimement liée à l'histoire[22] et à la culture d'un pays[23], aussi n'est-il pas surprenant que l'Union européenne et les Etats-Unis ne l'abordent pas de la même façon[24]. Alors que l'Europe confère une protection particulière aux données personnelles, les Etats-Unis considèrent au contraire que de telles informations sont en principe libres de circulation et utilisation, sous réserve de cas spécifiques règlementés. Les données personnelles sont protégées dans l'Union européenne par le Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne (TFUE) (art. 16) et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (art. 8). Le droit fondamental à la protection des données personnelles s'accompagne en outre du droit à la protection de la vie privée (art. 7 de la Charte). Ces nouveaux droits viennent en renfort de la protection de la vie privée et familiale de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 8) et de la jurisprudence de la Cour européenne. Ils fondent le nouveau règlement (UE) 2016/679 de protection des données personnelles dit RGPD qui abroge la directive (UE) 95/46 du 24 octobre 1995. Tant le RGPD que la directive abrogée procurent une protection dite « *omnibus* » des

[22] S'agissant des Etats-Unis, voir Daniel J. Solove, *A Brief History of Information Privacy Law*. PROSKAUER ON PRIVACY, PLI, 2016; *GWU Law School Public Law Research Paper No. 215*. Available at SSRN: https://ssrn.com/abstract=914271.

[23] Vincent Gautrais, « Différences culturelles en matière de vie privée : point de vue canadien », *Dalloz IP/IT* 2016, p. 128.

[24] James Q. Whitman, « The Two Western Cultures of Privacy : Dignity Versus Liberty », 113 *Yale L. J.* 1151 (2004).

données personnelles, c'est-à-dire applicable aux acteurs du secteur privé et public. L'article 2§1 prévoit ainsi que le RGPD « s'applique au traitement de données à caractère personnel, automatisé en tout ou en partie, ainsi qu'au traitement non automatisé de données à caractère personnel contenues ou appelées à figurer dans un fichier ». Si la directive 95/46/CE fut une première étape dans la protection des données personnelles, le RGPD va plus loin encore, en posant des règles extraterritoriales pour protéger les personnes concernées situées sur le territoire de l'Union (art. 3) et en créant de nouveaux droits au déréférencement (art. 17) et à la portabilité (art. 20). Il impose aussi la protection des données dès la conception et par défaut (art. 25) ou encore l'obligation de mettre en œuvre une étude d'impact en cas de risques élevés pour les droits et libertés de la personne concernée (art. 35). Egalement, l'obligation de désigner un délégué à la protection des données (art. 37) et le risque de sanctions désormais très élevées pouvant aller jusqu'à 20 millions d'euro ou jusqu'à 4% du chiffre d'affaire annuel mondial contribuent à renforcer la protection (art. 83). Sans prétendre donner une présentation exhaustive du règlement, il ne fait aucun doute que ce texte représente le niveau de protection le plus élevé au monde à ce jour. Il conduit même les autres Etats à s'aligner pour autoriser les flux transfrontaliers de données personnelles hors Union européenne (art. 45). La Commission européenne vient ainsi de reconnaître que le Japon garantit une protection adéquate conforme au RGPD[25].

En comparaison, bien qu'une protection constitutionnelle de la vie privée (par extension du domicile) ait été accordée dès les années 1960 aux Etats-Unis, sur le fondement du 4e amendement[26], elle est limitée aux atteintes du gouvernement fédéral. Plus globalement, les Etats-Unis ne considèrent pas la protection des informations personnelles sous l'angle des droits fondamentaux mais sous celui du commerce et encouragent leur libre circulation[27]. Il n'existe en conséquence pas de règlementation générale de protection des données personnelles. Seules des *Fair Information Practices* (bonnes pratiques) ont une portée relativement globale mais non obligatoire.

---

[25] http://europa.eu/rapid/press-release_IP-19-421_fr.htm.

[26] *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965). Voir aussi le test de « l'attente raisonnable de vie privée » (*reasonable expectation of privacy*) fondé sur le 4e amendement dans *Katz v. United States*, 389 U.S. 347 (1967).

[27] Sur ces différences voir : Francesca Bignami et Giorgio Resta, Transatlantic Privacy Regulation: Conflict and Cooperation (2015). Law and Contemporary Problems, Vol. 78, Fall 2015; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2015-52; GWU Legal Studies Research Paper No. 2015-52. Disponible sur SSRN : https://ssrn.com/abstract=2705601.

Par ailleurs, la *Common law* a permis de remédier à des *privacy torts* concernant surtout des atteintes à la vie privée[28]. La protection des données personnelles proprement dite repose essentiellement sur des règles sectorielles spécifiques à certaines activités, selon des finalités déterminées, poursuivies par des opérateurs désignés. Cette règlementation sectorielle s'applique par exemple à la santé (*Health Insurance Portability and Accountability Act* (1996)) et la banque (*Fair Credit Reporting Act* (1970)) et (*Fair and Accurate Credit Transactions Act* (2003)). Une telle approche, emprunte de libéralisme, tend à ne prôner une intervention législative qu'en présence de dysfonctionnements sur un marché ou en cas de risques importants pour la protection des individus. À l'évidence, cette différence de champ d'application de la règlementation constitue la pomme de discorde majeure entre l'Union européenne et les Etats-Unis, ayant conduit la Commission européenne à considérer que le niveau de protection fourni par le droit fédéral n'est pas « adéquat » au sens de l'article 25 de la directive (UE) 95/46 (désormais article 45 du RGPD). Par ailleurs, le fédéralisme accroît le foisonnement normatif, sans pour autant garantir une protection plus large au niveau des Etats fédérés. Des lois étatiques sur la *privacy* (*states statutory laws*) complètent la règlementation, dans une perspective qui reste sectorielle, même si certains Etats, comme l'Alaska[29] et la Californie[30], protègent explicitement la vie privée dans leur Constitution. Au final, même si des progrès récents sont notables dans certains Etats[31], le niveau de protection reste moindre que celui garanti dans l'Union européenne.

Quant à l'encadrement légal des algorithmes, le *National Science and Technology Council* (NSTC) recommande de façon générale de vérifier si les règles existantes ne sont pas suffisantes, avant toute mise en œuvre d'une

[28] Suite au fameux article publié à la *Harvard Law Review* de Warren et Brandeis qui invitent à reconnaître un droit d'être laissé tranquille face à l'émergence de la technologie de la photographie : S. D. WARREN & L. D. BRANDEIS, « The Right to Privacy », 4 *Harv. L. Rev.* 193 (1890). Cet article a fondé la base des règles de responsabilité civile (*tort law*), applicables à la privacy (*privacy torts)* fondée sur la *Common law* des Etats mais qui s'apparente plutôt à la vie privée au sens de l'article 9 du Code civil. Ne sont en outre concernées que quatre catégories de préjudices du *Second Restatement of Torts* (1977) sur l'intrusion (*seclusion tort*) (§ 652B), l'appropriation (*appropriation tort*) (§ 652C), la divulgation publique de faits privés (*public disclosure of private facts tort*) (§ 652D) et la présentation erronée de faits (*false light tort*) (§ 652E).

[29] Alaska Const. Art. I § 22 (Right of Privacy) : "The right of the people to privacy is recognized and shall not be infringed. The legislature shall implement this section".

[30] Cal. Const. Art. I, §1 : « All people are by nature free and independent and have inalienable rights. Among these are enjoying and defending life and liberty, acquiring, possessing, and protecting property, and pursuing and obtaining safety, happiness, and privacy ».

[31] Voir par exemple la loi *California Consumer Privacy Act* du 28 juin 2018 qui renforce la protection des données personnelles sans atteindre le niveau d'exigence du RGPD.

règlementation nouvelle applicable à l'IA[32]. Au demeurant, si des règles nouvelles doivent être adoptées pour minimiser les risques nouveaux, il convient de limiter les coûts de mise en conformité et d'éviter de créer des barrières à l'innovation. Une telle approche est particulièrement favorable à la technologie et aucune règle pour contraindre la prise de décision algorithmique n'a en conséquence été adoptée à l'heure actuelle sur le territoire des Etats-Unis, à l'exception d'une loi votée par la ville de New York en décembre 2017[33]. Cette loi vise à mettre en place une *task force* pour fournir des recommandations sur l'utilisation de systèmes automatiques de décisions prises par les agences de la ville et sur le traitement des préjudices inhérents à de telles décisions. Les systèmes de décision automatiques portent sur l'utilisation d'algorithmes, y compris ceux dérivant du *machine learning* ou de techniques d'intelligence artificielle, utilisés pour rendre ou assister la prise de décision par les agences de la ville, compétentes par exemple en matière de police, logement, affectation des étudiants dans les écoles par exemple. La *task force* a été nommée mais n'a pas encore rendu ses travaux.

Pour sa part, l'Union européenne se montre bien plus méfiante envers les systèmes automatiques de prise de décision. L'article 22 du RGPD donne un cadre minimum à la prise de décision individuelle automatisée, y compris le profilage[34]. Le premier paragraphe dispose que « la personne concernée a le droit de ne pas faire l'objet d'une décision fondée exclusivement sur un traitement automatisé, y compris le profilage, produisant des effets juridiques la concernant ou l'affectant de manière significative de façon similaire ». Une telle disposition vient limiter la prise de décision algorithmique, incluant les procédés d'intelligence artificielle. L'adverbe « exclusivement » permet cependant l'utilisation de tels procédés pour aider la prise de décision. En outre, le paragraphe 2 prévoit plusieurs exceptions au droit de ne pas faire l'objet de tels procédés, accompagnées de garanties[35], lorsque : la décision est

[32] Rapport précité : *Preparing for the Future of AI*, National Science and Technology Council & Committee on Technology (NSTC) (Oct. 2016).

[33] Loi locale Int. No. 1696-A concernant les décisions automatiques prises par les agences de la ville de New York : http://legislation.nyc/id/3137815.

[34] Rappelons que la directive 95/46/CE prévoyait déjà des mesures limitatives à l'article 15 concernant la prise de décisions individuelles automatisées et reconnaissait « le droit de ne pas être soumise à une décision produisant des effets juridiques à son égard ou l'affectant de manière significative, prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à évaluer certains aspects de sa personnalité, tels que son rendement professionnel, son crédit, sa fiabilité, son comportement, etc. ».

[35] Selon l'article 22§3 du RGPD, ces mêmes garanties s'appliquent dans les deux premiers cas et imposent au moins de reconnaître le droit de la personne concernée d'obtenir une intervention humaine de la part du responsable du traitement, d'exprimer son point de vue

nécessaire à la conclusion ou à l'exécution d'un contrat entre la personne concernée et un responsable du traitement (a) ; la personne concernée a donné son consentement explicite (c) ; le droit de l'Union ou le droit de l'État membre du responsable du traitement l'autorise (b). Ce dernier cas accorde une marge de manœuvre explicite aux Etats membres[36]. Dans la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018[37] qui adapte la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 sur la protection des données personnelles, le législateur français a prévu que des décisions administratives automatiques individuelles puissent être prises[38], si le traitement ne porte pas sur des données sensibles au sens du RGPD[39]. Les règles définissant ce traitement et les principales caractéristiques de sa mise en œuvre doivent être communiquées par l'administration à l'intéressé, à sa demande. En outre, le responsable de traitement doit s'assurer de la maîtrise du traitement algorithmique et de ses évolutions, afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, à la personne concernée la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. Dans sa décision n° 2018-765 du 12 juin 2018, le Conseil constitutionnel a ajouté que « ne peuvent être utilisés, comme fondement exclusif d'une décision administrative individuelle, des algorithmes susceptibles de réviser eux-mêmes les règles qu'ils appliquent, sans le contrôle et la validation du responsable du traitement » (pt 71). Sont ici exclus les algorithmes auto-apprenants qui rendraient difficile toute explication *a posteriori* de la décision.

Sans se priver des décisions automatisées, intégrant ou non des procédés d'intelligence artificielle, une certaine méfiance anime le législateur européen. L'encadrement de ces systèmes s'ajoute au strict régime de

et de contester la décision. Enfin, le paragraphe 4 exclut la mise en œuvre de traitements automatisés fondés sur des données sensibles, sauf en cas de consentement de la personne concernée ou si le traitement est nécessaire pour des motifs d'intérêt public important, sur la base du droit de l'Union ou du droit d'un État membre. Il faut alors que le traitement soit proportionné à l'objectif poursuivi, respecter l'essence du droit à la protection des données et prévoir des mesures appropriées et spécifiques pour la sauvegarde des droits fondamentaux et des intérêts de la personne concernée.

[36] À condition de prévoir des mesures appropriées pour la sauvegarde des droits et libertés et des intérêts légitimes de la personne concernée.

[37] Complétée par l'ordonnance n° 2018-1125 du 12 décembre 2018.

[38] Article 47.2° de la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018. Dans le respect de l'article L. 311-3-1 et du chapitre Ier du titre Ier du livre IV du code des relations entre le public et l'administration qui reconnaît un droit à l'information de l'intéressé, tel que posé par la loi n° 2016-1321 pour une République numérique du 7 octobre 2016.

[39] L'article 9 du RGPD définit les données personnelles sensibles comme celles qui relèvent de « l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques ou l'appartenance syndicale, ainsi que le traitement des données génétiques, des données biométriques aux fins d'identifier une personne physique de manière unique, des données concernant la santé ou des données concernant la vie sexuelle ou l'orientation sexuelle d'une personne physique sont interdits » et les soumet à un régime distinct quant à leur utilisation.

protection des données personnelles et vient limiter le déploiement de l'IA. Ce contexte normatif est clairement moins favorable que celui des Etats-Unis ou de la Chine où un cadre légal est évoqué sans être adopté. L'analyse des outils de police et justice prédictive confirme la priorité laissée à l'innovation.

B. Le déploiement des technologies de police et justice prédictive aux Etats-Unis

Les technologies du *big data* et les analyses prédictives ont fait évoluer les méthodes de maintien de la paix et sécurité publique, ainsi que le management des forces de police aux Etats-Unis[40]. L'outil précurseur fut *Compstat,* développé par le département de la police de New York (NYPD) à partir de 1995, puis dans plusieurs autres villes[41], dans le but de rassembler les données de la criminalité et rendre compte de l'activité de la police. À partir du début des années 2000, sont apparus des outils élaborés par des sociétés commerciales, comme *PredPol*, *HunchLab* ou encore *Palantir*. De façon générale, la « police prédictive » consiste pour la police à utiliser des données et autres indicateurs pour calculer la probabilité du risque de survenance d'un crime dans le futur. Les analyses prédictives se basent sur des données du passé portant sur la localisation et l'heure de faits criminels, afin de faire des prévisions futures pour déterminer l'endroit et le moment où le risque de survenance de crimes est le plus élevé. Grâce à cette connaissance, les forces de police peuvent être mieux déployées et utilisées pro-activement. La plupart des outils se concentre sur des lieux (ex. *Predpol*), même si des personnes peuvent aussi être visées, comme par la *Strategic Subject List*[42] à Chicago. L'apparition de la police prédictive sur le territoire des Etats-

[40] A. G. Ferguson, *The Rise of Big Data Policing: Surveillance, Race, and the Future of Law Enforcement*, NYU Press, 2017.

[41] William Bratton a été nommé chef de la police de Los Angeles et a apporté CompStat sur la côte ouest. Il a été également autorisé à mener la première expérience de police prédictive au sein de LAPD.

[42] Créé par l'Institut de Technologie de l'Illinois (Illinois Institute of Technology) et financé par le Département Fédéral de la Justice (DoJ - Bureau de l'assistance de Justice) à partir de données anonymisées de personnes arrêtées entre le 1er août 2012 et le 31 juillet 2016. Il constitue un score d'étude de risque qui reflète la probabilité qu'un individu soit engagé dans une fusillade, comme victime ou auteur. Les scores sont calculés et placés sur une échelle de 0 (très faible risque) à 500 (risque extrêmement élevé). La ville de Chicago met ses données en libre accès sur le portail *open data* de la ville : https://data.cityofchicago.org/Public-Safety/Strategic-Subject-List/4aki-r3np. Cette liste est controversée car aujourd'hui plus de 400000 citoyens de Chicago sont sur cette liste dont 1400 jeunes hommes considérés à haut

Unis n'est pas l'effet du hasard. Même si la criminalité en Europe n'est pas négligeable, en particulier en présence d'un risque terroriste élevé depuis plusieurs années, les Etats-Unis voient s'étendre une criminalité de grande ampleur et une très forte violence urbaine armée. Les problèmes de criminalité se sont révélés particulièrement graves dans la plupart des grandes villes comme Chicago, New York, Los Angeles ou Miami. Egalement, les différences législatives sur la protection des données personnelles, précédemment rappelées, ont favorisé le développement des outils.

À l'inverse, le législateur français prévoit en matière pénale que « aucune décision produisant des effets juridiques à l'égard d'une personne ne peut être prise sur le seul fondement d'un traitement automatisé de données destiné à prévoir ou à évaluer certains aspects personnels relatifs à la personne concernée » (Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés modifiée, art. 95 al. 2). Concrètement, l'usage exclusif d'outils de décision automatique en matière de police est interdit. Seuls les outils d'aide à la décision sont autorisés[43]. Néanmoins, tous les outils de police prédictive ne supposent pas la collecte de données personnelles, aussi les Etats européens se montrent-ils intéressés par ces outils. Selon les études disponibles[44], au moins six d'entre eux en utilisent déjà : le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Allemagne, l'Autriche (projet pilote), la Belgique (projet pilote) et la France[45]. L'Espagne, la Suède et le Danemark se déclarent aussi intéressés.

Un constat identique peut être fait en matière de justice prédictive. Plusieurs juridictions américaines ont recours à des dispositifs automatiques d'aide à la décision. Ainsi, le logiciel COMPAS (*Correctional Offender Management Profiling for Alternative Sanctions*) permet de calculer le risque de récidive suivant les profils des personnes considérées et de prendre des décisions de libération conditionnelle. En droit français, l'article 47 de la loi du 6 janvier 1978 prévoit que « aucune décision de justice impliquant une

risque. Une des interrogations porte sur les critères d'identification des suspects potentiels. Au demeurant, cet outil n'a pas non plus démontré son efficacité.

[43] Il faut saluer ici le choix fait de ne pas utiliser la liberté laissée par la directive aux États membres. Son article 11 prévoit en effet la possibilité de permettre ce type de décision, dès lors que sont prévues des garanties appropriées pour les droits et libertés de la personne concernée et, au minimum, le droit d'obtenir une intervention humaine. Le considérant 38 ajoute que la personne concernée devrait avoir aussi le droit d'exprimer son point de vue, d'obtenir une explication quant à la décision prise à l'issue de ce type d'évaluation ou de contester la décision, ce qui n'est pas sans rappeler les dispositions de l'article 22§3 du RGPD.

[44] https://eucpn.org/sites/default/files/content/download/files/recommendation_paper_predictive_policing_update.pdf.

[45] L'outil PAVED a été créé par la gendarmerie : https://www.franceinter.fr/emissions/grand-angle/grand-angle-02-octobre-2018.

appréciation sur le comportement d'une personne ne peut avoir pour fondement un traitement automatisé de données à caractère personnel destiné à évaluer certains aspects de la personnalité de cette personne ». L'interdiction vaut aussi désormais pour les services en ligne d'arbitrage. L'article 4-3 de la loi **n° 2019-222 du 23 mars 2019 de programmation 2018-2022 et de réforme pour la justice dispose que ces services** « ne peuvent avoir pour seul fondement un traitement algorithmique ou automatisé de données à caractère personnel ». Un tel traitement algorithmique peut toutefois servir d'aide à la décision, auquel cas les parties doivent en être informées par une mention explicite et doivent expressément y consentir. Egalement, le responsable de traitement communique à toute partie qui en fait la demande les règles définissant ce traitement, ainsi que les principales caractéristiques de sa mise en œuvre. Il doit s'assurer de la maîtrise du traitement et de ses évolutions, afin de pouvoir expliquer, en détail et sous une forme intelligible, la manière dont le traitement a été mis en œuvre à son égard. On retrouve ici les obligations posées par la loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 envers les administrations.

Doit-on conclure à l'inadaptation du droit européen à la compétition technologique qui s'annonce ? Une telle affirmation est probablement hâtive. Les outils déployés aux Etats-Unis révèlent des faiblesses quant au respect des droits fondamentaux, si bien que la prudence de l'Europe pourrait lui conférer un avantage à plus long terme.

II. L'impact du déploiement des technologies d'IA sur le respect des droits fondamentaux dans l'Union européenne et aux Etats-Unis

Les Etats-Unis utilisent des outils de police et justice prédictive depuis plusieurs années. Mais les études réalisées révèlent de nombreuses faiblesses et violation des droits fondamentaux (A), si bien que la méfiance affichée par l'Union européenne et la volonté de faire prévaloir une IA éthique et responsable trouvent ici tout leur sens (B).

A. Les risques d'atteintes aux droits fondamentaux par les outils de police et justice prédictive aux Etats-Unis

Les outils prédictifs peuvent présenter des risques d'atteinte aux droits fondamentaux, avant et après intervention de la police. En amont, si les outils de police prédictive sont utiles à la prévention des infractions et la gestion des forces de police, ils ne doivent notamment pas être utilisés comme moyen suffisant pour interpeller les individus. Plusieurs droits fondamentaux peuvent être violés en cas d'usage abusif, disproportionné et non justifié d'outils de police prédictive : le droit à l'intégrité physique et mentale de la personne (charte des droits fondamentaux de l'UE, ci-après « CDFUE », art. 3), le droit à la liberté et à la sûreté (CDFUE, art. 6), le droit au respect de la vie privée et familiale, de son domicile et de ses communications (CDFUE, art. 7), le droit à la protection des données personnelles (CDFUE, art. 8), le droit à la liberté de réunion et d'association (CDFUE, art. 12), le droit à l'égalité (CDFUE, art. 20) et à la non-discrimination (CDFUE, art. 21). Les risques d'atteinte à ces droits sont plus élevés si les outils de police prédictive visent des personnes et non des lieux. Il n'en demeure pas moins que l'identification d'une zone à risque ne donne naturellement pas plus de droits à la police qui, en principe, reste dans le cadre d'actes de police administrative de prévention et maintien de l'ordre. Aux Etats-Unis, le 4e amendement prohibe les recherches et saisies déraisonnables en l'absence de mandat judiciaire fondé sur une cause probable. Des dispositions comparables sont reprises dans les Constitutions des Etats fédérés. Mais en dépit de ces garde-fous, des violations des droits fondamentaux ont pu être prouvées[46].

Ces risques sont naturellement plus élevés en aval, lorsque les actions de la police sont guidées par l'usage de procédés algorithmiques. *A posteriori*, les services de police peuvent se trouver dans l'obligation de répondre au cas par cas des conditions d'utilisation de ces outils et des conclusions tirées à l'encontre des individus. Ainsi, le département de la police de New York a dû répondre en justice de l'utilisation de l'outil *Palantir Gotham* et de ses caractéristiques techniques[47]. Le manque d'information sur l'existence et l'utilisation de l'outil prédictif, la nature des données concernées, ainsi que

[46] David Robinson and Logan Koepke, "Stuck in a Pattern: Early evidence on 'predictive policing' and civil rights," *Upturn*, August 2016, http://www.stuckinapattern.org.

[47] Supreme Court of the State of New York*, Brennan Center for Justice at New York University School of Law vs New York City Police Department* (NYPD), 27 Dec. 2017. Le juge a fait droit à la demande d'accès au système de *Palantir Gotham* utilisé par la NYPD (*New York Police Department*).

les conditions de mise en œuvre des résultats algorithmiques du traitement automatisé ont été contestés sur la base d'un défaut de transparence et de l'impossibilité de faire respecter les droits de la défense[48], constituant une atteinte au *due process* (amendements 5 et 14). Les médias[49], universitaires[50] et organisations de défense des droits civils[51] se sont fait l'écho de problèmes de biais et discriminations de ces outils. Le logiciel COMPAS s'est ainsi révélé biaisé et discriminant contre la population afro-américaine[52], en violation du 14e amendement qui pose le principe d'une protection égale de tous les citoyens par la loi.

L'Union européenne garantit aussi le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (CDFUE, art. 47), ainsi que le droit au respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense (CDFUE, art. 48). Dans les affaires précitées, le manque de transparence et connaissance des outils de police prédictive est susceptible de porter atteinte aux droits de la défense[53], si la partie désignée par le système ne connaît ni les données utilisées ni le fonctionnement de l'outil, ce qui l'empêche de remettre en cause la pertinence des résultats obtenus et donc d'exercer pleinement ses droits de la défense.

En résumé, les activités de police prédictive doivent s'accompagner d'explications sur l'outil et les données utilisées. Le respect des droits de la défense, en particulier le principe du contradictoire et le droit de contester la décision, suppose en effet d'assurer une transparence et « explicabilité » des modalités d'utilisation de l'outil ayant guidé la décision. À défaut, il y a un risque d'atteinte à la protection des données personnelles et aux droits

[48] *State v. Loomis*, Supreme Court of Wisconsin, July 13th, 2016, 2016 WI 68.

[49] Par ex. : https://bdtechtalks.com/2018/03/26/racist-sexist-ai-deep-learning-algorithms.

[50] Voir notamment les travaux menés par AINow Institut : https://ainowinstitute.org.

[51] Voir par exemple les actions d'ACLU : https://www.aclu.org/blog/privacy-technology/surveillance-technologies/secret-algorithms-are-deciding-criminal-trials-and.

[52] Julia Angwin, Jeff Larson, Surya Mattu, and Lauren Kirchner, "Machine Bias," *ProPublica,* May 23, 2016, https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing.

[53] En droit français, le I de l'article préliminaire du code de procédure pénale (CPP) rappelle le principe du contradictoire selon lequel « la procédure pénale doit être équitable et contradictoire et préserver l'équilibre des droits des parties ». Un principe d'égalité découle de l'affirmation selon laquelle « les personnes se trouvant dans des conditions semblables et poursuivies pour les mêmes infractions doivent être jugées selon les mêmes règles. En outre, selon le II de l'article préliminaire du CPP, « l'autorité judiciaire veille à l'information et à la garantie des droits des victimes au cours de toute procédure pénale ». Au demeurant, « toute personne suspectée ou poursuivie est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été établie. Les atteintes à sa présomption d'innocence sont prévenues, réparées et réprimées dans les conditions prévues par la loi » (point III). Cette personne « a le droit d'être informée des charges retenues contre elle et d'être assistée d'un défenseur ».

fondamentaux. À ces garanties légales, il est envisagé d'ajouter des normes éthiques pour encadrer le traitement algorithmique en Europe.

B. Des normes éthiques appliquées à l'IA pour un meilleur respect des individus et valeurs démocratiques de l'Union européenne

Le développement de l'IA nécessite d'agréger une grande masse de données. Si les données sont non personnelles, le RGPD n'a pas vocation à s'appliquer et les risques d'atteinte aux droits fondamentaux sont moindres. En ce sens, l'Union européenne a consenti d'importants efforts au cours des quinze dernières années pour ouvrir les données détenues par le secteur public et les résultats de la recherche financée par celui-ci, comme les données générées par les programmes spatiaux européens (Copernicus, Galileo). Egalement, a été adopté le règlement (UE) 2018/1807 du Parlement européen et du Conseil du 14 novembre 2018 établissant un cadre applicable au libre flux des données à caractère non personnel dans l'Union européenne pour permettre d'améliorer sa compétitivité dans la course à l'IA.

Mais les principaux enjeux légaux, sociaux et éthiques portent sur l'utilisation de données personnelles. La Commission européenne rappelle la nécessité d'instaurer un climat de confiance et de responsabilité autour du développement et de l'utilisation de l'IA. Les valeurs énoncées à l'article 2 du Traité sur l'Union européenne constituent le fondement des droits accordés aux personnes résidant dans l'Union. En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'UE rassemble l'ensemble des droits individuels, civiques, politiques économiques et sociaux dont jouissent les citoyens de l'Union. Cette dernière aspire à proposer le cadre règlementaire pour constituer la référence mondiale d'une approche durable de l'IA[54]. Pour que la confiance se renforce, les citoyens doivent comprendre cette technologie, aussi la Commission européenne propose-t-elle de développer les recherches visant à expliquer les systèmes d'IA et réduire autant que possible le risque de biais et d'erreurs. Pour aller plus loin, elle annonce l'adoption de lignes directrices qui aborderont des aspects tels que l'avenir du travail, l'équité, la sécurité, la sûreté, l'inclusion sociale et la transparence algorithmique. De façon plus générale, il sera tenu compte de l'impact de l'IA sur les droits fondamentaux, y compris le respect de la vie privée, la dignité, la protection des consommateurs et la non-discrimination. Un des objectifs de la Commission

[54] Communication de la Commission, *L'Intelligence artificielle pour l'Europe*, *op. cit.*

est d'assurer un cadre éthique et légal approprié pour renforcer les valeurs européennes. Le choix de la *soft law* montre ici une certaine prudence dans un domaine technique encore en évolution. Pour concrétiser ces objectifs, la Commission a mandaté un groupe d'experts de haut niveau (AI HLEG) pour élaborer un projet de lignes directrices pour une IA éthique. Le groupe a remis un projet le 18 décembre 2018[55], sur la base duquel la Commission a adopté des lignes directrices le 8 avril 2019. Une IA digne de confiance devrait : respecter toutes les législations et réglementations applicables ; respecter les principes éthiques posés par les lignes directrices ; et être robuste. Sept principes ont été dégagés[56] : f**acteur humain et contrôle humain**[57], r**obustesse et sécurité**[58], r**espect de la vie privée et gouvernance des données**[59]**,** t**ransparence**[60]**,** d**iversité, non-discrimination et équité**[61], b**ien-être sociétal et environnemental**[62]**,** r**esponsabilisation**[63]. Ces dispositions vont dans le sens du rapport Villani et de la déclaration de Montréal.

Le déploiement de IA dépend de la technologie, du politique mais aussi de la culture et du droit. L'éthique dans l'IA n'est pas un vain mot et il convient de l'encourager si on veut que les valeurs ayant conduit à l'adoption des règles de droit continuent de primer au sein de sociétés de plus en plus

[55] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/draft-ethics-guidelines-trustworthy-ai. Ce projet a fait l'objet de commentaires jusqu'en février 2019.

[56] Ces principes sont partiellement inspirés des travaux du groupe d'experts dirigé par Luciano Floridi : L. Floridi et al. (2018), "AI4People —An Ethical Framework for a Good AI Society: Opportunities, Risks, Principles, and Recommendations", *Minds and Machines* 28(4): 689-707. Le groupe d'expert avait retenu cinq principes : la bienveillance (faire le bien), la non-malveillance (ne pas causer de préjudice), l'autonomie (respect de l'auto-détermination et des choix des individus), la justice (traitement loyal et équitable pour tous), le principe d'explicabilité. En comparaison, huit principes ont été retenus dans la déclaration de Montréal : bien-être, autonomie, justice, vie privée (privacy), connaissance, démocratie et responsabilisation (accountability), principe de précaution.

[57] Les systèmes d'IA devraient être les vecteurs de sociétés équitables en se mettant au service de l'humain et des droits fondamentaux, sans restreindre ou dévoyer l'autonomie humaine.

[58] Une IA digne de confiance nécessite des algorithmes suffisamment sûrs, fiables et robustes pour gérer les erreurs ou les incohérences dans toutes les phases du cycle de vie des systèmes d'IA.

[59] Il faut que les citoyens aient la maîtrise totale de leurs données personnelles et que les données les concernant ne soient pas utilisées contre eux à des fins préjudiciables ou discriminatoires.

[60] La traçabilité des systèmes d'IA doit être assurée.

[61] Les systèmes d'IA devraient prendre en compte tout l'éventail des capacités, aptitudes et besoins humains, et leur accessibilité devrait être garantie.

[62] Les systèmes d'IA devraient être utilisés pour soutenir des évolutions sociales positives et renforcer la durabilité et la responsabilité écologique.

[63] Il convient de mettre en place des mécanismes pour garantir la responsabilité à l'égard des systèmes d'IA et de leurs résultats, et de les soumettre à une obligation de rendre des comptes.

gouvernées par cette technologie. Des garanties doivent être pensées pour faire prévaloir les droits de l'homme et, conséquemment, assurer une acceptabilité sociale de cette technologie. Dans le concert technophile ambiant, l'Europe doit se faire entendre.

L'effacement des données en ligne : une parenté entre le droit au déréférencement et les mécanismes de défense contre les cyberviolences

Carlotta Gradin, *doctorante à l'Université Paris II, Panthéon-Assas*

Cet article traitera de l'effacement des données personnelles en ligne sous deux formes, d'un côté par la mise en oeuvre du droit au déréférencement, et de l'autre par le retrait des contenus illicites publiés en ligne.

Aujourd'hui, avoir une bonne réputation en ligne s'avère essentiel. En effet, très souvent des recruteurs peuvent vouloir contrôler notre profil sur les réseaux sociaux ainsi que, plus globalement, nos activités numériques. Ce peut être aussi l'intérêt de potentiels investisseurs de vérifier notre conduite sur les médias en ligne. Pour éviter d'être rattrapé par notre passé, le droit au déréférencement, plus communément appelé « droit à l'oubli », nous permet d'obtenir que soient déréférencés des contenus que nous ne voudrions plus voir sur internet. Ces informations qui nous concernent, et que l'on souhaiterait effacer, peuvent avoir été mises en ligne par nous-mêmes, sur des forums ou autres plateformes, ou il peut s'agir d'articles de médias en ligne ou autre, qui parlent de nous et dont on connait la publication ou non.

Le droit à l'oubli à été consacré par l'*arrêt Google Spain et Google Inc c/ Agencia Española de Protección de Datos* (*AEPD*) du 13 mai 2014 de la Cour de Justice de l'Union Européenne (ci-après « CJUE ») sans pour autant qu'en soit donnée une définition[1]. Il faut donc se tourner vers la Commission nationale de l'informatique et des libertés (ci-après « CNIL »), qui définit le droit à l'oubli comme « *la possibilité offerte à chacun de maîtriser ses traces numériques et sa vie privée - comme publique - en ligne* »[2]. La Commission précise que « *ce droit ne doit, cependant, pas être interprété comme un impératif absolu d'effacement des*

[1] V. CJUE, Grande chambre, 13 mai 2014, arrêt Google Spain et Google Inc c/AEPD, affaire C131/12, point 88 et suivants.

[2] CNIL, Rapport d'activité 2013, p. 16. Voir : https://halshs.archives-ouvertes.fr/halshs-01223778/file/RAPPORT-FINAL-Droit-a-loubli-2015.pdf.

données et informations »[3]. Pour reprendre une formule de Marion Polidori, docteur en droit public, ce droit n'est pas un « droit autonome » mais un « volet » du droit à la vie privée[4].

Il est également primordial de pouvoir se défendre contre la publication en ligne de contenus illicites. La liste de ces contenus s'est considérablement allongée avec le temps. Une première impulsion fut donnée en France avec la loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique (ci-après « loi LCEN »)[5], dont certaines dispositions imposent aux hébergeurs et aux fournisseurs d'accès de réprimer l'apologie des crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine ainsi que la pornographie enfantine[6]. Aujourd'hui s'ajoutent à cette liste les atteintes à la dignité humaine, l'incitation à la violence, les discours de haine à l'égard des personnes en raison de leur sexe, de leur orientation sexuelle, de leur identité de genre ou de leur handicap et enfin, la provocation à la commission d'actes de terrorisme et leur apologie[7]. Nous appellerons ces atteintes aux droits des individus, ou aux groupes d'individus, « cyberviolences » ou « violences en ligne ». L'expression renvoie à toute forme de violence (menaces, injures, commentaires haineux, sexistes, etc...) commise dans l'espace numérique composé des réseaux sociaux (Facebook, Twitter, Snapchat, TikTok, etc...), des messageries, des forums de discussion et autres lieux d'échange en ligne.

Ces contenus vont être supprimés s'ils violent les dispositions de lois nationales ou les « standards »[8] de plateformes après avoir

---

[3] *Ibid.*

[4] Marion POLIDORI, « L'arrêt *Google Spain* de la CJUE du 13 mai 2014 et le droit à l'oubli », *Civitas Europa*, 2015/1 (N° 34), pp. 243-266. DOI : 10.3917/civit.034.0243. Voir : https://www.cairn.info/revue-civitas-europa-2015-1-page-243.htm.

[5] V. Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[6] V. article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[7] V. article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, cinquième, septième et huitième alinéas de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse et aux articles 222-33, 225-4-1, 225-5, 225-6, 227-23 et 227-24 et 421-2-5 du Code pénal et Francis DONNAT, *Nouveaux cahiers du Conseil Constitutionnel*, n° 52 (Dossier : la Constitution et l'innovation) - juin 2016 - pp. 37-46.

[8] On fait référence ici aux « standards » ou « standards de communauté » à propos des règles que les plateformes intègrent dans leurs Conditions Générales d'Utilisation (CGU). Ces règles définissent les catégories de contenus dont la plateforme autorise la publication sur les pages de son site. Pour en savoir plus

fait l'objet d'un signalement par les usagers auprès des gestionnaires de ces plateformes. Leur retrait nous protège, entre autres, de l'usurpation d'identité[9], de la publication de photos ou d'enregistrements de toute sorte à notre insu qui nous concernent[10], de la diffusion d'images intimes à caractère sexuel[11], etc.

Il est nécessaire de faire une distinction entre l'activité d'hébergeur et celle d'éditeur en ligne. Les hébergeurs ont été définis par la directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil et, en France, par l'article 6-I-2 de la loi LCEN, qui les décrit comme des entités qui « *assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par les destinataires de ces services* »[12]. Ainsi, la CJUE dans son arrêt du 23 mars 2010 *Google France c/ Vuitton* a jugé que le statut d'hébergeur s'appliquait lorsque le prestataire d'un service ne jouait pas « *un rôle actif de nature à lui confier une connaissance ou un contrôle des données stockées* »[13]. Les éditeurs, au contraire, sont définis par la même loi à l'article 6-III-1 comme « *les personnes dont l'activité est d'éditer un service de communication au public en ligne* »[14].

---

sur les standards de Facebook, V. https://www.facebook.com/communitystandards/. Le réseau social Twitter les appelle quant à lui « Règles et politiques de Twitter ». V. pour plus d'informations : https://help.twitter.com/fr/rules-and-policies#twitter-rules.

[9] V. article L. 226-4-1 du Code pénal.

[10] V. les articles L. 226-1 et L. 226-2 du Code pénal relatifs aux atteintes à la vie privé. Ces délits sont considérés comme ayant un caractère continu dès lors que ces enregistrements sont conservés, de sorte que ne commence pas à courir le point de départ de la prescription pénale (Crim. 4 mars 1997, n°96-84-773), passée de 3 à 6 années en matière de délit depuis la loi n°2017-242 du 27 février 2017 portant réforme de la prescription en matière pénale.

[11] V. article L. 226-2-1 du Code pénal. Il faut toutefois préciser que l'action publique ne peut être exercée que sur plainte de la victime, de son représentant légal ou de ses ayants droits dans les cas prévus par les articles 226-1 à 226-2-1 du Code pénal (v. art. L. 226-6 dudit code).

[12] V. Article 6-I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[13] V. CJUE, Grande chambre, 23 mars 2010, *Sté Google c/ Sté Louis Vuitton Malletier*, affaires C-236/08 à C-238/08, point 120.

[14] V. Article 6-III-1 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

La différence est assez nette. Si l'éditeur a un rôle actif sur la publication des contenus en ligne, ce n'est pas le cas de l'hébergeur qui se contente de rendre accessibles des contenus publiés par des tiers sans y jouer aucun rôle actif. Cette différence justifie que le régime de leur responsabilité diffère : l'éditeur est responsable de la publication de tous les contenus présents sur son site internet[15], alors que l'hébergeur ne peut pas voir sa responsabilité civile ou pénale engagée sauf s'il avait connaissance du caractère illicite du contenu et qu'il n'a pas agi promptement pour retirer le contenu ou rendre son accès impossible[16]. À propos de ce statut d'hébergeur, le Conseil Constitutionnel français a précisé que « *ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge* »[17]. L'adjectif « manifeste » s'avère essentiel lorsqu'il s'agit de juger de la responsabilité de l'hébergeur.

Très souvent, en réponse aux accusations concernant leur participation directe à la diffusion de contenus illicites, les plateformes de réseaux sociaux se cachent derrière la qualification d'hébergeurs. Toutefois, en avril dernier, le PDG de Facebook, Mark Zuckerberg, a reconnu, lors d'une audition devant le Congrès américain, que Facebook devait se sentir responsable des contenus mis en ligne par ses utilisateurs[18]. S'agirait-il de ne plus qualifier Facebook de simple hébergeur. Mais *quid*, alors, des autres plateformes ?

Qu'il s'agisse de la mise en oeuvre du droit à l'oubli ou de la lutte contre les cyberviolences, le déréférencement ou le retrait des contenus dépendra dans un premier temps de la décision des plateformes qui estimeront, ou non, s'il est nécessaire de supprimer le contenu. Ensuite, si le demandeur demeure insatisfait, l'affaire passera sous contrôle du juge judiciaire. Or, le juge judiciaire est tenu, sous réserve des contenus manifestement illicites et qui ne posent

[15] V. Article 6-I-3 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[16] V. Article 6-I-2 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.
[17] V. Cons. const, n° 2004-496 DC, 10 juin 2004.
[18] The Washington Post, *Transcript of Mark Zuckerberg's Senate hearing*, 11 avril 2018. V. https://www.washingtonpost.com/news/the-switch/wp/2018/04/10/transcript-of-mark-zuckerbergs-senate-hearing/.

aucun doute quant à la nécessité de leur retrait, de mettre en balance les intérêts qui sont la préservation du droit à l'oubli et la lutte contre les cyberviolences, d'une part, avec le droit à l'information[19], la liberté de la presse et la liberté d'expression en général[20], d'autre part. L'absence de règles uniformes entre États européens, qui ne se sont pas encore tous dotés des législations à ce sujet, ne facilite pas cette mise en balance.

L'article se concentrera principalement, en ce qui concerne le droit à l'oubli, sur les contenus qui apparaissent dans les listes de résultats délivrées par les moteurs de recherche (type Google), tandis qu'il se concentrera, en ce qui concerne le retrait des contenus illicites, sur les publications effectuées sur les réseaux sociaux (type Facebook). Une telle dichotomie est opérée à des fins explicatives pour délimiter le sujet de l'effacement des données, mais elle ne se veut pas parfaite puisque la mise en oeuvre du droit à l'oubli comme la lutte contre les cyberviolences peuvent concerner tout autant les moteurs de recherche que les réseaux sociaux.

Avec l'*arrêt Google Spain et Google Inc c/ AEPD*, un nouveau droit est apparu. La consécration du droit à l'oubli a été vécue comme une nécessité en ce que celle-ci a permis de garantir la protection de la vie privée dans le cyberespace[21]. Malgré la formulation de son principe, ainsi que de certaines clarifications, le droit à l'oubli demeure un droit jeune dont les limites ne sont pas encore bien définies (**I**). Le déréférencement ne consiste pas en l'effacement des données. Ainsi, le déréférencement doit être distingué de l'effacement des contenus publiés en ligne. Alors que le déréférencement va concerner des données à caractère personnel, l'effacement va porter quant à lui sur des contenus illicites, à savoir sur des contenus violant une législation nationale ou les standards d'une plateforme. Comme pour le déréférencement, l'effacement des contenus illicites est soumis à une série de limites (**II**).

---

[19] V. CEDH, 10 mars 2009, Times Newspapers LTD c. Royaume-Uni, req. n°s 3002/03 et 23676/03
§. 27.

[20] V. CEDH, 5 mai 2011, Comité de rédaction de Pravoye Delo et Shtekel c. Ukraine §. 64.

[21] Jean-Philippe Foegle, « La CJUE, magicienne européenne du « droit à l'oubli » numérique », *La Revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés. Voir : http://journals.openedition.org/revdh/840.

I. Le droit au déréférencement : un mécanisme de défense de la vie privée en ligne

La consécration du droit à l'oubli est assez récente. Considéré comme un volet de la protection de la vie privée, ce droit se présente comme un mécanisme de défense contre la publication en ligne d'informations susceptibles de porter atteinte à nos droits (**A**). Toutefois, étant à la fois relatif et non autonome, ce droit est souvent confronté au droit à l'information et à l'intérêt qu'a le public d'exiger la publicité de certaines informations, même celles pouvant heurter le demandeur (**B**).

A. La lente consécration et le développement progressif du droit à l'oubli

Le droit au déréférencement avait été consacré pour la première fois par la CJUE en application de la directive 95/46/CE sur la protection des données personnelle, directive désormais abrogée[22]. C'est avec l'*arrêt Google Spain et Google Inc c/AEPD* du 13 mai 2014, que la Cour, saisie d'une question préjudicielle, consacre le droit à l'oubli. Aujourd'hui, le droit à l'oubli est prévu à l'article 17 du règlement 2016/679[23] renommé Règlement Général sur la Protection des Données (ci-après « RGPD »). Cette disposition fixe les conditions d'exercice du droit à l'oubli numérique, notamment les motifs qui mènent au déréférencement des données, ainsi que leurs limites.

Avant d'aller plus en avant, encore faut-il s'interroger sur ce qu'est ce droit à l'oubli. Il s'agit du droit de *désindexer* toute référence personnelle (nom, prénom par exemple) disponibles sur les pages des moteurs de recherche (Yahoo, Google, Bing par exemple), sans pour autant que cela ne les supprime puisque les contenus en tant que tels

[22] Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données.

[23] V. Règlement (UE) 2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, et abrogeant la directive 95/46/CE.

seront toujours présents en ligne et pourront être retrouvés par une recherche contenant d'autres mots clés. C'est en ce sens que la désindexation, et le déréférencement, diffèrent de la suppression.

Dans l'*arrêt Google Spain*, il était question de désindexer des informations concernant une saisie en recouvrement de dettes dont avait fait l'objet un homme d'affaires, informations qui apparaissaient sur les pages de résultats de recherche du moteur Google. Pour consacrer le droit à l'oubli, la Cour fit une lecture combinée des articles 12 et 14 de la directive sur la protection des données personnelles : « *l'exploitant d'un moteur de recherche est obligé de supprimer de la liste de résultats, affichée à la suite d'une recherche effectuée à partir du nom d'une personne, des liens vers des pages web, publiées par des tiers et contenant des informations relatives à cette personne, également dans l'hypothèse où ce nom ou ces informations ne sont pas effacés préalablement ou simultanément de ces pages web, et ce, le cas échéant, même lorsque leur publication en elle-même sur lesdites pages est licite »*[24].

Dans la foulée de cette décision, Google, et à sa suite la très grande majorité des moteurs de recherche, ont mis en place un formulaire de demande de mise en oeuvre du droit à l'oubli[25]. Pour être recevable, la demande de désindexation doit être introduite par un individu ayant la nationalité de l'un des États membres de l'Union Européenne. Celui-ci, doit agir au nom d'un particulier (soi-même, un client, un membre de la famille, un ami, etc.), et les données dont il souhaite la suppression doivent respecter certains critères établis par le moteur de recherche. En 2014, la CNIL a publié 13 critères-types[26] qui justifieraient de bénéficier de ce droit. En cas de réponse insatisfaisante ou absence de réponse sous un mois de la plateforme sollicitée, les usagers peuvent saisir l'autorité de régulation. L'on peut dire que l'*arrêt Google Spain et Google Inc c/AEPD* a eu, sinon un retentissement juridique important, des répercussions pratiques instantanées.

---

[24] V. CJUE, Grande chambre, 13 mai 2014, *arrêt Google Spain et Google Inc c/AEPD*, affaire C 131/12, point 88.

[25] V. https://www.google.com/webmasters/tools/legal-removal-request?complaint_type=rtbf&hl=fr&rd=1.

[26] V. https://www.cnil.fr/sites/default/files/typo/document/Droit_au_dereferencement-criteres.pdf.

En 2014, la portée territoriale du droit au déréférencement n'a toutefois pas été spécifiée. C'est par l'*arrêt Google LLC c/CNIL* du 24 septembre 2019 que la CJUE apporte une pierre supplémentaire à l'édifice du droit à l'oubli. Saisie par le Conseil d'État d'une question préjudicielle, la Cour précise que *« lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche fait droit à une demande de déréférencement (...), il est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres »*[27]. Cette limitation territoriale du droit à l'oubli s'explique en ce que bon nombre d'États tiers ne connaissent pas, dans leurs législations, ce droit au déréférencement et en ce que, devant leurs juridictions, il serait certainement procédé à une mise en balance différente entre le droit à la vie privé, d'une part, et les droits susceptibles d'en légitimer sa limitation, d'autre part.

B. La mise en balance du droit à l'oubli avec les libertés d'information et de presse

Le droit à la protection des données personnelles, bien qu'il soit considéré comme un droit fondamental[28], n'est pas pour autant absolu. Selon la CJUE, ce droit *« doit être considéré par rapport à sa fonction dans la société et être mis en balance avec d'autres droits fondamentaux, conformément au principe de proportionnalité »*[29].

Se dégage de la jurisprudence une diversité d'approches du droit à l'oubli, notamment lorsque l'individu qui est à l'origine de la demande est une personnalité médiatique. Par ailleurs, la situation des mineurs fait l'objet de considérations particulières.

Les individus à l'origine de demandes sont le plus souvent des personnalités publiques ou des professionnels qui, en demandant le déréférencement, entendent se protéger d'informations qui pourraient nuire à leurs activités. Ces demandeurs ne trouvent pas

[27] V. CJUE, Grande chambre, 24 septembre 2019, *Google LLC c/ CNIL*, affaire C-507/17, point 73.
[28] V. art. 8 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne.
[29] V. CJUE, Grande chambre, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, affaires C-92/09 et C-93/09, point 48 et CJUE, Grande chambre, affaire C-507/17, 24 septembre 2019, *Google LLC c/ CNIL*, point 60.

toujours gain de cause car leur droit à l'oubli doit être mis en balance avec la liberté d'expression et le droit d'accès à l'information.

Les cours suprêmes des États de l'Union Européenne, la CJUE ainsi que la Cour Européenne des Droits de l'Homme (ci-après « CourEDH »), ont donné quelques orientations jurisprudentielles afin de mettre en balance ces droits. Dans sa décision *Fuchsmann c/ Allemagne* du 19 octobre 2017 la CourEDH, qui était appelée à répondre à la requête d'un homme d'affaires allemand de renommée internationale, devait se prononcer sur la conformité vis-à-vis de la Convention d'une demande de désindexation d'un article de presse faisant état de son implication présumée dans le crime organisé russe.

La Cour décida que la Cour d'appel allemande, en considérant que l'article mis en ligne contribuait à un débat d'intérêt public, avait ménagé un juste équilibre entre les droits des parties, et qu'il n'y avait pas dès lors de violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme relatif au droit au respect de la vie privée et familiale. Conformément à sa jurisprudence, la CourEDH, dès lors qu'un dirigeant d'entreprise peut être considéré comme une personnalité publique[30], a jugé que les informations divulguées, concernant moins la vie intime du demandeur que sa vie professionnelle, reposaient sur une base factuelle suffisante. En outre, le demandeur avait été informé de la publication de l'article, ce dont il résultait que l'auteur de l'article avait respecté ses obligations et responsabilités journalistiques.

De son côté, la Cour de cassation italienne a fourni également quelques lignes directrices pour trouver un équilibre entre le droit à l'oubli et la liberté de la presse. Dans sa décision du 20 mars 2018[31], elle estime que le droit à l'oubli peut subir une limitation du fait de son articulation avec la liberté de la presse seulement si les conditions suivantes sont réunies. Premièrement, la Cour recherche si les données publiées contribuent au débat public. Ensuite, elle s'assure que la diffusion du contenu répond d'un intérêt public effectif et actuel, notamment en tenant compte de la notoriété du demandeur (notamment, si celui-ci occupe des fonctions publiques ou

[30] V. CourEDH, 14 décembre 2006, *Verlagsgruppe News GmbH v. Austria* (no. 2), §36.
[31] V. Corte di Cassazione, sez. I, 20/3/2018 n. 6919.

politiques), et de la fiabilité des informations divulguées, de leur véracité et de la qualité de leurs sources. Enfin, la Cour tient compte de la possibilité qu'à eu le demandeur, en ayant été informé préventivement de la publication, d'exercer un droit de réponse. En l'espèce, la Cour répondait à la demande introduite par un chanteur extrêmement populaire de désindexation d'une vidéo retransmise uniquement à deux reprises en l'espace de cinq ans, vidéo où il apparaissait comme un des personnages les plus antipathiques du monde du spectacle. La Cour de cassation a jugé que le chanteur n'occupait pas un rôle primordial dans la vie publique italienne, et qu'en conséquence le contenu litigieux ne participait pas au débat public. Le contenu re-diffusé avait, selon la Cour, une finalité essentiellement commerciale. En outre, les commentaires qui ont suivi la diffusion du contenu avaient pour seul but de dénigrer l'artiste sans justification.

Un sort bien différent a toutefois été réservé à un avocat italien qui avait demandé la désindexation de contenus alléguant de sa participation à des faits de corruption. Le 24 mars 2016[32], l'autorité administrative italienne pour la protection des données personnelles (« Garante per la protezione dei dati personali ») a estimé que, compte tenu de la fonction que remplit la profession d'avocat dans la société, les informations concernant des comportements présumés illégaux ou immoraux sont d'intérêt public et de ce fait peuvent être divulguées tout à fait légalement. À propos de leur jurisprudence, nous pouvons conclure à ce que les juridictions italiennes donnent beaucoup d'importance à la gravité des faits allégués et à la position sociale qu'occupe le demandeur.

En Angleterre, l'« Information Commissioner's Office » (ci-après « ICO »), l'équivalent anglais de la CNIL, a également posé certaines limites à l'exercice du droit à l'oubli. Celles-ci tiennent essentiellement à la personnalité publique du demandeur. Dans deux affaires du 14 février 2018[33] concernant des requêtes de déréférencement adressés à Google, l'autorité a pu conclure que,

[32] V. *Provvedimento* n° 144, 24 marzo 2016 : https://www.garanteprivacy.it/web/guest/home/docweb/-/docweb-display/docweb/5242797.

[33] V. England and Wales High Court, 14 February 2018, *NT1 and NT2 c/ Google :* http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2018/799.html.

s'agissant d'une personnalité publique, le droit à l'oubli n'est pas systématique et doit est apprécié au cas par cas[34].

Tout cela nous permet d'affirmer que, dans la plupart des affaires, les cours suprêmes nationales rendent leurs décisions selon une même approche casuistique voulant qu'il soit tenu compte de la fonction que remplit le demandeur au sein de la société (son métier, s'il s'agit d'une personnalité publique, etc.), de la gravité des faits allégués en ligne (si les allégations concernent la vie privée de l'individu ou son activité en tant que personnalité publique, etc.), et des limites juridiques que sont les libertés d'information et de presse.

Mais, s'agissant des mineurs, la protection que confère le droit à l'oubli va s'avérer plus étendue. Un bon exemple est celui de la Californie qui s'est dotée en 2013 de l'*« Eraser law »* (que l'on pourrait traduire littéralement par « loi gomme »), dont certaines dispositions imposent à l'éditeur d'un site, ou au fournisseur d'un service internet ou d'une application, de supprimer, et non pas simplement de déréférencer, tout contenu à la demande d'un mineur. Cette loi a pour objet de permettre aux mineurs de pouvoir retirer de regrettables publications, relatant d'éventuels excès de jeunesse, et qui pourraient les suivre plus tard au cours de leur vie d'adulte. Le champ d'application de cette loi californienne reste toutefois assez limité. En effet, une fois majeurs, les utilisateurs ne peuvent plus se prévaloir de cette loi. Ce qui en réduit considérablement l'intérêt.

On ne retrouve pas, à l'inverse, de telles limitations dans les dispositions relatives au droit à l'oubli des mineurs dans la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016 en France[35]. L'article 63 prévoit désormais que *« Sur demande de la personne concernée, le responsable du traitement est tenu d'effacer dans les meilleurs délais les données à caractère personnel qui ont été collectées dans le cadre de l'offre de services de la société de l'information lorsque la personne concernée était mineure au moment de la collecte »*. Contrairement à la loi californienne, la demande

[34] Laurent FELDMAN, *Le droit à l'oubli des personnes publiques et des professionnels*, 12 avril 2019. Voir : https://www.village-justice.com/articles/droit-oubli-des-personnes-publiques-des-professionnels,31222.html et Global Freedom of Expression, Columbia University, *NT1 and NT2 c/ Google.* V: https://globalfreedomofexpression.columbia.edu/cases/nt1-nt2-v-google-llc/.

[35] V. Art. 63 de la loi pour une République numérique du 7 octobre 2016.

d'effacement peut être introduite par la personne concernée même après sa majorité.

L' « effacement » des données ne concerne pas uniquement le droit à l'oubli. Nous allons voir dans une deuxième partie que l'effacement peut porter sur des contenus illicites, en particulier lorsque ceux-ci ont fait l'objet, sur les réseaux sociaux, de signalements.

Les droits impliqués sont nombreux car l'illicite peut résulter d'atteintes à la vie privée, à la personne humaine plus globalement, mais également d'actes et activités hautement illégales.

II. L'effacement des contenus illicites sur les réseaux sociaux : un mécanisme de défense contre les cyberviolences

Le retrait des contenus illicites est rendu possible sur les plateformes grâce aux signalements déposés par les usagers (**A**). Toutefois, décider du retrait n'est pas aisé car, si parfois les contenus sont manifestement illicites et faciles à caractériser comme tels, d'autres fois il est difficile de déterminer quel est le juste équilibre entre l'atteinte que leur publication cause aux droits des demandeurs, d'une part, et la liberté d'expression, d'autre part (**B**).

A. La suppression des contenus illicites en ligne

Les cyberviolences sont un phénomène tout à fait spécifique. Les actes de cyberviolences renvoient, comme nous l'avons dit en introduction, à toute forme de violence commise dans l'espace numérique. Ce qui les caractérise par rapport à des délits ou violences commises dans le monde analogique, c'est la dissémination de leurs conséquences nuisibles[36]. En effet, les contenus circulent 24h/24, 7j/7, et leur diffusion est instantanée. Les violences deviennent virales et les victimes n'ont pas de répit. Parfois, les auteurs eux-mêmes ne maîtrisent pas la diffusion de leurs messages, car tout autre utilisateur peut s'emparer d'un contenu et le partager. Enfin, il existe un risque tenant à l'anonymat des publicateurs. Car, évidemment,

[36] Snakenborg, Van Acker, & Gable, « *Cyberbullying: Prevention and Intervention to Protect Our Children and Youth »,* 2011.

l'anonymat rend plus difficile l'identification des agresseurs et leur poursuite.

Pour contrer de possibles déferlements de violence, les plateformes ont instauré des dispositifs permettant à leurs utilisateurs de leur signaler l'existence de contenus illicites, ainsi par exemple, d'une photo ou d'un commentaire qui porterait atteinte aux droits de la personne à l'origine du signalement ou aux droits d'un tiers. Il est important de préciser qu'un utilisateur peut signaler à l'exploitant d'une plateforme l'existence de contenus qui violent ses droits, mais également l'alerter quant à des contenus violant les droits de tiers.

Dans un premier cas de figure, le contenu sera supprimé, s'il viole les standards des plateformes. Ainsi par exemple, les réseaux sociaux Facebook[37]et Instagram prohibent les discours incitant à la haine, les contenus violents et explicites, la nudité et les sollicitations sexuelles. Dans un second cas de figure, le contenu sera supprimé s'il viole les dispositions d'une loi nationale. Par exemple, sont prohibées en droit français les menaces de mort[38], de viol[39], les commentaires haineux, diffamatoires, sexistes[40] ou encore la diffusion de photos et/ou des vidéos à caractère sexuel sans le consentement de la personne qui y est représentée[41].

Il s'agirait de préciser que les standards des réseaux sociaux ne sont toutefois pas toujours alignés sur les dispositions des législations nationales. Mais ce point fera l'objet de commentaires ultérieurs.

Si, d'un côté, l'effacement représente un recours efficace pour les victimes de cyberviolences, cet effacement peut entraîner, d'un autre côté, la disparition de preuves si la victime n'a pas eu le réflexe de faire des captures d'écran avant de déposer son signalement. Faute de preuves, l'auteur du signalement ne pourrait porter plainte contre le publicateur d'un contenu qui aurait violé ses droits. C'est pourquoi,

---

[37] V : https://www.facebook.com/communitystandards/objectionable_content.

[38] V. art. 222-17 du Code pénal.

[39] V. art. 24 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse.

[40] V. art. 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse concernant l'injure publique à caractère discriminatoire (sexiste, raciste, homophobe, handiphobe).

[41] V. les articles 226-1 et 226-2 du Code pénal sur la fixation, l'enregistrement et la transmission sans consentement de l'image d'une personne se trouvant dans un lieu privé, l'art. 227-23 du Code pénal sur l'enregistrement et la diffusion d'images pédopornographiques, l'art. 226-8 du Code pénal sur l'attente à la représentation de la personne, et l'art. 226-3-1 du Code pénal sur l'enregistrement et/ou la diffusion d'images des parties intimes.

en plus d'opérer un simple signalement[42], la LCEN prévoit que l'utilisateur peut adresser à l'hébergeur une notification[43]qui, pour être valide, doit contenir la date de la notification, les informations personnelles du notifiant, le nom et le domicile du destinataire, la description des faits litigieux, les motifs pour lesquels le contenu devrait être retiré, mais également une copie des contenus litigieux[44].

Après avoir reçu une notification, l'hébergeur est obligé d'opter ou bien pour le maintien du contenu sur sa plateforme, ou bien pour sa suppression[45].

Concernant la conservation des preuves, le projet de loi contre la haine en ligne déposé par la député Laetitia Avia contient une disposition intéressante. En effet, un amendement, ayant été voté et inséré à l'article 1er de la loi, vise à imposer aux plateformes de conserver une copie des contenus illicites supprimés « *pendant une durée maximale d'un an pour les besoins de recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et seulement afin de mettre des informations à disposition de l'autorité judiciaire ».* Il n'a cependant pas été établi, en détail, qui pourra avoir accès à ces éléments de preuve et comment. Alors que le recueil des preuves détermine en pratique les suites que le ministère public va donner au dépôt de plainte de la victime, quelques précisions manquent encore quant aux procédures spécifiques gouvernant la transmission à l'autorité judiciaire des informations conservées par les plateformes[46]. Cette critique peut

[42] *Le signalement est une procédure non juridique proposée par les acteurs du web ou par un acteur public* Voir : https://eduscol.education.fr/internet-responsable/ressources/legamedia/faire-retirer-un-contenu-illicite.html.

[43] *La notification est une procédure qui permet de porter à la connaissance d'un hébergeur l'existence de contenus illicites qu'il stocke et d'en demander le retrait.* Voir : https://eduscol.education.fr/internet-responsable/ressources/legamedia/faire-retirer-un-contenu-illicite.html.

[44] V. Article 6-I-5 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[45] V. Articles 6-I-2 et 6-I-3 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

[46] Malgré le fait que l'article 15-3 du Code de procédure pénale dispose que les officiers et agents de police judiciaire sont tenus de recevoir les plaintes des victimes, y compris lorsqu'ils ne sont pas territorialement compétents, il arrive bien souvent qu'en pratique cette prescription ne soit pas respectée. La possibilité pour la victime de porter plainte en ligne, et dont les modalités sont régies par l'article 15-3-1 du Code de procédure pénale, ne cesse d'être étendu et porte désormais sur de nouveaux domaines susceptibles d'intéresser de manière incidente les contenus illicites publiés en ligne, notamment en cas de discrimination, de diffamation, d'injure et de provocation à la haine.

difficilement être adressée à la loi allemande NetzDG[47]qui, adoptée en 2018 a pour finalité, entre autres, d'accroître l'efficacité des poursuites sur les réseaux sociaux.

Les problématiques liées aux signalements demeurent, notamment lorsque le signalement concerne un contenu illicite portant atteinte aux droits d'un tiers. En effet, si tel est le cas, la victime pourra difficilement retrouver l'auteur de la publication lui portant atteinte pour ensuite porter plainte.

Mis à part les contenus manifestement illicites, le retrait des autres contenus illicites a fait l'objet de vifs débats car, très souvent, leur retrait heurte d'autres droits et libertés.

B. Une limite à l'effacement des contenus illicites : la préservation de la liberté d'expression

L'effacement des contenus illicites, comme la mise en oeuvre du droit à l'oubli d'ailleurs, doit être mis en balance avec d'autres droits et libertés, et en particulier avec la liberté d'expression.
Depuis que les droits nationaux réglementent plus sévèrement la publication de contenus en ligne, un important contentieux a émergé.

En mai 2018, les plus grandes sociétés du secteur des technologies de l'information, notamment Facebook, Twitter et Microsoft signaient avec la Commission Européenne un code de bonne conduite visant à lutter contre la multiplication en ligne des contenus illicites[48]. Or, la lutte contre les discours illicites, aussi odieux soient-ils lorsqu'ils sont haineux, doit être conciliée avec la liberté d'expression, qui comme la CourEDH l'a affirmé, est cette liberté qui « *vaut non seulement pour les "informations" ou "idées" accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population* »[49].

Or, il se trouve que, très souvent, les dispositifs mis en place par les plateformes, leurs lignes directrices et leurs standards, vont au delà des prescriptions que contiennent les législations nationales. En

[47] V. Article 1, section 3, (2) 4. Voir : https://germanlawarchive.iuscomp.org/?p=1245.
[48] V. https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/fr/IP_16_1937.
[49] V. CourEDH, Cour plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c/ Royaume-Uni*, §49.

Allemagne, plusieurs affaires ont opposé Facebook à certains de ses utilisateurs. Les plaignants y contestaient la suppression par Facebook de contenus qui étaient licites en application des lois allemandes, mais à propos desquels la plateforme avait choisi de faire primer ses propres standards pour les considérer comme étant illicites. Pour juger de la légitimité d'une telle suppression, les juridictions n'adoptent pas les mêmes positions. Certains juges ont condamné Facebook pour avoir supprimé des contenus licites selon la loi allemande[50] alors que d'autres ont donné foi aux appréciations de la plateforme. Par exemple dans l'*affaire OLG Dresden* du 8 août 2018, le tribunal régional supérieur de Dresde a tranché en faveur de Facebook, dont les équipes de modérateurs avaient effacé des contenus qualifiés, selon les standards du réseau, de discours haineux et avaient bloqué le compte de l'auteur des publications alors que ce dernier ne violait pas les dispositions de la loi allemande. Il en découle en conséquence une autonomie certaine des procédures mises en oeuvre par les plateformes par rapport aux procédures intentées dans la sphère judiciaire.

La tâche des plateformes n'en demeure pas moins complexe. En effet, celles-ci sont partagées, d'une part, entre l'obligation de retirer certains contenus illicites, d'après les dispositions des législations nationales, et, d'autre part, le risque d'être poursuivies en justice pour entrave à la liberté d'expression.

Cet exercice d'équilibriste a d'ailleurs été au cœur des débats entourant le projet de loi Avia qui, à l'instar de la loi allemande NetzDG, entend obliger les plateformes à retirer les contenus considérés manifestement haineux sous 24 heures. Or, ce délai, sans doute très court, pourrait limiter la marge d'appréciation des plateformes qui pourraient retirer des contenus à tort. La Commission Nationale Consultative des Droits de l'Homme a d'ailleurs été amenée à se prononcer sur ce dispositif et a pu déplorer que « *d'une part, (le dispositif) encourage les plateformes, par excès de prudence et, éventuellement, avec une intervention humaine minimale, à retirer des contenus n'étant pas « manifestement » haineux et, d'autre part, il renforce le pouvoir des plateformes les plus importantes au détriment des plus petites, qui n'ont pas les moyens de réagir dans un tel délai* »[51].

[50] V. OLG München du 28 août 2018.

[51] V. Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet, JORF n°0161 du 13 juillet 2019.

La Commission européenne a également adressé une notification au Ministre de l'Europe et des Affaires étrangères[52] en constatant que le retrait sous 24 heures pourrait « créer une charge disproportionnée sur les plateformes en ligne et dans certaines circonstances, un risque de suppression excessive de contenus, ce qui porterait ainsi atteinte à la liberté d'expression. Ce risque est particulièrement élevé pour les plateformes en ligne dont les ressources sont limitées. ».

D'autres propositions ont toutefois été avancées. La Professeure Marie-Anne Frison-Roche a émis une série de propositions qui, bien qu'allant dans le sens d'une plus grande responsabilisation des plateformes, s'appuient sur la mise en œuvre de mécanismes de compliance[53]. Aussi, alors que le projet de loi Avia n'a pas encore été adopté, le débat semble loin d'être clos.

[52] V. https://cdn2.nextinpact.com/medias/observations-commission-europeenne-proposition-de-loi-avia.pdf.

[53] Marie-Anne Frison-Roche, *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'internet*, Rapport commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, Avril 2019.

Les impensées de la politique juridique de lutte contre les fausses nouvelles : de la règlementation des publications en ligne à celle de l'édition

Basile Darmois, *doctorant et ATER à l'Université Paris-Est Créteil (UPEC)*

En janvier 2000, un auteur écrivait, à propos d'une décision de la Cour de cassation traitant de l'infraction de publication de « nouvelles fausses »[1], celle dont dispose l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse[2], qu'il « faudra bien un jour ou l'autre abroger [cet article] qui est par trop marqué de l'époque du contrôle de l'État sur la production de l'information »[3]. Que s'est-il passé pour que, presque vingt années plus tard, le législateur, en France[4], mais aussi dans d'autres États-membres[5], à rebours d'un

[1] Nous parlerons à propos de l'article 27 de la loi sur la liberté de la presse du délit de diffusion de « nouvelles fausses » afin de le distinguer des nouveaux dispositifs visant à lutter contre la diffusion de « fausses nouvelles ». C'est après tout la terminologie retenue dans la loi du 19 juillet 1881 : « La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses (…) » (Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, art. 27).

[2] Cass. crim., 13 avr. 1999, n°98-83798 : *Dr. pén.* 1999, comm. 115, obs. VERON M. ; *Rev. sc. crim.* 2000, p. 203 s., obs. MAYAUD Y. ; *D.* 2000, somm. p. 126 s., obs. DE LAMY B. ; *CCE* 2000, n°1, note WEBER A.

[3] WEBER A., « Délits de presse – Le délit de fausses nouvelles », *CCE* 2000, n°1, comm. 13. Il s'agirait de préciser que la protection accordée à la libre expression contre les actes de censure étatique, s'étend également aux actes de censure commis par des acteurs privés (CEDH, 14 sept. 2010, Req. n°s2668/07, 6102/08, 30079/08, 7072/09 et 7124/09, *Dink c. Turquie*, §. 106), ce qui, sur Internet, est loin d'être illusoire (V. *infra*).

[4] Par le vote de deux lois, l'une ordinaire (Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information), et l'autre organique (Loi organique n° 2018-1201 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information).

[5] Le 30 juin 2017, la République fédérale d'Allemagne a adopté une loi « obligeant les réseaux sociaux à supprimer en vingt-quatre heures, après leur signalement par les internautes, certains contenus, dont les fausses informations (…) » (NORODOM A.-T., « La régulation des fake news est-elle possible ? », *Les défis du numérique – Penser et pratiquer la transition numérique*, RAHMOUNI-SYED GAFFAR D. (dir.), 2019, Bruylant, p. 87). Mais cela n'a pas été le choix de tous les États-membres. La Belgique a ainsi exclu d'adopter une telle législation (V. « Rapport

consensus voulant que la censure de propos protégés par les libertés d'expression et de communication doive être restreinte à son strict minimum, se soit engagé dans un processus de renforcement des législations visant à lutter contre la diffusion de fausses nouvelles ? La réponse est toute trouvée. Bien que le réseau Internet ait été édifié sur un temps long[6], bien que son « ouverture au public » n'ait eu lieu qu'au début des années 1990[7], son

du groupe d'experts belge sur les fausses informations et la désinformation », 2018). D'autres États-membres, tels que l'Italie et le Royaume-Uni, ont préféré mobiliser leurs ressources publiques pour créer un site national de signalement ou un service ministériel de lutte contre la désinformation (DE BELLESCIZE D., « *Fake news* : une loi polémique, qui pose plus de questions qu'elle n'en résout », *Constitutions* 2018, p. 559). Quant à l'Union européenne, celle-ci ne semble pas vouloir, en la matière, s'engager dans la voie de l'harmonisation. Cela ne l'a pas empêché pourtant, au sein du Service européen pour l'action extérieure (SEAE), de créer plusieurs « *task forces* » visant à lutter contre la désinformation émanant de sources étrangères (*Accroître la résilience et renforcer la capacité à répondre aux menaces hybrides*, Communication conjointe au Parlement européen, au Conseil européen et au Conseil, JOIN/2018/16 final, 2.).

[6] L'histoire de la conception d'Internet se prête commodément à un récit raconté sous forme de saga. On en trouve une version « officielle » rédigée par une partie de ceux que l'on appelle ses « pères fondateurs » : LEINER B. M., CERF V. G., CLARK D. D., KAHN R. E., KLEINROCK L., LYNCH D. C., POSTEL J., ROBERTS L. G., WOLFF S., *Une brève histoire de l'Internet*, 2012 : https://www.internetsociety.org/fr/about-the-internet/history-of-the-internet/brief-history-internet/. S'il est question de saga, c'est que, tout d'abord, le développement d'Internet s'est inscrit, à ses origines du moins, dans un contexte historique lui-même propice aux mythifications : celui de la recherche militaire américaine menée durant la guerre froide. Il est courant de faire remonter les origines de cette histoire à l'ambition qu'eut le département de défense américain, dans les années 1950, d'élaborer un réseau de télécommunication capable de résister à une attaque nucléaire entraînant destruction des centres névralgiques nationaux (RYAN J., *A history of the Internet and the digital future*, 2013, Reaktionbooks, pp. 11-17). Ce projet fut mené, durant plusieurs décennies, sous l'égide de l'*Advanced Research Projects Agency* (ARPA), agence de recherche du département de la défense américain, et ayant donné son nom à Arpanet, le réseau de télécommunication qui allait devenir, à terme, le réseau Internet. S'il est question de saga ensuite, c'est qu'Internet, ne pouvant se voir attribuer de paternité unique, est bien souvent présenté comme le produit d'un effort collectif coordonné, et mené sur un temps long par une communauté disparate d'ingénieurs et de chercheurs : « L'Internet est autant un ensemble de communautés que de technologies, et son succès est largement attribuable à la satisfaction des besoins fondamentaux de la communauté ainsi qu'à l'utilisation de la communauté d'une manière efficace afin de faire progresser l'infrastructure (…) il fut créé par un petit groupe de chercheurs dévoués (…) » (LEINER B. M., CERF V. G., CLARK D. D., KAHN R. E., KLEINROCK L., LYNCH D. C., POSTEL J., ROBERTS L. G., WOLFF S., *op. cit.*).

[7] On pourrait discuter de la définition et de la datation d'un tel évènement. Renvoie-t-il à la disparition progressive, de la fin des années 1980 jusqu'au milieu des années 1990, des pouvoirs d'agrément de l'ARPA et de la *National Science Fondation* (NSF) à ce que des réseaux de télécommunication soient raccordés aux

développement a connu, durant les années 2000, et plus encore durant les années 2010, de telles vicissitudes que de nombreux auteurs, parmi lesquels certains activistes longtemps engagés dans la défense des libertés numériques[8], en viennent à proclamer la « fin » de l'Internet[9]. Parmi ces vicissitudes, on trouve, entre autres conséquences regrettables, l'asincérité des publications en ligne et la propagation sur le Réseau des fausses nouvelles. Alors qu'Internet n'en a pas accouché[10], le phénomène a acquis, en raison

dorsales ARPANET et NSFNET ? À compter de la suppression de ces pouvoirs d'agrément, l'interconnexion allait se faire de gré à gré entre propriétaires de réseaux locaux, régionaux et nationaux de télécommunication. Dans les pays occidentaux, les « opérateurs historiques » allaient devenir les premiers fournisseurs d'accès à Internet (FAI), et l'accès à Internet des particuliers, entreprises et administrations, allait devenir une prestation entièrement commercialisée. Ce récit est partiellement erroné dans la mesure où les opérateurs historiques, aux temps de l'ouverture au public, se sont vus concurrencés, voire même parfois précédés, par des groupements composés d'initiés en matière d'informatique et d'électronique. En France, le premier fournisseur d'accès à Internet fut, à sa création en 1992, l'association à but non lucratif *French Data Network*. Enfin, sur un tout autre terrain, il est fréquent de dater la naissance d'Internet au 1er janvier 1983 lorsque l'utilisation du protocole TCP/IP fut généralisée sur l'ensemble du réseau ARPANET (RFC 801, *NCP/TCP transition plan*, 1983).

[8] « (…) si le point de débarquement que l'on distingue à l'horizon n'est que le néant de la dystopie, alors ce dont nous avons besoin, ce n'est pas d'un patch logiciel, d'un bricolage juridique, ni même d'un peu d'éthique. Ce qu'il nous faut tout d'abord et avant tout, c'est arrêter la machine » (TREGUER F., *L'utopie déchue – Une contre-histoire d'Internet*, 2019, éd. Fayard, p. 308).

[9] Si ce devait être la fin d'Internet, ce ne serait pas parce qu'Internet aurait objectivement disparu, mais parce que le développement qu'il aurait connu l'aurait éloigné à tel point des valeurs qui lui étaient assignées qu'on pourrait, par l'effet d'un « désenchantement » (BADOUARD R., *Le désenchantement de l'Internet – Désinformation, rumeur et propagande*, 2017, éd. FYP), en proclamer la « fin » (BEAUDE B., *Les fins d'Internet*, 2014, éd. FYP). Comme l'a écrit un de ces deux auteurs, « Internet devait abolir les distances, accroître la liberté d'expression, augmenter l'intelligence collective, promouvoir le potentiel de la gratuité, décentraliser le pouvoir et résister à tous ceux souhaiteraient en prendre le contrôle. Force est de constater que ces finalités touchent à présent à leur fin. Les frontières sont réintroduites. La liberté d'expression est de plus en plus encadrée. Les capacités restent très inégalement réparties. Le pouvoir est plus centralisé que jamais. C'est manifestement à la fin d'Internet que nous assistons » (*Ibid.*, p. 84).

[10] On trouvait déjà, dans les kiosques du monde physique de l'ère pré-Internet, certaines revues dont le sérieux en termes de véracité des faits qui y étaient rapportés, mais également en termes de distinction entre le fait et l'opinion, n'étaient pas les qualités premières. La publication de contenus participant à la désinformation n'est pas un phénomène nouveau. Ce qui a changé est que de telles publications puissent toucher un public plus ample. Du reste, la lutte contre la propagation de la rumeur et des fausses informations est un souci qu'ont eu les pouvoirs publics bien avant l'apparition de l'Internet, des médias de masse, et même avant l'adoption de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881 (MALLET-POUJOL N., « Rumeur et liberté d'expression : entre mensonge et

du déploiement et de la puissance de diffusion du Réseau, un potentiel inégalé en fait de désinformation. Il est en effet un abîme entre, d'une part, la diffusion de tracts contestant la version officielle du décès d'un individu qui était poursuivi par les forces de l'ordre[11] et, d'autre part, ce qui apparaît être, dans un contexte de « guerre de l'information »[12], des stratégies délibérées visant à déstabiliser, par la désinformation des électeurs, certains processus électoraux organisés au sein des démocraties représentatives[13]. De plus, dès lors qu'Internet a investi n'importe lequel de ses utilisateurs du pouvoir de publier en ligne, ce grâce à ses très nombreuses applications que sont les réseaux sociaux, les blogs, les forums de discussion instantanée ou archivée, ou encore les fils de discussion en tout genre, il serait désormais possible, par la somme des « traces » que laissent les utilisateurs sur ces applications[14], de

vérité », *Le droit face au défi de la rumeur - Actes du colloque organisé le 29 juin 2018 à l'Université d'Aix-Marseille* : *Legicom* 2018/1, n°60, spéc. pp. 10-12).

[11] Cass. crim., 13 avr. 1999, *précit.*

[12] BADOUARD R., *op. cit.*, pp. 45-53. L'expression a, semble-t-elle, émergé au milieu des années 1990 sous la plume d'experts travaillant pour le Pentagone américain : « La guerre informationnelle offre aux attaquants potentiels un voile d'anonymat. Les attaquants peuvent se cacher dans le maillage de systèmes inter-réseaux (…). L'absence de frontières géographiques, spatiales et politiques dans le cyberespace offre un anonymat supplémentaire (…). Le droit, en particulier le droit international, est actuellement ambigu en ce qui concerne la définition de la criminalité et des actes de guerre menés sur les infrastructures informationnelles » (DUANE A., *Report of the Defense Science Board Task Force on Information Warfare-Defense (IW-D)*, Department of Defense, 1996, cité *in* : TREGUER F., *op. cit.*, p. 249).

[13] La tentative la plus flagrante de manipulation du cours d'une élection politique a sans doute eu lieu lors de ce qu'il est convenu de nommer le scandale « Cambridge analytica ». En 2016, la société *Cambridge analytica*, avec l'accord de la société *Facebook*, a proposé à un certain nombre d'utilisateurs de ce réseau social de répondre à un questionnaire. Ce faisant, cette société en a profité pour recueillir les données personnelles de ces utilisateurs, ainsi que celles d'un grand nombre de leurs « amis », et dresser, au moyen d'algorithmes, des profils psychologiques individuels de l'ensemble de ces personnes. Alors que 270 000 utilisateurs ont choisi de répondre au questionnaire, *Cambridge Analytica* aurait recueilli les données personnelles de pas loin de 87 millions d'individus. La société est suspectée d'avoir mis ces données et ces profils à disposition d'un candidat pour les besoins de la campagne présidentielle américaine de 2016.

[14] Un auteur a proposé de distinguer les « signaux », qu'il définit comme les « contenus explicites, informations ou expressions subjectives (…) (par exemple un statut sur Facebook) » (CARDON D., *À quoi rêvent les algorithmes – Nos vies à l'heure des big data*, 2015, éd. Seuil, p. 62), des « traces » à proprement parler, définies comme « implicites [et] qui sont des enregistrements contextuels de comportements (…) (clics, géolocalisation, navigation, vitesse de lecture, etc.) » (*Ibid.*, p. 63). Pour notre propos, les premiers renvoient à des contenus publiés

décrire un état de l'opinion public nettement plus fidèle que ce que les sondages d'opinion permettaient jusqu'ici de dépeindre[15]. Or, cette nouvelle méthodologie de mesure semble livrer un descriptif assez inquiétant d'une opinion publique s'avérant particulièrement sensible aux rumeurs et aux phantasmes[16], si bien qu'il serait autorisé d'écrire que l'humanité serait entrée dans une « ère de post-vérité »[17]. En somme, dès lors que les fausses nouvelles, bien qu'elles n'aient pas attendu Internet pour poindre, ont connu avec ce *medium* un moyen propice à leur prolifération et à l'aggravation de leurs effets pervers, parler de *fake news* pourrait, si ce n'est légitimer l'emploi d'un anglicisme, traduire l'instant à compter duquel les fausses nouvelles sont devenues, du fait de la fonction médiatique remplie par l'Internet, un phénomène dont il s'agirait dorénavant de s'inquiéter. Mais ce dont on pourrait également s'inquiéter est la légèreté avec laquelle ce phénomène est appréhendé alors que, de l'aveu des rédacteurs du rapport sur « les manipulations de l'information »[18], les réponses qui lui sont adressées soulèvent plusieurs inquiétudes légitimes dans une

en ligne par l'internaute, et les seconds, à tous les témoins de ses connexions (dont les fameux *cookies*).

[15] Usant de ce « matériau surabondant et (…) préexistant à la mesure » (KOTRAS B., *La voix du web – Nouveaux régimes de l'opinion sur Internet*, 2018, éd. Seuil, p. 30) que sont les traces et les signaux laissés par les utilisateurs, c'est-à-dire, d'un point de vue juridique, des données à caractère personnel, des algorithmes de profilage délivreraient un portrait d'une « opinion immanente et authentique (…) » (*Ibid.*, p. 10). Quand ces traces et signaux, dont « la spontanéité (…) confère la légitimité d'une opinion autonome et authentique, non plus "parlée" par d'autres, mais exprimant par elle-même la vérité du corps social » (*Ibid.*, p. 50), ne sont pas directement dissoutes au sein d'un traitement algorithmique de masse visant, moins à tenir compte de la valeur discursive des messages, qu'à identifier des tendances comportementales, l'analyse des traces laissées par l'internaute va reposer sur son appartenance à des communautés « affinitaires » (*Ibid.*, p. 38). Ainsi, « (…), des socio types précis, particulièrement difficiles à retrouver sur le Web, sont reformulés dans la grammaire spécifique des communautés affinitaires et démographiques. Au passage, la référence sociodémographique [des sondages traditionnels d'opinion] a disparu » (*Ibid.*, p. 38), et donc les catégories traditionnelles, sociales, religieuses, ou encore de genre, ayant jusqu'ici fourni les critères de représentativité de l'opinion.

[16] *Enquête sur le complotisme pour la fondation Jean Jaurès et Conspiracy Watch*, 2017, IFOP.

[17] Pourtant, doit-on croire, comme si le mensonge et les théories du complot étaient devenus, tout à coup, la norme, à la genèse d'une ère de « post-vérité », genèse dont Internet serait le facteur dominant et dont les effets seraient présentés comme dévastateurs pour l'intégrité du corps social (DELANNOI G., « De l'utilité de la notion de post-vérité », *Le débat* 2017/5, vol. n°197, pp. 4-12) ?

[18] JEANGENE VILMER J.-B., ESCORCIA A., GUILLAUME M., HERRERA J., *Les Manipulations de l'information - un défi pour nos démocraties*, 2018, rapport du Centre d'analyse, de prévision et de stratégie (CAPS) du ministère de l'Europe et des Affaires étrangères et de l'Institut de recherche stratégique de l'École militaire (IRSEM) du ministère des Armées.

« démocratie ». On peut citer, entres autres critiques adressées à la politique de lutte contre les fausses nouvelles, que « 1) le combat ne serait pas pertinent, [car] les vrais problèmes seraient ailleurs », que « 2) les solutions proposées ne seraient pas efficaces », et qu'elles « 3) (…) seraient contre-productives, voire dangereuses »[19].

Tout d'abord, il s'agirait de rappeler qu'il n'est pas sans danger, d'un point de vue juridique, de vouloir faire de la vérité des discours publics un critère de régulation des communications au public[20]. Certains se souviendront peut-être de la violence symbolique consistant pour un État, dans un système politique où tous les médias étaient placés sous son contrôle, à donner pour titre à son organe de presse officiel *Pravda*, soit rien de moins que « la vérité » en langue russe[21]. Certes, les démocraties européennes, même connaissant actuellement certaines dérives, ne rappellent pas l'épisode soviétique. Mais cet exemple invite à reconsidérer

[19] *Ibid.*, p. 192.

[20] Le droit n'est pourtant pas insensible au critère de vérité. Il existe bien, en procédure pénale, un principe directeur voulant que la conduite de la procédure tende à la « manifestation de la vérité », et dont la violation peut affecter la régularité de certains actes de procédure (V. par exmple : CPP, art. 81, al. 1er), ou justifier que soit engagée la responsabilité pénale d'un individu (V. par exemple : C. pén., art. 434-4). Quant au droit civil, celui-ci témoigne, à travers l'instauration d'obligations d'information, ne pas être étranger à la recherche, par un contrôle des flux et reflux d'informations, d'un équilibre au sein de certaines institutions. Ainsi, à l'occasion de la réforme du droit des contrats et des obligations (Ord. n° 2016-131 du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, art. 2), a été consacrée explicitement, en droit commun des contrats, une obligation précontractuelle d'information (C. civ., art. 1112-1). En droit des contrats spéciaux, le régime de certains contrats révèle une volonté claire, de par l'instauration d'obligations d'information spécifiques, de vouloir rééquilibrer une relation contractuelle *a priori* trop inégalitaire compte-tenu des aptitudes respectives des parties d'accéder à une information contextuelle (V. par exemple : C. consom., art. L. 111-1 et s.). Quant à la matière extracontractuelle, où les obligations d'information relèvent plutôt de l'exception, la recherche d'un équilibre est globale dans la mesure où l'éventuelle gravité du fait dommageable commande que chacun, quelles que soient son expérience de vie et son inclination à la prudence, se voit délivré la même information, les mêmes conseils ou la même mise en garde (V. par exemple la jurisprudence ayant à se prononcer sur l'existence d'une faute de la victime blessée par un chien et ayant pénétré sur le terrain d'une propriété malgré la présence d'un écriteau « attention au chien » : Cass. 2ème civ., 29 avril 1969 : *JCP* 1969, p. 16088 ; Cass. 2ème civ., 25 janv. 1978, n° 77-10106 ; Cass. 2ème civ., 27 mars 2014, no13-15528 **:** *D.* 2015, p. 124, obs. GOUT O.). En somme, la position du droit français semble être de sanctionner la propagation de fausses informations dès lors que celle-ci présente un caractère hautement dommageable ou viole un intérêt protégé particulièrement sensible.

[21] www.wikipedia.org/wiki/Pravda.

sérieusement ce que l'ingérence étatique en matière de vérité des discours publics laisse craindre pour la préservation des libertés d'expression et de communication dans un espace public démocratique. En toute rigueur, la vérité n'exprime qu'une correspondance logique entre un énoncé et des faits qui viendraient le confirmer[22]. Il en résulte que la vérité est relative, non pas parce qu'elle aurait quitté le giron de l'objectivité, mais parce qu'elle doit toujours être rapportée à un énoncé considéré. Aussi, sauf à risquer de réduire certains discours politiques dissidents, certaines théories scientifiques émises alors que des données manquent encore pour les corroborer, ou certaines croyances religieuses ou philosophiques au prétexte de leur irrationalité, il serait judicieux de considérer que des catégories d'énoncés échappent, du fait de leur nature ou du fait de l'instant de leur expression, à leur vérification par les faits.

On pourrait être rassuré en ce que les dispositifs législatifs de lutte contre les fausses nouvelles s'appliquent, de toute évidence, à des « nouvelles »[23], c'est-à-dire à la divulgation de faits, mais également à tout récit fait du cours de certains évènements, soit à des énoncés susceptibles de vérification. Mais il se pourrait que le critère de « vérifiabilité », ou de « falsifiabilité » selon la terminologie d'une philosophie des sciences célèbre[24], ne soit plus un critère aussi facile à manier, en l'état des flux d'informations sur le Réseau, qu'il ne l'était du temps des médias traditionnels. D'une part, mais cela n'est pas le privilège des communications *via* Internet, certains énoncés, en particulier lorsqu'ils portent sur des faits sociaux ou historiques, ne peuvent prétendre à l'objectivité tant la preuve de leur véracité nécessite des études approfondies et le respect d'indispensables précautions épistémologiques et historiographiques. Seulement, la dynamique des communications

[22] Ainsi d'après les travaux du philosophe et logicien Alfred Tarski (TARSKI A., « le concept de vérité dans les langages formalisés », *Logique, sémantique, métamathématique,* 1933, 1ère éd., Varsovie).

[23] L'appréciation de la notion de « nouvelle », en application de l'article 27 de la loi du 29 juillet 1881 (V. *supra*), a été débattue devant les tribunaux pour finalement être comprise comme renvoyant à « un fait et non [à] un commentaire ou une opinion » (AUVRET P., « Fausses nouvelles », *JCl Communication*, fasc. 3210, 2019, LexisNexis, §. 12).

[24] Issue des travaux de Karl Popper, la « falsifiabilité », ou « réfutabilité » d'un énoncé, suppose que celui-ci puisse faire l'objet, par expérimentation, d'un contrôle de son éventuelle fausseté (POPPER K., *Conjectures et réfutations - La croissance du savoir scientifique*, 1963, Londres).

sur le Réseau, par une incitation constante au partage et à la réaction, ne semble guère laisser de place à la réflexion, si bien qu'une nouvelle performativité du discours fondé sur le *pathos*, l'émotion, plutôt que sur le *logos*, la raison argumentative, et l'*ethos*, le tempérament individuel, mettrait à mal la mesure dont doit faire preuve tout locuteur lorsque celui-ci fait état, selon lui, d'une « vérité factuelle »[25]. D'autre part, il semble qu'il règne, sur les divers espaces de publication en ligne, un climat d'indistinction entourant les différents registres de discours, et en particulier les énoncés portant sur un fait et les énoncés faisant état d'une opinion[26]. La tendance semble en effet à ce que la profession d'opinion soit rendue de plus en plus imperceptible au sein d'un magma discursif constitué, sur un plan syntaxique, de vérités générales s'avérant, pour certaines, sémantiquement erronées[27]. Dans ce contexte, si lutter contre les « fausses nouvelles » servirait l'objectif de débarrasser un espace public d'expression d'une partie

[25] ARISTOTE, *Rhétorique,* livre I, 1356a. Il est fréquent aujourd'hui de recourir à ce triptyque aristotélicien pour juger des stratégies de communication politique, en particulier numériques (V. TKACHOVA P., *Ethos, Pathos, and Logos in the Election Campaign of Donald Trump*, 2017, éd. Grin Verlag).

[26] En prenant pour objet d'analyse, en Europe occidentale, les évènements de l'entre-deux guerres, Hannah Arendt écrivait que les stratégies de manipulation de l'opinion menées par les partis à tendance totalitaire reposaient, moins directement sur une mise à mal de la vérité, que sur l'entretien d'une indistinction entre le fait et l'opinion : « Les faits et les opinions, bien que l'on doive les distinguer, ne s'opposent pas les uns aux autres, ils appartiennent au même domaine. Les faits sont les matières des opinions, et les opinions, inspirées par différents intérêts, et différentes passions, peuvent différer largement et demeurer légitimes aussi longtemps qu'elles respectent la vérité des faits. La liberté d'opinion est une farce si l'information sur les faits n'est pas garantie et si ce ne sont pas les faits eux-mêmes qui font l'objet du débat » (ARENDT H., *La Crise de la culture : huit exercices de pensée politique*, 1ère éd. 1968, DUPONT C., HURAUT A. (trad.), 1989, Gallimard, p. 303).

[27] Des philosophes comme John Searle ou Steve Austin ont parfaitement mis en avant que dans la différenciation des structures d'énoncés (et ce n'est certainement pas le même chose d'écrire « je pense que x » et « x » tout simplement) réside une classification des « actes de langage » (*speech acts*), c'est-à-dire des finalités de l'expression (informer, réfuter, ironiser, distinguer, rassurer, etc.) (V. DUPORTAIL G.-F., *op. cit.*, pp. 10-11). Écrire « je pense que x », plutôt que « x », occasionne l'inscription de dix caractères supplémentaires, ce qui n'est pas rien à bien considérer la limite de 280 caractères qu'impose l'application de messagerie *Twitter*. Fort « heureusement », *Twitter* permet à ses utilisateurs l'inscription d'émoticônes, c'est-à-dire de petits symboles graphiques exprimant une émotion, et qui ne vont compter que pour un seul caractère. Seulement, la valeur expressive des émoticônes a pu faire l'objet d'études ayant mis en avant leur déficit grammatical (COHN N., ENGELEN J., SCHILPEROORD J., « The grammar of emoji ? Constraints on communicative picturial sequencing », *Cognitive Research: Principles and Implications*, 2019 : www./doi.org/).

de ses publications jugées, eu égard à leur fausseté, néfastes pour la bonne information du public, il s'agirait à l'inverse que ces mécanismes n'aboutissent pas à faire taire des « vérités alternatives », qui n'ont de « vérités » que le nom, et d'« alternatives » que la caractéristique d'exprimer une opinion dissidente dans sa comparaison avec les croyances dominantes[28]. En somme, à vouloir opérer un contrôle de la vérité de certains énoncés, et par là de leur assise factuelle, le législateur, s'il faillait à définir rigoureusement le champ d'application et les conditions de mise en œuvre des mécanismes sanctionnant la diffusion de fausses nouvelles, risquerait de contrôler, par un examen de leur véracité, l'expression de certaines opinions, ce qui, du point de vue de la protection devant être accordé à la liberté d'expression, pourrait dégénérer en une remise en cause du pluralisme d'opinion qui en est le nécessaire corolaire[29].

Ensuite, on ne saurait, dans une revue de droit international, ne pas aborder la question de l'internationalité du phénomène. Dès qu'il est question d'Internet, réseau de communication auquel est prêté un « caractère planétaire »[30], ou de ses applications les plus populaires, dont leurs exploitants revendiquent plusieurs milliards

[28] Beccaria alertait déjà à son époque : « On peut regarder comme une époque à peu près semblable, ce moment terrible où il faut passer de l'erreur à la vérité, des ténèbres à la lumière. Le choc redoutable des préjugés utiles à un petit nombre d'hommes puissants contre les vérités avantageuses à la multitude faible, et la fermentation de toutes les passions soulevées, amènent des maux infinis sur les malheureux humains » (BECCARIA C., *Des délits et des peines*, 1ère éd., 1643 (langue française), réeed., 1974, Flammarion, p. 156).

[29] Un auteur définit le pluralisme d'opinion comme suit : « Il se traduit par une obligation pesant sur les pouvoirs publics de garantir à la fois le pluralisme "externe" et "interne" des médias. En d'autres termes, les pouvoirs publics doivent garantir l'existence d'une pluralité de médias indépendants et autonomes ainsi que la pluralité des opinions et des contenus informationnels transmis par ces mêmes médias » (KAMINA P., « Liberté d'expression et droit à l'information », *synthèse JCl Communication*, Lexisnexis §. 5). Le Conseil constitutionnel a, dès 1986, érigé le pluralisme d'opinion dans les médias au rang de principe à valeur constitutionnelle (Cons. const., 18 sept. 1986, n° 86-217 DC, §. 11). Plus explicitement, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme la garantie du pluralisme dans les médias (CDFUE, art. 11, al. 2nd).

[30] LARRIEU J., « Internationalité et Internet », *RLDI* 2002, p. 46. Plus radicalement, il est prêté à Internet la puissance de créer un espace mondial, le cyberespace, ou bien considéré comme étant absolument affranchi des territoires (LAGRANGE PH., « Internet et l'évolution normative du droit international : d'un droit international applicable à l'Internet à un droit international du cyberespace ? », *Internet et le droit international*, 2014, Pedone., p. 65), ou bien appréhendé comme un « non-espace », c'est-à-dire comme étant présent à la fois partout et nulle part (BARRAUD B., « L'État territorial face au cyberespace mondial », *RLDI* 2016, pp. 45 et s).

d'utilisateurs[31], on peut aisément en venir à considérer que, dans ce qui apparaît être une dynamique de globalisation des médias et des réseaux de communication, que l'information s'est elle-même globalisée. Après tout, la croyance en un complot reptilien ne connaît pas de frontières ni d'époques[32], et la propagation sur les réseaux sociaux d'une même rumeur selon laquelle des individus s'adonnent à un trafic d'organes d'enfants a conduit, à Madagascar en 2013, au meurtre de plusieurs touristes européens[33], et en Seine Saint-Denis en 2019, au lynchage de membres de la communauté rom[34]. Mais conclure à une globalisation de l'information, et par là à une globalisation du phénomène de propagation des fausses nouvelles, serait faire fausse route. Le Réseau, pas plus que ses applications les plus populaires, n'ont accouché d'espaces publics d'expression dont la densité, à considérer l'intensité du lien social tissé grâce aux communications réticulaires et les communautés formées par les réseaux d'utilisateurs d'applications[35], et l'homogénéité, au sens où l'information n'y satisfait qu'aux règles d'utilisation définies collectivement par les réseaux d'utilisateurs et par les exploitants d'applications[36], permettraient de les considérer

---

31 « Facebook est utilisé par plus de deux milliards de personnes par mois. Quelle que soit l'audience que vous souhaitez atteindre, celle-ci est sur Facebook » (www.facebook.com/business/ads/).

32 www.wikipedia.org/wiki/Reptile_humanoïde.

33 www.information.tv5monde.com/afrique/madagascar-les-rumeurs-mortelles-de-nosy-be-4604.

34 https://www.francetvinfo.fr/societe/roms/une-fausse-rumeur-declenche-une-chasse-aux-roms-en-seine-saint-denis_3250763.html.

35 Internet « kaléidoscope de communautés thématiques relativement distinctes, au sein desquelles les internautes échangent sur leurs passions et préoccupations, et racontent leurs loisirs, leurs consommations aussi bien que leurs réactions à tel sujet d'actualité » (KOTRAS B., *op. cit.*, p. 34).

36 Sans doute certains éditeurs de services de communication au public en ligne souhaiteraient que la communauté de leurs utilisateurs corresponde entièrement à une communauté de sens dont il aurait, d'un point de vue éditorial, la pleine maîtrise. Mais une tension caractérise les relations qu'entretiennent l'éditeur d'un service de communication au public en ligne, qui souhaiterait contrôler sa ligne éditoriale, et son audience, qui pourrait vouloir s'en dégager spontanément. Pour un exemple regrettable, l'on citera le site *4chan*, conçu en 2003 comme un forum de discussion thématique à propos de mangas japonais. Le site, composé d'espaces de discussion anonymes et d'échange d'images (à l'origine, de planches de bandes-dessinées), est désormais réputé pour être à l'origine de la propagation de discours de haine et de fausses nouvelles. Il faut dire que la ligne éditoriale de ses créateurs, fortement libertarienne, n'appelait pas à l'instauration d'une politique de modération résolue. Mais cela n'a pas empêché certains de ses utilisateurs de juger que la politique de modération du site s'avérait encore trop liberticide pour créer, en 2013, le site *8chan*. L'auteur des attentats de

comme étant auto-suffisants du point de vue de la régulation des discours qui y sont publiés et, par là, comme étant entièrement indépendants de l'État territorial. Il faut bien plutôt considérer que l'information, pour le meilleur ou pour le pire, naît évidemment dans ces espaces, mais surtout les traverse[37]. En somme, il n'est pas de « village global »[38], ou de réseaux d'utilisateurs suffisamment denses et homogènes pour former des communautés de sens. Il n'est qu'un espace public « habermassien »[39] auquel les médias, traditionnels ou réticulaires, donnent accès, dont les limites sont variables en tant qu'elles résultent d'interactions communicationnelles nécessairement circonstanciées[40], et au sein

Christchurch, peu de temps avant les faits, aurait annoncé et fait propagande, sur *8chan*, de son intention de commettre ses crimes (www.liberation.fr/2019/03/15/autour-de-l-attentat-de-christchurch-un-dispositif-numerique-renvoyant-a-l-extreme-droite).

[37] Les contenus traversent désormais les moyens de communication eux-mêmes. Il s'agirait de rappeler que la plupart des contenus produits initialement pour une diffusion simultanée et à heure fixe sur une chaîne de télévision ou sur une fréquence de radio, sont rediffusés ensuite sur le Web, légalement ou illégalement, en accès à la demande. C'est pourquoi, certains dispositifs d'encadrement et d'interdiction de la publicité sur les médias traditionnels sont étendus à l'Internet et au Web. Ainsi, s'agissant de la publicité à destination des jeunes publics, « les programmes des services nationaux de télévision (…) destinés prioritairement aux enfants de moins de douze ans ne comportent pas de messages publicitaires (…), [c]ette restriction, [s'appliquant] durant la diffusion de ces programmes ainsi que pendant un délai de quinze minutes avant et après cette diffusion, (…) s'applique également à tous les messages diffusés sur les sites internet de ces mêmes services nationaux de télévision (…) » (Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, art. 53, VI bis).

[38] L'expression de « village global », ou « village planétaire », est attribuée à Marshall McLuhan, célèbre philosophe canadien des médias : « il est certain que la découverte de l'électromagnétisme a recréé la simultanéité de "champ" de tout ce qui concerne l'homme, de telle façon que la grande famille humaine vit désormais comme un immense "village global". L'espace où nous vivons s'est rétréci : il est unique et résonne du son des tams-tams de la tribu » (MCLUHAN M., *Pour comprendre les médias*, 1ère éd., 1964). L'auteur est également connu pour avoir créé l'aphorisme suivant : « le medium, c'est le message » (*Idem*).

[39] « (…) Habermas a montré comment cette sphère de communication agit comme une interface entre la société civile d'un côté et l'État de l'autre. L'espace public ainsi conçu est une devenu une modalité clé de la participation politique, et permet de jouer un rôle régulateur de l'action de l'État en soumettant ses représentants à l'épreuve de la délibération publique. Avec l'élection à intervalles réguliers des représentants et la liberté de ces derniers vis-à-vis des électeurs dans la prise de décision (…), le concept d'espace public est ainsi devenu le troisième pilier des régimes représentatifs » (TREGUIER F., *op. cit.*, p. 11).

[40] Si l'on est connecté au Réseau grâce à son terminal, peu importe l'universalité technique du réseau Internet, on ne communique pas simultanément avec tout le monde, pas plus qu'on ne peut consulter, simultanément ou à l'échelle de notre vie, tous les contenus publiés *via* Internet. Le réseau technique ne peut accoucher d'un espace public d'expression sans que l'on pense son intégration dans une temporalité humaine. Cette temporalité est celle des communications réticulaires,

duquel divers groupes sociaux, parmi lesquels des représentants de l'intérêt étatique, échangent des contenus et, parfois, s'affrontent à travers leurs stratégies de communication. Suivant cette approche, l'intérêt de l'État démocratique, au-delà de faire la promotion dans le débat public de sa propre action, consisterait, en visant l'activité communicative dessinant la portion de cet espace sur laquelle celui-ci a des titres territoriaux à agir, à garantir la liberté d'expression, à organiser la répression de ses abus, mais également, il faudrait désormais l'admettre, à lutter contre la manipulation de l'information.

C'est ainsi que le phénomène de propagation des fausses nouvelles, et il n'est pas surprenant que les pouvoirs publics en aient pris conscience à l'occasion de perturbations causées à la légitimité de processus électifs nationaux, est entendu comme la menace que fait peser la désinformation sur l'opinion publique nationale. C'est ainsi qu'il s'agit d'appréhender l'internationalité du phénomène. Il est bien souvent avancé que cette internationalité provient du fait que les auteurs d'actes de désinformation d'une opinion publique nationale sont localisés dans des États étrangers[41]. Cependant, il s'agirait, d'une part, d'avoir une connaissance sociologique précise des acteurs pratiquant de tels actes de désinformation. Car il arrive que derrière la figure d'un « hackeur russe »[42] auquel serait prêté la mission de déstabiliser la vie politique d'une démocratie occidentale se cache en réalité les motivations plus prosaïques de travailleurs macédoniens soucieux, grâce aux recettes publicitaires générées par leur activité

limitées et circonstanciées et, par là, celle des réseaux intellectuels que le réseau technique contribue à former.

[41] Règlement (UE) n°2019/796 du Conseil du 17 mai 2019 concernant des mesures restrictives contre les cyberattaques qui menacent l'Union ou ses États membres, art. 1, 4., c).

[42] Il s'agira de voir si le « hackeur russe », ou ses donneurs d'ordre, fera son apparition sur la « Liste des personnes physiques et morales, des entités et des organismes [responsables de cyberattaques ou de tentatives de cyberattaques] » (*Ibid.*, annexe I). Mais l'Union européennes n'a pas attendu que soit adopté le règlement n°2019/796 pour prendre certaines mesures à l'encontre de la « menace russe » : « La task force *East Stratcom*, mise en place après le Conseil européen de mars 2015, a piloté les travaux sur la prévision, le traçage et le combat de la désinformation émanant de sources étrangères. Ses analyses d'expert et ses contenus publics ont contribué de façon significative à sensibiliser l'opinion aux conséquences de la désinformation russe (…) » (*Accroître la résilience et renforcer la capacité à répondre aux menaces hybrides*, *précit.*).

d'influenceurs, d'arrondir leurs fins de mois[43]. Il s'agirait, d'autre part, de ne pas céder à une compréhension du phénomène voulant que la menace que fait peser la propagation de fausses nouvelles sur la bonne information d'une opinion publique nationale ne soit qu'extérieure à l'ordre juridique concerné. Car il semble que la publication de fausses nouvelles trouve presque toujours ses motivations dans la vie politique interne à un État, vie politique mettant aux prises des camps opposés jouant de désinformation à l'égard de leurs représentants respectifs ou, comme cela a pu être observé, entre membres d'un même camp politique à l'occasion d'une primaire[44]. En définitive, l'atteinte causée par la propagation de fausses nouvelles, comme le démontre l'exemple de la désinformation en période électorale, touche presque toujours une audience géographiquement localisée que l'on peut rattacher à un espace public d'expression national. De fait, ses donneurs d'ordre, ce qui n'est pas toujours le cas de ses exécutants[45], sont impliqués dans la vie de cet espace. L'internationalité du phénomène, si celle-ci existe, est donc à rechercher ailleurs.

Enfin, il s'agirait, dans un dossier consacré au statut juridique des données, de se justifier d'aborder la problématique de la lutte contre les fausses nouvelles. Pour le comprendre, une distinction doit être tracée entre le contenu publié en ligne, que la loi pour la confiance en l'économie numérique définit comme les « écrits, (…) images, (…) sons [et] (…) messages de toute nature fournis par des destinataires de [services de communication au public en ligne] »[46], et la donnée numérique, support des contenus publiés en ligne et faisant l'objet d'un « stockage » sur les serveurs du fournisseur de « services de communication au public en ligne »[47]. Directement producteur de sens, le contenu est informatif au sens où celui-ci, s'affichant à l'utilisateur sur son terminal informatique, est en mesure d'être interprété, linguistiquement, esthétiquement, scientifiquement, ou de toute autre manière qui supposerait que

[43] Ainsi que l'a relevé un auteur s'agissant de la dernière campagne présidentielle américaine (BADOUARD R., *op. cit.*, pp. 41-42).

[44] CHAVALARIAS D., « *Fake news* : l'arbre qui cache la forêt », *AOC media – Analyse Opinion Critique*, 2018 : www.iscpif.fr/chavalarias/.

[45] C'est ainsi le cas des travailleurs macédoniens précités dont on ne peut suspecter un intérêt quelconque, autre que financier, à influer sur la fabrication de l'opinion publique américaine.

[46] LCEN, art. 6-I-2.

[47] *Idem*.

l'utilisateur recourt à ses facultés propres de jugement. Il n'en est pas de même de la donnée numérique. Présentée isolément à l'utilisateur, celle-ci ne lui apparaitrait que comme une suite de caractères informatiques insusceptible, sans effort spécifique, d'interprétation[48]. La donnée numérique, afin de faire directement sens, doit faire l'objet d'un traitement informatique qui, dans le cadre des communications réticulaires, sera multiple en ce que certaines opérations rempliront une fonction de transmission afin que se réalise la connexion à un serveur distant, et d'autres opérations rempliront une fonction d'édition de l'environnement graphique dans lequel le contenu a vocation à s'insérer, c'est-à-dire le plus souvent l'édition de la page Web sur lequel il sera donné un accès public à ce contenu. Suivant cette présentation, la fausse nouvelle loge dans le contenu publié en ligne, unique et public d'accès, mais son potentiel en fait de désinformation du public, à savoir sa propagation sur les réseaux de communication, est rendu possible par le caractère altérable[49], manipulable[50] et réplicable[51] de

[48] Ceci explique également que la donnée numérique est insusceptible de variation de sens. Cette fixation *a priori* du sens va également être un trait des langages informatiques de programmation dans lesquels « il existe des termes primitifs dont les conditions d'emploi sont fixés une fois pour toutes » (GARAPON A., LASSEGUE J., *Justice digitale*, 2018, PUF, p. 42), trait les différenciant des langages humains dans lesquels « la notion de terme primitif n'a pas cours puisque tout terme est susceptible de prendre des valeurs nouvelles au cours des échanges lors de son énonciation » (*Idem*).

[49] L'altération permet de modifier le contenu que supporte une donnée. Ainsi, à l'occasion de la dernière « primaire de la droite », des séries de photomontages publiés sur les réseaux sociaux ont été le moyen de prêter à l'un de ses candidats une sympathie pour l'islam politique et de l'affubler du sobriquet d'« Ali Juppé » (www.lavoixdunord.fr/78478/article/2016-11-22/comment-la-fachosphere-cree-ali-juppe).

[50] La manipulation s'entend ici du fait de re-contextualiser le contenu que supporte la donnée. Le procédé n'est pas propre à l'Internet. Mais l'environnement multimédia que constitue un site Web ou l'espace de publication d'une application rend plus aisé de mettre en œuvre ce procédé. La dernière élection présidentielle brésilienne a ainsi été le théâtre de telles manœuvres manipulatrices : « un biberon dont la tétine a une forme de pénis était soi-disant distribué dans les crèches publiques, une décision évidemment prise par le gouvernement de gauche. L'objet était en réalité simplement vendu dans un sexshop au Brésil » (MARINEZ É., « Scénarios catastrophe en Amérique latine : combattre les rumeurs et autres infox », *Enjeux numériques* 2019, n°6, Annales de l'École des mines, p. 22).

[51] Le caractère réplicable de la donnée est exploité sur Internet par son échange et, par là, par le partage des contenus, grâce aux hyperliens qui structurent le Web notamment, d'un espace de publication à un autre. La désinformation peut être organisée lorsque ces facilités de partage sont exploitées à l'extrême par des groupes désireux d'initier un mouvement de propagation virale d'une fausse

la donnée numérique. Bien souvent, la fausse nouvelle suit une même trajectoire. Celle-ci va être éditée et mise en ligne sur des sites peu recommandables pour la qualité de leur contrôle éditorial, sites qui, se citant les uns les autres par le biais d'hyperliens afin d'accroître leur référencement sur le Web, forment une véritable nébuleuse de la désinformation[52]. Cependant, l'audience directe à ces sites, c'est-à-dire essentiellement par l'inscription de mots-clés dans la barre de requête d'un moteur de recherche, est extrêmement faible. La véritable difficulté surgit lorsque les contenus publiés sur ces sites vont d'un coup quitter le giron de cette nébuleuse pour faire irruption, par le biais de leur partage, sur des espaces de publication jugés *a priori* fiables par leurs utilisateurs[53]. Les plus puissants vecteurs de diffusion de « fausses nouvelles » seront les sites des plus grands fournisseurs de services en ligne qui, par le nombre de leurs utilisateurs, leurs fonctionnalités de partage et la puissance de leurs algorithmes de traitement, sont à même de rendre extrêmement populaire un contenu pourtant insignifiant du point de vue de sa sincérité ou de la représentativité de son audience naturelle[54].

---

nouvelle. Des chercheurs britanniques ont élaboré un système algorithmique qui, sur *Twitter*, permet de mesurer, en tout temps et quelque soit la campagne d'information considérée, les écarts suspects entre de fortes volumétries d'audience et un faible nombre d'utilisateurs impliqués dans le relai des *tweets* (NIMMO B., « Measuring traffic manipulation on Twitter », *UK: Project on Computational Propaganda*, 2019, pp. 35 et s).

[52] Ces sites sont nombreux. L'on se contera d'inviter le lecteur à aller consulter les pages de quelques-uns d'entre eux, tels *Alter info* par exemple (http://www.alterinfo.net/).

[53] Ce partage peut être le fait de tout particulier sur un réseau social par exemple. Plus rarement, certains éditeurs professionnels, par mégarde, relaient de tels contenus sur leur site Web. Tout à fait récemment, plusieurs sites d'information réputés ont relayé une fausse nouvelle selon laquelle un ressortissant français, soupçonné d'avoir assassiné sa femme et ses quatre enfants, avait été arrêté à l'aéroport de Glasgow (www.liberation.fr/france/2019/10/17/fausse-arrestation-de-xavier-dupont-de-ligonnes-le-parquet-de-nantes-saisit-l-igpn_1758184).

[54] La propagande organisée autour des attentats de Christchurch a amené les professionnels du secteur néozélandais de la publicité en ligne à interpeller les plus grandes plateformes afin qu'elles prennent des mesures pour prévenir de la propagation de discours de haine sur leurs applications : « Nous appelons *Facebook* et les autres propriétaires de plateformes à prendre immédiatement des mesures afin de modérer efficacement les contenus haineux avant qu'une autre tragédie de la sorte ne puisse faire l'objet d'une telle diffusion en ligne » (not. trad.) (*Marketing Industry Responds to Christchurch Tragedy - Social Media Platforms Need to do More*, Association of New Zealand Advertisers and the Commercial Communications Council, 18 mars 2019 : www. commscouncil.nz). C'est également en ce sens que, récemment, l'autorité de la concurrence britannique a requis de Facebook et Ebay qu'ils agissent activement contre les groupes

Partant de ces dernières remarques, il est possible d'établir quelle a été l'approche retenue par le législateur en matière de lutte contre la propagation de fausses nouvelles. Celui-ci a souhaité instaurer un contrôle à la source, c'est-à-dire un contrôle portant sur les publications de fausses nouvelles elles-mêmes (**I**). Ce faisant, celui-ci a délaissé toute approche fondée sur un contrôle de la dynamique de propagation des fausses nouvelles (**II**).

I. La voie empruntée par le législateur : un contrôle des publications de fausses nouvelles

L'initiative française s'inscrit-elle réellement dans un mouvement législatif global ? Si certains États, à l'occasion de troubles survenus à l'occasion d'élections politiques, ont adressé des injonctions à certains fournisseurs d'applications[55], si la Commission européenne, après avoir publié une série de recommandations pour lutter contre la désinformation en ligne[56], a convaincu certains fournisseurs de réviser certaines de leurs pratiques publicitaires[57], la France, en adoptant la loi relative à la lutte contre manipulation de l'information du 22 décembre 2018,

instrumentalisant leurs algorithmes de classement des contenus à des fins de manipulation de l'information (www.gov.uk/cma-expects-facebook-and-ebay-to-tackle-sale-of-fake-reviews).

[55] Comme rappelé précédemment, la dernière élection présidentielle brésilienne a été le théâtre d'un tel déferlement de fausses nouvelles, de diffamations, d'injures ainsi que de provocations à la haine et à la violence (CHAVALARIAS, D., « À l'ère numérique, nos démocraties doivent évoluer pour ne pas mourir », *AOC media - Analyse Opinion Critique*, 2018 : www.hal.archives-ouvertes.fr.), que le Tribunal suprême électoral brésilien a sollicité de l'exploitant de la messagerie instantanée *WhatsApp*, application ne permettant pourtant que la diffusion de messages au sein de communautés fermées d'utilisateurs, que celui-ci réduise le nombre de messages pouvant être partagé par un utilisateur de vingt à cinq, rende impossible le suivi de contenus vidéos et audios, et limite le nombre de groupes pouvant être crée par un seul utilisateur ainsi que le nombre de groupes qu'un utilisateur peut rejoindre (www.tecmundo.com.br/tse-reune-whatsapp-sugeres-8-mudancas-inibir-fake-news).

[56] *EU code of practice on disinformation*, Commission Européenne, 2018 : www.ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/code-practice-disinformation.

[57] La publication du code de bonnes conduites a, en particulier, conduit la société *Facebook* à fournir, sur sa plateforme de réseau social, une application de « bibliothèque des publicités » permettant d'identifier, contenu par contenu, lesquels sont sponsorisés et qui en sont les annonceurs (https://www.facebook.com/ads/library/).

semble relativement isolée dans sa démarche. La législation allemande *NetzDG*, au-delà d'évidentes différences tenant aux conditions d'application de ses propres mécanismes, possède un champ d'application distinct de celui de la législation française. Le législateur allemand a entendu enjoindre aux fournisseurs de services de réseaux sociaux « de supprimer dans les 24 heures les contenus manifestement illégaux, c'est-à-dire les discours haineux sur Internet (propagande terroriste, insultes, appels à la violence…) (…) [ce englobant] les *fake news* appartenant à ce registre »[58]. Aussi, s'il fallait la comparer au droit français, la législation allemande *NetzDG* s'approcherait nettement plus, eu égard à son champ d'application, de la proposition de loi dite « Avia » visant à lutter contre la haine sur internet[59], que de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Et pour cause, cette dernière se distingue par sa caractéristique d'être une législation d'exception (**A**). Symptomatique de l'attitude qu'a le législateur lorsque celui-ci adopte des législations dans la précipitation et la réaction, la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information pourrait s'avérer, par ailleurs, tout à fait inefficace (**B**).

A. Un état des dispositifs français : l'adoption d'une législation dérogatoire au régime des libertés d'expression et de communication

Un régime n'est exceptionnel que s'il déroge au droit commun. Il s'agirait donc d'identifier à quelles règles de droit commun des dispositifs visant à « faire cesser [la] diffusion » de fausses nouvelles dérogent. Il en ressort une double dérogation au régime des libertés d'expression et de communication. Mais avant d'établir en quoi la loi sur la manipulation de l'information est une législation

[58] ALBARIAN A., « Bref aperçu du traitement juridique de la désinformation en droit comparé : de la mise en place de sanctions strictement internes au recours à de véritables sanctions extraterritoriales », *Le droit face au défi de la rumeur*, *op. cit.*, p.46.

[59] Prop. L. visant à lutter contre la haine sur internet, 20 mars 2019, Ass. nat. Essentiellement, cette proposition dispose que les plus grandes fournisseurs de services de communication au public en ligne soient « tenus (…) de retirer ou rendre inaccessible dans un délai de 24 heures après notification tout contenu contrevenant manifestement aux cinquième [provocation à la haine raciale] et sixième [provocation à la haine en raison du sexe] alinéas de l'article 24, ainsi qu'aux troisième [injure raciste] et quatrième alinéas [injure à connotation sexuelle] de l'article 33 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse » (*Ibid.*, art. 1er).

d'exception, il s'agirait d'en présenter les dispositions qui, pour notre propos, s'avèrent être les plus significatives.

Les mesures de censure telles que prévues par la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information du 22 décembre 2018 ne s'appliquent qu'à des discours publics diffusés en période électorale[60]. En effet, à la différence du délit de diffusion de « nouvelles fausses » de l'article 27 de la loi sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881, délit visant à sanctionner en tous temps de tels actes de diffusion dès lors que ceux-ci troublent « la paix publique »[61], les dispositifs de la loi relative à la manipulation de l'information ne peuvent être mis en œuvre que durant « les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales et jusqu'à la date du tour de scrutin où celles-ci sont acquises »[62], ou « pendant les trois mois précédant le premier jour du mois de l'élection du Président de la République, des élections générales des députés, de l'élection des sénateurs, de l'élection des représentants au Parlement européen et des opérations référendaires, et jusqu'à la date du tour de scrutin où ces élections sont acquises »[63]. Alors que la désinformation et la manipulation de l'opinion publique peuvent être recherchées pour discréditer des adversaires politiques en dehors de tout cadre électoral, alors que l'information, et sa forme dépravée qu'est la désinformation, peuvent servir d'autres intérêts que la conquête et l'exercice du pouvoir politique, ainsi pour dénigrer un concurrent commercial ou pour orchestrer tout type d'attaques *ad hominem* ou à l'égard d'une minorité, le fait d'avoir « limité l'application de [la loi relative à la manipulation de l'information] à la période de campagne électorale »[64] est présenté comme un des motifs justifiant de la conciliation de cette loi « avec

[60] Ce qui ne signifie pas que d'autres dispositifs de lutte contre la diffusion de fausses nouvelles en période électorale ne préexistait pas à la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information. Ainsi, le détournement de suffrage est sanctionné lorsque celui-ci a eu lieu « à l'aide de fausses nouvelles, bruits calomnieux ou autres manœuvres frauduleuses » (C. élect., art. L. 97).

[61] « La publication, la diffusion ou la reproduction, par quelque moyen que ce soit, de nouvelles fausses (…) lorsque, faite de mauvaise foi, elle aura troublé la paix publique, ou aura été susceptible de la troubler, sera punie d'une amende de 45 000 euros » (Loi du 29 juillet 1881, *précit.*, art. 27).

[62] C. élect., art. L. 163-1, al. 1er.

[63] Loi n° 86-1067, *précit.*, art. 33-1-1.

[64] Cons. constit., 20 déc. 2018, n° 2018-773 DC, §. 19.

la liberté constitutionnelle d'expression et de communication »[65]. En somme, peu importe la radicalité des mesures instaurées par la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information, à savoir des mesures pouvant être qualifiées d'actes de censure de discours protégés par les libertés d'expression et de communication, le caractère exceptionnel de leur champ d'application, poursuivant l'objectif impérieux de préservation du « principe constitutionnel de sincérité du scrutin »[66], est un motif suffisant pour considérer qu'ils ne portent pas une atteinte excessive à ces libertés. Il faut ajouter à cela que le Conseil constitutionnel a effectué un contrôle minutieux des conditions de mise en œuvre des mesures visant à faire cesser la diffusion de fausses nouvelles. D'une part, le juge constitutionnel relève que le législateur a raisonnablement subordonné la mise en œuvre de telles mesures à « trois conditions cumulatives »[67]. La diffusion de fausses nouvelles doit, tout d'abord, être « artificielle ou automatisée »[68], ce justifiant que certains actes de diffusion, ceux qui ne consistent pas en une instrumentalisation des procédés de traitement automatisé visant à la présentation et au classement des contenus sur les sites des plus grandes applications, ne puissent faire l'objet des mesures de retrait instaurées par la loi relative à la manipulation de l'opinion[69]. Cet acte doit, ensuite, conduire à une désinformation « massive »[70] du public, ce qui, en application du

---

[65] *Ibid*., §. 17.

[66] *Idem.*

[67] Cons. constit., 20 déc. 2018, *précit*., §. 21.

[68] *Idem*.

[69] Ainsi que le relève le Tribunal de grande instance de Paris, dans la première ordonnance de référé rendue sur le fondement de la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information, « le caractère artificiel ou automatisé de la diffusion renvoie, selon les travaux parlementaires (…), aux contenus sponsorisés - par le paiement de tiers chargés d'étendre artificiellement la diffusion de l'information - et aux contenus promus au moyen d'outils automatisés - par le recours à des "bots" » (TGI Paris, ord. réf., 17 mai 2019, n°19/53935, *Marie-Pierre Vieu et Pierre Ouzoulias c. Twitter France*, p. 5). Cette restriction n'est pas des moindres. Pour que la diffusion de fausses nouvelles soit sanctionnée, il s'agirait de démontrer que la personne à l'origine de cette diffusion s'est adjugée les services d'influenceurs ou de prestataires dudit secteur de la *Search Engine Optimization* (SEO) pratiquant, par exemple, le « *spamdexing* » c'est-à-dire la mise en œuvre de techniques « de référencement naturel visant à optimiser le référencement par les moteurs de recherche sans respecter les normes et les recommandations des moteurs de recherche, en cherchant à tromper les robots d'indexation des moteurs de recherche » (HAAS M.-E., « Un an de droit français des marques et des noms de domaine sur Internet », *Propr. industr*. 2018, n°6, chron. 7, §. 39).

[70] Cons. constit., 20 déc. 2018, *précit*., §. 21.

principe *de minimis non curat praetor*, suppose qu'une faible audience à des contenus véhiculant des fausses nouvelles excluent que ces contenus puissent faire l'objet de mesures de retrait. Enfin, cette désinformation doit être « délibérée »[71], ce permettant d'affirmer que le législateur n'a pas consacré formellement un devoir général de ne dire, en ligne, que la vérité. D'autre part, en exigeant que le « caractère inexact ou trompeur [d'un contenu soit] manifeste »[72] ainsi qu'en exigeant que l'« altération de la sincérité du scrutin [soit] également (…) manifeste »[73], le Conseil constitutionnel a apporté sa pierre à l'édifice pour garantir que les conditions de mise en œuvre des mesures instaurées par la loi relative à la manipulation de l'information soient le plus strictement définies. Toutes ces précautions, cependant, ne sauraient occulter que la loi relative à la manipulation de l'information s'avère profondément dérogatoire, en deux points, au régime des libertés d'expression et de communication.

La loi relative à la manipulation de l'information déroge, tout d'abord, au principe voulant que le juge judiciaire soit le seul garant des libertés individuelles[74] et, à ce titre, qu'il soit la seule autorité disposant du pouvoir, afin de sanctionner les abus à l'exercice des libertés d'expression et de communication, d'ordonner exceptionnellement la censure des discours publics. L'affirmation doit être immédiatement nuancée. Le juge des référés, que la loi sur la manipulation de l'information a investi du pouvoir, « à la demande du ministère public, de tout candidat, de tout parti ou groupement politique ou de toute personne ayant intérêt à agir, et sans préjudice de la réparation du dommage subi, prescrire [aux éditeurs de services de communication au public en ligne][75] ou, à

[71] *Idem*.
[72] *Ibid.*, §. 23.
[73] *Idem*.
[74] Constit. V^ème^ République, art. 66.
[75] Les « personnes physiques ou morales mentionnées au 2 du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 » (C. élect., art. L. 163-2, I) sont les personnes « qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services » (LCEN, art. 6-I-2). Parmi la classe des éditeurs de services de communication au public en ligne, on trouve tout autant les plus grandes plateformes du Web que n'importe quel site offrant un espace de publication à ses utilisateurs.

défaut, [aux opérateurs][76] toutes mesures proportionnées et nécessaires pour faire cesser [la diffusion de fausses nouvelles] »[77], appartient bel et bien à l'autorité judiciaire.

Ce n'est à l'inverse aucunement le cas de l'autorité administrative indépendante qu'est le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) ayant acquis le pouvoir, hors période électorale, de refuser la conclusion d'une convention de services audiovisuels si la diffusion de ces services « comporte un risque grave d'atteinte à la dignité de la personne humaine, à la liberté et à la propriété d'autrui, au caractère pluraliste de l'expression des courants de pensée et d'opinion, à la protection de l'enfance et de l'adolescence, à la sauvegarde de l'ordre public, aux besoins de la défense nationale ou aux intérêts fondamentaux de la Nation, dont le fonctionnement régulier de ses institutions »[78]. S'y ajoute d'autres pouvoirs, à l'égard des sociétés audiovisuelles contrôlées un État étranger, de refuser de conclure une convention de diffusion[79], de suspendre, en période électorale, la diffusion de certains contenus portant atteinte à l'intégrité du scrutin[80], et de résilier une convention de diffusion « 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 fausses informations »[81]. On peut s'interroger sur l'efficacité de ces dernières dispositions en ce que, d'une part, alors qu'il s'agit de protéger des valeurs telles que la dignité de la personne ou la sincérité des scrutins, les dispositifs soient plus draconiens à l'égard de médias étrangers que de médias nationaux et, d'autre part, s'il fallait juger les stratégies étrangères de désinformation comme étant bien plus menaçantes que les très nombreuses initiatives internes à l'espace public d'expression français, seuls les médias contrôlés par un *État* étranger soient

[76] Les « personne[s] mentionnée[s] au 1 du même I » (C. élect., art. L. 163-2, I) sont les personnes « dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne » (LCEN, art. 6-I-1). Dans cette classe des « opérateurs », on trouve tous les exploitants de réseaux de communication électronique publics, que ceux-ci agissent, pour une communication donnée, en tant que fournisseur d'accès à Internet ou en tant que simple transporteur, d'un point à un autre du Réseau, du signal supportant la communication.

[77] C. élect., art. L. 163-2, I.

[78] Loi n°86-1067, *précit.*, art. 33-1, I, al. 12ème.

[79] *Idem*.

[80] *Ibid.*, art. 33-1-1, I, al. 1er.

[81] *Ibid.*, art. 42-6.

concernés et non tous les médias contrôlés par des personnes publiques ou privées étrangères. On doit surtout interroger la légitimité de dispositifs qui, bien que portant essentiellement sur l'agrément à diffuser des services audiovisuels sur le territoire de la République française, ne conduisent pas moins à une extension conséquente du pouvoir de censure dont dispose le CSA, pouvoir de censure dont le seul titulaire doit être, en principe, l'autorité judiciaire. Mais il faudrait se sentir rassuré de ce que « le droit à l'exercice d'un recours effectif n'est (…) pas méconnu »[82] dès lors que les décisions du CSA peuvent toujours faire l'objet de recours devant le juge administratif.

Il s'agirait donc de porter le regard sur les nouvelles obligations que le législateur a placé à la charge des plus grandes plateformes du Web, à savoir celles « dont l'activité dépasse un seuil déterminé de nombre de connexions sur le territoire français »[83], obligations qui, pour certaines, ont cours en période électorale ainsi que le précise l'article L. 163-1 du Code électoral[84] et qui, pour d'autres, figurant dans le texte de la loi relative à la lutte contre la manipulation de l'information[85], produisent leur effet obligatoire même en dehors de tout cadre électoral[86]. En ce qui concerne la période électorale, les nouvelles obligations des plateformes, leur imposant d'accroître la transparence de leurs profits obtenus par le biais de leurs recettes publicitaires et par celui de l'exploitation économique des données à caractère personnel de leurs

[82] Cons. constit., 20 déc. 2018, *précit.*, §. 36.

[83] C. élect., art. L. 163-1. Le décret en question a récemment été adopté. Il porte sur le seuil évoqué à « cinq millions de visiteurs uniques par mois, par plateforme, calculé sur la base de la dernière année civile » (Décret n° 2019-297 du 10 avril 2019 relatif aux obligations d'information des opérateurs de plateforme en ligne assurant la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général, art. 1er).

[84] « Pendant les trois mois précédant le premier jour du mois d'élections générales (…) » (*Idem*).

[85] Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, *précit.*, art. 11. Ce texte n'a pas, à notre connaissance, fait l'objet d'une codification.

[86] « Les opérateurs de plateforme en ligne (…) mettent en œuvre des mesures en vue de lutter contre la diffusion de fausses informations susceptibles de troubler l'ordre public ou d'altérer la sincérité d'un des scrutins (…) » (*Idem*). S'il fallait faire une stricte lecture de la disjonction contenue dans ce texte, alors il faudrait considérer que les plateformes seraient enjointes, en dehors de tout cadre électoral, à participer à la lutte contre la diffusion de fausses nouvelles troublant l'ordre public.

utilisateurs[87], ne sont guère critiquables si ce n'est qu'elles pourraient être étendues à leur activité en tout temps. Néanmoins, d'autres obligations apparaissent nettement plus contestables. L'article 11 de la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information dispose en effet que les plateformes « mettent en place un dispositif facilement accessible et visible permettant à leurs utilisateurs de signaler [la publication de fausses nouvelles], notamment lorsque celles-ci sont issues de contenus promus pour le compte d'un tiers »[88]. La question se déporte alors sur les suites que les « équipes »[89] de modération des grandes plateformes vont donner à ces signalements. Sur ce point, la loi est muette. Cependant, dès lors qu'il serait absurde d'envisager que le dépôt d'un signalement ne soit suivi, légalement, d'aucun effet obligatoire, il y tout lieu de considérer que ce dispositif, à la manière du système de « notification-retrait » (*notice and take-down*) de la

[87] Ces plateformes sont ainsi tenues « 1° De fournir à l'utilisateur une information loyale, claire et transparente sur l'identité de la personne physique ou (…) de la personne morale et (…) qui verse à la plateforme des rémunérations en contrepartie de la promotion de contenus d'information se rattachant à un débat d'intérêt général / 2° De fournir à l'utilisateur une information loyale, claire et transparente sur l'utilisation de ses données personnelles dans le cadre de la promotion d'un contenu d'information se rattachant à un débat d'intérêt général / 3° De rendre public le montant des rémunérations reçues en contrepartie de la promotion de tels contenus d'information lorsque leur montant est supérieur à un seuil déterminé » (C. élect., art. L. 163-1).

[88] Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, *précit.*, art. 11, al. 2.

[89] Chez Facebook par exemple, les modérateurs sont classés en trois groupes. Le groupe 1 renvoie à une équipe restreinte de modérateurs-salariés localisé, en Californie, à la direction juridique de la société (KLONICK K., « The new governors : the people, rules, and processes governing online speech », 131 *Harv. L. Rev.* 1598 (2017), p. 48), et définissant la politique de modération générale du site et traitant des cas les plus sensibles (*Ibid.*, p. 50). Le groupe 2 est composé de salariés, principalement sectorisés aux Etats-Unis, et dont la mission est de superviser la politique de modération du site à l'échelle mondiale (*Ibid.*, pp. 49-50). Le groupe 3 est composé de salariés d'entreprises sous-traitantes qui « effectuent la majorité du travail journalier de modération » (*Ibid.*, p. 48), et peuvent être sectorisés dans des pays aussi éloignés des flux de contenus à traiter que peut l'être Pakistan (*Ibid.*, p. 50). Les conditions de travail de ces travailleurs précaires font régulièrement l'objet de critiques (NEWITZ A., « The secret lives of Google raters », 27 avril 2017 : www.arstechnica.com), en particulier s'agissant des risques psycho-sociaux auxquels ceux-ci sont exposés (ROBERTS S., *« Commercial* Content Moderation And Worker Wellness: Challenges & Opportunities », 8 févr. 2018 : www.techdirt.com). Les entreprises sous-traitant, pour le compte des plus grands intermédiaires éditoriaux, l'activité de modération des contenus publiés sur leurs sites sont, pour la plupart, des plateformes dites de « micro-travail » proposant aux utilisateurs, par exemple, de « gagner de l'argent pendant [leur] temps libre » en modérant les contenus contre une rémunération extrêmement faible (CASILLI A., TUBARO P., LE LUDEC C., COVILLE M., BESENVAL M., MOUHTARE T., WAHAL E., *Le Micro-travail en France. Derrière l'automatisation de nouvelles précarités au travail ?*, DiPLab (rapp.), pp. 20-21).

LCEN[90], oblige l'exploitant de la plateforme à procéder au retrait du contenu qui, ayant fait l'objet d'un signalement, répond aux conditions pour être qualifié de contenu véhiculant une fausse nouvelle. Aussi, les fausses nouvelles ont sans aucun doute rejoint le cortège des contenus dont le législateur impose la modération aux plus grands éditeurs de services de communication au public en ligne[91]. Cette extension aux fausses nouvelles du système de « notification-retrait » pose une difficulté tenant aux risques que présente toute politique juridique qui, bien que supposée consacrer de nouvelles « obligations » à charge des plus grandes plateformes, consiste bien plus, par remplacement de l'autorité judiciaire, en une « délégation [de] pouvoir (…) vers le secteur privé »[92]. Mais on ne

[90] « Les [éditeur de services de communication au public en ligne] ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible » (LCEN, art. 6-I-2). La règle est identique concernant la responsabilité pénale de ces éditeurs (LCEN, art. 6-I-3).

[91] Au sein de cet ensemble, on trouve les « contenus illicites » dont la LCEN impose, après signalement (LCEN, art. 6-I-5), le retrait à tout éditeur de services de communication au public en ligne (LCEN, art. 6-I-2), ainsi que les « discours de haine » dont la proposition de loi « Avia » entend imposer spécifiquement, sous 24 heures après signalement, le retrait aux plus grandes plateformes (Prop. L. visant à lutter contre la haine sur internet, *précit.*, art art. 1er, I).

[92] BADOUARD R., *op. cit.*, p. 22. Le Conseil de l'Europe, à propos de cette délégation du pouvoir de modération à des acteurs privés, a exprimé des craintes tout à fait pertinentes : « L'Assemblée craint que les intermédiaires des services médiatiques fondés sur les TIC ne restreignent de manière abusive la diffusion d'informations, ainsi que l'accès à ces dernières, pour des raisons commerciales ou autres, sans en informer leurs usagers et en violation des droits des usagers. En raison des structures techniques et entrepreneuriales complexes de ces intermédiaires, de leur localisation sociale souvent floue et de leur coopération avec des entreprises partenaires à l'étranger, les usagers peuvent avoir des difficultés à déterminer la compétence des tribunaux dans ce type d'affaire » (Résolution n°1877 (2012) sur la protection de la liberté d'expression et d'information sur l'Internet et les médias en ligne, Ass. parl., Coe, §. 10). C'est pourtant l'exact contre-pied que prend le rapport remis récemment par Marie-Anne Frison-Roche au Ministre en charge du numérique, rapport préconisant, entre autres propositions, d'investir les plateformes d'une série de devoirs, et donc de pouvoirs, de censure *ex ante*, à savoir de pouvoirs exercés avant saisine judiciaire ou signalement au gestionnaire de la plateforme, et dont le fondement est à rechercher dans la garantie de droits subjectifs dits « négatifs » tels que le « droit à n'être pas injurié, agressé, copié » (FRISON-ROCHE M.-A., *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet*, avril 2019, Rapp. commandé par Monsieur le Ministre en charge du Numérique, spéc. pp. 95 et s.). Cette délégation d'un pouvoir de censure ne saurait avoir lieu, sans atteinte aux droits de la défense des publicateurs, sans instauration d'un mécanisme juridique de «

peut s'arrêter à proclamer que confier une mission de justice à un acteur privé est en soi dangereux sans s'interroger sur les pertes que cette délégation implique du point de vue du régime des libertés d'expression et de communication. La loi sur la lutte contre la manipulation de l'information, par création d'un régime dérogatoire ne s'appliquant qu'aux grandes plateformes, entérine un rapport de force déséquilibré, aucunement souhaitable, voulant que quelques acteurs, parmi les très nombreux éditeurs de services de communication au public en ligne, disposent d'un contrôle éditorial de fait sur la quasi-intégralité des flux d'information en ligne[93]. Or, d'une part, il y a tout lieu de s'inquiéter de la transparence avec laquelle les plateformes vont s'acquitter de leurs

contentieux différé », « c'est-à-dire [sans que le publicateur ne dispose] immédiatement d'un mécanisme *Ex Post* très rapide » lui permettant de contester la mesure de censure dont il aurait pu faire irrégulièrement l'objet (*Ibid*., pp. 87 et s.).

[93] La Commission nationale consultative des droits de l'homme, à propos de la loi « Avia » qui, elle-même, ne s'applique également qu'aux plus grandes plateformes, a en effet jugé que « ce dispositif renforce le pouvoir des grandes plateformes au détriment des autres acteurs qui n'auront pas tous les moyens d'appliquer la loi, [et qu']en outre, la lourdeur de la sanction encourue risque d'encourager des retraits excessifs, faisant peser un risque de censure » (CNCDH, « Avis relatif à la proposition de loi visant à lutter contre la haine sur internet », 13 juillet 2019 : JORF n°0161, texte n° 107). Certains auteurs justifieraient cette concentration du pouvoir de censure au sein de quelques mains privées en considération du rôle que remplissent les plus grandes plateformes du Web. Toutes les propositions de Marie-Anne Frison-Roche qui tendent, tout en responsabilisant les plateformes, à renforcer leurs pouvoirs de censure reposent sur l'introduction de la notion d'« opérateur crucial » (FRISON-ROCHE M.-A., « Proposition pour une notion : l'opérateur crucial », *D.* 2006, n° 27, p. 1895), notion qu'il faut entendre comme voulant que soit « un "opérateur crucial" celui-ci sans lequel le système s'effondre (définition négative) et celui grâce auquel le système prospère (définition positive) » (FRISON-ROCHE M.-A., *L'apport du droit de la compliance à la gouvernance d'Internet*, *op. cit.*, p. 8). Mais on peine à voir en quoi *Facebook*, *Youtube*, *Amazon*, ou encore *Apple*, remplissent un quelconque rôle crucial. Le système de réseaux informatiques interconnectés qu'est Internet ne *s'effondrera* pas avec la disparition de ces acteurs. En revanche, il peut être dit de ces acteurs qu'ils contribuent de façon cruciale à ce que le système extrêmement délétère des *big data* et de l'économie de l'attention *prospère* (V. *infra*). Or, l'humanité ne peut que mieux se porter si ces activités, profondément dommageables et liberticides pour les individus et la collectivité, cessent. Une attitude de résignation consiste, soit que le progrès technologique qu'incarnent ces entreprises soit lui-même perçu comme inéluctable, soit que le gigantesque pouvoir politique et économique que ces acteurs ont acquis les rendent aujourd'hui incontournables, à juger l'histoire irréversible. Il ne faut pas céder à cette résignation. « Un démantèlement des "opérateurs cruciaux" » (*Ibid*., p. 11), ce qui n'est pas de l'avis de Marie-Anne Frison-Roche, nous semble aujourd'hui un point de départ inévitable pour qu'une régulation saine et efficace de l'Internet soit envisageable.

nouveaux devoirs[94]. Les juristes auront-ils accès à la jurisprudence de leurs modérateurs, c'est-à-dire à ce que ces derniers qualifient, rappelons-le, de diffusion « artificielle ou automatisée », « massive » et « délibérée » de contenus véhiculant « manifestement » une fausse nouvelle, et conduisant à une altération « manifeste » d'un scrutin ? D'autre part, n'y aurait-il pas lieu de craindre pour l'unité de l'institution qu'est la liberté d'expression s'il fallait admettre qu'il existe un Web « bon teint », sur lequel la diffusion de fausses nouvelles est sanctionnée, et un Web « poubelle », sur lequel, dans la perspective de désinformer le public, tous les moyens seraient permis pour parvenir à ses fins[95] ?

Il est, ensuite, une seconde dérogation au droit commun, que l'on pourrait juger, de prime abord, comme étant d'ordre purement théorique, mais qui, portant sur la nature du pouvoir de faire cesser la diffusion de fausses nouvelles, n'en emporte pas moins des conséquences non négligeables. Bien que la cessation de l'illicite, quoiqu'ayant été théorisée par un auteur[96], ne dispose pas encore de fondement général en droit français[97], faire cesser la diffusion en ligne d'un contenu, si celui-ci contrevient aux règles encadrant les discours publics en ligne, doit être qualifié de mesure de cessation de l'illicite. Bien que rattachée au droit de la responsabilité civile extracontractuelle, la cessation de l'illicite dispense, par

---

[94] Bien que « 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 qu'une partie » (Loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018, *précit.*, art. 11, 4ème al.).

[95] Cette dichotomie n'est pas sans rappeler une initiative de L'association *Respect Zone* (RZ), fondée par un groupe de juristes français issus des milieux académique et praticien, dont l'activité bienvenue vise à la formation et à la sensibilisation aux pratiques et problématiques posées par la cyber-violence (www.respectzone.org). Une de ses mesures phares, parmi bien d'autres, est la création d'un « tag » numérique unique pouvant être partagé par les utilisateurs sur leurs divers comptes, ainsi que par les éditeurs de services de communication au public en ligne sur les pages de leurs sites Web. Le partage ou la publication de ce tag vaut adhésion à une charte de bonnes pratiques. Cette initiative mérite d'être signalée tant elle révèle ce qui semble être devenu aujourd'hui une lutte pour l'occupation des différents espaces de publication du Web de sorte, en l'occurrence, à en certifier la qualité d'être des espaces pacifiés en application des règles, juridiques et morales, devant guider l'éthique du discours.

[96] BLOCH C., *La cessation de l'illicite, Recherche sur une fonction méconnue de la responsabilité civile extracontractuelle*, thèse, BOUT R. et BRUSCHI M. (dir.), 2008, Dalloz.

[97] Bien qu'il soit prévu d'en faire consécration à l'occasion de la réforme à venir du droit de la responsabilité civile (*Projet de réforme de la responsabilité civile*, 13 mars 2017, Ministère de la Justice, Direction des affaires civiles et du Sceau, art. 1266).

introduction de la condition de « trouble »[98], de prouver l'existence d'un dommage. Si les notions de dommage et de trouble ne s'excluent nullement, étant précisé que tout fait dommageable constitue un trouble, mais que tout trouble n'a pas encore produit ses conséquences dommageables, l'éradication du trouble à sa source, à savoir œuvrant par disparition du fait illicite[99], est amenée à remplir, plus que n'ont pu le faire jusqu'ici les mesures de réparation en nature[100], la fonction préventive du droit de la responsabilité civile extracontractuelle[101]. Tout semble indiquer que l'ordre de faire cesser la diffusion de fausses nouvelles, relevant du pouvoir d'injonction dont le législateur a investi le juge des référés, et l'obligation de faire cesser la diffusion de fausses nouvelles dont doivent s'exécuter les plus grandes plateformes, doivent être rattachés à l'effet de la responsabilité civile qu'est la cessation de l'illicite. En effet, on peut considérer que le trouble que constitue la désinformation du public se substitue au dommage dont pourrait souffrir une victime du fait de la diffusion de fausses nouvelles. L'admettre permettrait de faire cesser cette diffusion de manière efficace en agissant préventivement, à raison de la diminution du risque de diffusion virale, contre la propagation de ce trouble et contre les dommages qui pourraient survenir dans son sillage[102]. Seulement, ainsi que la Commission européenne l'avait

---

[98] « (…) la perturbation que requiert la notion de trouble ne se confond pas avec un dommage : le trouble est "une menace de résultat", le "précurseur du dommage" » (C. BLOCH, *op. cit.*, n° 388).

[99] La cessation de l'illicite, dans une perspective corrective et préventive, vise à l'éradication du trouble à sa source, soit à faire disparaître le fait illicite ainsi qu'à en prévenir toute réapparition (*Ibid.*, n°127).

[100] Mesures auxquelles le législateur semble également vouloir consacrer, dans son projet de réforme du droit de la responsabilité civile, toute une sous-section (*Projet de réforme de la responsabilité civile*, *précit.*, art. 1260 et s.). La réparation en nature, dans une perspective curative, vise à dissiper ou compenser le dommage au passé, au présent, comme au futur (B. BARRY, *La réparation en nature*, LGDJ, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2016, pp. 286-287).

[101] « Depuis quelques années, sous l'influence grandissante du principe de précaution, une partie de la doctrine propose d'attribuer à la responsabilité civile, aux côtés de la fonction indemnitaire, une nouvelle fonction, alternative à celle-ci, la fonction préventive. Loin de se limiter au rôle d'un principe directeur de la responsabilité, à travers l'assouplissement des conditions traditionnelles de celle-ci, que sont la faute, le préjudice et le lien de causalité, le principe de précaution jouerait un véritable rôle normatif en mettant à la disposition des personnes exposées à un risque de dommage une action nouvelle purement préventive » (M. BACACHE-GIBEILI, *Les obligations – La responsabilité civile extracontractuelle*, tome 5, *Traité de droit civil*, CH. LARROUMET (dir.), Economica, 2ème édition, 2012, p. 50).

[102] Dès lors que l'événement causal que constitue la diffusion de fausses nouvelles recouvre, au regard de sa définition, bon nombre des cas spécifiques dans lesquels un sujet de droit peut s'estimer victime de la publication d'un discours

pressenti dans une communication dont l'un des axes d'analyse invitait à distinguer, assez maladroitement il faut le reconnaître, les « contenus illicites » des « contenus préjudiciables », le contenu véhiculant une fausse nouvelle ne peut être qualifié, en toute circonstance, de contenu illicite[103]. En effet, la définition de fausse nouvelle, si celle-ci possède, au-delà de sa parenté évidente avec le délit de diffusion de « nouvelle fausse », une intersection avec le champ d'application de certains délits de presse, tels que la diffamation par exemple[104], celle-ci n'en a pas moins, ainsi que le démontre la première ordonnance de référé rendue sur le fondement de la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information[105], un domaine qui lui est propre. Ainsi, le pouvoir d'ordonner et l'obligation de faire cesser la diffusion de fausses nouvelles, dès lors qu'ils peuvent s'appliquer à des discours dont l'illicéité n'est pas caractérisable, ne peuvent être rattachés au droit

illicite, celui-ci pourra, sans attendre que cette publication lui porte préjudice par diffusion virale du contenu sur les divers réseaux de communication, saisir le juge des référés d'une demande de retrait du contenu sur le fondement de la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information. C'est pourquoi la saisine du juge des référés s'effectue « sans préjudice de la réparation du dommage subi » (C. élect., art. L. 163-2, I).

103 « Il ne fait aucun doute qu'il existe des préoccupations d'intérêt général concernant certains types de contenus qui ne sont pas forcément illicites, mais potentiellement préjudiciables, tels que les fausses nouvelles (…) » (not. trad.) (*Tackling Illegal Content Online - Towards an enhanced responsibility of online platforms*, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Commitee of the Regions, 2017, COM(2017) 555 final.

104 « La rumeur peut aussi propager une diffamation, c'est-à-dire "toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé". Les propos sont alors alarmants sur des personnes physiques ou morales, en ce qu'ils jettent le discrédit sur elles et, par voie de ricochet, troublent des intérêts privés ou publics, selon la qualité de ces personnes. Deux hypothèses se présentent. La diffamation est au cœur de la rumeur et la constitue ou bien, et surtout, elle s'en nourrit et la colporte » (MALLET-POUJOL N., *op. cit.*, p. 14). Mais on pourrait également évoquer, plus directement s'agissant de la fausseté manifeste du discours, le délit consistant à nier publiquement l'occurrence historique de faits constitutifs de génocides et de crimes contre l'humanité (Loi du 29 juillet 1881, *précit.*, art. 24 bis).

105 La première demande de retrait a porté sur un « tweet » publié le 1er mai par l'actuel ministre de l'intérieur, et dont le texte était le suivant : « Ici à la Pitié-Salpêtrière, on a attaqué un hôpital. On a agressé son personnel soignant. Et on a blessé un policier mobilisé pour le protéger. Indéfectible soutien à nos forces de l'ordre : elles sont la fierté de la République » (TGI Paris, ord. réf., 17 mai 2019, *précit.*, p. 4). Sans qu'il y ait lieu, ici, de débattre de la véracité des faits allégués, on fera simplement remarquer que de tels propos n'entrent dans le champ d'application d'aucune autre règle sanctionnant la publication d'un discours public que dans celui de l'article L. 163-2 du Code électoral.

de la responsabilité civile extracontractuelle et, à ce titre, à la cessation de l'illicite ; et le juge des référés, juge du provisoire, peut s'en retrouver à statuer sur des demandes de retrait sans qu'une quelconque action au fond ne puisse être intentée[106]. En ce sens, les dispositifs introduits par la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information sont des dispositifs dérogatoires au droit commun.

Mais là où l'observation dépasse le seul cadre de l'analyse théorique est qu'il est question ici, lorsqu'un utilisateur publie un contenu sur le Réseau, d'exercice des libertés d'expression et de communication, exercice dont la restriction ne peut être prévue que dans des cas spécifiquement déterminés par la loi[107]. Or, la censure des discours publics n'a toujours été envisagée, depuis au moins que la République française garantit, sans faux-fuyant, les libertés d'expression et de communication, qu'au regard de leur illicéité, c'est-à-dire à travers la mise en œuvre de la responsabilité de leur locuteur, que cette responsabilité soit pénale eu égard à la liste limitative des délits de presse prévue par la loi de 1881[108], ou civile lorsque l'abus, sans entrer dans le champ d'application de la loi de 1881, répond d'un texte spécial[109]. Par conséquent, la loi sur la lutte

---

[106] CAYROL N., « référé civil », *Rép. pr. civ. Dalloz* 2016 (actualisation : Mai 2019), §§. 17 et s. On se demande alors de quel « provisoire » le juge des référés saisi d'une demande visant à faire cesser la diffusion de fausses nouvelles est-il le juge.

[107] « La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi » (DDHC, art. 11).

[108] L'une des portées de ce texte fondamental vise à encadrer l'exercice de la liberté d'expression, non pas en application d'un fondement général de responsabilité tel que l'article 1240 du Code civil, mais par le biais d'une responsabilité pénale limitativement définie à travers une série d'infractions figurant dans le texte de la loi du 29 juillet 1881, ou rattachées au régime de cette loi (BIGOT CH., « Dispositions civiles régissant la liberté d'expression », *Synthèse JCl Communication*, Lexisnexis, §. 1).

[109] S'il est admis, dès lors que le fait générateur de responsabilité n'entre pas dans le champ d'application de la loi du 29 juillet 1881, que les sources d'illicéité civile puissent retrouver à s'appliquer, il n'est pas admis, en revanche, que n'importe quel discours, qui ne serait pas celui d'une personne avisée et raisonnable, puisse constituer un abus des libertés d'expression et de communication ouvrant un droit à réparation sur le fondement de l'article 1240 du Code civil. À l'issue d'un long parcours sinueux, la jurisprudence semble aujourd'hui s'être fixée (BIGOT CH., *op. cit.*, 2). En visant l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la première chambre civile de la Cour de cassation a décidé qu'« hors restriction légalement prévue, la liberté d'expression est un droit dont l'exercice, sauf dénigrement de produits ou services, ne peut être contesté sur le fondement de l'article 1382 du Code civil » (Cass. 1ère civ., 2 juill. 2014, n°13-16730 : *RTD civ.* 2015, p. 142, obs. JOURDAIN P. ; *D.* 2014, p. 787, obs. VINEY G).

contre la manipulation de l'information, bien que restreinte dans son champ d'application, remet en cause un des principes cardinaux du régime des libertés d'expression et de communication, celui voulant que la censure d'une publication ne puisse intervenir que si la personne à l'origine de cette publication est responsable pénalement ou civilement des conséquences de son discours.

B. La faiblesse des dispositifs : leur inefficacité à limiter à proportion la diffusion en ligne de fausses nouvelles

« Faire cesser la diffusion de fausses nouvelles » est indiscutablement un acte de censure d'un discours public. C'est pourquoi la mise en œuvre de telles mesures doit être, en principe, strictement encadrée[110]. On peut considérer cette exigence comme satisfaite en ce que, tout d'abord, le législateur, en ne visant que les périodes électorales, a considérablement réduit le champ d'application du dispositif[111]. Pareillement, on peut ensuite admettre que la cessation de la diffusion de fausses nouvelles a été, de façon bienvenue, subordonnée au jeu de conditions strictes. Cependant, dès lors qu'il serait intolérablement liberticide, d'un côté, que des contenus fassent irrégulièrement l'objet de mesures de retrait, et profondément inefficace, de l'autre, que le mécanisme laisse échapper de trop nombreuses publications participant d'une désinformation massive du public, on peut douter du choix de

[110] Ceci explique d'ailleurs que le législateur, en 1881, n'ait consacré le délit de publication de fausses nouvelles « qu'avec des réticences (…), [craignant] que l'infraction ne prenne l'apparence d'un délit d'opinion en raison de la référence à l'ordre public et de la notion même de fausses nouvelles qui évoque l'idée d'une information officielle (…), [d'où une] incrimination des publications de nouvelles fausses [imposant] des conditions très précises et assez restrictives » (AUVRET P., « Fausses nouvelles », *op. cit.*, §. 1).

[111] Seulement, dès lors que la première demande en référé, ayant porté sur une publication du ministre de l'intérieur concernant le déroulé de la manifestation du 1er mai 2019 (V. *supra*) a été considéré comme recevable car introduite trois mois avant les dernières élections européennes, on peut légitimement douter que cette restriction, quoique conséquente, remplisse pertinemment son office en ce que des publications parfaitement décorrélées de l'échéance électorale à venir, on peut le considérer dans cet exemple, puissent faire l'objet d'une demande de retrait devant le juge des référés.

certaines de ces conditions qui, bien que semblant s'interposer comme d'utiles garde-fous, paraissent impossibles d'appréciation. On pense tout d'abord à ce double renvoi au « manifeste » et, pour ce qui nous intéresse, à l'inexactitude « manifeste » des faits allégués dans la publication litigieuse. On conçoit qu'il puisse exister des publications « manifestement » inexactes si celles-ci portent sur le déroulé du cours d'évènements simples[112], mais il y a surtout des publications dont la véracité est sujette à interprétation dès lors que celles-ci portent sur le déroulé d'évènements complexes[113]. Aussi, cette justice du « manifeste », que l'on retrouve lorsqu'il s'agit, pour l'éditeur d'un service de communication au public en ligne, d'apprécier l'illicéité des contenus publiés sur son site Web par ses utilisateurs[114], qui n'est pas sans rappeler également certains pouvoirs dont dispose le juge des référés[115], a de quoi inquiéter lorsqu'elle concerne des discours contenant des allégations dont la véracité, ou plutôt l'inexactitude, même manifeste, s'obtient généralement d'un consensus dont le juge des référés, et encore moins le fournisseur d'un service de plateforme, ne peuvent être les dépositaires. Pareillement, ces inquiétudes peuvent être exprimées à l'égard de la condition voulant que la diffusion de fausses nouvelles soit délibérée, autrement dit qu'elle traduise l'intention de désinformer le public. Indubitablement, on observe en ligne des comportements ayant pour seul objectif une telle désinformation[116]. Mais, pour la très grande majorité des discours

---

[112] Comme s'agissant de l'affirmation erronée selon laquelle un meurtrier présumé avait été interpellé à l'aéroport de Glasgow (V. *supra*).

[113] Comme dans l'exemple du « *tweet* » relatant le déroulement de prétendues exactions survenues lors de la dernière manifestation du 1er mai. Pour écarter le caractère manifestement inexacte des informations alléguées par le ministre de l'intérieur dans son « tweet », le tribunal de grande instance a considéré qu'il n'y avait qu'exagération à parler d'« attaque » à propos de faits quant à eux bien réels, « à savoir l'intrusion de manifestants dans l'enceinte de l'hôpital de la Pitié-Salpêtrière le 1 mai 2019 » (TGI Paris, ord. réf., 17 mai 2019, *précit.*, p. 4). Le caractère manifestement inexact n'est donc pas une affaire de « mots », mais une affaire de faits.

[114] Le Conseil constitutionnel avait en effet émis une réserve d'interprétation visant la LCEN, réserve aux termes de laquelle le système du « *notice and take-down* » ne saurait « avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un [éditeur] qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère (…) » (Cons. const., 10 juin 2004, n°2004-496 DC, cons. 2).

[115] Le juge des référés peut en effet prescrire « les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent (…) pour faire cesser un trouble manifestement illicite » (CPC, art. 809, al. 1er).

[116] Il est ainsi convenu d'appeler « *astroturfing* » tous les procédés supposant, sur les sites les plus fréquentés du Web, de mener des « actions coordonnées d'influence

publiés en ligne, dès lors que la liberté de convaincre ou de persuader, indispensable à la délibération politique, la liberté de critiquer, nécessaire au progrès des arts et des sciences, ou encore la liberté de suggérer et de promouvoir, jugée essentielle au développement des marchés de consommation, structurent un espace public et démocratique d'expression, ni le juge des référés en 48 heures[117], juge pourtant chevronné[118], ni une grande plateforme du Web, disposant d'équipes pléthoriques de modérateurs assistées, le cas échéant, d'algorithmes d'identification[119], n'apparaissent capables, ni légitimes, d'établir une distinction claire entre une intention répréhensible de désinformer l'opinion publique et une intention légitime de l'informer ? Partant, plutôt que de craindre une démultiplication des retraits irréguliers, soit que les contenus ne fassent pas état de faits manifestement inexactes, soit qu'ils n'attestent pas, chez leurs auteurs, d'une intention de désinformer le public, il y a bien plutôt lieu de considérer que, confrontés à des conditions impraticables, le juge des référés ou les grandes plateformes du Web choisissent d'écarter systématiquement l'option du retrait. En ce sens, la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information pourrait bien s'avérer parfaitement inefficace.

Ce déficit d'efficacité s'avère encore plus saillant lorsque, à supposer qu'un contenu réponde indiscutablement aux conditions fixées par la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information, les mesures visant à en faire cesser la diffusion semblent parfois s'avérer tout à fait inaptes à remplir leur objectif. À la manière de la finalité assignée à la cessation de l'illicite, à savoir faire cesser le trouble, et rien que le trouble[120], cet objectif veut que l'ordre délivré

sociale » (CHAVALARIAS D., GAUMONT N., PANAHI M., « Avis de tempête sur notre démocratie » : www.politoscope.org/2017/05/astroturfing/), procédés qui auraient permis pour certains, si ce n'est d'altérer le résultat d'une série d'élections récentes, d'en écorner la légitimité (V. *supra*).

117 C. élect., art. L. 163-2, II.

118 CAYROL N., *op. cit.*, §. 4.

119 KLONICK K., *op. cit.*, p. 44.

120 Par « adéquation de la mesure au trouble illicite à faire cesser » et par « proportionnalité de la mesure au trouble illicite à faire cesser (BLOCH C., *op. cit.*, pp. 601-611). L'auteur prend d'ailleurs l'exemple d'un site Web sur lequel est publié une photographie portant atteinte au droit à l'image d'une personne physique. Régulièrement, le juge peut ordonner le retrait de la photographie.

par le juge des référés ou l'acte de modération exercée par la plateforme conduise à ne faire cesser que la seule diffusion de la fausse nouvelle litigieuse. Pas plus, pas moins. Or, à bien envisager les différentes formes techniques que peuvent prendre ces mesures, rien n'est plus hors d'atteinte comme résultat. On observe, tout d'abord, un risque à ce que certaines de ces mesures conduisent à faire cesser la diffusion de plus que ce que suppose leur objet. Dès lors que le juge des référés peut adresser son ordre de cessation, subsidiairement, à un opérateur[121], c'est-à-dire à l'exploitant d'un réseau de communication électronique, alors il faut envisager, en considération des pouvoirs dont disposent cet opérateur, que la mesure de cessation ne puisse prendre d'autre forme que celle d'un blocage du trafic vers le contenu litigieux[122]. La difficulté est que « faire cesser la diffusion de fausses nouvelles » va requérir, dans cette hypothèse, que le blocage du trafic vers le contenu litigieux soit total. Autrement dit, il va falloir parvenir à ce que, sur le maillage des réseaux de communication interconnectés qu'est l'Internet, il n'existe aucun chemin « ouvert » que le signal de connexion puisse emprunter pour atteindre le serveur stockant la donnée supportant ce contenu. Or, cette recherche d'un blocage total du trafic n'est ni plausible, en ce qu'il existe toujours des moyens de contourner un filtre de trafic[123], ni souhaitable, en ce qu'elle laisse craindre un « sur-blocage » ou un blocage « collatéral », c'est-à-dire un blocage plus important que ce à quoi la mesure vise[124]. C'est pourquoi le juge des référés est invité, en priorité, à adresser son ordre de cessation à un éditeur de services

Irrégulièrement, le même juge peut ordonner un blocage de l'accès au site dans son ensemble (Ibid., p. 605).

[121] Le juge des référés, rappelons-le, peut en effet adresser son ordre, « (…) à défaut, à toute personne mentionnée au 1 [du I de l'article 6 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique] » (C. élect., art. L. 163-2, I).

[122] Les opérateurs « contrôlent » certains « points » du Réseaux, à savoir les points derrière lesquels se logent leurs matériels visant à organiser la transmission des signaux électroniques et à assurer les connexions : les « *boxs* » grâce auxquelles les internautes ont accès à Internet, les routeurs qui redirigent les signaux pour les faire parvenir jusqu'à bon port, etc. De fait, ils peuvent filtrer ou bloquer l'accès vers un nom de domaine ou une adresse IP de destination. Mais ils n'ont aucunement le pouvoir d'effacer des données d'un serveur qu'ils n'exploitent pas eux-mêmes.

[123] En se connectant par exemple à un serveur « VPN » ou « proxy » qui, à la place du terminal depuis lequel se connecte l'utilisateur, va fournir une adresse IP échappant au dispositif de blocage.

[124] V. C. MANARA, « Bloquer le filtrage ! Une approche critique des affaires SABAM », *Juriscom* 2011, spéc. pp. 8-14 : www. juriscom.net.

de communication au public en ligne[125]. Dans cette hypothèse, que la mise en œuvre de la mesure réponde d'une injonction de cessation, ou qu'elle résulte de l'exécution spontanée, par une plateforme, de son obligation de faire cesser la diffusion de fausses nouvelles, la forme technique que cette mesure va prendre est celle, à proprement parler, du retrait du contenu, à savoir l'effacement, sur son serveur de stockage, de la donnée qui en est le support. De prime abord, le retrait peut sembler, dès lors que celui-ci se traduit par une éradication du trouble à sa source, l'acte de cessation le plus énergique qu'il soit. Mais il est en réalité, s'agissant de la diffusion en ligne de fausses nouvelles, d'une bien faible intensité. Car désinformer l'opinion publique en ligne vise, par tous moyens, à rendre virale la diffusion de contenus véhiculant des fausses nouvelles. Cet objectif requiert que ces contenus soient rendus le plus visibles possible dans l'environnement graphique que forment chaque application, ce qui suppose d'instrumentaliser les fonctionnalités de partage et de classement internes à ces applications, ainsi que de diffuser le contenu sur un maximum d'applications, et en premier lieu sur les applications où se concentre l'audience la plus conséquente, à savoir sur les plus grandes plateformes du Web. L'auteur de cet acte de désinformation va pouvoir compter sur sa bonne connaissance des paramètres déterminant le fonctionnement de chaque application, ainsi que sur ses capacités à influencer le comportement des internautes pour les amener à partager le contenu véhiculant la fausse nouvelle. Mais tout cela serait impossible si la donnée numérique n'était pas aussi aisément réplicable, et s'il n'était pas aussi facile d'en démultiplier, sur différents serveurs, les points de stockage. Dans ce contexte, procéder au retrait, sur un serveur donné, de la donnée numérique supportant la fausse nouvelle peut sembler, si la donnée a déjà fait l'objet de nombreuses copies sur plusieurs serveurs, parfaitement inefficace. Si la personne ayant intérêt à l'effacement peut compter sur les plus grandes plateformes, à supposer que celles-ci s'acquittent de leurs obligations, cette personne devra, s'agissant du restant des éditeurs de services de communication au public en ligne, diviser, auprès du juge des référés, sa demande en autant de mesures de retrait qu'il existe d'exploitants de serveurs sur lesquels la donnée est stockée.

[125] C. élect., art. L. 163-2, I.

Mais les difficultés ne s'arrêtent pas là. Même à l'égard d'un même exploitant, qu'il s'agisse d'une grande plateforme ou d'un éditeur de plus petite taille, obtenir que la diffusion d'une fausse nouvelle cesse complètement peut s'avérer un objectif extrêmement délicat à remplir. La donnée numérique étant aisément réplicable, il s'agirait de se prémunir contre la réapparition, sur le site de cet exploitant, de contenus « identiques », c'est-à-dire de contenus véhiculant la même fausse nouvelle[126]. La donnée numérique étant aisément altérable, il s'agirait de se prémunir également contre la publication de contenus similaires, c'est-à-dire de contenus qui, sans être parfaitement identiques avec le contenu original, n'en véhiculent pas moins la même fausse information[127]. Sauf à agir le plus rapidement possible, ce à quoi répond le délai de 48 heures dans lequel le juge des référés doit rendre la décision, faire cesser la diffusion de contenus, dont la qualité propre est d'avoir été conçus en vue de leur propagation virale et instantanée, semble relever de l'impossible. Aussi, il faut conclure, plus résolument encore, à la profonde inefficacité des mécanismes instaurés par la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information.

Enfin, à supposer, tout d'abord, que le juge des référés ou la plateforme choisissent, conformément aux conditions légales selon lesquelles un contenu doit être qualifié de fausse nouvelle, de procéder à son retrait, à supposer, ensuite, que la mesure de retrait ait été parfaitement calibrée pour que le contenu ait entièrement et définitivement disparu du Web, que dire des effets nécessairement extraterritoriaux de la mesure dès lors que le retrait, par définition, se répercute sur l'ensemble du Web ? Si l'extraterritorialité de la mesure n'est pas en soi problématique, étant précisé que certains

[126] À propos de ces contenus « identiques », la Cour de justice de l'Union européenne a récemment admis qu'il « est légitime que la juridiction compétente puisse exiger de cet hébergeur qu'il bloque l'accès aux informations stockées, dont le contenu est identique à celui déclaré illicite antérieurement, ou qu'il retire ces informations, quel que soit l'auteur de la demande de stockage de celles-ci » (CJUE, 3 oct. 2019, aff. C-18/18, *Eva Glawischnig-Piesczek c. Facebook Ireland*, §. 37). Mais cette affaire portait sur des contenus illicites.

[127] Dans la même affaire, la Cour de justice a jugé « que, pour qu'une injonction visant à faire cesser un acte illicite et à en prévenir la réitération ainsi que toute nouvelle atteinte aux intérêts concernés puisse effectivement atteindre ces objectifs, ladite injonction doit pouvoir s'étendre aux informations dont le contenu, tout en véhiculant en substance le même message, est formulé de manière légèrement différente, en raison des mots employés ou de leur combinaison, par rapport à l'information dont le contenu a été déclaré illicite » (*Ibid.*, §. 41).

types de contenus peuvent être jugés universellement répréhensibles, ce n'est aucunement le cas des fausses nouvelles qui, d'une part, ne sont pas toujours des contenus illicites et qui, d'autre part, intéressent avant tout les espaces publics d'expression nationaux. À leur égard, l'extraterritorialité d'éventuelles mesures de retrait va soulever des difficultés évidentes. Il existe ainsi des législations nationales de lutte contre les fausses nouvelles qui, ayant pour seuls critères d'application géographique l'atteinte à un intérêt public national ou à l'intérêt d'un ressortissant, s'autorisent à ordonner la censure de publications étrangères[128]. Il existe sinon l'hypothèse inextricable où « deux lois anti-fake news entreraient en concurrence »[129]. Mais, plus globalement, toutes les difficultés que posent ces mesures de cessation extraterritoriales, que leur mise en œuvre résulte de l'exécution d'un ordre judiciaire[130] ou d'une obligation de modération[131], s'entendent de la détermination

[128] C'est ainsi le cas de la législation malaisienne s'appliquant dès lors que la « fausse information concerne la Malaisie ou nuit à un citoyen malaisien » et réputant ainsi l'« infraction (…) commise sur le territoire malaisien » (cité *in* : ALBARIAN A., *op. cit.*, p. 48). Cette fiction n'est pas sans rappeler la codification, en 2016 (loi n° 2016-731 du 3 juin 2016 renforçant la lutte contre le crime organisé, le terrorisme et leur financement, et améliorant l'efficacité et les garanties de la procédure pénale, art. 28), de la règle de compétence selon laquelle « tout crime ou tout délit réalisé au moyen d'un réseau de communication électronique, lorsqu'il est tenté ou commis au préjudice d'une personne physique résidant sur le territoire de la République ou d'une personne morale dont le siège se situe sur le territoire de la République, est réputé commis sur le territoire de la République » (C. pén., art. 113-2-1).

[129] ALBARIAN A., *op. cit.*, p. 48.

[130] Quelle est la portée géographique d'une injonction délivrée par un juge étatique en application de sa propre législation nationale ? Cette question a surgi, dès le début des années 2000, dans une affaire ayant opposé l'association *LICRA* au moteur de recherche *Yahoo*, affaire relative au déréférencement de sites américains de ventes aux enchères d'objets nazis. Le 21 novembre 2000, le Tribunal de grande instance de Paris rendit une ordonnance aux termes de laquelle il était enjoint à la société Yahoo de « (…) prendre toute mesure de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur "yahoo.com" du service de vente (…) » (TGI Paris, ord. réf., 22 mai 2000, RG n°s 00/05308 et 00/05309). L'affaire a suscité un vif débat quant au fait de savoir si l'ordre devait conduire au déréférencement pur et simple des sites litigieux, et donc à leur disparition de toute liste de résultats de recherche établie par le moteur *Yahoo.com*, ou s'il devait conduire à un filtrage du trafic rendant impossible, depuis la France, l'accès à ces résultats de recherche.

[131] Ici, la disproportion des mesures de cessation va dépendre de la portée géographique que l'éditeur donne à sa politique de modération. Un éditeur comme *Facebook*, dont l'audience est planétaire, a choisi de n'avoir qu'un seul reflet de son site, c'est-à-dire qu'une seule version de son site quel que soit le territoire depuis l'utilisateur s'y connecte. Aussi, toute mesure de modération se répercute sur l'ensemble du réseau de ses utilisateurs. Ceci explique que, de façon

de la « proportionnalité géographique » de ces mesures[132]. Dans son opinion séparée sous l'affaire *Ahmet Yildirim c. Turquie*, le juge Pinto de Albuquerque préconisa, pour qu'une législation nationale prévoyant le blocage de la diffusion en ligne de contenus soit jugée conforme à l'article 10 de la Convention de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales, que celle-ci contienne des dispositions portant sur « le champ d'application territoriale de l'ordonnance de blocage, qui peut avoir une portée régionale, nationale, voire mondiale »[133]. Or, force est de constater que, sur ce point, la loi sur la lutte contre la manipulation de l'information est muette[134].

En cherchant à ce que les contenus véhiculant des fausses nouvelles disparaissent du Web, soit en cherchant à effacer, sur l'ensemble des serveurs et terminaux interconnectés, les données

assez grotesque, se côtoient, parmi les standards de modération de *Facebook*, des interdits tels que « la nudité infantile et la pornographie » et, après que *Facebook* ait été condamné en Turquie, les « atteintes à l'image d'Atatürk, la publication de carte du Kurdistan et l'incinération du drapeau national turc » (KLONICK K., *op. cit.*, p. 57).

132 V. TREPPOZ É., « L'extraterritorialité des injonctions portant sur un site internet », *Mélanges Bernard Audit*, 2014, LGDJ, spéc. pp. 665-671.

133 CEDH, 18 déc. 2012, n°3111/10, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, PINTO DE ALBUQUERQUE P. (op. conc.).

134 Il s'agirait donc de se tourner vers le juge. La Cour de justice de l'Union européenne a récemment rendu deux décisions concernant la portée géographique de mesures visant à faire cesser la diffusion en ligne de contenus. Mais il faut considérer, d'une part, que l'une de ces décisions porte sur le droit au déréférencement de l'article 17 du RGPD (Règlement (UE) n°2016/679 du Parlement européen et du Conseil du 27 avril 2016 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (RGPD), art. 17), et que l'autre traite des injonctions à faire cesser la diffusion de contenus illicites que le juge d'un État-membre peut adresser à un éditeur de service de communication au public en ligne (Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), art. 14, 3). Et, l'on observe, d'autre part, que les solutions retenues par la Cour paraissent à l'opposé l'une de l'autre. Concernant la portée géographique du droit au déréférencement, la Cour a jugé que « lorsque l'exploitant d'un moteur de recherche fait droit à une demande de déréférencement (…), il est tenu d'opérer ce déréférencement non pas sur l'ensemble des versions de son moteur, mais sur les versions de celui-ci correspondant à l'ensemble des États membres (…) » (CJUE, 24 sept. 2019, Google LLC c. CNIL, aff. C-507/17, §. 74). Concernant la portée géographique d'une injonction de retrait de contenus diffamatoires et injurieux, la Cour a jugé que le droit européen « enjoindre à un hébergeur de supprimer les informations visées par l'injonction ou de bloquer l'accès à celles-ci au niveau mondial » (CJUE, 3 oct. 2019, *précit.*, §. 55).

supportant ces contenus, le législateur témoigne avoir une approche parfaitement insensée du maillage formé des divers sites et applications sur lesquels les utilisateurs publient et partagent des informations. Internet et ses applications ont engendré un espace de publication composite dont l'une des caractéristiques est de pouvoir résister à toute tentative de censure totale et définitive. En adoptant une autre perspective, ces espaces de publication, et donc d'expression, peuvent être conçus comme des lieux où se fabrique l'opinion. L'acte de communication, quoiqu'envers un public dont la nature, sur le Réseau, peut être fortement éthérée, résulte toujours de la rencontre, même conflictuelle[135], entre la volonté discursive d'un locuteur et l'entendement qu'ont ses interlocuteurs de son discours. Dans ce contexte, il est étonnant que le législateur, plutôt que d'aborder la problématique des fausses nouvelles à sa source, c'est-à-dire en s'attaquant à l'acte de publication, n'ait pas porté le regard sur la dynamique de propagation des fausses nouvelles et sur le crédit que le public, victime de désinformation, leur accorde. La vérité émerge toujours de son contraste avec la fausseté. Aussi, il s'agirait plutôt de questionner ce qui explique, aujourd'hui, que l'entendement collectif, confronté à des velléités de désinformation particulièrement nombreuses et virulentes, soient à ce point pris en défaut qu'il y ait de craindre pour ce qui permet de faire sens et vérité dans une société de la libre expression.

II. Une voie délaissée par le législateur : le contrôle de la dynamique de propagation des fausses nouvelles

À la différence des médias de masse traditionnels, réalisant des communications « de point à multipoint [*one-to-many*] »[136], Internet serait un *medium* rendant possible des communications de « multipoint à multipoint » (*many-to-many*)[137]. En permettant à n'importe quelle personne « connectée » de s'exprimer

[135] COURONNE V., « Éduquer, démentir, fact et legal checking : l'expérience du collectif Les Surligneurs », *Le droit face au défi de la rumeur*, *op. cit.*, spéc. pp. 69-71.
[136] DREYER E., HUET J., *Droit de la communication numérique*, 2011, LGDJ, p. 10.
[137] *Idem*.

publiquement, Internet serait, d'une certaine manière, un « média des masses »[138]. C'est en effet l'une des caractéristiques d'Internet que de permettre à tout utilisateur, dès lors que son ordinateur est raccordé au Réseau, de rendre public l'accès à une partie de son ordinateur, ordinateur devenant, de ce fait, un serveur pouvant recevoir des connexions. Mais rendre public l'accès à son terminal informatique requiert un certain savoir-faire[139], et nécessite, pour certains usages, de disposer de machines informatiques dépassant largement les modestes capacités de stockage et de traitement d'un ordinateur personnel ou d'un téléphone intelligent[140]. C'est pourquoi, il est fréquent de recourir à l'hébergement, c'est-à-dire à l'activité supposant, pour un professionnel spécialisé, de louer à des utilisateurs, professionnels ou particuliers, les capacités de stockage et de traitement de ses installations informatiques[141]. En somme, le

[138] D'où, il s'agirait de se garder de condamner la faculté de publier nouvellement acquise par tout un chacun : « [Les] dissonances ont toujours existé, mais elles étaient à l'époque des médias de masse cantonnées à la sphère privée et étaient gommées dans le débat public par le principe de majorité (…). Internet n'a pas rendu les gens plus agressifs, moins intelligents ou moins tolérants, il nous a simplement révélé la diversité des façons de donner du sens au monde qui coexistent au sein de la société et les frictions qui peuvent naître de leur confrontation » (BADOUARD R., *op. cit.*, p. 16).

[139] Un particulier voulant faire part publiquement, et par billets d'humeur, de ses opinions devra le faire sur un *blog*. Mais vouloir créer et exploiter son propre blog n'est pas à la portée de tous. Si ce particulier voulait « coder » lui-même les pages de son site Web, celui-ci devrait utiliser un logiciel de traitement de texte compatible avec les standards d'écriture des pages Web. S'il voulait déposer et enregistrer lui-même son nom de domaine, alors il lui faudrait s'adresser à un bureau d'enregistrement en charge de l'extension recherchée (CPCE, art. L. 45-3). Enfin, s'il voulait héberger son blog de par ses propres moyens, c'est-à-dire stocker les pages de son site, les billets qu'il aura publiés sur ces pages, ainsi que les commentaires éventuels de ses lecteurs, il lui faudrait le faire sur un serveur géré par ses soins. Ce sont là quelques contraintes, mais il en existe d'autres : « Il y a des conséquences financières à l'auto-hébergement chez soi, l'électricité, par exemple (…). Mais le principal problème est (…) qu'il faut s'occuper de cet hébergement, assurer sa sécurité, gérer les sauvegardes des fichiers, etc. (…) [problème s'avérant particulièrement saillant] si la personne qui s'occupe des machines n'a pas de compétence en sécurité ou, tout simplement, manque de temps » (BORTZMEYER S., *Cyberstructure – L'Internet, un espace politique*, 2018, éd. C&F, p. 169).

[140] Un particulier ne pourrait bien évidemment pas fournir, de par ses propres ressources informatiques, une prestation de réseau social. Si l'on part du principe que la fourniture d'un service de réseau social conduit à la recherche constante d'un accroissement de la taille du réseau, le prestataire devra disposer de machines capables, du point de vue de la puissance de leurs processeurs, de recevoir un nombre important de connexions, le cas échéant, simultanées.

[141] L'activité d'hébergement a souvent été rapproché du concept d'« informatique en nuage ». Mais l'informatique en nuage ne désigne pas « à proprement parler une nouvelle technologie » (*L'informatique en nuage – Une vue d'ensemble des enjeux économiques et politiques*, 2016, Parlement européen, p. 3). Elle renvoie plutôt à « un

grand apport d'Internet a été de permettre à n'importe lequel de ses utilisateurs d'accéder, d'une manière ou d'une autre, à des moyens lui permettant de publier des contenus en ligne. Comme il est convenu de l'écrire, « Internet n'a pas permis seulement de lire, il a également permis d'écrire »[142].

Mais Internet charrie également de nombreux mythes, notamment en ce que, s'il est promis à chacun de pouvoir « écrire » en ligne, il n'est aucunement promis d'être « lu », et si certains utilisateurs parviennent à ressentir l'ivresse du « buzz », d'autres s'en retrouvent bien souvent à « prêcher dans le désert ». Il faut dire que le contrôle éditorial, en ligne, de l'information diffusée au public, à le comparer avec l'activité d'édition du temps de la télévision, de la radio, et des kiosques de journaux du monde physique, a connu d'importantes mutations. Un certain discours tente de n'accorder que des bienfaits à ces transformations. Dans un réseau où chaque point est capable d'émettre, où chaque utilisateur est en mesure de publier, il n'est qu'un pas pour considérer que, par un effet de symétrie, toute distinction entre le statut de locuteur et d'interlocuteur ait été abolie[143], et que, de ce

nouveau paradigme pour l'informatique, fruit des progrès réalisés dans divers domaines technologiques, notamment la démocratisation de l'internet à grande largeur de bande (permettant un accès aux ressources informatiques depuis n'importe où ou presque, avec un temps de réponse rapide) et la virtualisation (permettant une infrastructure informatique qui semble être réservée à un client unique, mais qui partage en fait une même plateforme matérielle avec les autres clients et applications du nuage) » (*Idem*). L'informatique en nuage n'est qu'une conséquence concrète d'une généralisation de l'activité d'hébergement (SORDET E., MILCHIOR R., « Cloud computing, un objet juridique non-identifié ? », *CCE* n°11, 2011, étude 20, §.2). Aussi, si le rapprochement permet de mieux comprendre en quoi consiste aujourd'hui l'activité d'hébergement, il faut se garder d'un mauvais usage de la notion d'informatique en nuage : « L'emploi du terme cloud sert (…) à obscurcir une réalité simple : il n'y a pas d'"informatique en nuage". Si vos applications ne tournent pas sur votre ordinateur, c'est qu'elles tournent sur l'ordinateur de quelqu'un d'autre. C'est de la sous-traitance qui n'est pas en soi mauvaise (mais le nom sonne moins bien que cloud), mais qui pose des questions qu'il faut traiter » (BORTZMEYER S., *op. cit.*, pp. 166-167).

142 « On peut dire sans risque que les gouvernements seraient moins critiques de l'Internet s'il ne servait qu'à lire et à acheter. Mais il permet aussi d'écrire, et cela crée à la fois de merveilleuses possibilités, et des problèmes sérieux » (*Ibid.*, p. 17).

143 On peut ainsi lire : « Tous artistes ? (…) L'hypothèse implicite est que dans le Web chacun de nous pourrait entrer de par son propre génie créatif dans le royaume de l'art (…). Si les contenus numériques auto-édités le sont par des personnes qui ont souvent des qualifications supérieures à la moyenne, rien ne permet de garantir que leur qualité débouche sur la création (…) ce que l'on

fait, l'ensemble des utilisateurs se partagent, de manière horizontale, une autorité éditoriale équivalente sur les flux d'information réticulaires. Cette horizontalité aurait conduit à une désintermédiation des communications, c'est-à-dire à la réalisation du modèle des communications de « bout-en-bout » cher à certains théoriciens de l'architecture du réseau Internet[144], se traduisant, d'une part, en ce que les « *gatekeepers* » traditionnels, c'est-à-dire, entre autres, les éditorialistes, les journalistes, les critiques et les experts[145], auraient vu leur pouvoir de sélectionner l'information s'amoindrir et, d'autre part, en ce que les publics seraient devenus, par leurs avis, que ces avis prennent la forme d'un « clic » ou d'un « *like* », les principaux déterminants de la valeur devant être accordée aux contenus[146]. C'est, d'une certaine manière, au soutien de cette thèse, que la Cour suprême américaine, dans sa décision *Reno v. ACLU* de 1997, a pu présenter Internet comme un « nouveau marché des idées »[147]. La théorie du marché des idées, ayant été pour la première fois formulée par le juge Holmes, en 1919, dans l'affaire *Abrams v. United States of America*[148], veut que, au

qualifie de création vient de fait de la communication » (GREFFE X., SONNAC N., *Culture Web – création, contenus, économie numérique*, 2008, Dalloz, pp. 13-14.).

144 « (…) l'incarnation du modèle des communications de bout-en-bout [est] ce qui suggère que les réseaux sont neutres par essence » (not. trad.) (WU T., WU T., « Network neutrality, Broadband discrimination », 2 *J. on Telecomm. & High Tech.* L. 141 (2003), p. 146).

145 BADOUARD R., *op. cit.*, p. 13.

146 Ceci explique, par exemple, que l'encyclopédie *Wikipédia* promeut, dans la liste de ses règles et recommandations, un principe de neutralité excluant qu'une source ou un propos puissent être mis avant du fait de l'autorité et de l'expertise pouvant être formellement attribuée à son publicateur (www.wikipedia.org/wiki/Neutralité_de_point_de_vue). La valeur d'une publication, sa modération éventuelle, dépend des règles fixées et des débats organisés au sein de la communauté des utilisateurs inscrits de Wikipédia. Ainsi, les titres et grades académiques ne sont pas pris en considération pour déterminer la valeur d'une publication, ou le statut d'un publicateur au sein de la communauté des rédacteurs de l'encyclopédie.

147 « L'expansion prétendument dramatique de ce nouveau marché des idées contredit l'analyse des faits à l'origine de ce différend. [Les études montrent] que la croissance d'Internet a été et reste phénoménale. Au regard de la tradition constitutionnelle américaine, en l'absence de preuve du contraire, nous présumons que la réglementation gouvernementale du contenu du discours est plus susceptible de gêner le libre échange d'idées que de l'encourager. L'intérêt d'encourager la liberté d'expression dans une société démocratique l'emporte sur tout avantage théorique mais non encore prouvé de la censure » (not. trad.) (*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), p. 885).

148 « Le meilleur test de vérité passe par le pouvoir qu'a la pensée de s'accepter soi-même à la faveur de la compétition du marché, et cette vérité est la seule certitude sur la base de laquelle les êtres humains peuvent prétendre poursuivre leurs aspirations en toute sérénité » (not. trad.) (*Abrams v. United States of America*, 250 U.S. 616 (1919), HOLMES O. W. (dissent op.), §. 630).

sein d'un espace public d'expression donné, de la démultiplication des échanges d'opinions advienne, par le jeu d'une forme d'autorégulation, une meilleure information d'un public enfin à même de sélectionner les opinions justes, de chasser les idées reçues, et pourquoi pas, de faire émerger, par un effet de catharsis, la vérité au milieu de la fausseté. Si l'on peut croire qu'Internet, par le biais de sa fonctionnalité ouverte de publication, contribue à stimuler le débat contradictoire, on ne peut guère considérer, en revanche, que de la démultiplication des publications en ligne soit advenue une meilleure information du public[149]. Aussi, ou bien l'horizontalité éditoriale s'avère un modèle défaillant lorsqu'il s'agit d'envisager, dans un réseau complexe, ce que peut être un contrôle éditorial des flux d'information. Ou bien l'on doit considérer que la désintermédiation des communications, si celle-ci n'est pas le produit d'une conception naïve voulant que le pouvoir éditorial soit partagé de manière horizontale, n'a été qu'imparfaitement réalisée.

En effet, l'on pourrait avancer, tout d'abord, que les *gatekeepers* traditionnels n'ont pas complètement disparus, et que certains d'entre eux, comme les journalistes, ont été contraint de faire évoluer leurs pratiques afin de restaurer leur autorité, comme en atteste, pour ce qui nous intéresse, l'activité de « *fact-checking* » par exemple[150]. Mais il apparaît surtout que de nouveaux *gatekeepers* sont apparus, *gatekeepers* dont l'activité d'intermédiation éditoriale des communications réticulaires, en ses traits actuels, peut être considérée comme le facteur dominant d'une dégradation des flux d'information en ligne. Or, cette dégradation s'avère propice à la propagation de fausses nouvelles (**A**). Assez logiquement, vouloir lutter contre les fausses nouvelles, et plus globalement contre cette

[149] Il faut dire que la théorie du marché des idées souffre d'un certain nombre de préjugés voulant, par exemple, que les utilisateurs expriment toujours des opinions qu'ils croient vraies ou que le public juge toujours rationnellement de la qualité des contenus qu'il consulte (PECH L., « Le marché des idées : une métaphore américaine », *Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, 2007, Bruylant, p. 73), préjugés que l'actualité des flux d'information réticulaires bât largement en brèche.

[150] Le « fact-checking » renvoie à l'activité consistant à vérifier l'exactitude factuelle des publications. Celle-ci est à rapprocher de l'activité traditionnelle de journalisme mais est devenue, sur le Web, une tâche effectuée par les journalistes, comme par des sites spécialisés et leurs communautés d'utilisateurs (BIGOT L., « Le *fact-checking* ou la réinvention d'une pratique de vérification », *Communication & Langages* 2017/2, n°192, pp. 131-156).

dégradation de la qualité des flux informationnels, ne semble pouvoir avoir lieu autrement que par une réglementation plus sévère de ces activités d'intermédiation éditoriale (**B**).

A. La dégradation des flux d'information en ligne : les désastres de l'intermédiation éditoriale

L'auteur de ces lignes n'est aucunement un nostalgique de l'ère pré-internet, ni de l'intermédiation éditoriale verticale qui y prédominait. La faculté offerte à tous de publier ses opinions, de faire diffusion de ses œuvres artistiques, voire même, avec un certain esprit de légèreté, de faire le récit de certains épisodes banals de son vécu, représente un gain inestimable pour la libre expression, ainsi qu'un gage d'épanouissement pour les individus et les groupes. Pour autant, peut-on parler, en l'état actuel des communications réticulaires, d'horizontalité et, surtout, doit-on rechercher leur entière désintermédiation ? Pour garantir que tout utilisateur puisse exercer cette faculté de publication, les intermédiaires que sont les hébergeurs, ou ceux que la LCEN appelle autrement les éditeurs de services de communication au public en ligne, sont, comme vu précédemment, indispensables. Quant à un autre apport fondamental de l'Internet, celui voulant que les utilisateurs puissent accéder à quantité de contenus qui leur étaient jusqu'ici impossibles de consulter, ici encore, en ce qu'il va s'agir d'organiser l'accès à cette masse d'informations, des intermédiaires vont s'avérer nécessaires. Car l'accessibilité, c'est-à-dire la possibilité technique de se connecter à des ressources donnant accès à ces contenus, n'est pas synonyme d'accession. Certains utilisateurs, à l'occasion d'une connexion donnée, peuvent savoir ce qu'ils recherchent, ainsi que connaître le site ou la ressource accessible en ligne à laquelle ils doivent se connecter. En toute autonomie, ceux-ci pourront donc inscrire, dans la barre de requête de leur navigateur, l'adresse URL de cette ressource ou le nom de domaine du site sur lequel elle est publié le contenu qu'il souhaite consulter. Ces utilisateurs vont pouvoir également s'abonner à des flux de syndication qui, comme le flux RSS, leur permettront d'avoir connaissance de toute nouvelle publication sur

leurs sites de prédilection[151], et ainsi continuer d'exercer leur liberté de choisir, en toute autonomie, leurs sources d'information. Mais l'utilisateur, tout en sachant ce qu'il recherche, peut ne pas savoir à quelle ressource ou à quel site se connecter pour avoir accès aux informations qui lui permettront de satisfaire ses attentes. C'est ici qu'interviennent un certain nombre d'acteurs, que l'on peut qualifier d'intermédiaires éditoriaux en tant qu'ils référencient les contenus informationnels publiés en ligne. On songe bien évidemment aux moteurs de recherche du Web, mais on doit également leur ajouter les fournisseurs de services de *réseau social*, c'est-à-dire de « services permettant à leurs utilisateurs, en échange de l'enregistrement de leurs activités, préférences, affinités et autres informations personnelles, de disposer d'un espace d'échange et de partage avec une communauté d'internautes »[152], les plateformes *de partage de contenus multimédias générés par l'utilisateur*, c'est-à-dire les services permettant à leurs utilisateurs de « rendre accessibles à l'ensemble des internautes les contenus [qu'ils ont] mis en ligne »[153], et plateformes *d'intermédiation contractuelle*, dont l'activité vise à mettre en relation les publicateurs d'offres contractuels avec leurs potentiels acceptants[154], qui, tout fournisseur de services qu'ils soient, n'en participent pas moins du classement, au moyen de leurs moteurs de recherche interne, des contenus publiés par leurs utilisateurs. Tous ces intermédiaires remplissent une fonction indispensable : référencer les contenus, et ainsi structurer les voies d'accès vers l'information de sorte à ce que toutes les variétés de contenus puissent rencontrer leur audience naturelle. L'objectif est

[151] La syndication, dont le protocole RSS est le plus emblématique, permet, après s'être abonné auprès de l'éditeur d'un site Web, d'être informé par voie d'email de toute modification de ce site, et donc de la publication de nouveaux contenus (BORTZMEYER S., *op. cit.*, p. 86). Mais la syndication est aujourd'hui en recul. Certains éditeurs n'admettent pas que leurs sites soient interopérables avec les protocoles de syndication. Leur but est de remplacer ce mode d'accès à l'information par des « *newsletters* » dont ils ont la pleine maîtrise éditoriale.

[152] BARRAUD B., « Droit du Web participatif (blogs, forums, wikis, réseaux sociaux, plateformes de partage) », *JCl Communication*, fasc. 600, 2018, LexisNexis, §. 6.

[153] BARRAUD B., *op. cit.*, §. 7.

[154] Cette activité d'intermédiation peut être dite commerciale lorsque les parties à la relation contractuelle intermède sont, soient des professionnels (BtoB), soient des professionnels vendant des biens ou fournissant des services à des consommateurs (BtoC). Il existe, enfin, des acteurs dont l'activité consiste à intermédier la conclusion de contrats entre particuliers (CtoC). Cette activité soulève certaines difficultés pour ce qui est de sa qualification juridique ((BERNHEIM-DESVAUX S., « La consommation collaborative ou participative – consommation collaborative portant sur un produit », *CCC* 2015, n°1, étude 2).

noble. Mais ce serait oublier une dernière hypothèse, celle dans laquelle l'utilisateur, pas plus que de savoir à quoi se connecter, ne sait pas ce qu'il recherche. Dans ce cas de figure, il n'existe qu'une seule manière de structurer les voies d'accès vers l'information : la suggestion. Or, cette dernière hypothèse, qui s'appuie sur le modèle de l'internaute « surfant » passivement sur le Web, est loin d'être minoritaire, et il n'est pas excessif de considérer que certains intermédiaires éditoriaux, dans la prise en charge de cette passivité, ont profondément dégradé les flux d'information en ligne.

On pourrait, tout d'abord, avancer que cette dégradation s'explique du fait d'un mariage incestueux, chez certains intermédiaires, entre une activité d'intermédiation éditoriale, dont le but, rappelons-le, est d'organiser l'accès vers les contenus informationnels, et une activité de régie publicitaire, dont le propre est de viser, par orientation du comportement des consommateurs, à ce que ceux-ci consultent en ligne des contenus promotionnels ou souscrivent aux offres commerciales formulées par des annonceurs[155]. Cette confusion des rôles produit un certain nombre d'effets délétères[156]. Mais elle a surtout, pour notre

[155] La position centrale qu'occupent certains intermédiaires éditoriaux dans les communications réticulaires, ainsi que leur savoir-faire en matière de vente d'espaces publicitaires en ligne, a justifié que ceux-ci, au-delà de la location d'espaces sur les sites dont ils sont les éditeurs, s'impliquent directement, en tant que régie publicitaire, dans l'affichage de contenus publicitaires sur les sites de leur réseau de clients.

[156] L'occupation par les contenus promotionnels des espaces de publication du Web est telle aujourd'hui qu'on peut affirmer qu'un des principes cardinaux du droit de la publicité, celui voulant qu'un consommateur doive toujours être en mesure d'identifier le caractère promotionnel d'un contenu (LCEN, art. 20), s'avère largement remis en cause. L'époque est celle d'un effacement de la distinction entre discours promotionnels et discours non-promotionnels. La publicité intégrée (*native advertising*) est définie comme la publication, sur une page Web, de suggestions commerciales par le biais de contenus « ayant l'apparence d'avoir été publiés gratuitement, alors qu'ils sont en réalité des contenus dont la publication s'est faite contre rémunération » ((not. trad.) HYMAN D. A., FRANKLYN D., YEE C., RAHMATI M., « Going native : Can consumers recognize native advertising ? Does it matter ? », 19 *Yale J.L. & Tech.* 77 (2017), pp. 77-112, p. 79). Au-delà de la fourniture, par la vente par certains exploitants de moteurs de recherche de mots-clés de requête, d'hyperliens s'affichant en tant que résultat du traitement algorithmique « naturel » effectué par leur moteur, au-delà de la publication par un influenceur prétendant s'exprimer en son nom propre de contenus laudateurs à l'égard d'une marque ou d'un produit dont un annonceur recherche la promotion, la FTC américaine, dans un récent rapport relatif aux publicités intégrées, a recensé dix-sept exemples de pratiques dont certaines s'avèrent particulièrement sournoises si l'on juge de leur objectif consistant à créer une confusion dans l'esprit des internautes : « Exemple 11 : Une application de jeu en ligne teste les compétences de ses joueurs pour survivre dans la nature

propos, l'inconvénient fâcheux, dès lors que le « clic », du point de vue des recettes publicitaires qu'il peut engendrer, s'avère rémunérateur[157], de valoriser les publications compte-tenu de leurs aptitudes à susciter une audience virale, c'est-à-dire une audience se constituant par réaction, plutôt qu'au regard des qualités intrinsèques du contenu publié qui, telles que la créativité, la sincérité ou, pour ce qui nous intéresse, la véracité, permettent aux utilisateurs de se constituer en audience par le biais de leur réflexion et de leurs jugements. En somme, la dégradation évoquée est celle de l'acte de communication lui-même qui, supposant un rapport intersubjectif entre un locuteur et ses interlocuteurs, devient petit à petit sans objet, car n'apparaît plus se traduire par l'échange d'un contenu dont la fixation du sens dépend à la fois de la posture discursive de son publicateur et de l'interprétation que s'en font ses récepteurs. Ce phénomène de dégradation de l'acte de communication, en le détachant d'une de ses causes qu'est

sauvage en leur offrant un choix de provisions et d'équipement à chaque étape du jeu. Lorsque les joueurs sont amenés à faire un choix, une fenêtre s'ouvre contenant une sélection d'objets - par exemple, une lampe de poche, une corde, et une hache. Chaque objet est accompagné d'un court message - par exemple, la phrase "Illuminez votre chemin" accompagne la lampe de poche. Parmi les objets que les joueurs peuvent sélectionner, il y a un pain de savon identifié par le nom d'une marque et accompagné du texte "Nettoyer". S'il clique sur l'icône du savon, le joueur quitte le jeu pour être emmené sur le site du fabricant de la marque de savon dans sa partie consacrée à cette application de jeu en ligne. Fondé sur l'usage que les co nsommateurs font habituellement de l'application de jeu en ligne et sur la similitude de l'icône de savon avec d'autres objets que les joueurs peuvent sélectionner au cours du jeu, les consommateurs pourraient ne pas reconnaître l'icône comme étant une annonce commerciale avant de cliquer dessus et de quitter la partie. Dès lors que ce format de publicité intégrée peut induire les consommateurs en erreur, une information claire et visible quant au caractère sponsorisé de l'icône est nécessaire avant que les consommateurs ne cliquent dessus » (not. trad.) (FTC, *Native advertising : a guide for businesses*, 2016, p. 5).

[157] Globalement, l'audience portée à une annonce emporte rémunération au « coût par clic » (CPC), correspondant à une rémunération proportionnelle au nombre de clics, par adresse, IP sur le contenu publicitaire, au « coût par mille » (CPM), correspondant à une rémunération en fonction du nombre d'affichage du contenu publicitaire, ou au coût par vente (CPV), correspondant à une rémunération en fonction du nombre de clic ayant conduit à une vente. À propos du CPV, il est question de parler également de taux de conversion : « Une conversion correspond à ce que vous voulez, c'est-à-dire ce qui correspond pour votre propre activité à une conversion : une vente est une conversion, un formulaire rempli pour une demande de devis est une conversion, mais une inscription à une newsletter pour certains est aussi une conversion » (EOUZAN G., DUPUIS J., MICHALON CH., *Webmarketing, définir, mettre en pratique et optimiser sa stratégie*, 2ème éd., 2014, éd. ENI, p. 418).

l'omnipotence, en ligne, de l'activité publicitaire, trouve une explication encore plus convaincante dans la conception, tout à fait particulière, que se font certains intermédiaires éditoriaux de l'horizontalité réticulaire. Même s'il semble parfois qu'ils l'oublient en prétendant avoir délivré les utilisateurs du paternalisme des *gatekeepers* traditionnels[158], les intermédiaires éditoriaux demeurent des éditeurs. À ce titre, leur activité de référencement de l'information, même déléguée aux machines que sont les algorithmes de *ranking*, n'est jamais neutre[159]. Celle-ci répond de la fixation d'une ligne éditoriale, à savoir de la définition de critères qui, intégrés dans la suite d'opérations que réalise l'algorithme, vont justifier qu'un contenu soit rendu, pour une connexion donnée, plus visible qu'un autre. Or, ces critères tendent à assimiler de plus en plus aujourd'hui la notion de pertinence sémantique à celle de popularité. L'exemple des moteurs de recherche du Web, et du succès rencontré par le moteur exploité par *Google*, s'avère significatif à cet égard. Il y a sans aucun doute un avant et un après *Google*. Avant *Google*, les moteurs de recherche s'évertuaient, parfois péniblement, à fournir des résultats de requête dont le classement tenait essentiellement à des correspondances lexicales entre l'expression inscrite par l'utilisateur dans la barre de requête du moteur, et le nombre d'occurrences, sur les différentes pages Web, des termes appartenant à cette expression. L'originalité de *Google* a été d'ajouter à ce critère de correspondance lexicale, un critère tenant compte du nombre d'hyperliens pointant vers une ressource ou vers une page. La conséquence en est que le classement de l'information, sur le *Pagerank*, ne répond plus tellement d'une

[158] « Leurs concepteurs partagent l'idée que les informations ne doivent pas être choisies par les journalistes, que les publicités ne peuvent pas être les mêmes pour tous, que les catégories d'appartenance traditionnelles représentent mal les individus et que chacun doit pouvoir choisir librement ses "contenus" sans subir le paternalisme des prescripteurs » (CARDON D., *op. cit.*, p. 89).

[159] GRIMMELMANN J., « *Speech engines* », 98 *Minn. L. Rev.* 868 (2014), pp. 868-952. Un autre auteur a écrit : « [Dès lors que] l'algorithme fait mécaniquement un choix éditorial et, au nom de la liberté d'expression, il est libre de classer comme il le souhaite (…), l'obligation de loyauté interroge non pas une vaine objectivité ou vérité de la représentation des informations, mais l'alignement, ou le désalignement, entre le service que la plateforme prétend rendre et la réalité de ce qu'elle offre » (CARDON D., *op. cit.*, pp. 81-82). Si la neutralité absolue de l'algorithme de rang est donc exclue, il n'est cependant pas excessif d'exiger que la détermination des critères de classement des résultats de requête tende vers la neutralité (V. GOLDMAN E., « *Search engine bias and the demise of search engine utopianism* », 8 *Yale J. L. & Tech.*188 (2006), pp. 111-123). Plus radicalement, un auteur a posé la question suivante : « comment savoir si les algorithmes (…) n'expriment pas les préjugés de leurs créateurs » (MOROZOV E, *op. cit.*, p. 182).

logique lexicale fondée sur l'appréciation de la requête exprimée par l'utilisateur, que d'une logique sociale et quantitative fondée sur l'autorité que prête les groupes d'utilisateurs à certains contenus plutôt qu'à d'autres. Quoi qu'on puisse penser de cette approche, qui trouve sa version la plus aboutie dans l'*Edgerank* de Facebook qui, pour organiser la présentation des contenus sur son site, tient compte essentiellement des liens d'« amitié » que ses utilisateurs tissent entre eux[160], force est de constater que, en s'appuyant sur des critères externes aux jugements que les individus pourraient émettre à propos des contenus publiés en ligne, celle-ci ne règle aucunement la problématique de la pertinence sémantique entre les aspirations des utilisateurs et les qualités intrinsèques des contenus qui leur sont proposés à la consultation. Mais à cette difficulté, les plus grands intermédiaires éditoriaux du Web ont trouvé une parade. En usant des masses de données à caractère personnel dont ils sont, sinon les acquéreurs, les principaux collecteurs[161], ces acteurs sont en mesure d'établir, par le traitement algorithmique de ces masses de données, des profils comportementaux pour chacun de leurs utilisateurs. Susceptible, plus que l'utilisateur lui-même, de livrer un portrait fidèle de sa personnalité[162], l'algorithme comportementaliste va permettre aux intermédiaires éditoriaux, en plus d'atteindre des niveaux inégalés de raffinement dans la

[160] « Le *Edgerank* obéit à un principe de proximité : l'information qui arrive la première est celle qui a été partagée par les contacts dont nous sommes les plus proches, [ce signifiant] que plus nous interagissons avec une personne en "likant" ou en relayant ses *posts*, plus les contenus qu'il publie sont importants pour nous [et ont vocation à apparaître dans notre fils d'actualité] » (BADOUARD R., *op. cit.*, p. 35).

[161] BENABOU V.-L., ROCHFELD J., *À qui profite le clic ? - Le partage de la valeur à l'ère numérique*, 2015, Paris, éd. Odile Jacob.

[162] Cette recherche d'authenticité conduit, en mettant en concurrence les régularités algorithmiques avec les avis que l'internaute peut avoir de lui-même, à ce que ce dernier finisse par ne plus croire en son pouvoir de s'autodéterminer par une actualisation perpétuelle, œuvrant par le biais de jugements réflexifs, de ce qu'est sa personnalité, son identité, ses désirs, ses souhaits, etc. S'il accorde lui-même un crédit trop important aux prédictions et régularités des algorithmes, l'internaute peut ne plus croire, en son for intérieur, à son pouvoir de s'autodéterminer. Il peut également ne plus y croire depuis son extérieur si les « autres », en se chargeant pour lui d'accorder du crédit à ces prédictions et régularités, lui enjoignent de s'y conformer. Mais, ainsi que l'a écrit un auteur, « les algorithmes prédictifs ne donnent pas une réponse à ce que les gens disent vouloir faire, mais à ce qu'ils font sans vouloir vraiment se le dire » (CARDON D., *op. cit.*, p. 34). L'on pourrait avancer au moins que le programme comportementaliste des *big data*, s'il vise à ce que les personnes se connaissent un peu mieux, ne vise aucunement à ce qu'elles se comprennent.

formulation de suggestions promotionnelles dites « ciblées »[163], de personnaliser, pour chaque utilisateur, une offre de contenus adaptée à son profil[164].

La difficulté, mais ce n'est pas la seule[165], est que ce modèle d'organisation du référencement des contenus participe au phénomène d'« industrialisation de la désinformation »[166]. Sa contribution s'avère directe en ce que, d'une part, les plus grands intermédiaires, par leurs choix éditoriaux, ont fourni aux auteurs d'actes de désinformation des moyens de propager des fausses nouvelles. En effet, les critères de référencement, aussi sophistiqués soient-ils, sont toujours, du fait de l'automatisme des algorithmes qui les implémentent, prévisibles dans leurs résultats. Manipuler ces critères, c'est-à-dire violer les normes et recommandations dont le respect est supposé garantir la sincérité

[163] La publicité dite « ciblée », qu'elle soit « contextuelle », « comportementale », ou qu'elle prenne une forme jugée « classique », vise à adapter les contenus publicitaires s'affichant sur le terminal de l'internaute à ce que les algorithmes de profilage jugent être les traits de sa personnalité (CNIL, « La publicité ciblée en ligne », 5 février 2009, PEYRAT M. (rapp.), p. 5).

[164] Certains prestataires sembleraient même vouloir, sans que cela semble les heurter dans leurs convictions, personnaliser par traitement algorithmique comportementaliste, non plus l'affichage des contenus, mais les contenus eux-mêmes. Des sites comme *Newsme* ou *Knowhere* se font fort, en effet, de délivrer à chaque internaute, si ce n'est des articles de presse dont le contenu aura été entièrement rédigé au moyen d'un algorithme d'analyse comportementale, des articles de presse dont le titre aura été « personnalisé » par un tel algorithme. La société *Reworld*, plutôt que de faire appel à des journalistes professionnels, aurait pareillement recours à des robots, mais également à des rédacteurs malgaches rémunérés à bas coût (BRABANT J., « Reworld, ou le cauchemar de l'avenir du journalisme », 13 août 2019 : www.arretsurimages.net).

[165] Ainsi, on peut craindre une adaptation irraisonnée des contenus à ce que l'algorithme comportementaliste juge être les souhaits du lecteur moyen. Rédiger des intitulés de titres « accrocheurs », publier plus globalement des contenus « attrape-clics » (*clickbait*) (CARDON D., *op. cit.*, p. 22), pourraient à termes écraser tout ce qui reste des vertus intellectuelles et de la responsabilité éditoriale du journaliste qu'un célèbre philosophe rappelait fort à propos en ces termes : « (…) on colporte couramment les idées les plus saugrenues sur les journalistes et sur leur métier. Cependant la plupart des gens ignorent qu'une "œuvre" journalistique réellement bonne exige au moins autant d'"intelligence" que n'importe quelle autre œuvre d'intellectuels, et trop souvent l'on oublie qu'il s'agit d'une œuvre à produire sur-le-champ, sur commande, à laquelle il faut donner une efficacité immédiate dans des conditions de création qui sont totalement différentes de celles des autres intellectuels. On soupçonne très rarement que la responsabilité du journaliste est beaucoup plus grande que celle du savant et que le sentiment de responsabilité de tout journaliste honorable n'en est rien inférieur à celui de n'importe quel autre intellectuel (…) » (WEBER M., *Le savant et le politique*, réed. 1963, Plon, p. 159).

[166] BADOUARD R., *op. cit.*, p. 42.

de systèmes de référencement dit « naturel »[167], représente le moyen par lequel il s'avère possible de manipuler l'information[168]. D'autre part, la contribution du modèle d'activité des plus grands intermédiaires éditoriaux s'avère directe en ce que leur audience, qui représente la plus grosse part du trafic Internet, procure, aux diffuseurs de fausses nouvelles, une capacité de nuisance inégalée en fait de désinformation d'un public de masse. Mais leur contribution s'avère également indirecte en ce que, en cherchant à personnaliser l'offre d'information, les intermédiaires éditoriaux participent d'un affaissement de l'autonomie intellectuelle devant permettre aux utilisateurs de choisir leurs sources d'information et, partant, de résister aux sources de désinformation. À l'environnement médiatique classique dans lequel les utilisateurs choisissent librement, au sein d'une offre éditoriale pluraliste, les contenus qu'ils souhaitent consulter, les intermédiaires éditoriaux ont substitué un environnement numérique dans lequel les utilisateurs découvrent, au gré de leurs connexions, une offre d'information supposée être parfaitement adaptée à leurs opinions

[167] L'adjectif « naturel » laisse croire à une neutralité du classement. En réalité, le référencement est dit « naturel » lorsqu'il n'est pas « sponsorisé ». La société *Google* est ainsi réputée pour proposer, par le biais de son service *Adwords*, l'achat de mots-clés contre présentation, dans les premières places de la page des résultats d'une requête dans laquelle figure ce mot-clé, d'un hyperlien pointant vers le site de l'annonceur. À propos de cet hyperlien, il est convenu de parler de « lien sponsorisé ». Cette activité publicitaire a pour principe de « faire payer les marques pour que des "posts sponsorisés" qui, selon les principes de l'algorithme, ne devraient pas apparaître dans le flux de l'internaute, soient cependant poussées jusqu'à lui » (CARDON D., *op. cit.*, p. 67).

[168] On peut ainsi citer, comme procédés de manipulation du référencement en ligne, le « *cloaking* », visant à ce que le robot d'indexation d'un moteur de recherche enregistre une autre page que celle que consulterait un internaute à la même adresse, la création de « sites-miroirs », qui supposent la copie exacte d'un site mais sous une autre adresse, ou le « zurnisme », qui consiste en la création de néologismes pour obtenir l'exclusivité de référencement d'une expression. Les fournisseurs de services de moteur de recherche, constamment amenés à modifier les critères de leurs algorithmes afin de contenir ces pratiques, se livreraient à un jeu de « chat et de la souris » avec les auteurs de pratiques de manipulation de leurs critères de classement de l'information : « [Ces derniers] placent des liens vers le site cible dans les commentaires de blogs, glissent subrepticement un lien dans Wikipédia, créent des « fermes » de faux sites liés les uns aux autres pour adresser ensuite un lien hypertexte vers la cible, produisent de faux contenus éditoriaux (parfois écrits par des robots) pour tromper l'algorithme. La plupart de ces techniques sont aujourd'hui devenues inefficaces en raison des modifications incessantes que Google apporte à l'algorithme pour décourager ceux qui essaient de tromper son classement. Mais ce jeu du chat et de la souris (…) est sans fin » (CARDON D., *op. cit.*, p. 27).

et à leurs désirs[169]. En rendant l'offre informationnelle relative à l'analyse algorithmique des personnalités, les intermédiaires éditoriaux, tout en privant les utilisateurs du pouvoir d'actualiser par eux-mêmes leurs préférences, les privent de leur pouvoir, et peut-être faudrait-il écrire ici de leur devoir, d'adhérer dans l'*a priori* à des communautés de sens, d'idéologies et de croyance. Ainsi, il y a là un projet, conscient ou inconscient, d'aliéner les internautes de leur personnalité, et la société de ses mouvements collectifs d'opinion. En claustrant les utilisateurs dans des « bulles de filtres »[170], en enfermant le développement des idées, des concepts et des croyances, ainsi que des mouvements artistiques et scientifiques, dans la somme des historiques d'utilisation des internautes[171], en affaiblissant ainsi l'autonomie individuelle ainsi que le pluralisme d'opinion, les intermédiaires éditoriaux désarment les individus et les groupes face aux tentatives de désinformation dont ils peuvent faire l'objet.

---

169 Cela permet aux éditeurs de se déresponsabiliser du contenu de leur offre informationnelle. Particulièrement critique à l'égard du discours consistant, pour un éditeur, à avancer qu'il ne fait que « donner aux gens ce qu'ils veulent », un auteur, à propos des médias traditionnels, a écrit : « « les médias privés sont souvent devenus des entreprises ou des activités comme les autres. (…) Cela influe fortement sur les politiques de programmation et le choix des contenus rédactionnels. Il s'agit, à un moindre coût, d'obtenir les audiences les plus larges, susceptibles de générer les recettes de vente et de publicité les plus fortes. Le divertissement l'emporte sur toute autre fonction. Le superficiel, le sensationnel et les indiscrétions relatives à la vie privée… sont la meilleure façon d'attirer le public le plus large » (DERRIEUX E., « Liberté économique et liberté d'expression : un débat pour l'avenir », *Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, *op. cit.*, p. 86). Sans mal, cette critique peut être transposée aux intermédiaires éditoriaux qui, pour certains, considèrent que l'internaute, eu égard aux critères d'analyse de leurs algorithmes, est seul responsable, en n'ayant pas de préférences variées, de se voir suggérer toujours les mêmes contenus : « L'utilisateur est (…) constamment renvoyé à sa seule responsabilité et à ses ressources sociales et culturelles. S'il a des goûts culturels variés, (…), l'algorithme (…) l'aidera à explorer (…) différents univers musicaux, même si certains d'entre eux correspondent à des comportements de niche. Si, en revanche, il n'écoute que Beyoncé, l'algorithme lui recommandera les titres les plus mainstream de la musique R&B (…). Le paradoxe des nouveaux calculs est que, refusant la prescription paternaliste des médias, les individus désormais calculés à travers leurs traces ont des conduites régulières » (CARDON D., *op. cit.*, pp. 68-69).

170 Conçues comme la fabrication, « par le biais d'algorithmes prédictifs, créant et actualisant constamment un modèle d'interprétation de ce que nous sommes et de ce que nous allons faire et vouloir (…), [d'un] univers informationnel unique et spécifique à chacun » ((not. trad.) PARISER E., *The Filter Bubble – What the Internet is hiding from you*, 2011, éd. Penguin Books, p. 15).

171 « Les algorithmes qui se disent prédictifs ne le sont pas parce qu'ils seraient parvenus à entrer dans la subjectivité des personnes pour sonder leurs désirs et leurs aspirations, [mais] parce qu'ils font constamment l'hypothèse que notre futur sera une reproduction de notre passé » (CARDON D., *op. cit.*, p. 70).

B. La régénération des flux d'information en ligne : la réglementation de l'intermédiation éditoriale

Il n'est pas rare de lire que la solution à la problématique de la désinformation en ligne consisterait dans « la formation au bon usage et à la bonne compréhension des informations »[172]. Le remède est sans aucun doute nécessaire. Mais il n'est pas suffisant. Il est loisible de considérer que de la concurrence exacerbée pour la conquête de l'audience en ligne, phénomène auquel ne sont pas étrangers, du fait de leur ligne éditoriale et de la position quasi-monopolistique qu'ils occupent, les plus grands intermédiaires du Web, a abouti à saturer les espaces de publication. Dans ce contexte, comment peut-on attendre sérieusement des utilisateurs, dont la réaction est constamment recherchée ainsi qu'en témoigne l'emploi des vocables de « viralité »[173], de « contagion »[174], et de « contamination »[175], qu'ils assument seuls le rôle de juger de la qualité des informations publiées en ligne ? Internet a bien souvent été présenté comme ayant engendré un espace public dont les dimensions, presque illimitées, étaient susceptibles d'accueillir, d'un point de vue quantitatif tout autant que qualificatif, tous les discours ou presque. Cependant, comme pour tout média, les canaux de diffusion, au-delà de leur bande passante, trouvent leur finitude dans les aptitudes cognitives de leurs récepteurs, c'est-à-dire dans le temps d'attention que l'audience est susceptible de porter aux différents contenus diffusés. Aujourd'hui, la saturation de l'espace d'affichage des contenus est telle qu'il est possible d'avancer que les aptitudes cognitives des individus s'en trouvent

---

172 ALBARIAN A., *op. cit.*, p. 49.

173 MELLET K., « Aux sources du marketing viral », *Réseaux* 2009/5-6, n°157-158, pp. 267-292.

174 BEAUVISAGE TH., BEUSCART J.-S., COURONNE TH., MELLET K., « Le succès sur Internet repose-t-il sur la contagion ? Une analyse des recherches sur la viralité », *Revue de Sciences humaines* 2011, vol. 21.

175 « Identifiez vos contaminateurs » (EOUZAN G., DUPUIS J., MICHALON CH., *op. cit.*, p. 361). Cette tendance à déshumaniser les utilisateurs passe également par d'autres champs lexicaux que le champ lexical épidémiologique, tel que ceux de la catastrophe et de la captivité : « trouvez l'épicentre du social media tsunami » (*Ibid.*, p. 361), « recontacter l'internaute captif » (*Ibid.*, p. 267).

prises en défaut[176]. Sauf à considérer, en occultant le fait que les addictions individuelles ont toujours fait l'objet d'exploitation économique, que l'occupation plus que majoritaire de la bande passante par les contenus promotionnels et pornographiques n'est que la conséquence d'une expression authentique, par l'audience, de ses *desiderata*[177], il apparaît donc hypocrite de considérer que les jugements éditoriaux exercés de manière horizontale suffisent à donner une valeur aux contenus publiés en ligne, et que la défaillance de ces jugements s'explique, comme en matière de désinformation, uniquement par un déficit de formation des internautes. Pareillement, il est illusoire, car ce serait méconnaître la nature de ce que sont les effets de réseaux, de s'en remettre uniquement aux utilisateurs pour que ceux-ci, en se désabonnant des offres de services d'intermédiation éditoriale auxquelles ils ont souscrit, soient, en faisant perdre aux diffuseurs de fausses nouvelles les moyens de commettre leurs forfaits, les seuls agents de la lutte contre la désinformation. Dès lors qu'un utilisateur choisit de souscrire à un service fourni en réseau, celui-ci crée une externalité directe, c'est-à-dire un avantage dont vont bénéficier tous les autres utilisateurs[178]. Par exemple, plus un réseau social compte un nombre important d'utilisateurs, plus celui-ci présente une valeur d'usage importante pour ses utilisateurs. Si tous les amis d'une personne sont sur *Facebook*, et que ceux-ci ne se servent presque exclusivement que de *Facebook* pour converser et convenir de rencontres dans le monde physique, alors il y a fort à parier que cette personne choisisse de demeurer sur *Facebook*. Peut-on donc

[176] Un auteur a dénoncé, radicalement, ce que la dépendance aux nouveaux outils de communication et d'information produit sur les capacités cognitives des individus : nous aurions désormais, du fait nos usages immodérés de ces outils, un temps d'attention proche, si ce n'est inférieur, à celui d'un poisson rouge (PATINO B., *La civilisation du poisson rouge – Petit traité sur le marché de l'attention*, 2019, éd. Grasset).

[177] En effet, l'occupation de la plus grande partie de la bande passante semble être le fait de ces flux que l'on pourrait qualifier de secondaires. Un auteur relevait, en 2013, qu'« une proportion importante et croissante de trafic diffusé (…) ne provient pas d'une demande des internautes [mais de] *pop ups*, (…) publicités vidéo imposées avant l'accès aux contenus (…) » (SCARAMOZZINO É., « L'Internet en transition - La différenciation : une option à exploiter pour concilier investissement et innovation », *CCE* 2013, n°4, étude 7). Quant à la diffusion de contenus pornographiques, elle représenterait environ 25% du trafic Internet de ces dernières années (LANDAIS É., *Les études de la pornographie en France – Naissance, circulation et mutation du fait pornographique dans les sciences sociales*, 2018, thèse, WALTER J. (dir.), Université de Lorraine, p. 254).

[178] THEPAUT Y., « Économie libérale et liberté d'expression dans le contexte de la révolution informatique », *Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression*, *op. cit.*, spéc. p. 37.

sérieusement attendre de celle-ci qu'elle risque l'isolement social pour servir l'objectif, certes primordial et noble, de lutte contre la désinformation ? Les réponses doivent venir tout autant « d'en haut » que « d'en bas ». Aussi, pour reprendre les mots d'une commissaire sortante de l'Union européenne, il s'agirait de « briser les géants du numérique »[179]. Plusieurs voies, complémentaires pour certaines, permettraient de réaliser ce programme salutaire pour la préservation de la qualité de l'information en ligne. Tâchons de les présenter dans leurs grandes lignes.

Dès lors que les plus grands intermédiaires éditoriaux ne semblent qu'assez peu conscients de la fonction qu'ils remplissent en tant que médias[180], une première solution viserait à restaurer la responsabilité qui, à ce titre, devrait être la leur. En plus de les soumettre au respect d'une déontologie plus proche de celle de l'entreprise de presse que de celle de la start-up[181], il pourrait être envisagé de qualifier les intermédiaires éditoriaux de véritables éditeurs, et donc de les rendre responsables des publications de leurs utilisateurs et, pour ce qui nous intéresse, de toute instrumentalisation de leurs services à des fins de désinformation du public[182]. Ce changement de paradigme supposerait de priver

[179] https://www.francetvinfo.fr/replay-radio/l-interview-eco/geants-du-numerique-margrethe-vestager-commissaire-a-la-concurrence-percoit-un-changement_3425641.html.

[180] Un auteur, qui n'est pas juriste, l'a remarquablement résumé : « La culture de l'ingénierie consiste à fabriquer un produit. En faisant fonctionner ce produit, vous avez respecté le mandat éthique de votre profession. (...) Si vous fabriquez quelque chose qui fonctionne, vous avez donc fait ce qu'il fallait sur le plan éthique. Ce va être à d'autres personnes de déterminer la fonction sociale du produit. (...) Je pense donc que les ingénieurs, chez Facebook et dans d'autres entreprises, ont été un peu déconcertés lorsqu'on leur a dit que les systèmes qu'ils avaient construits – des systèmes qui fonctionnent manifestement très bien et dont l'efficacité se mesure par les profits qu'ils génèrent (…) – corrompent la sphère publique. Et qu'ils ne sont pas seulement des ingénieurs qui construisent de nouvelles infrastructures mais qu'ils sont également des acteurs des médias » (not. trad.) (TURNER F., « Don't be evil », *Logic* 2017, n°3, « Justice »).

[181] DOCQUIR P. F., « La confrontation entre droits fondamentaux et puissances privées vue à travers le prisme de la liberté d'expression », *L'Europe des droits de l'homme à l'heure d'Internet*, VAN ENIS Q., DE TERWANGNE C. (dir), 2019, Bruylant, p. 91.

[182][182] En matière de lutte contre la publication de contenus contrefaisants sur les sites des plus grandes plateformes de partage de contenus audiovisuels, la récente directive sur le droit d'auteur dans le marché unique numérique a emprunté cette voie en disposant comme règle de principe que « (…) les fournisseurs de services de partage de contenus en ligne sont responsables des actes non autorisés de communication au public, y compris la mise à la disposition du public, d'œuvres

les intermédiaires éditoriaux du bénéfice du régime de responsabilité allégée applicable aux hébergeurs, régime prévoyant que les hébergeurs « ne peuvent pas voir leur responsabilité (…) engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible »[183]. Mais cette solution, tout en obligeant les intermédiaires éditoriaux à procéder, sur leurs sites, à une surveillance généralisée des publications de leurs utilisateurs[184], aurait pour inconvénient d'intensifier encore plus un mouvement de délégation de la régulation des discours publics à des acteurs privés exploitant des espaces de publication qui, on doit le reconnaître, tiennent plus de l'agora que des colonnes d'un journal papier de l'ère pré-Internet[185]. De la sorte, il y aurait un risque évident à ce que la censure de discours publics, en ne répondant que de la volonté d'acteurs privés soucieux de ne pas voir leur responsabilité engagée, devienne par trop excessive.

C'est pourquoi une seconde solution consisterait à diminuer l'influence qu'ont les intermédiaires éditoriaux en tarissant

protégées par le droit d'auteur et d'autres objets protégés » (Directive (UE) 2019/790 du Parlement européen et du Conseil du 17 avril 2019 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans le marché unique numérique, art. 17, 4).

183 LCEN, art. 6-I-2.

184 Contre la solution de principe, issue de la LCEN, voulant que les éditeurs de services de communication au public en ligne ne sont pas soumis « à une obligation générale de surveiller les informations qu'elles transmettent ou stockent » (LCEN, art. 6-I-7).

185 Ainsi que l'a parfaitement relevé une autrice, « (…) un critère central manque pour comparer [une plateforme] à un directeur de publication : les plateformes ne recherchent pas la publication de contenus spécifiques, comme un directeur de publication pourrait rechercher à publier des reportages » (not. trad.) (KLONICK K., *op. cit.*, p. 71). Pour autant, on ne peut entièrement désapprouver l'intuition qu'a eu Anne-Marie Frison-Roche de qualifier les plateformes d'« opérateurs cruciaux » (V. *supra*), dès lors que ces acteurs fournissent des services dont l'importance, au regard de la position quasi-monopolistique qu'ils occupent, veut qu'ils structurent l'espace public démocratique d'expression. Une solution, notamment en ce que ce quasi-monopole, du fait des effets de réseaux, peut être considéré comme un quasi-monopole de fait, pourrait être de qualifier le service fourni par ces acteurs de service public (V. JAMISON M. A., « Should Google Search Be Regulated as a Public Utility ? », 17 mars 2012, University of Florida : http://ssrn.2027543) pour ainsi les soumettre à une réglementation correspondante.

certaines sources illégitimes de financement de leurs activités. L'OCDE a ainsi jeté les bases d'une imposition commune de ces acteurs qui, pour certains, s'avèrent des habitués de l'évasion fiscale[186]. Quant au législateur français, celui-ci a créé récemment, par transposition de certaines dispositions de la directive sur le droit d'auteur dans le marché numérique[187], un droit voisin au bénéfice des éditeurs de presse, et permettant à ces derniers, en s'opposant à « toute reproduction ou communication au public totale ou partielle de [leurs] publications de presse sous une forme numérique par un service de communication au public en ligne »[188], de monnayer la réutilisation de leur travail de presse à des services qui, comme *Google actualités*, fournissent des agrégats d'articles obtenus par classement algorithmique personnalisé ou thématique des ressources de presse accessibles publiquement sur le Web. Mais il semble que la solution ne puisse venir que d'un encadrement plus énergique du commerce des données personnelles, commerce qui représente une source de revenus conséquente pour des acteurs absorbant, du fait de leur position archi-dominante, la quasi-intégralité du trafic[189]. Or, sur ce point, l'entrée en vigueur du RGPD[190], et la modification de la loi informatique et libertés[191], témoignent d'une volonté certaine d'encadrer plus strictement la collecte en ligne et le traitement des données à caractère personnel. Mais il semble, dès lors que l'accès à certains services peut s'avérer, du fait des effets de réseaux, quasi-indispensables du point de vue de l'utilisateur, et que continuent de prospérer certaines pratiques discutables s'agissant de la préservation de son droit d'accéder à l'information publiée en ligne[192], qu'il reste encore beaucoup de

[186] OCDE, *Addressing the Tax Challenges of the Digitalisation of the Economy*, 23 janv. 2019 : http://www.oecd.org.

[187] Loi n° 2019-775 du 24 juillet 2019 tendant à créer un droit voisin au profit des agences de presse et des éditeurs de presse.

[188] CPI, art. L. 218-2.

[189] Quant à la publicité, bien souvent nourrie des données personnelles de leurs utilisateurs, celle-ci fournirait 84 % de ses revenus à Google et 98 % à Facebook (*Surveillance Giants : How the Business Model of Google and Facebook Threatens Human Rights*, Amnesty International, 2019, p. 10).

[190] Le 25 mai 2018 (RGPD, art. 99).

[191] Loi n° 2018-493 du 20 juin 2018 relative à la protection des données personnelles.

[192] Lors de l'entrée en vigueur du RGPD, certains éditeurs de services de communication au public en ligne aurait opté pour le modèle du « *agree or quit* » voulant que l'internaute doive ou bien accepter les conditions du prestataire, conditions parmi lesquelles figurent, entre autres, celles concernant le traitement

chemin à faire pour que l'utilisateur, car c'est là un principe cardinal du droit de la protection des données à caractère personnel, consente de manière libre et éclairée à donner de sa personne aux *big data*. Sans doute une réglementation, qui ne s'en remet qu'au consentement de la personne physique, et donc qui ne mise encore une fois que sur les choix individuels, est-elle insuffisante dans un environnement macro-économique hostile que le comportementalisme radical de quelques grands acteurs, occupant une position archi-dominante, a engendré[193].

C'est pourquoi une troisième solution semble aujourd'hui inévitable. Dans la perspective de diminuer la position quasi-monopolistique des plus grands intermédiaires éditoriaux du Web, certains plaident pour une séparation des activités déployées par les plus grandes sociétés du Web. En 2014, les parlementaires

de ses données personnelles, ou bien renoncer à accéder au contenu ou au service fourni par le prestataire. Ce fut en particulier le cas d'un certain nombre d'éditeurs américains qui, compte-tenu des coûts que suppose la mise en conformité de leurs sites et de leurs services avec les prescriptions du RGPD, se seraient tournés vers ce « modèle du "*agree or quit*" ou auraient simplement bloqué l'accès de leur site aux utilisateurs européens » (not. trad.) (HOUSER K. A., VOSS W. G., « GDPR : the End of Google and Facebook or a New Paradigm in Data Privacy », 25 *Rich. J. L. & Tech.* 1 (2018). pp. 67). C'est pourquoi, dans le sillage des recommandations du Comité européen à la protection des données personnelles (CEPD, « Déclaration du comité européen de la protection des données sur la révision de la directive ePrivacy et son incidence sur la protection de la vie privée et la confidentialité des communications électroniques », 2018, 3.), la CNIL a récemment prohibé cette pratique (CNIL, délib. n°2019-093, 4 juill. 2019, portant adoption de lignes directrices relatives à l'application de l'article 82 de la loi du 6 janvier 1978 modifiée aux opérations de lecture ou écriture dans le terminal d'un utilisateur (notamment aux cookies et autres traceurs), art. 2). Aujourd'hui, l'utilisateur qui se connecte à un site Web se voit généralement proposé ou bien d'adhérer sans réserve aux conditions de l'éditeur, ou bien de personnaliser, par le biais d'*opt-outs*, les conditions du traitement de ses données personnelles. Les éditeurs rivalisent d'inventivité pour jouer de la psychologie de l'utilisateur et recueillir son consentement au traitement de ses données. Récemment, la Cour de justice de l'Union européenne a pu décider, par exemple, que « le consentement [au traitement] n'est pas valablement donné lorsque le stockage d'informations ou l'accès à des informations déjà stockées dans l'équipement terminal de l'utilisateur d'un site Internet, par l'intermédiaire de cookies, est autorisé au moyen d'une case cochée par défaut que cet utilisateur doit décocher pour refuser de donner son consentement (CJUE, 1er oct. 2019, *Planet 49 c. Bundesverband der Verbraucherzentralen et a.*, aff. C-673/17).

193 « Les "big data" sont (…) la composante fondamentale d'une logique d'accumulation profonde et hautement structurée que j'appellerais capitalisme de surveillance. Cette nouvelle forme de capitalisme de l'information vise à prédire et modifier le comportement humain pour en faire un moyen de générer de la valeur et de contrôler les marchés » (not. trad.) (ZUBOFF S., « Big Other : Surveillance Capitalism and the Prospects of an Information Civilization », 30 *J. Inf. Technol.* (2015), p. 75).

européens ont voté une résolution appelant au « démantèlement de *Google* pour séparer son activité quasi monopolistique de moteur de recherche de ses autres services »[194]. Cette initiative doit être clarifiée en deux points. D'une part, il ne faudrait pas s'en trouver à désavouer l'activité d'intermédiation éditoriale en tant que telle. Ainsi que l'a rappelé un auteur, « sans des intermédiaires comme les fournisseurs de moteur de recherche, les plateformes de vente en ligne, et les prestataires de services de réseau social, etc., nous, les utilisateurs d'Internet, aurions un usage bien moins utile de l'Internet [et c'est pourquoi], pour le dire sans ménagement, les intermédiaires de l'Internet doivent être protégés, non pour leur seul bénéfice mais pour le bénéfice des utilisateurs »[195]. D'autre part, ainsi qu'en témoigne la position affichée par certains candidats aux primaires démocrates américaines[196], les difficultés que pose la domination qu'exercent quelques acteurs économiques sur le marché des services fournis en ligne concernent également, et sans aucun doute en premier lieu, les États-Unis d'Amérique. Si la lutte contre les fausses nouvelles requiert de démanteler des entreprises aux projets aussi insensés et mégalomaniaques que de vouloir « organiser les informations à l'échelle mondiale pour les rendre accessibles et utiles à tous »[197], la séparation de certaines activités pourrait bien apparaître insuffisante si celle-ci ne conduisait qu'à remplacer, sur le marché européen, des acteurs américains par des acteurs européens tels que des « licornes » françaises[198]. Car la vérité dans le discours, qui n'émerge que d'un exercice, par le locuteur, de la liberté d'expression et de la préservation, du point

194 FOREST D., « De l'avenir et notamment de celui des GAFAM », *Dalloz IP/IT* 2018, p. 76.

195 (not. trad.) SVANTESSON D. J. B., *Solving the Internet jurisdiction puzzle*, 2017, Oxford University Press, p. 10.

196 www.lemonde.fr/international/2019/03/11/primaires-democrates-elizabeth-warren-propose-de-demanteler-amazon-google-et-facebook. C'est également l'opinion de Roger McNamee qui, après avoir été un des premiers investisseurs au capital de la société *Facebook*, a publié un ouvrage critique appelant, entre autres, à mettre fin à au monopole détenue par cette société (MC NAMEE R., *Facebook, la catastrophe annoncée*, 2019, éd. Quanto). Un auteur a rappelé que les États-Unis sont coutumiers du fait en remémorant un épisode historique d'abolition, en application des législations *anti-trust*, du monopole détenu, jusqu'au début des années 1980, par la société de télécommunications *AT&T* (FOREST D., *op. cit.*).

197 https://about.google/.

198 https://www.nouvelobs.com/economie/20190918.OBS18608/macron-veut-multiplier-les-licornes-francaises-en-semant-5-milliards-d-euros.html.

de vue de ses interlocuteurs, du pluralisme de l'opinion, ne s'est jamais accommodée, quelles que soient les dimensions géographiques de l'espace public d'expression considéré, de la concentration en quelques mains du pouvoir médiatique.

Surveillance of a combatant and his/her right to privacy under the European Convention for Human Rights

Philippe Bou Nader*
Doctorant à l'Université Paris II, Panthéon-Assas
PhD candidate at the University Paris II, Panthéon-Assas

Keywords: Espionage; Surveillance; Military operations; Combatants; Right to privacy; Human Rights; Family life; Correspondence; Armed conflict; Times of peace; European Court of Human Rights

I- Introduction

Espionage and lawfare are inseparable. In his book *The Art of War* (5th century B.C.), the Chinese General Sun Tzu examined the importance of espionage and, more importantly, intelligence gathering to advance military and/or political goals. Prior to that, the Old Testament illustrated the importance of espionage and intelligence gathering by having YHWH order Moses the following before the invasion of the Levantine Canaan region:

"*Send thou men, that they may spy out the land of Canaan, which I give unto the children of Israel; of every tribe of their fathers shall ye send a man, every one a prince among them.*"[1]

* Philippe BOU NADER is a Ph.D. candidate at Panthéon-Assas University (Paris II) in Paris, France. The topic of his doctoral research is the international legal framework of the use of force against non-State armed groups. He is a published author and his main topics of research are middle eastern intelligence services, the doctrines of self-defense in international law and international relations and the laws of armed conflicts in general.

[1] Bible, Numbers 13:1-33.

Ever since the times of the Bible however, espionage has taken new forms and the new digital age has allowed spymasters to collect ever more information and data on ever more people. More importantly, espionage hardware and software have greatly improved the way armies conduct military operations, allowing them to reduce what Carl von Clausewitz described as the fog of war – or, in other words, the uncertainty of military operations. Eavesdropping and tracking of electronic signals are now used for example in determining an individual's exact location. "*A smartphone carried by a target can be easily tracked* […] *and can contribute to what the agencies call "PID", or positive identification.*"[2] This raises the questions of whether combatants have a right to privacy and, if that is the case, to what extent?[3]

This Article will focus exclusively on the right to privacy under the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, known as the European Convention on Human Rights [hereafter "the Convention"], and will answer the following question: does this Convention protect a combatant's privacy? This question is particularly complex since international and regional conventions do not usually directly tackle personal data protection in times of war. This Article also aims to give practical examples of how such a legal framework for the right to privacy could be used by individuals as a lawfare tool against European Convention Contracting States [hereafter "Contracting States"] conducting military surveillance operations outside of their national territory.[4] As "*it is inevitable that human rights language and fora will be used to challenge the legality of electronic surveillance programs, as is*

[2] Scott Shane, Documents on 2012 Drone Strike Detail How Terrorists Are Targeted, The New York Times, 24 June 2015, available at: https://www.nytimes.com/2015/06/25/world/middleeast/us-drone-strike-said-to-kill-doctor-trying-to-implant-bombs.html

[3] The term right to privacy is often referred to as the right to private and family life, home and correspondence. We will however use the term right to privacy hereafter for the sake of convenience.

[4] Lawfare is usually defined as a strategy of using law as a substitute for traditional military means to achieve a tactical military objective. For example, the Israeli security apparatus and the Palestinian armed groups in the Gaza strip and the West Bank often accuse each other of implementing a lawfare strategy consisting of using both national and international judicial bodies to undermine the other's security policies or negotiations' position. For more details on the lawfare strategy, see Orde F. Kittrie, Lawfare: Law as a Weapon of War, Oxford University Press, 2016, 504 pages.

already being done by privacy activities. […] *Litigation already is or soon will be pending, either before domestic courts in states where human rights treaties are directly applicable, or before international judicial and quasi-judicial bodies. Some of these cases are likely to proceed to an examination of the merits, particularly in Europe, where standing, state secrets and political question doctrines are either non-existent or are not as onerous for applicants to overcome as they are in the United States. GCHQ* [the Government Communications Headquarters, the United Kingdom's main electronic surveillance agency] *has long been aware that, if exposed, its mass surveillance programs may be subject to "damaging public debate" and legal challenge on privacy grounds under the ECHR.*"[5]

Part II of this Article will tackle the right to privacy under the European Convention; and Part III will detail a combatant's right to privacy under this Convention and international law and will give concrete examples of how this right can give rise to complaints before the European Court of Human Rights.

II- The right to privacy under the European Convention of Human Rights

The European Convention guarantees an individual's right to privacy via its Article 8, which provides that:

"*1. Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence.*
2. There shall be no interference by a public authority with the exercise of this right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for

[5] Marko Milanovic, Human Rights Treaties and Foreign Surveillance Privacy in the Digital Age, Harvard International Law Journal, Vol. 56, N° 1, 2015, pp. 83-84, available at: https://www.ilsa.org/Jessup/Jessup16/Batch%202/MilanovicPrivacy.pdf

the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others."[6]

The right to privacy under the European Convention on Human rights is comprised of several protected interests (A). *Prima facie*, this right is given to both non-combatants and combatants, although a Contracting State has, under certain circumstances, the right to derogate to the Convention in relation to combatants in times of armed conflicts (B).

A. What is protected and how?

The right to privacy under the Convention protects four interests: private life; family life; the privacy of home; and the privacy of correspondence (section 1). The scope of this State obligation is not geographically limited to a Contracting State's national territory. It also encompasses territories that are under the State's control (section 2). The Convention however provides the Contracting States with a right to interfere in this right in certain circumstances (section 3).

1. The interests protected by the Convention

The Convention protects an individual's right to have his private life (i), his family life (ii), his home (iii) and his correspondence (iv) respected. A person's privacy is therefore perceived by the Convention as being comprised of four – more or less independent – interests. However, these interests were not clearly and expressly defined by Article 8. The European Court of Human Rights' [hereafter "ECoHR"] interpretation of these interests through its case law is therefore vital to determine what is really protected by the right to privacy under the Convention.

[6] Council of Europe, Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Adopted on 4 November 1950, Art. 8, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

i. Private life

Private life is a very broad concept and may "*embrace multiple aspects of the person's physical and social identity.*"[7] In Paradiso and Campanelli v. Italy, the ECoHR stated that private life covers the physical and psychological integrity of an individual, his/her right to establish and develop relationships with other human beings and to personal development, described by the Court as the right to self-determination.[8] The latter is comprised of – to a certain degree – the right to develop professional or commercial activities.[9]

In the context of an individual's professional or commercial activities, the ECoHR has ruled that communications from business premises can also be covered by the notions of private life and correspondence under Article 8 of the Convention.[10] The Court has however examined whether individuals had a reasonable expectation that their privacy would be respected and protected; although the relevant case law is limited to circumstances when an employer gave instructions to reduce the private life of his employees.[11]

While the ECoHR has extensively protected an individual's right to a private life, it has ruled that criminal proceedings can entail legitimate and accepted consequences for the private life of a

[7] ECoHR, S. And Marper v. The United Kingdom, Grand Chamber, 4 December 2008, para. 66, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-90051%22]}

[8] ECoHR, Paradiso and Campanelli v. Italy, Grand Chamber, 24 January 2017, para. 159, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-170359%22]}

[9] See cases ECoHR, Bărbulescu v. Romania, Grand Chamber, 5 September 2017, para. 71, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-177082%22]}; Or ECoHR, Grand Chamber Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy v. Finland, Grand Chamber, 27 June 2017, para. 130, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-175121%22]}

[10] ECoHR, Libert v. France, Fifth Section, 2 July 2018, para. 25, available at : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-181074%22]}

[11] ECoHR, Bărbulescu v. Romania, Grand Chamber, 5 September 2017, para. 73, available at : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-177082%22]}

person who has committed or is suspected of having committed a crime. Nonetheless, the Court has ruled that such consequences will be compatible with Article 8 only if they do not "*exceed the normal and inevitable consequences of such a situation.*"[12]

ii. Family life

Family life is comprised of an individual's right to live with other individuals so that family relationships may develop normally and members of the family may enjoy each other's company.[13] More specifically, and in the context of Article 8, the right to family life entails a right to mutual enjoyment by parents and child of each other's company.

The ECoHR has ruled that domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8.[14] In El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, the applicant complained that he had been subjected to a secret rendition operation that consisted in Macedonian agents arresting him and handing him over to the US Central Intelligence Agency that then transferred him to a secret detention site in Afghanistan where he was ill-treated for over four months. In this case, the Court found that the secret and extrajudicial abduction and arbitrary detention of an individual deprived him of mutual enjoyment between family members and was therefore a violation of Article 8.[15] The Court also ruled that keeping in isolation an individual for more than a year, separated from his family that did

[12] ECoHR, Jankauskas v. Lithuania (no. 2), Fourth Section, 13 November 2017, para. 76, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-174617%22]}

[13] ECoHR, Marckx v. Belgium, Plenary Court, 13 June 1979, para. 31, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57534%22]}; And ECoHR, Olsson v. Sweden (no. 1), Plenary Court, 24 March 1988, para. 59, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57548%22]}

[14] ECoHR, Zorica Jovanović v. Serbia, Second Section; 9 September 2013, para. 68, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-118276%22]}; ECoHR, K. And T. v. Finland, Grand Chamber, 12 July 2001, para. 151, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59587%22]}

[15] ECoHR, El-Masri v. the former Yugoslav Republic of Macedonia, Grand Chamber, 13 December 2012, para. 248-250, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-115621;

not have any information on his situation, was a violation of the same article.[16]

It is worth nothing that the Court ruled that the protection of family life must be interpreted under the broad consensus that relevant decisions concerning children must adopt the latter's interests as a paramount criterion.[17]

iii. Private home

Under the Convention, the notion of home is not dependent of the classification criterion under domestic law. For the Court, a habitation's classification as home depends on factual circumstances. In other terms, a habitation will be considered to be an individual's home if sufficient and continuous links between this individual and this habitation exist.[18] The Court has also ruled that the notion of home is not limited to traditional residences and includes for example caravans[19] or bungalows.[20] The Court has therefore broadly and extensively defined the notion of home.

In some matters of criminal investigations, the ECoHR has qualified police entry into a person's home and search, in some circumstances, as interference in this person's right to have a private home.[21] The Court has also ruled that some circumstances of occupation or damaging of property or the expulsion from a

[16] ECoHR, Nasr and Ghali v. Italy, Fourth Section, 23 May 2016, para. 305, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-161245%22]}

[17] ECoHR, Neulinger and Shuruk v. Switzerland, Grand Chamber, 6 July 2010, para. 135, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-99817%22]}

[18] ECoHR, Winterstein and Others v. France, Fifth Section, 17 October 2013, para. 141, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-127539%22]}

[19] ECoHR, Chapman v. the United Kingdom, Grand Chamber, 18 January 2001, para. 71-74, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-59154

[20] ECoHR, Yordanova and Others v. Bulgaria, Fourth Section, 24 September 2012, para. 103, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-110449

[21] ECoHR, Gutsanovi v. Bulgaria, Fourth Section, 15 October 2013, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-126982%22]}; ECoHR, Murray v. the United Kingdom, Grand Chamber, 28 October 1994, para. 86, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57895%22]}

residence can also be interferences in one's right to have a private home.[22] Additionally, and more importantly for the context of this article, the Court has ruled that the inability of displaced persons in the context of an armed conflict to return to their homes amounted to an interference with the exercise of their rights under Article 8.[23]

iv. Private correspondence

An individual's right to have his/her correspondence respected under the ECoHR's case law is comprised of this individual's right to have his/her communications remain confidential. Correspondence can take the forms of letters, packages, or telephone conversations between family members or non-relatives.[24] The Court ruled that a State's interference in such communications consists of an act of interception of information relating to them, including the date or the duration of such communications.[25]

The Court made sure to include both old and modern communication means in Article 8's scope, including electronic messages such as emails, any data stored on computer servers or hard drives and even private radio broadcasting inaccessible to the

[22] ECoHR, Khamidov v. Russia, Fifth Section, 2 June 2008, para. 138, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-83273%22]}; ECoHR, Orlić v. Croatia, Fifth Section, 21 June 2011, para. 56, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105291%22]}

[23] ECoHR, Chiragov and Others v. Armenia, Grand Chamber, 16 June 2015, para. 207, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-155656%22]}; ECoHR, Sargsyan v. Azerbaijan, Grand Chamber, 16 June 2015, para. 260, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-155725%22]}

[24] ECoHR, Niemietz v. Germany, Grand Chamber, 16 December 1992, para. 32, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57887%22]}; ECoHR, X v. the United Kingdom, Commission Decision, 12 October 1978, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-73955%22]}; ECoHR, Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 25 February 1992, para. 72, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57748

[25] ECoHR, P.G. and J.H. v. the United Kingdom, Third Section, 25 December 2001, para. 42, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-59665%22]}

public.[26] In other terms, the content and form of the correspondence is irrelevant to the question of whether the authorities' act amounts to an interference in an individual's right to have private correspondence.

2. The extraterritorial scope of the Convention

The question to which extent Contracting States are bound by the Convention with respect to individuals beyond their own territorial borders is more or less settled. Article 1 of the Convention states that "*The High Contracting Parties shall secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention.*"[27] The ECoHR's case law establishes however that a State's act occurring outside of its own territory can be, in certain circumstances, under the purview of the Convention. In other words, "*a State's jurisdictional competence under the Convention is primarily territorial*" but there are few "*exceptional*" circumstances in which the State may be liable under the Convention for events taking place outside of its national territory.[28]

This is especially the case in cases of military occupation or political support outside the State's national territory.[29] In Loizidou v.

[26] ECoHR, Copland v. the United Kingdom, Fourth Section, 3 July 2007, para. 41, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-79996%22]}; ECoHR, Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, Fourth Section, 16 January 2008, para. 45, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82711%22]}; ECoHR, Petri Sallinen and Others v. Finland, Fourth Section, 27 December 2005, para. 71, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-70283%22]}; ECoHR, B.C. v. Switzerland, Commission Decision, 27 February 1995, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-2039%22]}

[27] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Rome, Article 1, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

[28] ECoHR, Al-Skeini v. United Kingdom, Grand Chamber, 7 July 2011, para. 131-32, available at: https://www.refworld.org/pdfid/4e2545502.pdf

[29] Corneliu-Liviu Popescu, Le rôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme dans la protection de la population civile – développements jurisprudentiels récents, University of Bucarest, pp. 5-10, available at : https://drept.unibuc.ro/dyn_doc/cercetare/cdo-Popescu.pdf; John Hedigan, The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism, Fordham

Turkey, the applicant complained that her property rights had been violated because of the continued occupation and control of the northern part of Cyprus by Turkish armed forces.[30] The Court ruled that although Article 1 of the Convention sets limits on the latter's reach, the jurisdiction concept under that provision is not restricted to the national territory of the Contracting State. The Court also added that State responsibility can arise when, as a consequence of military action, whether lawful or not, the State exercised effective control over an area outside its national territory. This effective control can either be exercised by the States' armed forces or a subordinate local administration. These jurisdiction-related criteria were confirmed in several other ECoHR cases.[31]

That being said, the ECoHR has not yet issued a ruling on the scope of the Convention's applicability to a State's foreign surveillance activities. It remains therefore unclear whether the Court would consider an individual under a Contracting State's surveillance abroad – not under the material and effective control of this Contracting State – to be under the control of this State, and therefore protected by the Convention's articles.

3. Allowed interferences in the right to privacy

The Convention has adopted a realist approach as to States' need, so as to allow, in some circumstances, interference in the right to privacy and to therefore derogate to the Convention. The second paragraph of Article 8 states that a State authorities' action against the right to privacy will not contravene to the article if it is "*in accordance with the law*", pursues one or more "*legitimate aims*" and is

International Law Journal, 2004, Vol. 28, Issue 2, pp. 401-402, available at : https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1959&context=ilj

[30] ECoHR, Loizidou v. Turkey, Chamber Court, 23 March 1995, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57920%22]}

[31] ECoHR, Cyprus v. Turkey, Grand Chamber, 10 May 2001, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-68489-68957; Manitaras and Others v. Turkey, Fourth Section, 03 June 2008, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-87232%22]}; and Pisari v. the Republic of Moldova and Russia, Chamber Court, 20 April 2015, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-5067528-6236025%22]}

"*necessary in a democratic society*" to achieve them.[32] In other words, a Contracting State can contravene to Article 8 if the means used are in accordance with the law – in the sense of domestic law – and necessary to pursue a legitimate aim in a democratic society.

However, the Court gave Contracting States a margin of appreciation in the regulation of surveillance activities in their domestic law. This margin is nevertheless subject to the Court's review of compliance with the Convention.[33]

In Uzun v. Germany, the plaintiff was suspected of being involved in bomb attacks orchestrated by a left-wing extremist movement.[34] This individual complained that, amongst other things, he had been under surveillance *via* GPS and that the collected data was used against him in criminal proceedings. The Court ruled that there had been no violation of Article 8 since the GPS surveillance procedure had pursued the legitimate aims of protecting national security and public safety by preventing a crime. Interestingly, the Court also stated that this measure had been proportionate as GPS surveillance:

1) had been ordered only after less intrusive methods of investigation had proved insufficient;
2) had been carried out for a relatively short period of time;
3) had affected the applicant only when he was travelling in his accomplice's car.

More interestingly, this decision clearly detailed the requirements for such an act to conform to the Convention. First, the Court stated that in order for such a measure to be lawful under Article 8, it must be "*strictly necessary for safeguarding the democratic institutions.*" The Court therefore reaffirmed the threshold of strict necessity in

[32] Protocol No. 11 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Restructuring the Control Machinery Established Thereby, 11 May 1994, Eur. T.S. No. 155, article 8 (2).

[33] ECoHR, Szuluk v. the United Kingdom, Fourth Section, 2 September 2009, para. 45, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-92767%22]}

[34] ECoHR, Uzun v. Germany, Fifth Section, 2 December 2010, available at: https://www.legal-tools.org/doc/478d38/pdf/

its interpretation of a measure derogating to Article 8.[35] In Silver v. United Kingdom, the Court stated that "*necessary*" does not mean "*indispensable*".[36] In other words, the derogating measure in question does not have to be the only – the sole – measure capable of safeguarding the democratic institutions. Second, the Court reaffirmed that the measure must have some basis in domestic law, in order to be "*in accordance with the law*", and be in accord with public international law.[37] In other words, such a measure must take shape in a formally enacted law, not a simple government policy.[38] On a practical level, this legality requirement entails that the relevant law must set out at least:[39]

- the nature, scope and duration of the possible measures;
- the grounds on which the authorities can order surveillance;
- which authorities have the power to order, allow, conduct, or supervise the surveillance;
- the procedure to be followed for examining, using and storing the data obtained;
- the precautions to be taken when communicating the data to other parties;
- the circumstances in which the data will be destroyed; and
- the applicable remedy for violation or abuses.

---

[35] Earlier in 1987, the Court had suggested that a balancing test was required to determine whether a surveillance measure was necessary in order to achieve a legitime aim. The Court had specifically opined that the nature of the ai, should be weighed against the type and seriousness of the interference with the individual's private life.

See: ECoHR, Leander v. Sweden, Chamber Court, 26 March 1987, para. 59, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57519%22]}

[36] John Hedigan, The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism, Fordham International Law Journal, 2004, Vol. 28, Issue 2, pp. 422, available at : https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1959&context=ilj

[37] See ECoHR, Weber and Saravia v. Germany, Third Section, 29 June 2006, para. 67, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76586%22]}; ECoHR, Nusret Kaya and Others v. Turkey, Second Section, 8 September 2014, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-142739%22]}

[38] ECoHR, Malone v. United Kingdom, Plenary Court, 2 August 1984, para. 87, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57533%22]}

[39] ECoHR, Shimovolos v. Russia, First Section, 28 November 2011, para. 68, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-105217%22]}; ECoHR, Weber and Saravia v. Germany, Third Section, 29 June 2006, para. 95, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76586%22]}

Lastly, the Court found that Contracting States are not required to disclose that they have ordered or conducted a domestic surveillance in a particular instance nor are they required to notify any person whom they have monitored.[40] The Court did however add that after the surveillance has ended, the Contracting State "*should*" issue such a notification to an individual who has been secretly monitored, at least where they are able to do this "*without jeopardizing the purpose of the surveillance.*"[41] This Court position has the potential of leading to a series of abusive complaints by alleged victims of Article 8 violations. Businesspersons active abroad, academics working on sensitive issues related to national security and members of specific minority groups, whether religious or ethnic, could for example massively and concurrently launch such complaints.

4. *Actio popularis*

The Court's case law in the matter may lead to a lawfare strategy from the part of combatants or their relatives that would take the form of *actio popularis*. Indeed, even if the Court does not recognize an *actio popularis*, forcing an individual in general to show that he/she was directly affected by a State measure to be able to lodge an application under Article 34 of the Convention, it has permitted general challenges to surveillance-related legislation in *Roman Zakharov v. Russia*.[42] The Court has therefore established a special threshold of complaint for surveillance-related cases.

An applicant can now claim to be the victim of such a violation without having to prove that secret surveillance measures had in

[40] ECoHR, Klass and Others v. Germany, Plenary Court, 6 September 1978, para. 58, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57510%22]}

[41] Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev v. Bulgaria, Fifth Section, 28 June 2007, para. 90, available at: http://hrlibrary.umn.edu/research/bulgaria/AEIHR_M_Ekimdjiev_en1.pdf

[42] ECoHR, Roman Zakharov v. Russia, Grand Chamber, 04 December 2015, para. 165, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-159324%22]}

fact been applied to him/her. The latter can claim to be the victim of an Article 8 violation if he/she falls within the scope of the legislation permitting secret surveillance measures – such as being a member of an armed group – and if no remedies are available for challenging the secret surveillance. Furthermore, even if remedies do exist, this individual can claim to be an Article 8 victim on account of the mere existence of secret measures or of legislation permitting them if this individual can prove that he/she is potentially at risk of being subjected to such measures.[43]

B. A right recognized unequally to combatants and non-combatants under the Convention and general international law

Although the Convention extensively protects an individual's right to privacy and the ECoHR's case law has broadly defined the interests protected by this right, it remains unclear whether the latter, first, recognizes this right to combatants and, second, recognizes this right in an equal manner to both non-combatants and combatants.

As mentioned above, the Court has referred to public international law in some of its case law related to the right to privacy. The Court has for example ruled that surveillance measures must have some basis in domestic law and be in accord with public international law:

"*The Court reiterates that the term "law" within the meaning of the Convention refers back to national law, including rules of public international law applicable in the State concerned* […]".[44]

The Court can and already did interpret rules of international law in order to determine whether a surveillance measure constituted

[43] ECoHR, Kennedy v. United Kingdom, Fourth Section, 18 August 2010, para. 171-172, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-98473%22]}

[44] See ECoHR, Weber and Saravia v. Germany, Third Section, 29 June 2006, para. 87, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76586%22]}; ECoHR, Nusret Kaya and Others v. Turkey, Second Section, 8 September 2014, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-142739%22]}

an interference in an individual's right to privacy. Therefore, in order to answer the questions above, one needs to determine whether the Convention (1), conventional and customary international law (2) recognize this right to combatants and whether the latter enjoys the same level of protection as a non-combatant's right to privacy.

1. A combatant's right to privacy under the Convention

Article 8 of the Convention states that "*everyone*" has a right to privacy. It therefore appears *prima facie* to recognize to any individual, regardless of his involvement in hostilities/armed conflict, a right to privacy. Nevertheless, paragraph 2 of the article states that no interference with the exercise of this right shall be admitted, unless in accordance with the law and if necessary "*in a democratic society in the interest of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime* […]." Consequently, even if the article first starts by granting this protection to everyone, it later adopts a realistic approach to privacy and gives Contracting States some margin of interpretation in national security matters in the context of times of peace.

Additionally, for actions taken in times of armed conflicts, Article 15 of the Convention affords the Contracting States' governments the possibility of derogating in a temporary, limited and supervised manner, from their obligation to secure certain rights and freedoms. Article 15 states:

"*1. In time of war or other public emergency threatening the life of the nation any Hugh Contracting Party may take measures derogating from its obligations under this Convention to the extent strictly required by the exigencies of the situation, provided that such measures are not inconsistent with its other obligations under international law.*
2. No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war, or from Articles 3, 4 (paragraph 1) and 7 shall be made under this provision.
3. Any High Contracting Party availing itself of this right of derogation shall keep the Secretary General of the Council of Europe fully informed of the

measures which it has taken and the reasons therefor. It shall also inform the Secretary General of the Council of Europe when such measures have ceased to operate and the provisions of the Convention are again being fully executed."[45]

In other words, a Contracting State's derogation during times of armed conflict must:

- Be made only if the war or other public emergency is threatening the life of the nation;
- Be strictly required by the exigencies of the situation;
- Be consistent with the State's other obligations under international law;
- Not concern the right to life, the prohibition of torture and inhuman or degrading treatment or punishment, the prohibition of slavery and servitude or the prohibition of punishment without law;
- Be declared/announced to the Secretary General of the Council of Europe.

It therefore appears that the Convention provides a special privacy protection framework in times of war and to combatants, as opposed to the more common privacy protection framework in times of peace. Even if combatants still enjoy some sort of right to privacy under the Convention, as it is not clearly and expressly stated otherwise in it, these individuals' right to privacy appears to be more restrained than the ones afforded to non-combatants – or civilians. The Court has indirectly adopted this interpretation of both articles 8 and 15 of the Convention.

In Lawless v. Ireland, the Court defined the concept of "*other public emergency threatening the life of the nation*" as an "*exceptional situation of crisis or emergency which affects the whole population and constitutes a threat to the organized life of the community of which the State is composed.*"[46] Although the Court gave in Aksov v. Turkey a certain margin of interpretation to Contracting States in determining whether the life

[45] Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, Adopted on 4 November 1950, Art. 15, available at: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf

[46] ECoHR, Lawless v. Ireland, Chamber Court, 1 July 1961, para. 28, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57518%22]}

of the nation was threatened by such a situation, they do not enjoy an unlimited discretion in that matter.[47] Only the Court can rule whether the States had gone beyond the extent strictly required by the exigencies of the crisis. The ECoHR case law has therefore built a specific framework in which surveillance activities, and especially ones targeting combatants or common criminals, are accepted under certain circumstances.

In Klass and Others v. Germany, the Court ruled that a German legislation empowering the government to monitor lawyers' correspondence and telephone communications without having to inform them of such measures was not a violation of Article 8.[48] The Court justified its ruling by stating that such measures were legal in a democratic society when they are taken in the interests of national security and for the prevention of disorder, crime and "*terrorism*" – and although the Court has not yet clearly defined the latter term. More specifically, the Court ruled that that "*the existence of some legislation granting powers of secret surveillance over the mail, post and telecommunications is, under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder or crime.*"[49]

The Court later reaffirmed these principles in Weber and Saravia v. Germany.[50] The Court also gave a strict definition of "*strict necessity*". In Szabó and Vissy v. Hungary, the Court stated that such a surveillance measure must be, first, strictly necessary for the safeguarding of democratic institutions and, second, be vital in and

[47] ECoHR, Aksov v. Turkey, Chamber Court, 18 December 1996, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-58003%22]}; John Hedigan, The European Convention on Human Rights and Counter-Terrorism, Fordham International Law Journal, 2004, Vol. 28, Issue 2, pp. 429-430, available at : https://ir.lawnet.fordham.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1959&context=ilj

[48] ECoHR, Klass and Others v. Germany, Plenary Court, 6 September 1978, para. 48, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57510%22]}

[49] *Ibid.*, para. 48, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-57510%22]}

[50] ECoHR, Weber and Saravia v. Germany, Third Section, 29 June 2006, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-76586%22]}

for an individual operation.[51] In conclusion, a combatant appears to have a right to privacy under the Convention, but this right is limited in times of armed conflict or when this individual is labeled as a "terrorist" by the concerned Contracting State.

Lastly, the Court considered, in Hassan v. the United Kingdom – a case brought on the basis of Article 5, related to the right to liberty and security – that the lack of a formal derogation under Article 15 did not prevent it from taking account of the context and the provisions of international humanitarian law when interpreting and applying the relevant articles.[52] It stretched however that the Convention's safeguards continued to be applicable in situations of international armed conflicts while still being interpreted in consideration of international humanitarian law provisions.

2. The relevant conventional and customary international law

Several international and regional conventions acknowledge the existence and protect an individual's right to privacy. The main international treaties and documents and their relevant articles guaranteeing this right are listed in the table below, except for the European Convention:

Year	Document	Article
1948	American Declaration on the Rights and Duties of Man	Article 5: *Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life.*[53]

[51] ECoHR, Szabó and Vissy v. Hungary, Fourth Section, 06 June 2016, para. 72-73, available at : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-160020%22]}

[52] ECoHR, Hassan v. the United Kingdom, Grand Chamber, 16 September 2014, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-4868893-5948599

[53] American Declaration on the Rights and Duties of Man, Adopted by the Ninth International Conference of American States on 2 May 1948, available at:

1948	The Universal Declaration of Human Rights	Article 12: *No one shall be subjected to arbitrary interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to attacks upon his honour and reputation. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*[54]
1966	The International Covenant on Civil and Political Rights	Article 17: *1. No one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his privacy, family, home or correspondence, nor to unlawful attacks on his honour and reputation. 2. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*[55]
1969	The American Convention on Human Rights	Article 11: *1. Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized. 2. No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation. 3. Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*[56]
1994	The Arab Charter on Human Rights	Article 17: *Privacy shall be inviolable and any infringement thereof shall constitute an offence. This privacy includes private family affairs, the inviolability of the home and the*

https://www.oas.org/dil/access_to_information_human_right_American_Declaration_of_the_Rights_and_Duties_of_Man.pdf

[54] UN General Assembly, Universal Declaration of Human Rights, Adopted on 10 December 1948, Art. 12, available at: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/eng.pdf

[55] UN General Assembly, International Covenant on Civil and Political Rights, Adopted on 19 December 1966, Arti. 17, available at: https://treaties.un.org/doc/publication/unts/volume%20999/volume-999-i-14668-english.pdf

[56] Inter-American Specialized Conference on Human Rights, American Convention on Human Rights, Adopted on 22 November 1969, Art. 11, available at: https://www.cidh.oas.org/basicos/english/basic3.american%20convention.htm

		confidentiality of correspondence and other private means of communication.[57]
2000	Charter of Fundamental Rights of the European Union	Article 7: Everyone has the right to respect for his or her private and family life, home and communications.[58]
2013	UN General Assembly Resolution 68/167	*Reaffirms the right to privacy, according to which no one shall be subjected to arbitrary or unlawful interference with his or her privacy, family, home or correspondence, and the right to the protection of the law against such interference, as set out in article 12 of the Universal Declaration of Human Rights and article 17 of the International Covenant on Civil and Political Rights* […].[59]
2014	UN General Assembly Resolution on the Right to Privacy in the Digital Age (69/166)	*Noting in particular that surveillance of digital communications must be consistent with international human rights obligations and must be conducted on the basis of a legal framework, which must be publicly accessible, clear, precise, comprehensive and nondiscriminatory and that any interference with the right to privacy must not be arbitrary or unlawful, bearing in mind what is reasonable to the pursuance of legitimate aims, and recalling that States that are parties to the International Covenant on Civil and Political Rights must undertake the necessary steps to adopt laws or other measures as may be necessary to give effect to the rights recognized in the Covenant.*

None of these texts expressly distinguish between a combatant and a non-combatant. These documents either state that "*no one*" shall have his/her right to privacy infringed upon or that "*everyone*" shall have his/her right to privacy respected and protected. Therefore,

[57] The League of Arab States, Arab Charter on Human Rights, Adopted on 15 September 1994, Article 17, available at: http://www.humanrights.se/wp-content/uploads/2012/01/Arab-Charter-on-Human-Rights.pdf

[58] Charter of Fundamental Rights of the European Union, Adopted by the European Union on 7 December 2000, available at: https://www.europarl.europa.eu/charter/pdf/text_en.pdf

[59] UN General Assembly, Resolution 68/167 – The right to privacy in the digital age, Adopted on 18 December 2013, Art. 1, available at: https://undocs.org/A/RES/68/167

the right to privacy as conceived by these documents appears *prima facie* to be recognized to both non-combatants and combatants under general conventional international law.

However, this right under general international law must be understood and read through the prism of the distinction between the legal frameworks of times of armed conflicts and of times of peace.

i. In times of armed conflict

Espionage is first and foremost a tool used for military purposes, making it a key issue in the laws of war.[60] Espionage is not prohibited by what is commonly known as the laws of war. Article 24 of the Annex to the Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land states that "*Ruses of war and the employment of measures necessary for obtaining information about the enemy and the country are considered permissible.*"[61]

Additionally, Article 71 of the Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, adopted on 12 August 1949, states that Prisoners of War [hereafter "POWs"] "*shall be allowed to send and receive letters and cards.*"[62] It also indirectly recognizes the right of

---

[60] Bertrand Warusfel, Le cadre juridique et institutionnel des services de renseignement, in Le renseignement à la française, Economica, 1998, page 400 : « *Historiquement, le droit international a été le premier à prendre en compte juridiquement les activités des services secrets. Mais il s'est uniquement intéressé à l'espionnage dans le cadre très particulier du temps de guerre.* » [Historically, the activities of secret services were first taken into consideration by international law. The latter was however only interested in espionage in the specific framework of the times of war.]
Fabien Lafouasse, L'espionnage en droit international, Annuaire français de droit international, XLVII, 2001, CNRS Editions, Paris, page 63, available at : https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_2001_num_47_1_3655.pdf

[61] Convention (IV) respecting the Laws and Customs of War on Land and its annex: Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, Adopted on 18 October 1907, The Hague, Article 24, available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=FB3D830424BD850CC12563CD00516783

[62] Geneva Convention relative to the Treatment of Prisoners of War, Adopted on 12 August 1949, Article 71, available at: https://ihl-databases.icrc.org/applic/ihl/ihl.nsf/Article.xsp?action=openDocument&documentId=8067DFA54C1FB627C12563CD0051B05F

the Detaining Power to apply censorship on such correspondence. Censorship on such written correspondence implies, by nature, that the latter will be read and maybe translated in order for the censurer to decide whether it will be censored or not. The Third Geneva Convention therefor recognizes the right of the Detaining Power to infringe upon the POW's right to privacy by reading his/her correspondence, whether it is destined to his/her relatives or any other individual, including his/her military commanders and colleagues.

It therefore appears that a Contracting State to an armed conflict is allowed to put a combatant participating in this armed conflict under surveillance. This State right to surveillance is however contested in times of peace, especially if the target is actively participating in an armed conflict against a State different than the Contracting State in question.

ii. In times of peace

Espionage, against civilians – industrialists, politicians, etc. – and military servicemen – State soldiers and non-State armed combatants – is widely practiced during times of peace even if "*traditional international law is remarkably oblivious to the peacetime practice of espionage. Leading treatises overlook espionage altogether or contain a perfunctory paragraph that defines a spy and describes his hapless fate in the event of capture. And yet espionage has always played a prominent role in international relations.*"[63]

Such an espionage activity conducted by a Contracting State against a combatant active in armed conflict against another State could be interpreted as a breach of the international law of private life since it would legally be interpreted as espionage during times of peace – since the Contracting State spying is not, legally, in an armed conflict against this armed group. Indeed, part of the doctrine has argued that "*the legitimacy of espionage in time of war arises from the absence of any general obligation of belligerents to respect the territory or government of the enemy State, and from the lack of any specific convention against it.*[…] *In time of peace, however, espionage and, in fact, any penetration of the territory of*

[63] Falk R., Foreword, in Stanger R., Essays on espionage and international law, Ohio State University Press, 1962, page V.

a State by agents of another State in violation of the local law, is also a violation of the rule of international law imposing a duty upon States to respect the territorial integrity and political independence of other States."[64] Other scholars went further by considering that "*espionage in peacetime is contrary to international law, even if it does not involve any trespass.*"[65]

Another part of the internationalist doctrine states that espionage in peacetime is not *per se* illegal but that the illegality in such situation is caused by a secondary act, a "collateral illegality". In other words, as long as the circumstantial espionage operation does not lead to an internationally wrongful act, the former is lawful under international law, including during times of peace.[66] However, this doctrine describes such espionage operations in times of peace as a hostile inter-State acts.[67]

Conventional international law however appears to not prohibit every sort of espionage during peace times. Indeed, several international conventions illustrating part of international customary law do not prohibit espionage in times of peace. The Vienna Convention on Diplomatic Relations for example states in its article 3(1)(d) that one of the functions of a diplomatic mission is to ascertain "*by all lawful means conditions and developments in the receiving State, and reporting thereon to the Government of the sending State* […]."[68] Additionally, the law of the sea grants military vessels a

---

[64] Wright Q., Espionage and the doctrine of non-intervention in internal affairs, in Essays on espionage and international law, Stanger R., Ohio State University Press, 1962, p. 12.

[65] Delupis I., Foreign wqrships and immunity for espionage, AJIL, 1984, volume 78, n° 1, p. 67.

[66] Fabien Lafouasse, L'espionnage en droit international, Annuaire français de droit international, XLVII, 2001, CNRS Editions, Paris, page 65, available at : https://www.persee.fr/docAsPDF/afdi_0066-3085_2001_num_47_1_3655.pdf; Dauses M. and Wolf D., L'espionnage par satellites et l'ordre international, RGAE, 1973, N° 1, p. 295.

[67] Demarest G., Espionage in international law, DJILP, 1995/1996, Volume 24, p. 347; Inaki Navarrete, L'espionnage en temps de paix en droit international public, The Canadian Yearbook of International Law, Vol. 53, 2015, pp.2-3, available at : https://www.cambridge.org/core/journals/canadian-yearbook-of-international-law-annuaire-canadien-de-droit-international/article/lespionnage-en-temps-de-paix-en-droit-international-public/6C824CBA14ABD2D97F6EEF40F5CC5842

[68] Vienna Convention on Diplomatic Relations, Adopted on 18 April 1961, Entered into force on 24 April 1964, available at: http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/9_1_1961.pdf

right to innocent passage in a State's maritime territory. Article 19 (2)(c) of United Nations Convention on the Law of the Sea, also called the Montego Bay Convention, states that "*Passage of a foreign ship shall be considered to be prejudicial to the peace, good order or security of the coastal State if in the territorial sea it engages in any* […] *act aimed at collecting information to the prejudice of the defence or security of the coastal State* […]."[69] *In contrario* then, collecting information not hindering the defence or security of the coastal State is permissible under this convention. Lastly, following the 9/11 attacks in New York in 2001, the UN Security Council unanimously adopted resolution 1373 that states that all States shall "*take the necessary steps to prevent the commission of terrorist acts, including by provision of early warning to other States by exchange of information*" (Article 2(b)).[70] The same resolution then states in its Article 3(b) that this provision of early warning, in the sense of intelligence sharing, should be conducted "*in accordance with international and domestic law*".[71]

We therefore do not believe that espionage in times of peace is contrary to international law *per se*.[72] In particular, we do not believe that espionage directed at armed forces, whether State-controlled or not, is unlawful *per se* under international law as long as the State conducting the espionage does not use collected data for operational purposes. "*Most States, of course, have long had domestic laws to deal with the punishment of spies; this is normally done either by assimilating their activities to treason (in the case of nationals) or by making espionage per se a separate offence (in the case of aliens). This contributed to the perception of espionage as being inherently illegal in international law.*"[73] However, this systematic punishment of espionage in domestic laws does not seem to illustrate an *opinion juris* in relation to espionage under

[69] United Nations Convention on the Law of the Sea, Adopted on 10 December 1982, Entered into force on 16 November 1994, Article 19(2)(c), available at: https://www.un.org/depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf

[70] Resolution 1373, Adopted by the Security Council at its 4385th meeting, 28 September 2001, S/RES/1373/2001, Article 2(b), available at: https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N01/557/43/PDF/N0155743.pdf?OpenElement

[71] *Id.*, Article 3(b).

[72] For the arguments against espionage in times of peace, see Wright Q., Espionage and the doctrine of non-intervention in internal affairs, in Essays on espionage and international law, Stanger R, Ohio State University Press, 1962, page 12.

[73] Turns David, « Editor's preface » in Kish J., International law and espionage, Martinus Nijhoff Publishers, The Hage, 1995, p. VIII.

international law since even if the latter does not condemn it, the individual conducting it can still be criminally prosecuted domestically. For there are many reasons why States have not expressly made espionage illegal under international law through international treaties. The fact that espionage is reciprocal and that it is often crucial for national security purposes are some of these reasons. States have therefore adopted a "*stratégie d'évitement*" – an avoidance strategy – when it comes to resolving intelligence-related disputes. In such cases, States tend to systematically bring the issue on the political arena and do not appear to be eager to let the law resolve it.

III- Hypothetical case studies: can a combatant or his/her relatives be Article 8-claimants?

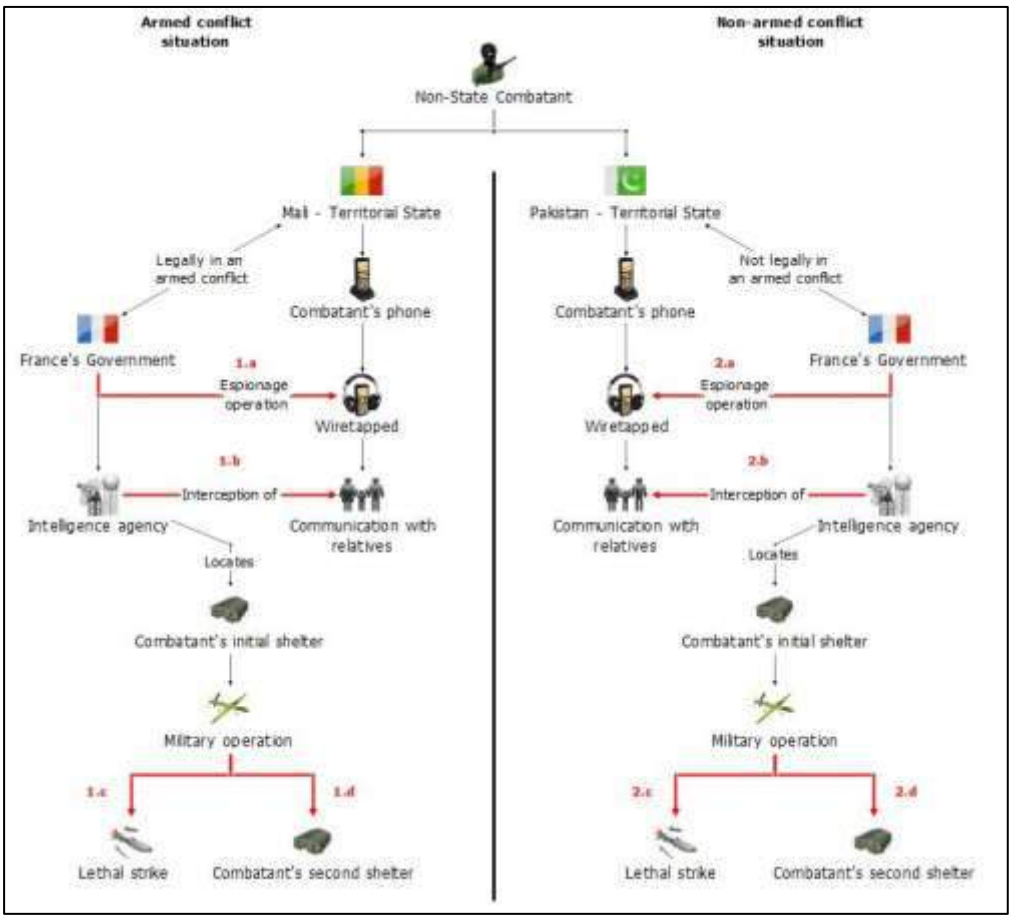
The former leads to the following questions: how is a combatant's right to privacy governed by Article 8? What could be the Court's ruling in the following hypothetical cases? Suppose if France, a Contracting State:

- Wiretapped the phone of a combatant:
  - First scenario: in Mali where France is in an armed conflict and has effective control of parts of the territory since it is militarily present there to support the Malian government against armed groups (part 1.a);
  - Second scenario: in Pakistan where France is not in an armed conflict and does not have effective control of parts of the territory but has military capabilities in the region since it has troops in neighboring Afghanistan (part 2.a).
- Intercepts, through this wiretapping operation, a conversation between this combatant and some of his/her family members or relatives (parts 1.b and 2.b).
- Locates this combatant *via* this interception and:
  - First scenario: conducts a lethal strike against this combatant (parts 1.c and 2.c);
  - Second scenario: does not conduct a lethal strike against this combatant but either lets him know he is being tracked or

he/she discovers that he/she is under surveillance and retreats to another shelter (parts 1.d and 2.c).

These hypothetical circumstances are detailed in the below figure:

Figure 1: Hypothetical case studies of French espionage operations against combatants in Mali and in Pakistan



As seen above in section II, A (2) on the extraterritorial scope of the Convention, the latter's scope includes both the Contracting States' national territory and any territory on which Contracting States have an effective control of. The jurisdictional and territorial scope of the Convention is therefore key to study these hypothetical cases. The first proposed case, where the combatant is in Mali, illustrates how the Court may rule in case the combatant complains of a breach of his/her right to privacy by France, a Contracting State exercising an effective control over the region and part of an armed conflict there (A). The second proposed case, where the concerned combatant is in Pakistan, illustrates how the Court may rule in case he/she complains of a breach of his/her right to privacy by France, a Contracting State which is not part of an armed conflict there, does not have effective control over any Pakistani region, but which has military capabilities in the region that can be deployed into Pakistani territory (B). The two hypothetical situations in the figure above will also help illustrate how a combatant and his/her relatives can claim to be victims of a breach of privacy under the Convention.

A. A combatant under the Contracting State's control: the Malian hypothetical case

As detailed above, foreign territories under military occupation are considered to be under the control of the occupying State, which leads to them being liable for violations of the Convention committed within the occupied territories. However, some circumstances do not amount to a full military occupation. In Sanchez Ramirez v. France, the applicant complained that in 1994, Sudanese police officers had kidnapped and handed him over to French police officers.[1] The latter then put him onto a French military plane and took him to a French military base where he was served with an arrest warrant in connection with an 1982 car bomb explosion in Paris. The European Commission of Human Rights ruled that since the applicant was taken into custody of French police officers and was deprived of his liberty in a French military airplane, that he was effectively under the authority, and therefore the jurisdiction of France. Other similar cases of military or police operations abroad were dealt with in the same manner by the ECoHR.[2]

[1] ECoHR, Sanchez v. France, 24 June 1996, Decision of the European Commission of Human Rights, available at : https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-82811%22]}

[2] See for example ECoHR, Öcalan v. Turkey, Grand Chamber, 12 May 2005, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1340973-1399281%22]}

1.a. The French Government wiretaps the phone of a combatant present on a territory under the effective control of France and where the latter is in an armed conflict

It is unlikely that the Court would rule this wiretapping operation to be a breach of Article 8 since France would have conducted this operation in the context of an armed conflict and in a territory under its effective control. Indeed, as seen above, espionage operations are legal under international humanitarian law. Additionally, France could argue that this wiretapping operation was conducted in the framework of Article 15 of the Convention – derogation of Contracting States' obligations under the Convention in times of war.

France would however still have to successfully argue that this armed conflict, miles away from mainland France, was threatening the life of the nation (Article 15 (1) of the Convention). This argumentation would be purely circumstances-based. In the Malian case, France could argue that a majority of its uranium powering its nuclear power plants are extracted in the broader region of the Sahel. Additionally, the French Government could argue that having tens of thousands of Malian citizens and French citizens with Malian origins on its territory could pose a serious threat to the nation if its enemies in Mali – local armed groups advocating for the destruction of western European powers – won the war and started exporting their ideology to France.

The Court is therefore likely to dismiss a complaint made by a Malian combatant for a breach of his/her right to privacy under the Convention in such circumstances.

1.b. The French surveillance agency intercepts a phone communication between this combatant and his/her family/relatives

In this case, if the French wiretapping operation intercepted a communication between this combatant and his/her relatives, it would still be unlikely that the Court rules such an interception as a breach of the Convention. The latter and his/her relatives may however argue that such an interception stopped them from enjoying each other's company and did not take the combatant's children's interest as a paramount criterion to be respected.

The Court is however likely to rule that this interception was necessary for the survival of the French nation, as mentioned above, since it was conducted in the context of an armed conflict and was necessary.

1.c. First option: France conducts a lethal strike against this combatant after locating him/her via the interception

"*Agencies try to identify targets by both voice and physical appearance* […]", and also attempt "*to determine a suspect's "B.D.L.", or bed-down location.*"[3] If the data collected by the French wiretapping operation and interception of communications between this combatant and his/her relatives allowed for the French Army to geolocate him/her and lethally target him/her, his/her relatives may argue that a breach of his/her right to privacy has led to the violation of another right guaranteed by the Convention, the right to life.

However, the Court is likely to rule that such a geolocating operation and lethal targeting operation in the context of a war – or, under international humanitarian law, – is legal. A combatant under the latter, and under the Convention, does not indeed have a strict right to life while he/she is actively participating in hostilities. Additionally, Article 15 (2) of the Convention distinguishes between deaths resulting from lawful acts of war and deaths not resulting from lawful acts of war.

1.d. Second option: France does not conduct a lethal strike against this combatant but the latter is aware he/she is being spied on and moves out of his/her family home to another shelter

In this scenario, this combatant or his/her relatives may try to argue that his/her right to private home is being breached by such a French tactic. The Court is however unlikely to consider this French action as breach of Article 8 since, in the context of an armed conflict, a combatant is unlikely to be given the right to enjoy a private home while actively participating in hostilities. International humanitarian law does not either recognize this right to a combatant.

[3] Scott Shane, Documents on 2012 Drone Strike Detail How Terrorists Are Targeted, The New York Times, 24 June 2015, available at: https://www.nytimes.com/2015/06/25/world/middleeast/us-drone-strike-said-to-kill-doctor-trying-to-implant-bombs.html

Conclusion of the first hypothetical case:
In such circumstances, the Court is unlikely to rule in favor of any of the combatant's or his/her relatives' arguments in relation to Article 8. In other words, the inclusion of international humanitarian law principles in the Court's interpretation of Article 8 and the possible derogations under Article 15 are likely to lead to consistent inadmissibility of Article 8 claims in relation to acts conducted by a Contracting State during an armed conflict.

B. A combatant not under the State's control: the Pakistani hypothetical case

Although the Court has extensively interpreted the concept of jurisdiction in relation to the enforcement of the Convention, it has refused to make it applicable in case the armed forces or police forces of the concerned State do not exercise an effective control of the claimant.

In Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, six individuals living in Belgrade, Serbia, complained against seventeen NATO Member States and Contracting States to the Convention on human rights issues.[4] Their main complaint was related to the bombing by NATO of the Serbian Radio-Television headquarters in Belgrade which caused damage to the building and several deaths. The Court ruled that at the time, the Republic of Yugoslavia was not under the jurisdiction of any Contracting State and did not find any jurisdiction link between the alleged victims and the respondent States. The application was ruled inadmissible.

In Issa and Others v. Turkey, the applicants, Iraqi nationals, complained that a group of their relatives encountered Turkish soldiers on Iraqi territory where the Turkish army was conducting operations.[5] The applicants' relatives were reportedly abused and assaulted by the Turkish soldiers and they were later found dead, their bodies riddled with bullets and severely mutilated. The Court however ruled that since the applicants did not produce the evidence proving that their relatives were killed by gunfire coming from

[4] ECoHR, Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States, Grand Chamber, 19 December 2001, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-470135-471261%22]}
[5] ECoHR, Issa and Others v. Turkey, Chamber Court, 16 November 2004, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#{%22itemid%22:[%22003-1188356-1234225%22]}

Turkish troops, it was not satisfied that the applicant's relatives had been within Turkish jurisdiction.

However, in Pad and Others v. Turkey, the Court ruled that Iranian men who were killed by Turkish helicopters in North-West Iran in May 1999 were considered to be under the jurisdiction of Turkey during the events.[6] Furthermore, the Court ruled that it was not required to determine the exact location of the events, given that the Turkish Government had already admitted that the fire discharged from its helicopters had caused the killing of the concerned individuals.

2.a. The French Government wiretaps the phone of a combatant who is not under its jurisdiction and not part of a group Party to an armed conflict with France

This hypothesis poses different and more complex questions than the hypothesis in section 1.a. above. Indeed, under international law, France is not in an armed conflict with armed groups active in Pakistan. International humanitarian law is therefore not applicable in this instance. The claimants in this hypothesis might argue, referring to Pad and Others v. Turkey (see above), that the concerned combatant was in fact under the control of France and that the wiretapping constituted a breach to his/her right to private life under Article 8.

France in that case would probably try to argue the derogation clause (Article 15 (2) of the Convention) stating that it was actively fighting international terrorism. However, and as long as the French government does not actively participate in armed hostilities with a certain degree of violence in Pakistan, this argument is likely to be turned down by the Court. The latter is instead likely to rule that this wiretapping constituted a breach of this individual's right to private life.

2.b. The French surveillance agency intercepts a phone communication between this combatant and his/her relatives

[6] ECoHR, Pad and Others v. Turkey, Decision on the admissibility, 28 June 2007, available at: https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22002-2605%22]}

In this case, if the French wiretapping operation intercepted a communication between this combatant and his/her relatives, the Court is likely to rule that such an interception constitutes a breach of these individual's right to family life – violation of their right of enjoyment of each other's company. Indeed, the Court would have a hard time justifying how the wiretapping action was a breach of Article 8 but not the interception of communications *via* this same wiretapping. The claimants in that case might therefore win their claim.

2.c. First option: France conducts a lethal strike against this combatant after locating him/her via the interception

If the data collected by the French wiretapping operation and interception of communications between this combatant and his/her relatives allowed for the French Army to geolocate him/her and lethally target him/her, his/her relatives may argue that a breach of his/her right to privacy has led to the violation of another right guaranteed by the Convention, the right to life.

The Court is likely, in these specific circumstances, to rule that such a geolocating operation and lethal targeting operation in the context of a non-armed conflict situation is illegal. Since this situation of this combatant would not be ruled by international humanitarian law in that case, his situation would be dealt with by the Convention's articles.

2.d. Second option: France does not conduct a lethal strike against this combatant but the latter is aware he/she is being spied on and moves out of his/her family home to another shelter

In this scenario, this combatant or his/her relatives may try to argue that his/her right to private home is being breached by such a French tactic since it practically forbids him/her to reside in his/her home. The Court is likely to consider this French action as a breach of Article 8 as, in the context of an absence of a non-armed conflict, an individual has the right to enjoy a private home and develop a family life.

IV- Conclusion

Article 8 of the Convention may lead, in some specific circumstances, to a lawfare scenario against Contracting States militarily active outside the

Council of Europe's strict territory. This is especially the case when Contracting States conduct espionage operations in countries where they are not legally taking part in an armed conflict against another State or an armed group.

Such a risk, if it gets materialized through a series of lawfare measures – coordinated and numerous lawsuits –, may force some Contracting States to consider not applying the Convention to their military operations, posing a serious risk against the Convention's reach and effectiveness. For example, in May 2015, a United Kingdom-based think tank, Policy Exchange, published a report arguing that the United Kingdom should withdraw from the Convention during wartime, stating that "*Human rights law has no place on the battlefield*".[7]

The majority of contemporary military operations are conducted against armed groups that are active in foreign provinces and that plan armed attacks against both domestic and foreign targets. The right to privacy can already be considered as an old and well-established right given to humans, contrary to popular belief. Indeed, the first time this right was clearly expressed and taken into account was in an article published in the Harvard law review in 1890.[8] The authors of this article, two Boston lawyers, described this right as a right that "*secures to each individual the right of determining, ordinarily, to what extent his thoughts, sentiments, and emotions shall be communicated to other* […] *fixing the limits of the publicity which shall be given them.*"[9] More specifically, the right to privacy as understood by these authors meant that an individual had the right to share not to share with others information about his or her "*private life, habits, acts, and relations.*"[10]

Although we have come a long way since this broad and general definition of what constitutes privacy, policymakers, lawmakers and judges must keep working on an acceptable mechanism by which an individual's right to privacy can be protected without it being used for lawfare purposes such as forcing States conducting legitimate military operations abroad to

[7] Owen Bowcott, "Human rights law has no place on the battlefield" – Policy exchange report, The Guardian, 30 March 2015, available at: https://www.theguardian.com/law/2015/mar/30/human-rights-law-battlefield-thinktank-policy-exchange-report-european-convention

[8] Samuel D. Warren and Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, Harvard Law Review, Vol. 4, N° 5, 15 December 1890, pp. 193-220, available at: https://www.cs.cornell.edu/~shmat/courses/cs5436/warren-brandeis.pdf

[9] *Id.*, p. 198.

[10] *Id.*, p. 216.

unnecessarily spend resources on purely politically-motived lawsuits. As stated by David Galula in his book "*Counter-Insurgency – Theory and Practice*", every Party to an armed conflict must abide by the laws of war, including saving as much resources as possible.[11]

In the specific matter of the Convention, we believe that policymakers should suggest a different writing of both Articles 8 and 15. Indeed, as illustrated by this article and its case studies, both these articles do not appear to be compatible with the needs of States in their current fight against armed groups abroad. Several States are for example too weak to fight solely against armed groups operating on their territory – Pakistan can be considered as being too weak to properly fight armed groups on its territory which is neighboring Afghanistan and the Indian-occupied Kashmir, two hosts of armed groups – and sometimes sign secret intelligence sharing and collecting agreements with other governments. Such agreements, under the current form of the Convention, do not seem to be compatible with Articles 8 and 15 of the latter. Changing this European framework of the right to privacy is both a need – to avoid lawfare – and an obligation – to respect the Convention and the value of legitimate Article 8 claims. This would show that as much as policy makes law, law makes policy, for the Convention's framework on the right to privacy can – and should – integrate issues related to extraterritorial intelligence gathering by Contracting States. European policymakers could for example be inspired by the resolution named The Right to Privacy in the Digital Age that was adopted in 2013 by the Third Committee of the United Nations General Assembly and that tackled the issue of conciliating the right to privacy and extraterritorial intelligence gathering when it expressed its concern "*at the negative impact that surveillance and/or interception of communications, including extraterritorial surveillance and/or interception of communications, as well as the collection of personal data, in particular when carried out on a mass scale, may have on the exercise and enjoyment of human rights.*"[12]

[11] The laws of war in David Galula's book were not the actual conventional and customary laws of war as understood in public international law but a series of necessary observable and rational actions and reactions conducted by Parties to an armed conflict.

[12] United Nations General Assembly, Third Committee, The Right to Privacy in the Digital Age, U.N. Doc. A/C.3/68/L.45/Rev. 1 (1 November 2013).

Données judiciaires et intelligence artificielle : le temps des ruptures

Bruno Deffains,
Professeur de Sciences Economiques, CRED, Université Panthéon-Assas,
Membre de l'Institut Universitaire de France

L'accès au droit et à la justice sont profondément modifiés par les enjeux liés à la transformation numérique qui redessine les équilibres existants entre différents droits et libertés. Elle favorise l'émergence de nouveaux acteurs sur le marché du droit et contraint les acteurs classiques à s'adapter. Dans ce nouvel écosystème la question de la collecte et du traitement des données se trouve posée en même temps qu'apparaissent de nouveaux risques pour nos démocraties dans les relations entre justice et citoyens.

Accès à la justice et nouveaux acteurs du droit

La transformation numérique offre un formidable potentiel d'amélioration du fonctionnement du service public de la justice. La mise en œuvre des outils numériques a d'ores et déjà rendu possible le développement de *legaltechs* actives dans le domaine judiciaire qui proposent une large gamme de nouveaux services[1]. L'accessibilité renvoie aussi à la facilité avec laquelle il est possible de choisir les intermédiaires nécessaires pour conduire un procès, en particulier les avocats. C'est sur ce registre également que se développent les *legaltechs* qui offrent soit des services d'assistance au choix d'un avocat, soit des conseils sur la manière d'engager une action, soit encore une assistance à la formalisation des demandes. Ces services en ligne prospèrent rapidement grâce à une concurrence par les prix nettement à leur avantage par rapport à ceux induits par les voies de recours classiques.

L'e-justice s'inscrit dans cette logique en proposant un meilleur accès à la justice. En présence d'un problème de nature juridique, nombreux sont ceux qui sont convaincus qu'il n'y a rien à faire ou qu'obtenir justice exigerait trop de temps ou d'argent. Il s'agit donc de proposer des solutions qui

[1] *Justice : faites entrer le numérique* (rapport), InstitutMontaigne.org, novembre 2018.

permettent à l'utilisateur d'agir simplement, notamment par le biais de différents formulaires intelligents : mise en demeure, petites créances, négociation en ligne, arbitrage. Ces solutions souvent déployées par les professions juridiques s'appuient sur des plateformes qui permettent de réduire les coûts d'accès au droit.

Sur le marché du droit, les professionnels que sont les avocats, les juristes d'entreprises, les notaires, les huissiers prennent aussi conscience de l'intérêt de ces outils. Pour s'en tenir au cas des jeunes avocats, il n'est pas rare qu'ils aient des difficultés en sortant de l'école et, parmi ceux qui se lancent dans les affaires, bon nombre ont du mal à trouver des clients. Le modèle d'affaires traditionnel est souvent basé sur une clientèle peu nombreuse et plutôt aisée. Les professions ont donc tout intérêt à réfléchir à leur avenir en mobilisant des technologies qui facilitent l'accès au droit. Cela est d'autant plus vrai que la présence de professionnels demeure nécessaire dans la mesure où, si la technologie rend le service, le professionnel doit souvent intervenir en appui de cette technologie pour qu'elle soit efficace.

Le succès de l'e-justice dépend fondamentalement de l'appropriation de la technologie par les acteurs du marché du droit. Il faut concevoir l'e-justice comme un moyen d'améliorer l'efficacité de la justice dans l'intérêt des justiciables en repensant le rôle du juge et en réfléchissant à celui de la technologie et des outils. L'utilité sociale doit primer sur la technologie elle-même. L'expérience néerlandaise d'arbitrage en ligne « *e-courts* » prouve que la demande de justice a du mal à être satisfaite lorsque les parties ont affaire à une boîte noire algorithmique, qui ne motive pas son processus décisionnel. De ce point de vue, la déjudiciarisation n'est pas synonyme de déjuridicisation, en ce sens que l'intervention des juristes apparaît souvent indispensable, contrairement peut-être à celle du juge. Pour autant, la déjudiciarisation ne doit toutefois pas devenir un fantasme : toutes les branches du droit ne sont pas concernées. L'intervention du juge peut être une nécessité, en matière pénale par exemple[2]. En outre, même si les outils technologiques réduisent les asymétries d'information, il n'en demeure pas moins que le contentieux est, dans nombre d'hypothèses, le seul horizon envisageable.

[2] Bruno Deffains et Jean-Baptiste Thierry, « Les juristes rêvent-ils d'un droit algorithmique ? », *Dalloz Avocats. Exercer et entreprendre*, n° 12, 2017.

Les enjeux de la régulation des algorithmes

S'il est vrai que le numérique présente un formidable potentiel pour favoriser l'accès à la justice, il risque également de créer de nouveaux conflits de normativités[3]. En effet, la transformation numérique modifie le rapport au droit en proposant une nouvelle manière de produire du sens, à l'image de celui que confèrent les techniques d'aide à la décision basées, par exemple, sur des algorithmes de justice dite « prédictive » ou « quantitative » supposés faciliter le travail du juriste à travers le traitement statistique du patrimoine jurisprudentiel. On peut rapprocher cette évolution d'une forme de gouvernance par les nombres[4].

La matière pénale apparaît comme un révélateur des limites et potentialités de l'outil algorithmique[5]. Les machines sont contaminées par nos préjugés, qu'elles tendent à accentuer. Surtout, quel que soit le champ concerné, pénal ou civil, il faut insister sur la nécessité d'un encadrement précis de l'utilisation des algorithmes. Les écueils sont de différentes natures. En premier lieu, on sait que l'usage des algorithmes n'élimine pas le risque de biais. En effet, plus un algorithme est « nourri » par les données, plus il devient intelligent. Mais seulement à hauteur des données dont il a été nourri… Or les données peuvent contenir des biais que l'on retrouvera par conséquent dans l'algorithme lui-même[6]. Et ce, sans compter les biais qu'ont, le plus souvent inconsciemment, véhiculés les développeurs en réalisant l'algorithme. En second lieu, on comprend que la qualité du travail des algorithmes dépend avant tout de la quantité et de la qualité des données utilisées. Dès lors que les acteurs du marché sont en situation d'asymétrie d'information, le risque est grand de voir émerger des défaillances de marché. La transparence est une condition *sine qua non* pour une utilisation satisfaisante des algorithmes qui évite les manipulations et utilisations stratégiques de l'information. Enfin, la question de la protection des données doit être posée. Les nouvelles formes de procédés décisionnels automatisés permettent en effet un traitement inédit des données de masse, données brutes, hétérogènes, dynamiques, caractéristiques du *big data*.

---

[3] Antoine Garapon et Jean Lassègue, *Justice digitale*, Paris, PUF, 2018.

[4] Alain Supiot, *La Gouvernance par les nombres*, Paris, Fayard, 2015.

[5] Bruno Deffains et Jean-Baptiste Thierry, « Les juristes rêvent-ils d'un droit algorithmique ? », art. cité.

[6] Cf. notamment l'expérience américaine de l'algorithme développé par la société Compas sur la dangerosité des criminels pouvant bénéficier d'une remise en liberté.

Bien que le *big data* ne se réduise pas aux seules données personnelles et que l'immense majorité des traces produites par les individus, directement (que ce soit *via* un clic sur un lien internet ou un « like » sur un réseau social) ou indirectement (sous forme de métadonnées), ne constituent pas, individuellement, des signaux identifiants, force est de constater que les capacités de corrélation des procédés d'analyse statistique font dès à présent entrer dans l'espace des données personnelles un ensemble de données fragmentées, en apparence anodines, qui en étaient jusqu'alors exclues, ce qui pose par là même la question de la régulation des algorithmes et de l'accès aux données judiciaires.

Collecte et traitement des données : quelles limites ?

La loi de programmation et de réforme pour la justice du 23 mars 2019 est revenue sur le régime de l'*open data* judiciaire, afin d'essayer de lever les obstacles liés à l'absence de décret d'application de la loi pour une République numérique. Le dispositif adopté se veut le fruit d'un arbitrage entre la valorisation du patrimoine jurisprudentiel et la protection des personnels judiciaires. L'articulation retenue est la suivante : une mise à disposition des décisions, les noms des parties personnes physiques étant occultés, assortie d'une occultation facultative des éléments permettant d'identifier les parties, les tiers [*sic*], les magistrats et les membres du greffe « *lorsque sa divulgation est de nature à porter atteinte à la sécurité ou au respect de la vie privée de ces personnes ou de leur entourage* ». Et pour parfaire le tout, la loi crée une incrimination : l'interdiction de la réutilisation des données d'identité des magistrats et des membres du greffe ayant pour objet ou pour effet d'évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées. Les sanctions attachées sont pénales ou administratives. Au plan pénal, les peines prévues sont de cinq ans d'emprisonnement et 300 000 euros d'amende. Au plan administratif, le dispositif renvoie aux mesures et sanctions prévues par la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

C'est là que le bât blessait : le frein mis à l'étude des décisions sous couvert de la protection de l'identité des magistrats et greffiers revient à dépersonnaliser l'acte de juger. Certes rendue au nom du peuple français, la justice n'en est pas moins rendue par des personnels dont l'indication des noms est obligatoire pour la régularité de la décision. En outre, il ne faut pas négliger la personnalisation inhérente à certaines fonctions : si l'on pense immédiatement aux noms de conseillers d'Etat ou de conseillers à la Cour de cassation, il n'est pas besoin d'aller si haut dans la hiérarchie judiciaire pour

savoir à quel point l'être et la fonction sont intimement liés, pour le meilleur ou pour le pire.

Dépersonnalisée, la justice ne doit pas pour autant devenir désincarnée. Surtout, c'est le refus de ces études sur l'évaluation, l'analyse, la comparaison ou la « prédiction » des pratiques professionnelles qui interroge : si l'on peut comprendre certaines peurs liées à la justice « prédictive » – qui ne prédit rien sinon le comportement passé – il est beaucoup plus regrettable de freiner, sans justification valable, l'étude des comportements des magistrats. La recherche est ainsi amputée d'un champ important d'investigations. Au lieu de l'encourager, l'institution judiciaire se referme sur elle-même, ce qui ne participe à l'évidence pas d'un rapprochement entre le juge et le justiciable. Il ne s'agit que de la suite d'un mouvement déjà amorcé et aux manifestations multiples, depuis l'architecture des nouveaux tribunaux jusqu'aux réticences – le mot est faible – à enregistrer ou à diffuser les actes judiciaires. Au risque de quelques dérives bien mal déterminées, vient répondre une forme d'autarcie : à l'image d'un escargot, la justice se replie sur elle-même, ce dont on ne peut se satisfaire.

Pourtant, depuis des années les pouvoirs publics avancent péniblement sur la voie de la libéralisation des données et de développer en France l'*open data* des décisions de justice (environ 3 millions par an) avec comme principal objectif d'avoir une meilleure justice, transparente et accessible à tous. Il s'agit d'une mesure politique de nature sociétale qui relève d'une logique de gestion du bien commun que constitue la donnée publique. Comment promouvoir une justice efficace et moderne si on ne peut avoir accès de manière transparente aux solutions juridiques ?

Les avocats étaient au moins épargnés. Mieux, les débats parlementaires mettaient en avant leur volonté de rester nommés dans les décisions, ce que l'on peut par ailleurs aisément comprendre. Mais par un retournement aussi inattendu que spectaculaire, le Conseil national des barreaux a demandé « *qu'un traitement identique soit réservé aux données d'identité des avocats dans le cadre des décisions de justice en open data* ». Au moins n'a-t-il pas été – encore – question de l'élargissement de l'incrimination à l'étude de leurs pratiques.

Dans un ouvrage de 1837 intitulé *Recherches sur la probabilité des jugements en matière criminelle et en matière civile* le mathématicien français Siméon Denis Poisson expliquait que *« Turgot concevait tout l'avantage que les sciences morales et l'administration publique peuvent retirer du calcul des probabilités, dont les indications*

sont toujours précieuses, lors même que, faute de données suffisantes de l'observation, il ne peut conduire aux solutions complètes des questions ». Ce faisant, il rejoignait Condorcet (1785) ou Laplace (1814) qui avaient avant lui essayé de mettre en évidence l'intérêt du calcul des probabilités en matière judiciaire. Leurs motivations étaient diverses s'agissant de protéger l'individu contre une mauvaise décision ou bien de promouvoir l'ordre public à l'échelon du pays mais tous avaient à l'esprit un meilleur fonctionnement du système de justice publique en promouvant une culture de la mesure et de l'évaluation.

Voici donc aujourd'hui une justice rendue publiquement au nom du peuple français par une cohorte d'anonymes : il y a sans doute de meilleures manières de rapprocher les citoyens de leurs juges. Evaluer les pratiques des juges est trop souvent perçu comme une forme de reconnaissance d'une capacité à contester le pouvoir judiciaire alors qu'elle est d'abord et avant tout un signe de bonne santé démocratique.

Placer l'humain au cœur du numérique pour la justice

Malgré les efforts qui transparaissent dans la loi organique de mars 2019, on sait que les très hautes ambitions affichées buteront sur l'état des finances publiques. Il faut donc parvenir à imaginer de nouvelles formes de partenariat entre public et privé, par exemple des accès de gré à gré au patrimoine jurisprudentiel en s'inspirant peut-être de la notion d'occupation du domaine public. Mais à la condition de redéfinir clairement le rôle du service public de la justice au XXIe siècle. Quelles sont les attentes exactes des citoyens ? Comment y répondre en tenant compte des disparités territoriales ou d'éducation ? Comment réaffirmer la primauté des droits de l'homme et des libertés fondamentales, comme la garantie d'accès à un tribunal indépendant et impartial ? Il est important de penser les rapports entre la finalité sociétale et les progrès de la technologie[7]. C'est à cette condition que l'on concevra et déploiera efficacement des outils dans le sens du bien commun.

Dans un souci démocratique, aujourd'hui la puissance publique doit participer à la transformation numérique du droit. À défaut d'être la première

[7] En fait, il y a une confusion à cause du terme « autonome ». Au sens technique, cela ne veut pas dire qu'une machine définit ses propres objectifs. Cela veut seulement dire qu'elle peut atteindre sans intervention humaine un objectif donné, celui-ci étant bel et bien fixé par l'homme.

legaltech de France, elle doit s'impliquer dans le développement des nouveaux outils. Le véritable danger, c'est que l'humain perde son autonomie en déléguant la prise de décision à l'IA. Ainsi, laisser les agents autonomes ultrarapides aux commandes de la Bourse a sans doute conduit à la crise de 2008. Ces outils ont en effet un impact évident sur nos décisions. En économie comportementale, on a pu montrer comment le risque de dédouanement ou de déresponsabilisation naît lorsque nous devenons passifs face à l'IA. On a également observé, par exemple chez les pilotes d'avion, que les humains estiment souvent les machines plus aptes qu'eux, grâce aux énormes quantités d'informations qu'elles traitent. Dès lors, qui osera aller à l'encontre de leurs verdicts ?

En réalité, l'IA est une formidable occasion d'engager une réflexion sur nous-mêmes. La machine nous apprend à savoir qui nous sommes. Elle nous fait rêver à notre amélioration tout en étant le reflet de nos fantasmes. L'IA nous invite à progresser par nous-mêmes, et il faut s'approprier l'outil pour être en mesure de juger la réponse de la machine. L'IA n'est qu'un moyen ; celui qui doit donner du sens à ce moyen est l'humain. C'est l'humain qui doit garder la responsabilité de la décision finale. Faute de solutions techniques à injecter dans les systèmes d'apprentissage[8], il faut laisser à l'humain la décision finale dans les cas délicats. Mis à part la voiture autonome et quelques autres exemples, qui nécessitent des réactions en temps réel, les solutions proposées par l'IA autorisent presque toutes le temps de la réflexion. On peut aussi imaginer configurer les systèmes pour qu'ils donnent plusieurs solutions, si possible avec les raisons associées et leurs conséquences, et laisser l'humain choisir celle qu'il veut adopter.

En réalité, les robots ne sont ni gentils ni méchants et n'ont pas de projet personnel. Ils font ce qu'on leur a dit de faire. Les peurs irrationnelles vis-à-vis d'une prise de pouvoir par l'IA masquent des enjeux politiques et économiques majeurs. L'asservissement à la machine est un problème bien moins important que l'asservissement à la compagnie privée qui la contrôle. L'inquiétude naît du glissement du pouvoir des États vers les firmes qui disposent de milliards de données sur les citoyens, et bientôt plus encore *via* les futures applications dotées d'IA analysant tous les comportements pour mieux assister les individus. Sur ce terrain aussi, le rapport du droit au

[8] Jean-Gabriel Ganascia, *Le Mythe de la Singularité. Faut-il craindre l'intelligence artificielle ?*, Paris, Seuil, 2017.

numérique devient essentiel. En effet, les principes éthiques ne permettront pas à eux seuls à créer de la confiance dans les outils d'IA, et la norme juridique a un rôle essentiel à jouer pour garantir leur transparence et leur contrôle. Cette transformation numérique qui est susceptible d'impacter l'accès au droit et à la justice, ouvre ainsi d'immenses champs pour la réforme de la justice, tout en appelant à une légitime prudence. Mais, au-delà des institutions judiciaires, le numérique crée aussi, pour l'ensemble de la société, un nouveau paradigme, qui constitue un appel à inventer de nouveaux modes de régulation.

Publicité de la justice : une leçon venue d'outre-Manche[1]

Thomas Perroud
Professeur de droit public à l'Université Panthéon-Assas (Paris II) - CERSA

Résumés :

La Cour suprême britannique s'est penché cet été sur la portée du principe de publicité de la justice. A l'heure où la France s'apprête à porter un coup inédit à ce principe, il n'est pas inutile de porter notre regard outre-Manche pour prendre la mesure du fossé culturel qui nous sépare de ce pays. La conscience des juges de leur responsabilité politique vis-à-vis du public devrait nous inspirer.

The UK Supreme Court has just issued a landmark decision on the principle of open justice. At a time when France is about to strike a blow to this principle, it is useful to study this decision and take the measure of the cultural divide between the two countries. The awareness of British judges of their political responsibilities towards the public is particularly inspiring.

À l'heure où la Garde des Sceaux est en train d'élaborer les décrets d'application de la loi de programmation pour la justice, qui porte une atteinte inédite à la publicité de la justice en permettant d'omettre (et donc en interdisant de réutiliser) non seulement le nom des parties, mais aussi celui des juges et en punissant de 5 ans d'emprisonnement le fait d'utiliser les données d'identité des magistrats et des membres du greffe afin d' « évaluer, d'analyser, de comparer ou de prédire leurs pratiques professionnelles réelles ou supposées » — autrement dit qui pénalise la recherche sur la justice ; à l'heure où même les avocats, par l'entremise du CNB, demandent l'extension de cette disposition à leur profession et à l'heure enfin où notre pays fait justement l'objet des critiques de la presse internationale[2] — manifestement plus inquiète

[1] Cette contribution a également été publiée dans le blog *Jus Politicum* (http://blog.juspoliticum.com) que nous vous invitons très cordialement à consulter, ainsi que la Revue *Jus politicum* (http://juspoliticum.com/la-revue).

[2] V. France Bans Judge Analytics, 5 Years In Prison For Rule Breakers, Artificial Lawyer, 4 juin 2019 (Disponible ici : https://www.artificiallawyer.com/2019/06/04/france-bans-judge-analytics-5-years-in-prison-for-rule-breakers/) ; John O. McGinnis, Transparency and

de cette situation que l'opinion publique française — , il n'est pas inutile de rapporter la grande et courageuse décision que la Cour suprême britannique a rendu, le 29 juillet 2019, Cape Intermediate Holdings Ltd v Dring ([2019] UKSC38). Les juges britanniques peuvent s'enorgueillir de la transparence dans l'élaboration de leurs décisions ! Évidemment, il ne s'agit pas dans cette affaire de l'anonymisation des noms des juges, question impensable. Il s'agit de l'étendue du droit d'accès aux dossiers contentieux. Ce droit est absolument et radicalement inexistant en France : il faut 75 ans pour pouvoir accéder à un dossier contentieux… Voyons à présent comment un pays qui place sa justice sous la lumière du public traite ce type de question.

Juste une remarque liminaire, il me semble que tout l'intérêt et toute la force de cet arrêt tient à son domaine. Les juges s'interrogent ici sur la portée du droit d'accès des tiers dans un contentieux privé, c'est-à-dire, en théorie, un contentieux où l'intérêt du public devrait être nul et le secret donc préservé. Or, les juges de la Cour suprême rejettent fermement une telle interprétation.

La question précise dans ce dossier porte sur l'étendue du droit d'accès des tiers aux dossiers contentieux. Autrement dit, il s'agissait de préciser la portée du principe de publicité de la justice (« open justice »). On ne peut manquer de citer le fondement de ce principe énoncé par Lady Hale pour l'opinion majoritaire, qui est bien la nature du régime politique :

---

the Law in France, 20 juin 2019 (Disponible ici : https://www.lawliberty.org/2019/06/20/transparency-and-the-law-in-france/) ; Malcolm Langford, Mikael Rask Madsen, France Criminalises Research on Judges, Verfassungsblog, 22 juin 2019 (Disponible ici : https://verfassungsblog.de/france-criminalises-research-on-judges/) ; Jason Tashea, France bans publishing of judicial analytics and prompts criminal penalty, ABA Journal, 7 juin 2019 (Disponible ici : http://www.abajournal.com/news/article/france-bans-and-creates-criminal-penalty-for-judicial-analytics) ; Michael Livermore, Dan Rockmore, France Kicks Data Scientists Out of Its Courts, Slate, 21 juin 2019 (Disponible ici : https://slate.com/technology/2019/06/france-has-banned-judicial-analytics-to-analyze-the-courts.html?via=gdpr-consent) ; Michael Heise, A New Legal Cloud Over Statistical Analyses of Judicial Decisions in France, Empirical Legal Studies Blog, 5 juin 2019 (Disponible ici : https://www.elsblog.org/the_empirical_legal_studi/2019/06/a-new-legal-cloud-over-statistical-analysis-of-judicial-decisions-in-france.html) ; Gregory Bufithis, Understanding the French ban on judicial analytics, 9 juin 2019 (Disponible ici : http://www.gregorybufithis.com/2019/06/09/understanding-the-french-ban-on-judicial-analytics/) ; Sabrina I. Pacifici, French Law Banning Analytics About Judges Restricts Legitimate Use of Public Data, beSpacific, 15 juillet 2019 (Disponible ici : https://www.bespacific.com/french-law-banning-analytics-about-judges-restricts-legitimate-use-of-public-data/) ; Eline Chivot, French Law Banning Analytics About Judges Restricts Legitimate Use of Public Data, Centre for Data Innovation, 9 juillet 2019 (Disponible ici : https://www.datainnovation.org/2019/07/french-law-banning-analytics-about-judges-restricts-legitimate-use-of-public-data/) ; France: Draconian tech regulation law enacted to help judges save face, 25 juin 2019 (Disponible ici : https://scottishlegal.com/article/france-draconian-tech-regulation-law-enacted-to-help-judges-save-face).

« Le juge Toulson écrit ceci dans l'arrêt R (Guardian News and Media Ltd) v City of Westminster Magistrates' Court[3] : "Le principe de publicité de la justice est au cœur de notre système de justice, il est vital à l'État de droit. L'État de droit est un beau concept mais les belles paroles ne servent à rien. Comment l'État de droit lui-même doit-il être surveillé ? Voilà une question vieille comme le monde. Quis custodiet ipsos custodes — qui gardera les gardiens ? Dans une démocratie, où le pouvoir procède du consentement du peuple gouverné, la réponse doit reposer dans la transparence de la procédure juridictionnelle. La publicité de la justice permet de faire rentrer la lumière et permet au public de contrôler le travail du droit, pour le meilleur et pour le pire ».

La conclusion que l'on peut tirer de ces considérations pour la France s'impose d'elle-même…

L'affaire précitée concernait la compagnie Cape Intermediate Holding, fabricant et fournisseur d'amiante. Cette compagnie a dû faire face en 2017 à un procès intenté par les compagnies d'assurance ayant rédigé les clauses la police d'assurance obligatoire Responsabilité Civile Employeur. Des employeurs, par l'intermédiaire de leur assurance, avaient assigné Cape en justice pour lui demander une contribution aux dommages et intérêts qu'ils avaient dû verser à leurs employés, ayant développé un cancer des poumons (un mésothéliome), après avoir manipulé des produits fabriqués par Cape. Ce procès généra une grande quantité d'informations obtenues par la procédure du *disclosure*.

Une association des victimes de l'amiante, non partie au procès, demanda donc l'accès à l'ensemble des documents de procédure au motif qu'ils pourraient leur être utiles dans leurs contentieux respectifs. Le juge de première instance donna un accès large à l'ensemble des documents de procédure (et notamment des expertises mais pas uniquement). La société Cape fit donc un recours contre cette décision. Le contentieux alla jusqu'à la Cour suprême et, détail intéressant qui explique le titre même de l'arrêt, la Media Lawyers Association intervint pour défendre l'ouverture des pièces du procès — il existe donc une association de juristes des médias au Royaume-Uni ! Cette association explique ainsi que « le public ne peut contrôler le travail des juges que par le truchement des médias. Ces médias sont les yeux et les oreilles du

[3] Disponible ici : https://www.supremecourt.uk/cases/docs/uksc-2018-0184-judgment.pdf.

public, c'est pourquoi ils ont besoin de pouvoir accéder aux documents de procédure ».

Quelle fut l'issue du jugement ? Le Code de procédure civile britannique (Civil Procedure Rules) confère déjà un accès aux tiers à certaines pièces de procédure, le reste étant soumis à la discrétion du juge.

L'article 5.4C du code indique en effet ceci :

« Fourniture de documents du dossier contentieux à un tiers.

1) La règle générale est qu'un tiers peut obtenir une copie de :

a. L'exposé de l'affaire, mais d'aucun document enregistré ou attaché à cet exposé (…) ;

b. Du jugement ou de l'ordonnance rendu ou fait en public (…) ;

2) Un tiers peut, si la Cour en donne permission, obtenir du dossier contentieux une copie de tout document enregistré par une partie ou d'une communication entre la Cour et une partie ou une autre personne »

L'exposé de l'affaire est ensuite défini comme « le formulaire de recours, les détails de l'affaire lorsque ceux-ci ne sont pas inclus dans le formulaire, le défense la réplique en défense (…), et l'ensemble des informations en relation avec eux fournies volontairement ou par ordre de la Cour »[4]. De surcroît, l'article 39.9 du même code indique que les parties et les tiers peuvent obtenir une copie de la retranscription de tout ce qui a été prononcé publiquement au tribunal.

Enfin, c'est bien le principe de publicité de la justice (open justice) qui servit de principe directeur pour les juges, car il s'applique à toutes les entités « exerçant le pouvoir juridictionnel de l'État ». Et la position par défaut, explique Lady Hale, est que le public doit avoir accès non seulement aux écritures des parties mais aussi à l'ensemble des documents qui ont été placés devant la Cour, car c'est le seul moyen de rectifier les éventuelles erreurs que

[4] Traduction libre de : « 16. Rule 5.4C is headed "Supply of documents to a non-party from court records". For our purposes, the following provisions are relevant:"(1) The general rule is that a person who is not a party to proceedings may obtain from the court records a copy of - (a) a statement of case, but not any documents filed with or attached to the statement of case, or intended by the party whose statement it is to be served with it ; (b) a judgment or order given or made in public (whether made at a hearing or without a hearing), ...(2) A non-party may, if the court gives permission, obtain from the records of the court a copy of any other document filed by a party, or communication between the court and a party or another person."

17. By rule 2.3(1), "statement of case" "(a) means a claim form, particulars of claim where these are not included in a claim form, defence, Part 20 claim, or reply to defence, and (b) includes any further information in relation to them voluntarily or by court order ..."".

le juge aurait commises. Ce droit n'est évidemment pas automatique, la demande doit donc être explicitée et le juge devra mettre en balance le principe de publicité de la justice avec les autres intérêts protégés par la loi.

Il nous semble évident que la position de la Cour suprême anglaise est la seule réaliste. Les pièces qui sont placées devant un juge sont des pièces publiques et doivent être entièrement disponibles pour les chercheurs et l'opinion publique. La France s'oriente dans une direction différente, sans même avoir consulté les chercheurs ou les journalistes, sans un débat public digne de ce nom.

LA RECHERCHE A L'ECOLE DOCTORALE

ACADEMIC RESEARCH

Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations
Samuel Fulli-Lemaire

Attribution de contrats pétroliers : Les pays africains à l'épreuve de la transparence
Amina Lebdioui

L'impartialité de l'arbitre
Karim El Chazli

Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies
Michel Tabbal

Droits fondamentaux et droit international privé - Réflexion en matière personnelle et familiale
Rebecca Legendre

Le forum shopping dans le contentieux international
Claudia Cavicchioli

Le droit international privé de la famille à l'épreuve de l'impératif de reconnaissance des situations*

Samuel Fulli-Lemaire
Professeur à l'université de Strasbourg

En ce début de xxie siècle, le droit international privé doit composer avec des réalités à bien des égards inédites, qui imposent de repenser une série d'équilibres longtemps restés à l'abri de toute remise en cause d'envergure. Ce questionnement présente une physionomie particulière en matière familiale : alors que certains phénomènes qui bouleversent d'autres branches du droit, comme l'essor de l'internet en matière de responsabilité extracontractuelle ou de droit des contrats, n'y exercent qu'une influence encore très secondaire, le respect des relations familiales constituées à l'étranger y apparaît désormais comme une exigence singulièrement prégnante. C'est très précisément la vigueur de cette exigence, à laquelle fait écho l'idée de reconnaissance, qui explique la place éminente qu'a progressivement conquise cette dernière dans les débats contemporains du droit international privé de la famille.

Encore faut-il s'entendre sur ce que recouvre exactement ce terme de reconnaissance, dont la polysémie est constamment rappelée. À un niveau très fondamental et abstrait, en effet, le droit international privé tout entier est parfois décrit comme un droit de la reconnaissance, en ce qu'un ordre juridique ne saurait se confronter aux normativités étrangères – quel que soit le sort qui serait en définitive fait à celles-ci – sans leur accorder a priori une certaine valeur, autrement dit sans les reconnaître. Mais le sens le plus fréquemment donné au terme de reconnaissance relève plutôt de la technique : en droit positif, une décision judiciaire est soumise en principe à une méthode dite de la reconnaissance d'efficacité lorsqu'une partie cherche à lui faire produire effet dans un autre État que celui dont une juridiction s'est prononcée.

De toute évidence, mener une étude sur la tendance contemporaine à accorder davantage de respect aux situations familiales nées à l'étranger implique de mobiliser le terme de reconnaissance d'une manière différente,

* Thèse rédigée sous la direction de M. le Professeur Yves Lequette (Université Paris 2 Panthéon-Assas) et soutenue le 8 décembre 2017 à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas. Autres membres du jury de soutenance : M. le Professeur Louis d'Avout (Université Paris 2 Panthéon-Assas), M. le Professeur Sylvain Bollée (Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne), Mme le Professeur Léna Gannagé (Université Saint-Joseph), et Mme le Professeur Horatia Muir Watt (Sciences Po). À paraître en 2020 dans la collection « Bibliothèque de droit privé » des éditions LGDJ.

et en quelque sorte intermédiaire, entre ces deux extrêmes traditionnels, l'un très abstrait et l'autre précis, technique.

La majorité des auteurs semble s'être ralliée au parti consistant à maintenir la reconnaissance dans l'orbite de la technique tout en l'affranchissant de son domaine traditionnel, la seule efficacité des jugements étrangers et des actes publics assimilés. À adopter cette perspective, la question centrale devient alors celle de savoir s'il convient, et dans l'affirmative à quelles conditions, de consacrer une nouvelle méthode de la reconnaissance des situations qui permettrait d'accueillir certaines situations familiales nées à l'étranger aux termes d'un raisonnement plus ou moins directement inspiré de celui qui, en droit positif, ne s'impose encore que si elles ont été créées par des jugements. Il y a là, bien entendu, le point de départ de réflexions très riches tenant tant à la critique des méthodes classiques du droit international privé qu'à l'élaboration de méthodes nouvelles. L'inconvénient de cette approche, néanmoins, est qu'elle a nécessairement pour conséquence l'exclusion du champ de l'étude de certaines évolutions ou pistes d'évolution qui, bien qu'elles participent également de la tendance contemporaine à la reconnaissance, ne constituent pas en elles-mêmes une évolution méthodologique mais un simple redéploiement ou infléchissement des méthodes traditionnelles.

Un exemple frappant en est fourni par l'article 515-7-1 du Code civil, aux termes duquel « les conditions de formation et les effets d'un partenariat enregistré ainsi que les causes et les effets de sa dissolution sont soumis aux dispositions matérielles de l'État de l'autorité qui a procédé à son enregistrement ». La doctrine majoritaire considère, d'ailleurs parfois à regret, que le législateur de 2009 a choisi de consacrer là une règle de conflit plutôt qu'une règle de reconnaissance des situations, puisque selon le modèle traditionnel une catégorie, celle des « conditions et effets du partenariat », est associée à un élément de rattachement abstrait et défini ex ante, en l'occurrence l'autorité d'enregistrement. Pour autant, il est indéniable que l'autorité d'enregistrement a été préférée aux rattachements traditionnels du statut personnel – nationalité, domicile et résidence habituelle des parties – afin de faciliter l'accueil au sein du for de partenariats enregistrés à l'étranger, puisque leur validité est appréciée au regard de la loi en vertu de laquelle ils ont pu accéder à la vie juridique. En d'autres termes, cet objectif d'un accueil facilité des situations familiales étrangères peut être, dans certains cas au moins, atteint en recourant à une règle de conflit relativement classique désignant la loi d'origine – relativement classique, puisque la compétence de la loi de l'autorité n'est pas sans parenté avec la loi du lieu de célébration qui depuis bien longtemps régit la validité du mariage en la forme.

Cette observation conduit à écarter les approches trop intimement liées à la problématique du renouvellement des méthodes et à préférer, comme axe d'étude, la tendance à la reconnaissance des situations familiales en elle-même, dans toute sa généralité. Cette tendance apparaît alors comme un impératif appelé à occuper une place éminente parmi les préoccupations qui nourrissent la théorie générale du droit international privé. Le caractère relativement inusité de cette terminologie d'impératif de reconnaissance, qui ne se rencontre encore que rarement sous la plume des internationalistes privatistes, incite cependant à commencer l'exposé très en amont.
La première partie de la thèse est ainsi consacrée à l'émergence de ce nouvel impératif (**I**) et la seconde à son influence sur le droit international privé de la famille (**II**).

I. L'émergence de l'impératif de reconnaissance des situations familiales

L'émergence de l'impératif de reconnaissance des situations familiales ne peut se comprendre qu'en prenant d'abord la mesure du nouveau contexte dans lequel le droit international privé contemporain est appelé à intervenir (**A**). À cette fin, les travaux d'historiens, de sociologues, de philosophes et de politistes, ainsi que des données quantitatives, notamment démographiques, peuvent être utilement sollicités. Une fois ce nouveau contexte appréhendé, ses implications pour le droit international privé peuvent être précisées, ce qui revient à définir le changement de perspective qu'il est devenu opportun d'opérer dans notre conception de la discipline (**B**).

A) Un changement de contexte

Le droit international privé de la famille d'un pays comme la France, qui de ce point de vue semble représentatif de l'Europe de l'Ouest dans son ensemble, est aujourd'hui exposé à l'influence conjuguée de deux facteurs. Le premier, et le plus facilement caractérisé, est la mobilité accrue des personnes à travers les frontières, qui se traduit par une multiplication des familles internationales et accroît mécaniquement le nombre des hypothèses d'intervention du droit international privé. Le second réside dans la montée d'un individualisme qui rechigne toujours davantage à composer avec les contraintes collectives.
Alors qu'il y a quelques décennies encore, il était relativement bien accepté qu'un État puisse en toute légitimité définir de manière limitative ce qui à son

sens constituerait une famille, les citoyens d'aujourd'hui tendent à refuser de se plier à ce qui leur apparaît comme une inacceptable ingérence dans leur vie privée, comme un refus injustifiable de tenir compte des choix par lesquels ils ont exprimé leur autonomie. Cette logique peut être poussée très loin, car celles et ceux qui se voient refuser l'accès à un statut – le mariage, par exemple – ou à une technique médicale qui leur permettrait de devenir parents – la gestation pour autrui, notamment – ne sont plus contraints d'obtenir une évolution du droit national dans le sens d'un plus grand libéralisme.

Notre époque, où les communications et les déplacements sont plus faciles que jamais, suggère en effet une autre voie, une autre tentation : s'affranchir de la prohibition nationale en se plaçant sous l'empire d'un droit étranger moins contraignant, puis en exigeant la reconnaissance de la situation familiale ainsi créée. Il peut aussi arriver, bien entendu, que l'application du droit étranger ne soit pas l'aboutissement d'une manœuvre délibérée, mais simplement la conséquence des liens étroits qui peuvent exister entre les parties et plusieurs ordres juridiques. Deux personnes peuvent ainsi être valablement mariées selon les vues de l'État de célébration, sur le territoire duquel elles ont résidé durant des décennies, mais se trouver exposées à des difficultés à leur retour dans leur État national, si la validité de leur mariage se trouve vérifiée au regard des règles de droit international privé de ce second État.

Par là, il est possible de percevoir en quoi mobilité et individualisme se renforcent mutuellement et mettent à rude épreuve un droit international privé conçu à une époque où la maîtrise de l'État sur le droit de la famille était indiscutée. Dans un premier temps, la mobilité conduit à l'application d'un droit de la famille étranger, que la compétence de celui-ci ait été ou non spécifiquement recherchée en raison de son caractère plus accommodant que le droit d'origine qui contrariait le projet familial des parties. Dans un second temps, le sentiment d'une prééminence des intérêts privés et d'une valorisation des choix individuels rend plus difficile à accepter l'éventuel refus de l'État d'origine de tenir compte de la relation familiale que l'exercice de la mobilité a permis de créer à l'étranger. En somme, l'individualisme offre une caisse de résonance aux revendications suscitées par la mobilité des personnes.

B) Un changement de perspective

Au changement de contexte qui vient d'être exposé, et qui est désormais caractérisé par une contestation toujours croissante des obstacles opposés à

la reconnaissance dans le for des situations familiales nées à l'étranger, doit répondre un changement de perspective, faute pour le cadre conceptuel traditionnel du droit international privé de suffisamment protéger les intérêts des individus mobiles. Il est donc proposé de compléter ce cadre par la prise en compte d'un nouvel impératif de reconnaissance des situations.

Le cadre conceptuel du droit international privé est aujourd'hui encore très largement tributaire de certains travaux éminents datant d'il y a plusieurs décennies. Des auteurs comme Wilhelm Wengler en Allemagne ou Henri Batiffol en France ont en effet joué un rôle fondateur dans l'élaboration du dernier état de la théorie générale de la discipline, notamment en ce qu'ils ont développé une réflexion en termes de principes directeurs. Ceux-ci se présentent comme des directives méthodologiques générales, qui rappellent les objectifs que le droit international privé doit concilier et ont vocation à inspirer les auteurs des règles comme à guider leurs interprètes. Même si ce prisme d'analyse a abondamment fait la preuve de ses qualités, un réexamen éclairé par les préoccupations contemporaines conduit à la conclusion que ces conceptions classiques reflètent à un degré trop important les présupposés de l'époque qui a vu leur élaboration, surtout s'agissant de la tendance à faire prédominer les intérêts publics sur les intérêts individuels – ou, pour adopter sous une forme modernisée une dialectique bien connue de la théorie générale du droit international privé, les intérêts de l'ordre juridique du for sur ceux des personnes privées. Afin de mieux protéger les seconds, il apparaît donc opportun de retoucher par endroit les constructions doctrinales traditionnelles.

Dans le cadre de ces constructions traditionnelles, la protection des intérêts individuels était étroitement associée à deux principes directeurs : l'harmonie internationale des solutions, qui vise à l'adoption de solutions identiques dans les différents ordres juridiques concernés par une situation internationale, et la prévisibilité des solutions. L'une et l'autre directives, néanmoins, se sont avérées receler la même faiblesse : une trop grande abstraction réduisant considérablement leur aptitude à protéger concrètement les intérêts des personnes impliquées dans les relations familiales internationales et, partant, à endosser les préoccupations contemporaines individualistes. Par contraste, la protection des conceptions nationales des relations familiales, au nom du maintien de la cohésion de l'ordre juridique du for, apparaissait très efficace. Ainsi, faute de pouvoir se dégager suffisamment des conceptions la limitant à n'exprimer que l'exigence tenant à ce que le législateur adopte des règles de conflit reposant sur des rattachements raisonnables et formule ces règles de manière claire, accessible et intelligible, la prévisibilité s'est-elle vue rapprochée du simple respect des prévisions des parties, que ces prévisions

apparaissent légitimes ou non. Autrement dit, la prévisibilité est en passe d'être réinterprétée, de façon plus ou moins assumée, comme visant au respect de l'existant indépendamment des circonstances de sa constitution. L'harmonie des solutions, pour sa part, connaît un recul qui se vérifie autant à l'étranger qu'en France. Un recul ou, plus précisément, un cantonnement : si l'adoption de règles communes, qui est susceptible de favoriser nettement l'harmonie internationale des solutions, permet de continuer à envisager la poursuite concertée de celle-ci dans un cadre multilatéral, sa recherche unilatérale, par un État agissant seul pour son propre compte, paraît en reflux.

Plutôt que de tenter de redéfinir ou d'infléchir ces principes directeurs très au-delà de leurs acceptions classiques, il paraît préférable de consacrer un principe directeur supplémentaire conçu pour échapper aux travers identifiés et qui, dans cette hypothèse où le for est sollicité alors que les parties ont déjà constitué une relation familiale à l'étranger, exprime un plus grand respect pour cette manifestation d'autonomie individuelle. De ce point de vue, la reconnaissance des situations apparaît bel et bien comme le pendant de l'autonomie de la volonté, qui pour sa part progresse au stade de la constitution des situations.
Il est encore nécessaire d'insister sur un point. Dans la construction qui est ici proposée, le nouvel impératif affiche seulement l'attitude qui doit prédominer, et non l'emporter systématiquement, dans l'hypothèse d'une situation familiale constituée à l'étranger. En d'autres termes, l'exigence de protection de la cohésion de l'ordre juridique du for demeure et doit conduire, aujourd'hui comme hier, à refuser d'accueillir certaines situations, notamment lorsque la solution contraire apparaît incompatible avec les exigences de l'ordre public international. L'impératif de reconnaissance des situations familiales a donc vocation à constituer un objectif privilégié et non pas hégémonique.

II. L'influence de l'impératif de reconnaissance des situations familiales

La seconde partie de la thèse, consacrée à l'influence de l'impératif de reconnaissance des situations familiales, permet d'en éprouver les vertus heuristiques. Il est d'abord nécessaire de passer en revue les différentes traductions méthodologiques concevables de l'impératif (**A**), avant de

mesurer sur cette base les implications qu'entraîne pour le droit international privé sa prise en compte accrue (**B**).

A) Les traductions possibles de l'impératif de reconnaissance des situations

Il a déjà été relevé que les tenants et aboutissants de la faveur contemporaine à la circulation internationale des situations familiales sont souvent problématisés exclusivement en termes d'émergence d'une nouvelle méthode de la reconnaissance des situations. Traditionnellement, en l'absence d'un jugement qui seul serait susceptible d'être soumis à une méthode de reconnaissance d'efficacité, une situation familiale née à l'étranger est appréhendée par les règles de conflit de lois de l'État d'accueil – par exemple, un mariage célébré à l'étranger sera accueilli en France si la loi du lieu de célébration en reconnaît la validité en la forme et les lois nationales de chaque époux la validité au fond.
Ces règles de conflit sont les mêmes que celles qui s'appliquent lorsqu'il s'agit de constituer la situation familiale dans le for, donc de célébrer le mariage pour reprendre l'exemple précédent, et cette absence de règles spécifiques à l'accueil des situations familiales étrangères est très discutée au sein de la doctrine européenne. À en croire les voix les plus réformistes, il conviendrait de cantonner la traditionnelle règle de conflit à l'hypothèse de la création d'une situation familiale dans le for, et de la remplacer par une règle spécifique de reconnaissance lorsque la situation a déjà été créée à l'étranger. Avant d'envisager cette proposition radicale, il semble cependant judicieux d'envisager des changements moins profonds et de vérifier si l'objectif qu'est la reconnaissance des situations familiales ne pourrait pas également être atteint au moyen des méthodes traditionnelles du droit international privé.

En restant dans le cadre des méthodes existantes, il est nécessaire d'envisager séparément conflits de juridictions et conflits de lois. Sur le premier terrain, il apparaît immédiatement que le droit international privé s'efforce depuis bien longtemps de favoriser l'efficacité dans le for des décisions rendues à l'étranger, sans qu'il y ait eu le moins du monde besoin de consacrer un principe directeur spécifique pour décrire ou encourager cette évolution. Il reste néanmoins, en droit de l'Union européenne comme en droit commun français, une certaine marge de libéralisation qui pourrait être comblée par un ajustement voire la suppression de certains chefs de contrôle, sans aller jusqu'à remettre en cause le principe même de leur existence.
Sur le terrain des conflits de lois, la poursuite de l'impératif de reconnaissance des situations semble relativement aisée en sollicitant la souplesse éprouvée de la méthode conflictuelle. Le choix du rattachement à la loi d'origine, le

recours aux règles de prise en considération et une mise en œuvre de l'opération de qualification orientée vers l'accueil des institutions familiales étrangères sont des voies prometteuses. Dans la continuité de correctifs plus anciens – le renvoi au second degré, la théorie des conflits de systèmes dans le temps et l'ordre public atténué –, il est également possible d'intégrer à la règle de conflit une exception de reconnaissance susceptible de bénéficier à certaines situations familiales qui n'ont pas été constituées conformément à la loi que le for considère comme compétente. Un tel correctif a d'ailleurs été récemment introduit par le législateur néerlandais à l'article 9 du nouveau Livre 10 du Code civil.

Mais cette dernière proposition porte en germe une évolution autrement plus radicale des méthodes de la discipline, qui a déjà été évoquée et qui, depuis une quinzaine d'années, a les faveurs d'une partie de la doctrine : l'introduction non pas seulement d'une nouvelle exception mais bien d'une nouvelle règle de principe, par le cantonnement de la méthode conflictuelle à la constitution des situations et son remplacement corrélatif par une méthode de la reconnaissances des situations pour ce qui relèverait de l'accueil de celles-ci. À elle seule néanmoins, l'éviction de la règle de conflit du for en l'absence d'un jugement étranger ne fournit qu'une directive méthodologique excessivement vague, tandis que le droit international privé positif, même en incluant le droit conventionnel et des éléments de droit comparé, ne recèle que des enseignements parcellaires.

L'identification d'un modèle-type qui serait susceptible d'intégrer l'éventail des méthodes du droit international privé repose donc, par nécessité, sur la confrontation d'une série de constructions doctrinales, en éliminant celles qui ne sont pas à même de déboucher sur une méthode innovante et en recoupant les autres. Il ressort de l'analyse menée que la nouvelle méthode pourrait s'appliquer au moins à la validité et peut-être à certains effets des situations cristallisées dans un ordre juridique étranger – que cette cristallisation soit le résultat de l'intervention d'une autorité publique ou de l'écoulement du temps –, à la triple condition qu'une proximité suffisante ait existé entre la situation et l'ordre juridique de constitution, que la situation soit considérée comme valable par cet ordre juridique, et qu'elle ne heurte pas l'ordre public international du for.

La difficulté à préciser davantage montre bien qu'un législateur qui choisirait de consacrer la nouvelle méthode disposerait d'une très grande latitude pour définir les exigences qui continueraient de conditionner l'accueil dans le for de situations familiales étrangères. Il n'en demeure pas moins que cette méthode devrait permettre un plus grand libéralisme, ainsi que de contourner

certaines difficultés techniques indissociables de la règle de conflit, notamment la mise en œuvre de la qualification qui est notoirement délicate dans l'hypothèse d'institutions inconnues du for. Mais les complications sont repoussées davantage que supprimées, puisqu'elles ressurgiront au stade de la détermination de ceux des effets qu'il n'est pas envisageable de soumettre à la méthode de la reconnaissance des situations, par exemple les effets successoraux ou ceux qui ne relèvent pas du droit civil.

B) Les implications d'une prise en compte accrue de l'impératif de reconnaissance des situations

En s'appuyant sur ce panorama des déclinaisons possibles de l'impératif, il est enfin possible de mesurer les implications qu'entraîne sa prise en compte accrue sur le plan des méthodes et sur celui des discours. De façon peut-être inattendue, il apparaît que la tendance au renouvellement qui épargne encore le plan des méthodes, puisque les discussions qui s'y déploient demeurent assez largement prospectives, irrigue déjà celui des discours doctrinaux ayant le droit international privé pour objet.

Placer la réflexion sur le plan des méthodes revient à prendre parti sur les choix qui doivent être opérés entre les traductions possibles de l'impératif, dès lors que plusieurs voies sont envisageables, du simple infléchissement des méthodes actuelles à la consécration d'une nouvelle méthode de la reconnaissance des situations familiales. À cette fin, il apparaît nécessaire de prendre en compte tant la dimension européenne de la problématique que les enseignements de la théorie générale du droit international privé.

Le droit au respect de la vie privée et familiale, consacré à l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme, et la libre circulation des citoyens de l'Union, aujourd'hui protégée par l'article 21 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), ont conquis une place éminente dans les débats sur la reconnaissance des situations en droit international privé. Cela résulte, bien entendu, des arrêts rendus sur ces fondements respectivement par la Cour européenne des droits de l'homme en matière de reconnaissance des jugements étrangers et par la Cour de justice de l'Union européenne en matière de reconnaissance des noms de famille. Dans un cas comme dans l'autre, à y bien regarder, la question est celle d'une possible extension : extension de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg relative aux situations créées par des jugements à d'autres types de situations familiales, d'une part, extension de la jurisprudence de la Cour de justice à d'autres éléments du statut personnel que le nom, d'autre part. Le caractère d'espèce de ces arrêts, qui mettent en œuvre un raisonnement

fondé sur une proportionnalité irréductible au traditionnel syllogisme juridique, ainsi que le relatif désintérêt des deux Cours pour les arguments de droit international privé par comparaison avec les considérations substantielles, interdisent malheureusement de tirer de ces courants jurisprudentiels des enseignements précis d'ordre méthodologique. Difficile, donc, d'aller au-delà du constat d'une orientation généralement favorable à la reconnaissance.

Une analyse menée sur le terrain de la théorie générale s'avère en revanche plus fructueuse, s'agissant tant de la caractérisation de la méthode de la reconnaissance des situations que de la place qu'elle est susceptible de conquérir au sein de la discipline. Du premier point de vue, il semble indispensable de tenir compte d'exigences relevant aussi bien de la technique, comme la cohérence méthodologique qui doit conduire à rejeter l'assimilation des actes publics non décisionnels aux jugements car les premiers n'offrent qu'un pâle reflet des garanties qu'apportent les seconds, que de la politique juridique, notamment la prise en compte de la bonne ou mauvaise foi des intéressés dans la constitution de la situation dont ils revendiquent la reconnaissance. Du second point de vue, l'examen de l'alternative entre principe et exception de reconnaissance conduit à préférer la seconde solution, tandis qu'une confrontation entre les deux options de politique juridique que sont la consécration unilatérale de la méthode et son adoption au sein d'un ensemble multilatéral, permet de mettre en valeur les avantages et inconvénients de chaque approche. Parmi les avantages de l'adoption multilatérale figure notamment, il n'est peut-être pas inutile de le signaler, la possibilité de réglementer simultanément la constitution et la reconnaissance des situations familiales, une combinaison qui semble prometteuse puisque le libéralisme consenti en aval, au stade de la reconnaissance, a pour contrepartie des garanties en amont, au stade de la constitution.

Sur le plan des discours, l'impératif de reconnaissance des situations apparaît enfin comme un prisme permettant d'éprouver la pertinence à la fois des descriptions de l'essor de la méthode de la reconnaissance comme une résurgence d'anciennes méthodes marginalisées, et de l'observation d'une politisation du droit international privé.

L'étude du premier point invite à s'intéresser au discours sur le *renouveau*, qui est devenu un passage obligé des discussions contemporaines sur le droit international privé de la famille comme ont pu l'être, en leur temps, la crise de la règle de conflit ou l'européanisation de la discipline. Pour l'essentiel, ce renouveau peut être celui de la théorie des droits acquis ou celui de

l'unilatéralisme. Il apparaît toutefois que la théorie des droits acquis ne fournit pas davantage aujourd'hui qu'hier une grille de lecture opératoire sur le plan des méthodes. L'unilatéralisme, quant à lui, peut au moins prétendre refléter dans une certaine mesure les orientations prises par le droit international privé. Cette doctrine demeure néanmoins dans la dépendance d'une vision de la discipline qui fait encore la part trop belle aux intérêts étatiques au détriment des intérêts individuels, ce qui peut conduire à minimiser la portée de la reconstruction en cours et du rôle décisif qu'y joue la prééminence des individus. Les thèses d'un renouveau semblent donc assurer, chacune à leur manière, une forme de continuité de la théorie générale actuelle avec son passé davantage qu'elles ne contribuent à éclairer la façon dont le droit international privé appréhende les réalités familiales actuelles. En définitive, peut-être est-il plus facile aux internationalistes d'accepter la réinvention de doctrines marginalisées que de prendre à bras-le-corps certaines des implications de l'individualisme contemporain.

Sur le second point, en revanche, les discours qui entourent la politisation du droit international privé apparaissent profondément révélateurs des tensions qui le traversent actuellement. Est désignée par politisation la tendance contemporaine des internationalistes privatistes eux-mêmes, ou au moins de certains d'entre eux, à s'écarter dans leurs échanges entre spécialistes de l'approche technique ou méthodologique qui a longtemps constitué le registre d'expression dominant, du moins en Europe. Cette tendance appelle une appréciation mesurée. Certes, le recul d'une vision apolitique, neutre, presque techniciste, de la discipline ne doit pas être regretté. Mais les bénéfices qui peuvent être retirés de ce changement d'approche seront perdus si la doctrine se laisse emporter d'un extrême à l'autre et ne raisonne plus qu'en termes de politique juridique. Le danger, en effet, des approches exclusivement focalisées sur les enjeux de politique juridique est que celles-ci menacent toujours de dériver vers des affrontements directs entre valeurs concurrentes, la tentation étant alors très grande de faire purement et simplement triompher celles du for au détriment de celles qui sous-tendent les normes étrangères. C'est dans l'alliage que la politique forme avec la technique, une technique façonnée au cours des siècles, que réside la meilleure voie pour repenser le droit international privé et l'adapter aux réalités contemporaines.

La question de la reconnaissance des situations familiales a ainsi fourni un point d'entrée privilégié dans la problématique du renouvellement de la théorie générale du droit international privé, ou de son adaptation au contexte contemporain caractérisé par la prééminence de l'individu. La recherche d'un nouveau compromis entre respect des situations familiales

nées à l'étranger et maintien de la cohésion de l'ordre juridique du for, un compromis plus favorable à la première préoccupation que par le passé, a pu être ramenée à la détermination d'une série de nouveaux points d'équilibre : entre intérêts individuels et intérêt général, entre intérêts privés et intérêts de l'ordre juridique du for, entre syllogisme et proportionnalité, entre technique et politique. C'est à partir de ces dialectiques enchâssées que continue de se développer la théorie générale du droit international privé.

Attribution de contrats pétroliers : Les pays africains à l'épreuve de la transparence[1]

Amina Lebdioui
Docteure en droit de l'université Paris II Panthéon-Assas, juriste en droit de l'énergie et membre associée du CRDH (Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire)

Dès le milieu des années 1980, la Banque Mondiale, dans le cadre de son programme « Petroleum Exploration Promotion Project » a recommandé que l'attribution des contrats pétroliers se déroule de façon transparente, sans toutefois donner plus de recommandations sur la forme que cette transparence devait prendre. A partir de l'année 1999, l'ONG « *Publish what you pay* » a milité pour que les revenus tirés de l'extraction pétrolière soient publiés par les Etats d'accueil et par les entreprises pétrolières qui y opèrent. La création de l'Initiative pour la Transparence dans les Industries Extractives (ITIE), en 2003, faisait écho à cette nouvelle injonction, et mettait l'accent sur la nécessité d'une transparence dans la collecte des revenus et leur redistribution. Ces initiatives ont été soutenues et relayées par plusieurs institutions internationales, qui vont conditionner l'octroi de prêts et aides au respect de certaines règles relatives à la publication des contrats et à la divulgation des revenus. Ce standard de transparence va être étendu à la procédure d'attribution des licences et contrats, qui se révèle être une étape-clé, sujette à la corruption et aux malversations, et dont l'intégrité peut déterminer celle d'un projet pétrolier dans son ensemble[2].

Les recommandations et contraintes des acteurs internationaux ont ainsi conduit à une expansion du principe de transparence dans les procédures d'attribution des contrats. En une décennie, la transparence est passée d'une

[1] Le présent article consiste en un extrait synthétique de la thèse intitulée « Le régime juridique de l'accès aux réserves d'hydrocarbures, enjeux de la coopération entre Etats producteurs et investisseurs étrangers », dirigée par le Professeur Emmanuel Decaux (CRDH-Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire), soutenue le 15 décembre 2017 à l'Université Paris II Panthéon-Assas, en présence d'un jury composé de Monsieur Mohammed Bedjaoui, des Professeurs Yves Nouvel, Leila Lankarani et Jean-Marc Thouvenin.

[2] « *Corruption in the extractive value chain. Typology of risks, mitigation measures and incentives* », OCDE, 2016, page 37.

« bonne pratique » à une véritable obligation, qui doit être contenue dans les législations pétrolières ou les règlements d'appels d'offres des Etats. Il peut y être fait référence de façon expresse, ou être induit par la mise en place de mécanismes censés garantir le respect de la transparence. Dans les pays en développement, ces mécanismes ont pour but de réduire le pouvoir discrétionnaire de l'autorité en charge de l'octroi des contrats, et d'éviter ainsi les abus et détournements. Cependant, vouloir garantir la transparence du processus ne doit pas amener l'Etat à refuser systématiquement le maintien d'une certaine marge discrétionnaire ou la possibilité de négocier certains éléments, lorsque le contexte l'exige. L'utilisation d'une procédure discrétionnaire peut en effet parfois profiter à l'Etat, puisqu'elle lui permet de choisir l'investisseur qui sera probablement le plus adapté à sa politique sociale, industrielle ou environnementale. En outre, la mise en place formelle d'appels d'offres ne suffit pas à garantir que les principes de non-discrimination et de transparence seront respectés, encore faut-il qu'il y ait une réelle volonté politique et un équilibre des pouvoirs au sein des institutions du secteur pour parvenir à ces objectifs. De nombreux pays d'Afrique illustrent cette problématique.

I. Des procédures négociées aux appels d'offres, l'exemple du Ghana

Jusqu'en 2016, le Ghana n'avait pas recours aux appels d'offres concurrentiels pour l'octroi des contrats d'exploration ou d'exploitation pétrolières, et passait uniquement par une procédure communément appelé « premier arrivé, premier servi ». Cette approche, que l'on retrouve essentiellement dans le secteur minier[3], avait également été autrefois utilisée par des pays tels que les Etats-Unis, l'Australie, certains pays d'Amérique Latine et plusieurs pays d'Afrique, mais a été progressivement abandonnée, pour laisser place à des procédures plus concurrentielles. Le Ghana continue à utiliser cette méthode pour son secteur minier, mais les hydrocarbures sont, depuis l'année 2016, régis par une loi qui prévoit le recours exclusif aux appels d'offres concurrentiels. Ce changement d'approche avait été encouragé par des programmes d'assistance technique avec la Banque Mondiale et la Norvège. Il avait également fait l'objet de recommandations dans des rapports de l'ITIE qui incitait le pays à introduire un système d'appel d'offres ouvert[4].

[3] Pour des motifs principalement liés à la disponibilité des informations géologiques.

[4] « Final Gheiti Report on the oil and gas sector, 2014 », décembre 2015, Rapport accessible à : https://eiti.org/sites/default/files/migrated_files/gheiti_2014_oil_gas_report.pdf

A. Le principe du « premier arrivé, premier servi »

Cette approche est parfois privilégiée lorsque le gouvernement dispose de peu d'informations géologiques sur les gisements, ce qui entraîne des risques plus grands pour les entreprises pétrolières. Cette méthode était donc traditionnellement utilisée pour inciter les compagnies à soumettre des offres de façon spontanée. Le Ghana y a eu recours pour ses activités minières et pétrolières[5]. Selon ce système, les entreprises pétrolières pouvaient à tout moment présenter des demandes pour des blocs disponibles pour l'exploration ou le développement, et s'il était intéressé, le gouvernement entamait une procédure. Le Ministère de l'Energie et la société pétrolière nationale, GNPC, tous deux en charge du processus, ont privilégié les entreprises qui avaient démontré un engagement à long-terme envers le pays. Cela signifie donc qu'étaient favorisées les compagnies pétrolières qui opéraient déjà dans le pays, et qu'il y avait peu d'opportunités pour de nouveaux entrants.

Cette procédure se déroule généralement de la façon suivante : le Ministère de l'Energie reçoit une manifestation d'intérêt d'une entreprise pétrolière, qui est alors invitée à faire une présentation. Le ministère et la GNPC présentent les données et informations à travers une *data room*[6], et à l'issue de cette étape, l'entreprise pourra faire une proposition. Le ministère et la GNPC examinent et évaluent la soumission, et le cas échéant, débutent les négociations avec l'entreprise intéressée. Une fois le contrat signé, celui-ci doit recevoir l'approbation du cabinet présidentiel et être ratifié par le Parlement pour pouvoir entrer en vigueur[7]. Mais il semblerait que dans certains cas, des membres du Parlement aient reçu uniquement un résumé du projet de contrat[8]. Malgré ces garanties, ce système souffre d'un manque de transparence, puisque les paramètres d'évaluation et de sélection (si deux ou plusieurs entreprises sont intéressées par le même bloc) ne sont pas publics. Le processus reste donc fermé, et la marge discrétionnaire du Ministère de

[5] *Petroleum (Exploration and Production) Law*, 1984.

[6] Salle des données, communément appelée *data room*, qui contient toutes les informations techniques, financières et juridiques relatives aux zones offertes dans le cadre d'un appel d'offres, et à laquelle peuvent avoir accès, moyennant certaines conditions (certains pays exigent qu'elle soit uniquement accessible aux sociétés préqualifiées, et qu'il faille en outre payer un droit d'entrée), les entreprises intéressées. Magdeleine Moureau, Gérald Brace, *Dictionnaire du pétrole et autres sources d'énergie*, 4ème édition, Technip, Paris, 2008, page 1083.

[7] *Constitution of the Republic of Ghana,* article 268.

[8] « *Contract Award Regimes in Petroleum-Rich Countries* », Harvard Law and International Development Society, page 6.

l'Energie et de la GNPC y est très large, étant donné qu'ils ne sont contraints par aucun paramètre ou critère défini par une loi ou un règlement.

Dans le secteur des mines, afin d'atténuer cette discrétion, le Ghana a introduit en 2006 une disposition prévoyant que le ministre doive motiver, par écrit, tout refus d'attribution, ou même l'attribution partiel d'un bloc[9]. Mais une telle obligation ne figure pas pour l'octroi de droits pétroliers. La publication des certains contrats par des compagnies pétrolières, suite à des recommandations de l'ITIE a cependant permis de révéler que les critères d'attribution étaient principalement basés sur la fiscalité pétrolière[10].

Malgré ces garanties, la procédure reste cependant fermée et propice aux abus. Aussi, bien que cette méthode ne fût pas intrinsèquement favorable ou défavorable à une entreprise plutôt qu'une autre, il était difficile d'estimer l'objectivité du ministère et de la GNPC dans le choix des investisseurs.

B. Le recours aux appels d'offres concurrentiels dans la loi du 19 août 2016.

Le 19 août 2016, a été promulgué le « Petroleum Exploration and Production Act », qui abroge celui de 1984, et apporte plusieurs nouveautés relatives à l'attribution des contrats[11]. La loi autorise la signature de contrats et de

[9] Article 5.3 du *Minerals and Mining Act of Ghana, 2006*.

[10] Cela a été par exemple le cas pour les contrats « *Deepwater Tano* » et « *West Cape Three Point* », qui ont été publiés par la compagnie Tullow Oil, et d'un certain nombre d'autres accords publiés par Kosmos Energy. « Final Gheiti Report on the oil and gas sector, 2014 », Décembre 2015.

[11] Cette loi a été préparée dans le cadre du programme d'assistance norvégien « *Oil for Development* ».

En 2005, la Norvège a débuté un programme d'aide dénommé « *Oil for Development* », ayant pour but d'aider plusieurs pays en développement à mettre en place ou améliorer leur régime juridique et institutionnel relatif aux hydrocarbures. Ce projet avait initialement pour visée d'étendre l'influence politique de la Norvège en Afrique de l'Ouest, afin d'asseoir la position commerciale de ses entreprises, et notamment celle de Statoil. Mais le gouvernement norvégien avait finalement décidé d'éviter toute interférence et conflit d'intérêts et de se focaliser sur l'assistance technique des institutions en charge du secteur. Ces réformes portaient principalement sur la rédaction de lois relatives aux hydrocarbures, la mise en place d'appels d'offres, d'organes de régulation indépendants, l'amélioration des capacités techniques des agences impliquées et de la société pétrolière nationale quand elle occupait des fonctions institutionnelles, le renforcement de l'industrie nationale, l'aide à la préparation de modèles de contrats. Ce programme a concerné, selon des degrés de mise en œuvre divers, des pays tels que le Mozambique, le Timor Oriental, le Nicaragua, Sao Tome et Principe, le Liban, le Ghana, l'Ouganda, la Bolivie, la Birmanie, le Nigéria, le Soudan et la Tanzanie. Ces réformes sont également en cours de réalisation dans des pays tels que l'Angola et Cuba. Dans certains Etats, l'importance du programme est telle que les fonctionnaires de

licences (article 5), et apporte plus de précisions sur la décision de mise à disposition des périmètres. L'article 7 prévoit que cette décision revient au ministre de l'énergie. En collaboration avec la Commission Pétrolière, celui-ci réalise une évaluation de la zone en question et des intérêts qu'elle peut susciter, avant de la mettre à disposition.

Cette procédure reste inspirée de l'esprit du principe « premier arrivé, premier servi » puisqu'à travers elle, le gouvernement veut s'assurer que des entreprises sont intéressées avant de lancer un appel d'offres. La société pétrolière nationale, GNPC, n'est plus impliquée dans le processus, mais la loi prévoit (article 7) que sur les périmètres qui ont été ouverts, des blocs peuvent lui être réservés[12]. L'article 10.3 prévoit le recours à l'appel d'offres en disposant que « *a petroleum agreement can only be entered into after an open, transparent and competitive public tender process* ». L'usage du terme « *only* » peut donc laisser penser que les contrats seront exclusivement accordés à travers une procédure ouverte, transparente et concurrentielle. Or, l'alinéa suivant autorise le Ministre de l'énergie, pour des raisons officielles (« *stated reasons* »), à ne pas avoir recours à un appel d'offres pour la conclusion d'un contrat. Bien que ce type de dérogation soit assez fréquent dans les législations pétrolières, la loi ghanéenne reste très succincte sur cet aspect. L'alinéa 5 de l'article 7 prévoit d'ailleurs que si l'un des blocs offerts dans le cadre d'un appel d'offres n'a pas été attribué, le Ministre de l'énergie peut décider qu'il est dans l'intérêt public que ce bloc fasse l'objet d'un contrat pétrolier. Le Ministre pourra alors initier des négociations directes avec une entreprise pétrolière de son choix pour la conclusion du contrat. C'est une disposition tout à fait inhabituelle dans l'industrie pétrolière. En général, les blocs qui n'ont pas été attribués par voie d'appel d'offres ne le sont pas ultérieurement par le bais de négociations, car cette possibilité risquerait d'entrainer des ententes parallèles, et porterait atteinte non seulement au bien-fondé de la procédure d'appel d'offres mais également à son efficacité. Le fait que la loi ghanéenne prévoit de telles dispositions amène à penser qu'il n'y a pas une réelle volonté d'introduire l'appel d'offres comme méthode privilégiée d'octroi des droits.

---

l'administration pétrolière consultent leurs homologues pour la signature d'un avenant contractuel. Sur le programme « Oil for Development », Audun Solli, « From Good Governance to Development? A critical Perspective on The Case of Norway's Oil for development », *Forum For Development Studies* , mars 2011, Vol. 38, n°1, page 65; « Facing the resource curse : Norway's Oil for Development Program », Rapport Scanteam, Janvier 2013 ; « The Oil for Development Programme », Annual Report 2016, Norad ; « Norwegian Petroleum Directorate Contribution to Oil for Development », Norwegian Petroleum Directorate, 2006-2007.

[12] Les modalités de participation de la GNPC sont ensuite développées à l'article 11 de la loi.

Celui-ci ne constitue en effet peut-être pas la méthode la plus adaptée pour le Ghana, au regard de ses conditions géologiques, et il aurait été peut-être plus judicieux de ne pas le présenter comme mode d'attribution principal, mais d'établir un système hybride où coexistent plusieurs approches, sans que l'une ne soit dérogatoire à l'autre. L'adoption de cette loi étant très récente, nous ne disposons pas d'exemples de contrats conclus en vertu de cette nouvelle procédure. Mais si la pratique révèle que le Ministre a davantage recours aux négociations qu'aux appels d'offres, la négociation ne pourra plus être considérée comme une dérogation, et il s'avèrera que la disposition consacrant l'appel d'offres comme seul moyen d'attribuer les contrats relevait d'un artifice.

II. Contenu local et transparence : les ambitions froissées du Nigéria

La régulation du secteur pétrolier au Nigéria souffre d'une instabilité constante. Alors que l'organisation institutionnelle du secteur, ainsi que les modalités d'accès des investisseurs étrangers aux périmètres ont été modifiées à maintes reprises[13], un projet de loi datant de l'année 2008, la « Petroleum Industry Bill » est aujourd'hui en cours d'adoption. Le secteur est donc gouverné par le « Petroleum Act » de 1969, ses amendements et une série de réglementations, dont le décret relatif aux contrats de partage de production de 1999, les règlements « *deep water block allocations to companies* » et « *oil prospecting licenses* » de 2003. L'exemple du Nigéria est symptomatique de plusieurs difficultés répandues dans les pays d'Afrique, du fait de l'instabilité législative, du manque de transparence et des risques de corruption. Le problème de la corruption s'est notamment manifesté au Nigéria à travers les mesures relatives au contenu local, qui ont fait l'objet d'une loi distincte. Cette loi avait pour objectif de renforcer l'industrie nationale et de permettre la participation des sociétés nigérianes aux appels d'offres. Le Nigéria est également l'un des premiers pays d'Afrique à s'être conformé à la Norme ITIE, bien que le bien-fondé de cette conformité ait par la suite été remis en cause. Le Nigéria avait également intégré les exigences de l'ITIE dans sa législation nationale, à travers l'adoption de la loi NEITI en 2007, donnant ainsi une valeur juridique contraignante, à l'échelon national, à un instrument international qui relève de la *soft-law*.

[13] Le Nigéria est passé d'une organisation tripartite du secteur (inspirée du modèle norvégien) à une régulation centrée autour de sa société pétrolière nationale, avant de modifier de nouveau son régime.

A. Les appels d'offres et le critère du contenu local

La volonté d'adopter une loi relative au contenu local est née de l'échec des politiques industrielles, de la domination des sociétés multinationales sur le marché pétrolier, et du fait que les critères traditionnels d'appels d'offres ne permettaient pas aux entreprises locales d'être qualifiées[14]. Le gouvernement, en coopération avec le Fonds Monétaire International, à travers un programme d'ajustement structurel, a alors entrepris des réformes visant à la privatisation de plusieurs entités nationales, impliquées dans le secteur, y compris l'entreprise nationale NNPC, afin de réduire l'implication de l'Etat, mais également d'augmenter la participation industrielle locale[15]. Suite à plusieurs initiatives, le « *Nigerian Oil and Gas Industry Content Development Act* »[16] a été adopté et est entré en vigueur en avril 2010.

La mise en œuvre de ces dispositions n'a cependant pas eu l'effet escompté, et cela est principalement dû à la faiblesse des mécanismes de supervision, et aux détournements opérés par les entreprises afin de remporter les appels d'offres, sans toutefois respecter les obligations relatives au contenu local une fois le contrat signé.

En raison de l'absence d'un contrôle suffisant sur les compagnies locales nigérianes (« *Local Content Vehicles* »), et de défaillances dans le contrôle *a posteriori* des obligations contractuelles, les politiques de contenu local n'ont pas eu les répercussions attendues sur l'industrie nationale. Aussi, certaines incohérences dans les dispositions législatives, ainsi que l'absence de définitions de certains termes ont conduit à des confusions durant les appels d'offres. La notion de « *Nigerian independent operator* », à qui une préférence doit être accordée durant les appels d'offres, n'est par exemple pas définie. Par ailleurs, il peut y avoir une contradiction entre la disposition prévoyant que le plus haut niveau de contenu local l'emportera, en cas d'écart de 1% entre deux offres, et l'article selon lequel une « *Indigenous Nigerian Company* » devra remporter l'appel d'offres si elle présente les capacités requises et que son offre n'excède pas de 10% la soumission la plus basse; la loi n'ayant pas précisé quelle disposition prime sur l'autre[17].

[14] Theophilus Acheampong et al, « An assessment of local content policies in oil and gas producing countries », J*WELB*, vol.9, n°4, page 28.

[15] A.A. Akinrele « Transparency in the Nigerian oill and gas industry », *JWELB*, 2014, vol.7, n°3, page 222 ; H. Kyvik Nordas, Eirik Vatne, Per Heum, « The upstream petroleum industry and local industrial development. A comparative study », Institute for Research in Economics and Business Administration, Bergen, Mai 2003, page 59.

[16] Texte accesible à : https://ncdmb.gov.ng/images/GUIDELINES/NCACT.pdf

[17] Ike Oguine « Nigerian Content in the Nigerian Petroleum Industry : Legal and Policy Issues », *Journal of Energy and Natural Resources Law*, Vol . 29, N°4, 2011 page 422.

Ainsi, malgré l'apparente clarté des procédures d'appels d'offres, les rapports de l'ITIE, dont le Nigéria est membre depuis l'année 2004, ont révélé que la mise en place formelle d'appels d'offres n'avait pas été suffisante pour empêcher les autorités en charge de mener des processus parallèles confortant des intérêts personnels, jetant ainsi le discrédit sur la procédure officielle.

B. L'introduction des obligations de transparence

Le NEITI Act de 2007[18] est une version nationale de l'ITIE, et a le même objectif, à savoir parvenir à la transparence via la publication des paiements des entreprises et revenus de l'Etats. En intégrant les exigences de l'ITIE dans sa législation nationale, le Nigéria a dépassé le champ d'application de l'initiative, qui ne demande pas aux Etats membres d'adopter de telles dispositions, mais qui encourage cependant la complémentarité à travers des mesures plus contraignantes, afin de donner une vigueur supplémentaire à sa norme. Le but de la promulgation de cette loi était d'isoler la mise en œuvre de l'ITIE, afin de la protéger des aléas politiques[19]. La méthode consistait alors à extraire l'obligation de divulgation des paiements et revenus, contenue dans la Norme ITIE, et le processus associé, afin qu'ils passent d'une *soft-law,* à l'application incertaine au vu du risque d'instabilité politique, à des dispositions juridiquement contraignantes. Contrairement aux législations européennes et américaines qui seront adoptées plus tardivement et qui, si elles se réfèrent à l'ITIE, en sont distinctes, la législation nigériane en épouse le même format. Cependant, malgré cette ambition, et la publication régulière de rapports, cette loi ne peut pas connaître de mise en œuvre efficace dans un contexte où l'adoption d'une loi relative aux hydrocarbures et aux conditions d'accès et d'exercice des sociétés étrangères est en suspens depuis l'année 2008. Le Nigéria a été suivi par quelques autres pays d'Afrique qui ont également décidé de donner une force contraignante aux exigences de la Norme ITIE, en les intégrant dans leurs lois. Cela a été par exemple le cas de la République de Guinée, qui prévoit dans son code pétrolier, l'application de la Norme ITIE[20]. Le Nigéria a cependant été le seul pays à adopter une loi spécifiquement consacrée à cet aspect, dupliquant la monture de l'ITIE.

---

[18] « Nigeria Extractive Industries Transparency Initiative (NEITI) Act » du 28 mai 2007, accessible à : http://nass.gov.ng/document/download/5836

[19] A. A. Akinrele « Transparency in the nigerian oil and gas industry », *JWELB,* 2014, Vol.7, n°3, page 231.

[20] Article 104 de la Loi L/2014/N°34/AN du 23 décembre 2014, portant code pétrolier en République de Guinée, voir aussi loi n°2014-138 du 24 mars 2014 portant code minier en République de Côte d'Ivoire (article 117 et s.), article 6 de la loi n°036-2015/CNT du 16 juin

III. L'Angola : Prédominance de l'entreprise pétrolière nationale.

La loi pétrolière du 12 Novembre 2004[21] attribue à l'entreprise pétrolière nationale, Sonangol, la fonction de concessionnaire exclusif pour toutes les activités d'exploration et de production pétrolières (article 4.1). Conformément à l'article 4.2, Sonangol est la seule titulaire des droits miniers, qui lui sont conférés par le gouvernement[22]. Cette exclusivité a pour conséquence l'association obligatoire avec les sociétés étrangères pour tout projet[23], au sein de laquelle Sonangol aura une participation majoritaire[24]. L'article 44.1 prévoit cependant que si celle-ci ne souhaite pas s'associer avec une autre entreprise pour un projet, le gouvernement peut, à la demande de cette dernière, le lui attribuer directement, via la publication d'un décret de concession.

Dans la circonstance où Sonangol aurait, à l'inverse, la volonté de s'associer avec une autre entreprise, elle devra demander au Ministère de tutelle l'autorisation d'organiser un appel d'offres afin de sélectionner les entreprises avec lesquelles elle va s'associer. Cette demande d'autorisation doit préciser les termes et conditions applicables à l'appel d'offres qu'elle entend organiser (article 44.3). Ainsi, bien que cette autorisation doive lui être donnée par le gouvernement, qui contrôle les conditions de l'appel d'offres, celles-ci sont établies par Sonangol, et la décision d'y avoir recours relève de son choix. Les paramètres en jeu reflèteront alors certainement ses propres objectifs commerciaux. La loi, à l'instar de la majorité des législations africaines en la matière, prévoit également le recours aux négociations directes en cas d'appel d'offres infructueux (article 44.4).

Une disposition visant à protéger la transparence de la procédure d'attribution des contrats a été introduite à l'article 44.5, qui prévoit que si Sonangol reçoit une proposition de négociation sur un périmètre donné, comme cela peut parfois être le cas lorsque les législations autorisent les

2015 portant code minier du Burkina Faso. D'autres pays ont également prévu des renvois dans leur législation (Tanzanie, article 4.1 de la « national energy policy » de 2015, et quelques autres pays ont pris des décrets afin de mettre en œuvre l'ITIE (Indonésie, Mali, Niger, Pérou). Lauriol Thierry, Raynaud Emilie, *Le droit pétrolier et minier en Afrique*, LGDJ, Paris, 2016, p.37.

[21] *Petroleum Activities Law n°10/04* du 12 novembre 2004.

[22] Article 8 de la loi n°10/04.

[23] Article 13 de la loi n°10/04.

[24] Article 15 de la loi n°10/04.

soumissions spontanées[25], le Ministère de tutelle peut décider de lancer un appel d'offres avec d'autres compagnies intéressées par ce même périmètre. Si aucune ne l'est, alors Sonangol pourra débuter les négociations avec l'entreprise qui avait manifesté son intérêt (article 44, alinéas 5 et 6). Ce type de disposition, en plus de promouvoir la transparence des droits attribués, permet de diversifier les partenaires, et présente aussi l'avantage de ne pas s'appuyer uniquement sur l'estimation faite par une entreprise pour connaître la valeur d'un périmètre. Cette précaution est importante dans des pays où l'asymétrie d'informations entre les sociétés multinationales et le gouvernement peut défavoriser ce dernier.

En Angola, le problème réside principalement dans deux facteurs. En premier lieu, le fait que l'entreprise nationale Sonangol soit à la fois l'entité d'attribution des contrats et un partenaire commercial, ce qui peut engendrer des conflits d'intérêts ; et en deuxième lieu, le fait que les critères d'attribution utilisés ne soient pas toujours publiés[26]. L'ONG *Global Witness* avait publié un rapport dénonçant ces pratiques, ainsi que l'absence de mécanisme de supervision et l'existence de pressions politiques qui entachaient l'intégrité de la procédure. Elle avait formulé quelques recommandations pour améliorer la transparence du système : enjoindre Sonangol à dévoiler les noms des propriétaires de ses filiales ; éviter que des traitements préférentiels ne soient accordés à des membres du gouvernement qui auraient des parts dans des sociétés nationales, en divulguant toutes les informations ; publier les critères de pré-qualification et de qualification des offres ; se soumettre à la surveillance d'un organe de contrôle indépendant tout au long du processus ; publier les contrats conclus[27]. Ces recommandations se rapprochent des standards contenus dans la Norme ITIE, que l'Angola n'a d'ailleurs pas rejoint. Cela ne l'a cependant pas empêché de divulguer des rapports sur ses revenus et paiements effectués par les entreprises qui opèrent sur son territoire.

[25] Thierry Lauriol, Emilie Raynaud, *Le droit pétrolier et minier en Afrique, op.cit.,* page 185.
[26] Stéphane Essaga, *Droit des hydrocarbures en Afrique*, l'Harmattan, Paris, 2013, page 136.
[27] Rapport *Global Witness* sur l'Angola, janvier 2012.

IV. Conditionnalité des programmes d'aides de la Banque Mondiale : l'exemple de La République Démocratique du Congo (RDC)

Conformément à loi sur les hydrocarbures[28], le contrat de partage de production doit être attribué à travers une procédure d'appel d'offres[29]. Celle-ci est conduite par le Ministre chargé des hydrocarbures qui doit lancer un « avis à manifestation d'intérêts dans la presse locale et internationale »[30]. La loi précise que les entreprises sont sélectionnées sur la base de critères techniques et financiers que le Ministre aura définis et qui auront été approuvés par le Conseil des Ministres[31]. La loi ne précise toutefois pas la nature de ces critères et les étapes-clés de la procédure[32]. Une procédure dérogatoire qui prend la forme d'un appel d'offres restreint est prévue pour les gisements dont les potentialités géologiques ne sont pas connues (article 37). Contrairement aux lois ghanéennes et angolaises qui prévoient des négociations en cas d'absence d'attribution, la loi de la RDC prévoit au contraire qu'en cas d'échec de l'appel d'offres, il est procédé à de nouveaux appels d'offres jusqu'à la conclusion du marché[33]. Cette mesure devrait cependant faire l'objet de limitations et de conditions.

Malgré le rôle octroyé au Ministre de l'Energie, il semblerait que beaucoup de décisions soient en réalité prises au niveau de la société pétrolière nationale et de la Présidence**,** et que les règles relatives à l'attribution des contrats ne soient pas toujours respectées. En 2007, une controverse autour de l'annulation et de la réattribution de certains contrats avait suscité un scandale qui a conduit le gouvernement à modifier ses pratiques. La Banque Mondiale, qui avait publié un rapport sur ce sujet, avait suspendu ses aides au pays, jusqu'à ce qu'il prenne les mesures nécessaires pour améliorer la transparence dans les procédures. L'une de ces actions a été la publication de plusieurs contrats, le gouvernement s'étant obligé à publier tous les contrats, dans les soixante jours suivants leur signature. Cependant, malgré cet engagement, il semblerait que des négociations directes aient conduit à des conclusions de contrats, sans que cette procédure ou son issue n'aient été rendus publiques[34]. Cet exemple illustre les effets d'une conditionnalité financière sur la transparence, mais également ses limites.

---

[28] *Loi n°15-012 du 1er août 2015 portant régime général des hydrocarbures*.
[29] Article 33 de la loi n°15-012.
[30] Article 36 de la loi n°15-012.
[31] *Ibid.*
[32] Certaines législations pétrolières, comme la loi sur les hydrocarbures algérienne, définissent la liste des critères qui pourront être utilisés lors des appels d'offres.
[33] Article 38 de la loi n°15-012.
[34] « *Contract Award Regimes in Petroleum-Rich Countries* », *op.cit*., page 41.

La volonté de créer de meilleurs climats d'investissements, et d'être un « bon candidat » pour les aides financières a ainsi conduit plusieurs pays à modifier leur régime juridique relatif aux hydrocarbures. Les nouvelles lois présentent alors des règles plus claires pour l'attribution des contrats et, malgré quelques différences, les grands principes les régissant peuvent être comparables.

Le défi dans de nombreux pays d'Afrique ne sera pas tant de normaliser ces règles, mais de garantir leur mise en œuvre effective, à travers des mécanismes de contrôle et de supervision qui puissent agir de façon indépendante. Cependant, la nature des rapports entre les différentes entités nationales empêche souvent la réalisation de cette tâche, tant ils peuvent être entremêlés et empreints de considérations politiques, qui se confondent avec les objectifs commerciaux. Cette intrication est particulièrement palpable dans les relations entre l'entreprise pétrolière nationale et l'Etat, et a des conséquences importantes sur les missions de cette dernière et les rapports qu'elle entretient avec les investisseurs étrangers.

L'impartialité de l'arbitre[1]

Karim El Chazli
Docteur en droit de l'Ecole de droit de la Sorbonne et Conseiller juridique, Institut suisse de droit comparé (ISDC)

I. Introduction

L'exigence d'impartialité est d'importance capitale et fait l'objet d'une reconnaissance universelle. Cela dit, sa mise en œuvre en matière d'arbitrage reste entourée de nombreuses incertitudes qui trouvent leur source dans l'approche traditionnelle de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité.

A. L'approche traditionnelle de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité

Cette approche traditionnelle repose sur deux méthodes inappropriées : les standards d'impartialité et les listes de causes de partialité.

1. Les standards d'impartialité

En droit comparé, le standard d'impartialité le plus répandu est celui consistant à vérifier s'il existe une circonstance de nature à créer, dans l'esprit des parties, un doute raisonnable quant à l'impartialité de l'arbitre. Il s'agit du *standard du doute raisonnable*. Or, il nous paraît peu probable que cette norme particulièrement vague puisse se révéler d'une grande aide pour l'organe d'évaluation de l'impartialité de l'arbitre qui doit trancher des litiges fondés sur une multitude de circonstances très différentes les unes des autres. En tout cas, faire reposer l'évaluation de l'impartialité de *l'arbitre* sur le critère des doutes des *parties* nous semble peu opportun, car ce critère s'éloigne trop de la source de la partialité qui est l'état d'esprit de l'arbitre. D'ailleurs, il est paradoxal de constater que ce concept remplace la subjectivité de l'arbitre par celle des parties qui est tout aussi difficile à prouver. L'appréhension de l'impartialité à travers les doutes des parties semble laisser une place trop

[1] Cet article consiste en un résumé de notre thèse de doctorat soutenue à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne le 12 juillet 2018 devant un jury composé des professeurs Sébastien Besson, Sylvain Bollée, Sophie Lemaire, Pierre Mayer (directeur de recherche) et François-Xavier Train. Cette thèse s'est vue décerner la mention très honorable, les félicitations du jury ainsi que la proposition pour une subvention et pour un prix de thèse.

importante, du moins théoriquement, aux sentiments des parties alors que l'évaluation de l'impartialité devrait être à la base une opération objective. En tout cas, nous observons que ce qui compte en pratique, c'est la preuve de faits concrets (ex. : liens de l'arbitre, son comportement, etc.) et non la preuve des seuls doutes des parties. Bref, la référence au doute des parties pour évaluer l'impartialité de l'arbitre est sinon trompeuse, du moins inutile.

Si le standard du doute raisonnable des parties a l'inconvénient de ne pas être approprié pour l'évaluation de l'impartialité de l'arbitre, d'autres standards ont l'inconvénient de ne pas être *opérationnels*. Ainsi, les standards qui exigent plus ou moins la preuve d'une partialité certaine manquent cruellement de réalisme. C'est notamment le cas du standard d'*evident partiality* du *Federal Arbitration Act* américain ou du défaut manifeste d'indépendance ou d'impartialité du CIRDI. En effet, il est très rare que cette partialité évidente ou manifeste puisse être prouvée, car si la partialité avérée peut exceptionnellement transparaître de certains actes de l'arbitre, elle ne peut *jamais* être déduite des liens – y compris les plus étroits – que l'arbitre entretient avec les personnes intéressées par l'issue du litige. Comme l'écrit M. Mayer, « la partialité n'est pas la conséquence automatique d'une situation objective, mais implique aussi une propension à sacrifier l'honnêteté à l'intérêt personnel »[2]. Autrement dit, si l'on applique ces standards exigeants au pied de la lettre (ce qui, heureusement, n'est pas toujours le cas), cela reviendrait à anéantir le droit des parties à un arbitre impartial étant donné que le seuil de partialité serait très rarement atteint.

2. Les listes de causes de partialité : l'exemple des IBA Guidelines

La seconde méthode de mise en œuvre de l'exigence d'impartialité est celle des *listes* de causes potentielles de partialité.

Le recours à cette méthode est fréquent en matière de justice étatique, mais il est peu répandu en droit comparé de l'arbitrage dans lequel nous observons une nette préférence pour les standards. Néanmoins, l'incertitude générée par ces standards a encouragé l'*International Bar Association* (IBA) à adopter, en 2004, « les lignes directrices sur les conflits d'intérêts dans l'arbitrage international » (ci-après « lignes directrices de l'IBA »).

[2] P. MAYER, « Réflexions sur l'exigence d'indépendance de l'arbitre », *in Mélanges Ahmed Sadek El-Kosheri*, Kluwer Law International, 2015, p. 85, spéc. p. 90.

L'adoption de ces lignes directrices constitue, du fait de leur précision, un *progrès* en matière de mise en œuvre de l'exigence d'impartialité et, plus précisément, concernant la détermination des informations que l'arbitre doit révéler. Malgré leur caractère non contraignant, les lignes directrices de l'IBA ont rencontré un succès important, y compris auprès des ordres juridiques étatiques qui pourtant disposent de leurs propres standards.

Néanmoins, ces lignes directrices ne sont pas une panacée et présentent quelques inconvénients.

Ainsi, malgré leur caractère détaillé, les lignes directrices de l'IBA ne sont *pas exhaustives* puisqu'elles se focalisent sur les situations de conflits d'intérêts et de manque d'indépendance.

Pour les questions tenant à l'évaluation de l'impartialité de l'arbitre à partir de ses actes ou de ses opinions préalables, l'apport des lignes directrices est faible. Par ailleurs, les lignes directrices contiennent une « liste orange » énumérant des hypothèses qui doivent être révélées et *qui, selon les faits de l'espèce*, *peuvent faire naître des doutes légitimes* quant à l'impartialité de l'arbitre. A vrai dire, concernant ces hypothèses, les lignes directrices de l'IBA ne sont pas plus instructives que les standards puisqu'elles ne fournissent aucune directive concrète à l'organe d'évaluation de l'impartialité de l'arbitre. En effet, les IBA Guidelines se contentent de renvoyer cet organe aux faits de l'espèce pour décider si l'arbitre remplit, ou non, les exigences de l'impartialité.

En réalité, cette liste orange permet d'illustrer parfaitement l'objectif et, surtout, les limites des lignes directrices de l'IBA. Rédigées par des membres de la communauté arbitrale dépourvus de pouvoir normatif, ces lignes directrices s'adressent principalement aux arbitres dont le premier besoin est de savoir quels faits ils doivent révéler. En revanche, la question de l'*évaluation* de l'impartialité – ayant vocation à être tranchée notamment par les juges étatiques qui disposent déjà de leurs propres standards – semble être reléguée au second plan. Autrement dit, si l'apport de ces lignes directrices concernant l'obligation de *révélation* est considérable, leur apport en matière d'*évaluation* de l'impartialité nous semble plutôt limité.

Face aux insuffisances de la méthode des standards et de celle des listes de causes de partialité, l'organe d'évaluation de l'impartialité de l'arbitre se trouvera obligé de recourir en premier lieu à son *bon sens* et à son intuition. Or, ce recours généralisé au bon sens a donné naissance à de nombreuses divergences et incertitudes.

C'est donc dans le but de pallier ces inconvénients que nous avons décidé de nous pencher sur la question de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité, notre objectif étant de diminuer la « dose d'intuition » dans cette mise en œuvre et d'augmenter la « dose de réflexion et de méthode » afin d'aboutir à plus de prévisibilité[3].

B. L'approche renouvelée de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité

L'approche renouvelée de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité que nous proposons repose sur deux piliers : d'une part, la focalisation sur les faits à travers la promotion du concept de risque de partialité et d'autre part, la prise en compte de certains principes et considérations extrinsèques à l'impartialité.

1. La focalisation sur les faits à travers le concept de risque de partialité

Étant donné que l'impartialité dépend de l'état d'esprit de l'arbitre, que celui-ci est inaccessible à l'organe d'évaluation de l'impartialité, que les actes de l'arbitre établissent rarement, de manière évidente, la partialité et que les liens de l'arbitre avec les parties – même les plus étroits – ne constituent pas une preuve de partialité, il est quasiment impossible de prouver la partialité d'un arbitre.

Face à cette difficulté, l'objet de la preuve doit être modifié. La preuve d'une partialité manifeste ne sera plus requise et il deviendra possible de se fonder sur des circonstances établies indiquant qu'une tentation de partialité existe[4]. De cette manière, l'inaccessibilité de l'état d'esprit de l'arbitre est surmontée en prenant pour base de raisonnement des données plus accessibles et mesurables que sont les actes de l'arbitre, ses liens et ses opinions préalables.

---

[3] Cela dit, toute incertitude ne peut être supprimée, car l'évaluation de l'impartialité est, par nature, casuistique en ce sens qu'elle dépend de plusieurs paramètres dont le poids diffère d'une affaire à l'autre. Ce à quoi nous tendons est la prévisibilité des *raisonnements* (ou du *traitement* des litiges sur l'impartialité) plus que la prévisibilité des *solutions*, même s'il existe entre ces deux types de prévisibilité un rapport directement proportionnel.

[4] Bien évidemment, l'existence d'une tentation de partialité n'implique pas que l'arbitre y succombera. Cela dit, la *capacité de résistance de l'arbitre* aux tentations de partialité est, très souvent, une donnée inaccessible à l'organe d'évaluation de l'impartialité. Dès lors, cette donnée est généralement écartée du processus d'évaluation de l'impartialité malgré son importance primordiale en pratique.

Plusieurs concepts sont mobilisés pour faire état de ce déplacement de l'objet de la preuve, tels que les apparences[5] ou l'impartialité objective[6]. Toutefois, il nous semble que le concept le plus approprié est celui de *risque de partialité*, car celui-ci sert à mesurer la *probabilité* que l'arbitre cède à la tentation de partialité naissant d'un fait ou d'une circonstance donnée.

L'adoption du concept de risque de partialité permet donc de modifier le centre de gravité du droit de l'impartialité. Ce ne sont plus les standards qui constitueront le point de départ de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité. Le raisonnement de l'organe d'évaluation de l'impartialité n'aura plus à être (faussement) déductif, mais doit désormais être analytique en ce sens que c'est désormais la *circonstance* donnant naissance au risque de partialité qui devient elle-même le point de départ du raisonnement de cet organe.

Dans un premier temps, celui-ci devra analyser cette circonstance afin de déterminer la *gravité* du risque de partialité. Si le risque de partialité est particulièrement grave (ex. : lien de subordination d'un arbitre à l'égard d'une partie), il pourra être directement sanctionné. Si ce n'est pas le cas, il conviendra de confronter ce risque de partialité à certains principes du droit de l'arbitrage, ce qui constitue le deuxième pilier de notre approche renouvelée de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité.

2. La prise en compte de certaines considérations extrinsèques à l'impartialité

Avant de sanctionner un risque de partialité qui n'est pas particulièrement grave, il convient de vérifier que certains principes et finalités du droit de l'arbitrage ne commandent pas de le tolérer. Ces principes – ou

[5] Le concept des apparences ne nous semble pas pertinent, car le recours aux apparences nous semble être inéluctable. En effet, il n'y a très souvent que les apparences qui peuvent servir à évaluer l'impartialité de l'arbitre du fait du caractère insaisissable de son état d'esprit.

[6] Nous n'allons pas nous référer à la distinction qu'opère la CEDH entre impartialité objective et impartialité subjective. La raison ne réside pas uniquement dans le fait qu'à notre connaissance, la jurisprudence française sur l'arbitrage ne s'y réfère jamais, mais surtout dans le fait qu'elle ne nous semble pas opportune, notamment dans le contexte de l'arbitrage.

Même dans le contexte étatique, cette distinction a été abondamment critiquée par la doctrine aux opinions de laquelle nous souscrivons. Il a notamment été remarqué que cette distinction « se révèle peu opérante dans les faits » et que la CEDH « privilégie l'impartialité objective – sauf en de rares exceptions –, même devant les cas manifestes de partialité personnelle du magistrat » (G. LAZAROVA, *L'impartialité de la justice - Recherche sur la circulation d'un principe entre le droit interne et le droit international*, Thèse de doctorat, Université Aix Marseille, 2012, n° 404, p. 541-542).

considérations extrinsèques à l'impartialité – sont l'efficacité de l'arbitrage, le droit de chaque partie de nommer un arbitre et la qualité de l'arbitrage.

La justification de la prise en compte de ces considérations réside dans le fait que l'on raisonne à partir d'un *risque* de partialité. La partialité n'est donc que potentielle et il semble peu opportun de sanctionner le risque de partialité systématiquement alors que l'arbitre est peut-être impartial et que, par ailleurs, différentes considérations militent pour maintenir cet arbitre.

Autrement dit, si tous les risques de partialité (même minimes) étaient systématiquement sanctionnés, les arbitres choisis par les parties seraient trop facilement récusables, la durée des procédures arbitrales s'allongerait et les sentences seraient plus facilement annulables.

Après avoir brièvement précisé notre approche de la mise en œuvre de l'exigence d'impartialité, nous essaierons – tout au long de cette étude – de dégager des *paramètres pour guider l'appréhension de chaque type de risque de partialité*. Ces paramètres devront être, à la fois, assez précis pour donner des directives concrètes et suffisamment flexibles pour s'adapter aux circonstances de l'espèce. Nous choisissons donc une solution médiane entre les deux principales orientations du droit positif : d'une part, l'élaboration des standards (desquels on attend, de manière irréaliste, des directives concrètes et ceci malgré leur caractère trop vague) et, d'autre part, l'élaboration des listes de causes de partialité qui s'avèrent parfois inaptes à tenir compte des spécificités et enjeux de chaque situation.

Notre approche renouvelée de l'impartialité étant précisée, il est désormais temps de la mettre en œuvre. Dans la Première partie de notre thèse intitulée « *les manifestations de l'exigence d'impartialité* », nous examinons les différents faits (actes, liens et opinions préalables) à partir desquels l'impartialité de l'arbitre peut être évaluée.

II. L'évaluation de l'impartialité de l'arbitre à partir de ses actes

Parmi les actes de l'arbitre pouvant potentiellement servir de support à l'évaluation de son impartialité (Partie I, Chapitre I), nous étudions le manquement à l'obligation de révélation, les comportements de l'arbitre liés à la résolution du litige (décisions procédurales, questions et remarques, initiatives), ses comportements non liés à la résolution du litige (notamment

sa réaction lorsque sa récusation est demandée) et, bien entendu, ses sentences (sentence actuelle ou sentences passées).

Bien que les actes de l'arbitre durant le procès arbitral nous semblaient constituer la source idéale pour évaluer l'impartialité de l'arbitre, il nous a souvent paru très difficile de déceler la partialité à partir de ces actes.

La raison est que l'élucidation de la motivation réelle de ces actes n'est pas toujours aisée. Les actes de l'arbitre, faisant douter une partie de son impartialité, peuvent généralement s'expliquer par des raisons qui n'ont rien à voir avec une éventuelle partialité.

Prenons l'exemple du manquement à l'obligation de révélation. Pour que ce manquement puisse être systématiquement considéré comme un acte révélateur de partialité et sanctionné à ce titre, encore faut-il démontrer que le manquement à l'obligation de révélation trouve sa source nécessairement (ou, du moins, dans la majorité des cas) dans la partialité de l'arbitre et non pas dans d'autres raisons. Essayons alors d'élucider les raisons potentielles d'un manquement à l'obligation de révélation.

Un manquement à l'obligation d'information peut tout d'abord être *involontaire* soit parce que l'arbitre a oublié de mentionner une information donnée[7], soit parce qu'il a oublié le contenu de cette information (ex. : une circonstance très ancienne), soit parce qu'il ne dispose pas lui-même de cette information (comme c'est le cas avec les grands cabinets où les associés ne sont pas nécessairement au courant des affaires de leurs collègues notamment exerçant leur métier dans un autre pays).

Le manquement involontaire va certes avoir pour conséquence de garder hors de la connaissance des parties un fait pouvant éventuellement justifier la récusation de l'arbitre (et donc méritant d'être sanctionné au titre du principe d'impartialité), mais, en même temps, le seul fait que ce manquement soit involontaire démontre que l'arbitre n'est pas de mauvaise foi et que cette circonstance n'aura, très probablement, aucune influence réelle sur son état d'esprit et donc sa décision.

Même si l'arbitre s'est *volontairement* abstenu de révéler une information donnée, cela ne relève pas nécessairement d'une intention frauduleuse. En effet, un arbitre peut, pour des besoins de clarté et d'efficacité, ne pas vouloir noyer les informations importantes dans un flot d'informations de moindre

[7] Cela peut notamment concerner les informations qui n'ont pas vocation à figurer dans un CV telles que certains liens personnels (ex. : liens d'amitié, liens d'alliance).

importance. Il en est de même de l'arbitre animé par un souci de concision ou l'arbitre discret qui, convaincu de son impartialité, refuse de révéler des circonstances dévoilant des aspects de sa vie privée (et peut-être de celle des autres). Ainsi, le souci du respect de la confidentialité ou du secret professionnel, conjugué à une envie d'accepter la mission d'arbitre et d'éviter une disqualification précautionneuse de la part de l'institution d'arbitrage, peut donc pousser l'arbitre à limiter la quantité des informations révélées.

De ce qui précède, il est clair que différentes raisons influencent l'exécution par l'arbitre de l'obligation de révélation et il serait simpliste de réduire une mauvaise exécution de cette obligation à un comportement manifestant la partialité de l'arbitre. La non-révélation, qui n'est qu'un silence ou une omission, est par nature plus *équivoque* qu'une parole ou une action. Même une omission délibérée, motivée par la volonté d'être nommé arbitre – ne serait-ce que pour des raisons matérielles (argent ou prestige) –, ne signifie pas que l'arbitre est partial.

Soyons clair. Nous ne sommes pas contre la sanction du manquement à l'obligation de révélation, mais celle-ci devrait trouver une justification autre que l'impartialité, comme le droit des parties à la transparence ou la bonne foi de l'arbitre. Ce n'est pas une question purement théorique. En effet, si l'on considère la non-révélation comme une faute de l'arbitre et non comme une question d'impartialité, il en résulte que la sanction devrait toucher plutôt l'arbitre (récusation, sanction disciplinaire) que la sentence (puisque le risque de partialité n'a pas été prouvé).

Concernant les questions et remarques de l'arbitre (aux parties, témoins ou experts) ou ses initiatives (ex. : relevé d'office d'un moyen de droit), il est très difficile d'en déduire une manifestation de partialité, car l'office de l'arbitre est de nature à justifier ces actes.

Il est également délicat de déceler un signe de partialité dans les éventuelles erreurs que l'arbitre commettrait dans ses décisions procédurales ou dans sa sentence, car une décision erronée peut très bien s'expliquer par le fait que l'arbitre a commis une *erreur* tout en étant de bonne foi et impartial. A ce propos, il convient de rappeler que l'exigence d'impartialité n'a pas pour objectif de garantir la reddition d'une décision correcte, mais a un objectif beaucoup moins ambitieux qui est celui d'empêcher la partialité. Il en résulte

que pour sanctionner les erreurs de l'arbitre au titre de l'impartialité, ces erreurs doivent être particulièrement graves ou répétées[8].

En réalité, moins l'acte de l'arbitre est lié à la résolution du litige, plus il devient facile d'en déduire la partialité. Ainsi, quelques décisions ont récusé des arbitres à cause de leur réaction excessive à l'égard des parties ou des conseils qui avaient demandé la récusation de ces arbitres[9].

III. L'évaluation de l'impartialité de l'arbitre à partir de ses liens

Concernant les liens de l'arbitre pouvant servir à évaluer son impartialité (Partie I, Chapitre II), nous en proposons une nouvelle appréhension. Le raisonnement à suivre pour évaluer les liens de l'arbitre se subdivise en trois phases. Tout d'abord, il convient de savoir si la personne à laquelle l'arbitre est liée (ex. : parties, conseils, un autre arbitre, un témoin, etc.) fait partie des personnes intéressées par l'issue du litige. Si tel est le cas, il conviendra d'avoir recours aux critères d'évaluation du lien. Nous en avons dégagé six. Il s'agit des critères d'intensité du lien, de sa spécificité, de sa fiabilité, de son équilibre, de son rapport avec le litige et le critère temporel. Enfin, la dernière étape d'examen des liens de l'arbitre, supposant que la mise en œuvre des critères précédents ait confirmé l'existence d'un risque significatif de partialité, consiste à vérifier s'il ne faudrait pas quand même tolérer ce risque de partialité, notamment afin de ne pas nuire trop gravement à l'efficacité de l'arbitrage. Ainsi, la jurisprudence est assez tolérante à l'égard des liens à dimension scientifique ainsi qu'à l'égard des liens des arbitres dans certains types d'arbitrage tels que les arbitrages corporatif, sportif et d'investissement.

IV. L'évaluation de l'impartialité de l'arbitre à partir de ses opinions préalables

La question de l'évaluation de l'impartialité de l'arbitre à partir de ses opinions préalables (Partie I, Chapitre III) est une thématique peu étudiée, mais dont l'importance ne cesse de croître, notamment dans l'arbitrage d'investissement. Cette question renvoie à l'une des quatre hypothèses dans

[8] En ce sens, V. Trib. féd. suisse, 16 févr. 2017, *X c. Y et Z*, n° 4A_704/2015, *Rev. arb.* 2017, p. 1247, obs. P.-Y. Tschanz et I. Fellrath, cons. 3.1.

[9] Cela ne signifie pas que l'arbitre mis en cause ne puisse pas se défendre contre des attaques susceptibles de porter atteinte à son honneur ou sa réputation. Il peut se défendre à condition qu'il garde son sang-froid et réagisse de manière professionnelle.

lesquelles la question de l'impartialité à l'égard du litige – par opposition à l'impartialité à l'égard des personnes – peut être soulevée. Les autres hypothèses, que nous nous contentons d'étudier dans une section préliminaire car moins protéiformes que l'hypothèse des opinions préalables, sont la connaissance préalable du litige, les penchants théoriques de l'arbitre et l'intérêt concret à retenir une solution donnée. Dans ces trois hypothèses, il n'y a pas eu d'expression d'une opinion sur une question litigieuse préalablement à l'instance arbitrale, mais la question de l'impartialité de l'arbitre par rapport au litige pourrait être soulevée.

La connaissance préalable du litige (ex. : dans le cadre d'une procédure parallèle en cours) a un impact incertain sur l'état d'esprit de l'arbitre et pose plutôt un problème au niveau du principe du contradictoire. Les penchants des arbitres (ex. : arbitre pro-investisseurs ou pro-États ; arbitre littéraliste) ont, en revanche, un impact certain sur l'état d'esprit de l'arbitre, mais comme tout arbitre a ses propres penchants et que l'on ne peut raisonnablement s'attendre à ce qu'il en fasse totalement abstraction, il convient de tolérer ces penchants.

L'intérêt concret à retenir une solution donnée (ex. : intérêt de l'arbitre impliqué dans la rédaction de l'acte litigieux de ne pas constater sa nullité) créée un risque sérieux de partialité puisque l'arbitre sera tenté de prendre en compte son intérêt personnel dans la résolution du litige.

Avant de distinguer les différents types des opinions préalables, nous réfléchissons à l'attitude générale à adopter quant à celles-ci[10].

Pour ce faire, nous envisageons, tout d'abord, les raisons de se *méfier* des opinions préalables qui résident dans la multitude de considérations poussant l'arbitre à les maintenir (amour-propre, paresse intellectuelle, souci de cohérence). Nous envisageons ensuite les raisons militant pour qu'un arbitre ayant exprimé une opinion préalable soit maintenu. La principale raison est la légitimité de l'opinion préalable qui est non seulement le produit de la liberté d'expression de l'arbitre, mais qui témoigne aussi de son expertise. Et puis comme l'écrit justement un auteur, le problème « n'est pas d'avoir une opinion, c'est de ne pas vouloir en changer, d'être dès le départ, hors de portée du débat »[11].

[10] Partie I, Chapitre III, Section I.
[11] M.-A. FRISON-ROCHE, « L'impartialité du juge », *D.* 1999, p. 53.

En tout cas, l'expression préalable d'une opinion met généralement en cause, non pas la conception pure et consensuelle de l'impartialité qui commande la résistance aux tentations de partialité, mais *la conception élargie et ambitieuse de l'impartialité* qui requiert l'ouverture d'esprit à l'égard du litige.

Or, l'examen de l'opinion préalable de l'arbitre ne nous semble pas être un moyen fiable pour se faire une idée sur son ouverture d'esprit, car il ne nous semble pas qu'il y ait une corrélation entre l'opinion exprimée de l'arbitre et son ouverture d'esprit. En effet, cette dernière ne commande pas d'avoir un esprit vierge ou vide ; il s'agit d'une *attitude intellectuelle* que l'arbitre devra garder tout au long de la procédure et qui n'a pas grand-chose à voir avec ce qu'il aurait dit par le passé.

Par ailleurs, il ne faut pas perdre de vue que même si l'arbitre a une opinion ferme sur une question qu'il devra trancher, il ne commet pas d'acte immoral. Comme tout individu, il a le droit d'être convaincu par une opinion et de l'exprimer. Le contraste avec les hypothèses de tentations de partialité est évident, car rien ne peut justifier que l'arbitre tranche le litige en fonction de son intérêt personnel ou de son sentiment de sympathie. S'il le fait, cela causera nécessairement une injustice.

Enfin, il se peut que l'opinion de l'arbitre soit parfaitement fondée. Dans cette hypothèse, l'éventuelle « fermeture » d'esprit de l'arbitre n'aura pas d'inconvénient, car il est préférable de maintenir une bonne opinion que de la remplacer par une mauvaise opinion.

Nous aboutissons donc à un *principe de tolérance des opinions préalables* du fait de leurs avantages et de leur atteinte incertaine à l'impartialité.

Mais si l'impartialité ne fournit pas à elle seule une justification suffisante pour se méfier des opinions préalables, il existe d'autres considérations qui pourraient justifier exceptionnellement une attitude plus circonspecte envers celles-ci.

Ces considérations – rarement élucidées en tant que telles et souvent amalgamées à l'impartialité alors qu'il s'agit de concepts différents – sont : l'égalité des parties, le respect du contradictoire, le besoin de suspense dans le procès, la limitation de l'emprise des parties sur le procès et la protection de la réputation de l'arbitrage.

Ce n'est qu'après avoir approfondi le concept d'opinion préalable et ses enjeux que nous procédons à l'examen des différents types d'opinions

préalables[12]. Sont étudiées les opinions juridictionnelles exprimées dans le même procès ou dans une procédure parallèle, les opinions (doctrinales ou juridictionnelles) portant sur des questions juridiques ainsi que d'autres opinions préalables telles que celles exprimées dans le cadre d'une activité dans l'intérêt d'autrui (ex. : consultation) ou sur l'initiative de l'arbitre (ex. : intervention dans les médias).

V. L'impartialité atténuée du coarbitre

La deuxième partie de la thèse est consacrée à l'étude des *deux principales limites à l'exigence d'impartialité*, exigence qui doit parfois céder devant les autres finalités du droit de l'arbitrage.

La première limite concerne l'impartialité du coarbitre (Partie II, Chapitre I). Les textes sur l'arbitrage et la jurisprudence prévoient généralement un *standard unique* pour évaluer l'impartialité de *tous* les arbitres. Il est également affirmé que tous les arbitres, quel que soit leur mode de nomination, sont soumis à la même *obligation* d'impartialité.

Néanmoins, nous sommes en droit de nous demander si cette position n'est pas trop idéaliste. D'un point de vue psychologique, la nomination d'une personne comme arbitre constitue un signe de confiance envers cette personne, une sorte de compliment. En effet, il est rare que le choix d'une personne comme arbitre s'impose. L'arbitre choisi est donc nécessairement préféré sur les autres arbitres potentiels mais non choisis. La confiance témoignée ou le compliment peuvent être considérés par le coarbitre comme à l'origine d'une dette[13] et l'arbitrage pourrait être considéré comme une bonne occasion d'honorer cette dette.

Par ailleurs, la partialité du coarbitre n'est pas nécessairement totalement consciente, elle peut être aussi inconsciente. Ainsi, l'arbitre pourra s'auto-

[12] Partie I, Chapitre III, Section II.

[13] V. Y. DERAINS, « L'indépendance de l'arbitre, mythe ou réalité », *in Liber amicorum Guy Horsmans*, Bruylant, 2004, p. 377, spéc. p. 382 qui remarque la formation d'un « sentiment de reconnaissance par le seul fait d'avoir été choisi ».

Ce sentiment de dette n'est pas propre aux coarbitres ou à certains d'entre eux, mais découle de la « règle de la réciprocité » connue en psychologie sociale et observable dans la vie courante. Selon cette règle, lorsqu'une personne nous fait une faveur même non sollicitée, nous ressentons le besoin de rendre cette faveur et nous sommes habités par un sentiment de culpabilité si nous ne le faisons pas. Sur cette question, V. par ex. M. CONTHE et A. DELGADO, « Conflicts of Interest and Disclosure Duties of Non-Martian Arbitrators », *World Arbitration and Mediation Review* 2014, p. 81, spéc. p. 85-87.

convaincre de la pertinence des arguments de la partie l'ayant nommé du fait de la sympathie qu'il aura pour cette partie qui a fait preuve, selon ce coarbitre, de bon sens en le choisissant au lieu de choisir d'autres arbitres moins compétents.

Du point de vue pratique, il nous semble difficile de faire abstraction des effets psychologiques de la nomination et de présumer que le coarbitre sera impartial du seul fait de l'ordre de la loi, car son for intérieur est susceptible de lui adresser des injonctions contraires le poussant à être à la hauteur de la confiance et des attentes de la partie l'ayant nommé.

En résumé, la proximité entre le coarbitre et « sa » partie résultant de l'acte de nomination est *a priori* incompatible avec la distance nécessaire pour la réalisation de l'impartialité. Comme l'écrit un auteur, « le fait même que mon adversaire a témoigné, à une certaine personne, une confiance particulière est une circonstance de nature à soulever des doutes légitimes sur son impartialité »[14]. Dès lors, il n'est pas surprenant que de nombreux témoignages et anecdotes fassent état de la partialité des coarbitres qui agiraient comme les avocats de « leurs » parties. Il n'est pas non plus étonnant que les opinions dissidentes soient quasi exclusivement rédigées par les coarbitres. Plutôt que d'ignorer le fait que certains coarbitres agissent de manière partiale ou d'espérer combattre cette réalité par des formules incantatoires sans effets sur la pratique, nous proposons d'encadrer et de contenir la tentation de partialité des coarbitres en élaborant le concept de bienveillance[15].

Pour résumer, un coarbitre bienveillant pourrait s'assurer que les arguments de « sa » partie ont bien été compris par les autres arbitres, mais ne devrait pas soutenir un argument qu'il sait faux. Surtout, au moment de la décision, le coarbitre doit être totalement impartial. La bienveillance, qui requiert une honnêteté intellectuelle, est donc nettement plus proche de l'impartialité que de la partialité. L'avantage de l'admission du concept de bienveillance, concept dont nous devons nous accommoder tant que les parties disposent

---

[14] P. SCHLOSSER, « L'impartialité et l'indépendance de l'arbitre en droit allemand », *in L'impartialité du juge et de l'arbitre. Etude de droit comparé*, Bruylant, 2006, p. 299, spéc. p. 305. En effet, si nous faisons abstraction des spécificités de l'arbitrage et nous raisonnons selon les principes du droit commun, la proposition de nomination serait probablement considérée comme une cause de récusation. Par exemple, le Code judiciaire belge (art. 828) prévoit que tout juge peut être récusé pour les causes « si, depuis le commencement du procès, il a été reçu par une partie à ses frais ou a agréé d'elle des présents ». La proposition de nomination n'est-elle pas un présent précieux en termes financiers et de prestige ?

[15] Partie II, Chapitre I, Section II, § 2.

Il convient de noter que certaines décisions suisses et américaines tolèrent une impartialité atténuée de la part du coarbitre. Il y a même quelques décisions françaises isolées qui semblent sensibles à cette vision des choses.

du droit de choisir individuellement les arbitres, est de faciliter la nomination des arbitres et d'alléger le contentieux de l'impartialité. En effet, dès lors que le degré d'impartialité attendu du coarbitre est moindre (du fait de la spécificité de son rôle), il sera possible de tolérer certains liens qui seraient intolérables s'il s'agissait du président du tribunal arbitral.

VI. La renonciation à se prévaloir du risque de partialité

La deuxième limite à l'exigence d'impartialité, que commande l'efficacité de l'arbitrage, est l'admission généralisée de la renonciation implicite à se prévaloir du risque de partialité (Partie II, Chapitre II). L'article 1466 CPC prévoit en effet que la « partie qui, en connaissance de cause et sans motif légitime, s'abstient d'invoquer en temps utile une irrégularité devant le tribunal arbitral est réputée avoir renoncé à s'en prévaloir ».

Bien que cet article exige la « connaissance de cause », notre analyse de la jurisprudence française récente[16] nous a permis de constater que celle-ci ne vérifie plus l'existence de cette connaissance pour caractériser la renonciation. Tout au contraire, elle impose à la charge des parties un devoir implicite de se renseigner en présumant (semble-t-il de manière irréfragable) la connaissance, par celles-ci, des informations accessibles en ligne. Cette jurisprudence *contra legem*, qui donne un poids important aux considérations d'efficacité de l'arbitrage, fragilise le droit des parties à un arbitre impartial et n'incite pas ce dernier à bien exécuter son obligation de révélation.

VII. Remarques conclusives

Après avoir exposé les manifestations de l'exigence d'impartialité et ses limites, nous espérons avoir abouti à un régime équilibré et réaliste de l'impartialité de l'arbitre ainsi qu'avoir contribué à une réflexion plus générale sur l'exigence d'impartialité et sa mise en œuvre (et ceci quel que soit le détenteur du pouvoir juridictionnel concerné).

L'idée à laquelle nous avons essayé de donner écho tout au long de notre étude est que l'impartialité de l'arbitre est une garantie fondamentale qui sert à caractériser la sentence et un moyen essentiel pour réaliser la fin suprême

[16] Partie II, Chapitre II, Section I, § 3.

qu'est la justice. Mais, dans le même temps, l'impartialité ne doit pas se transformer en une *contrainte* ou une *charge* que les parties devraient supporter ou dont l'arbitrage devrait pâtir. Concrètement, les exigences de l'impartialité devraient être interprétées d'une manière qui permette la nomination d'arbitres compétents et qui garantisse l'efficience de la justice arbitrale.

La vision de l'impartialité de l'arbitre qui se dégage de notre étude diverge, sur certains points, des orientations du droit positif. Si, d'un côté, nous proposons plus de flexibilité concernant l'impartialité du coarbitre, nous sommes partisan d'un contrôle plus strict de l'impartialité du président du tribunal arbitral et des arbitres uniques. Nous sommes également exigeant lorsqu'il s'agit de caractériser la renonciation à se prévaloir du risque de partialité qui, certes, peut être implicite, mais devrait être au moins quasi certaine. Pour déduire un risque de partialité à partir des actes de l'arbitre qui relèvent de l'exercice de la fonction juridictionnelle, un seuil de preuve élevé doit être atteint. De manière générale, nous sommes méfiant à l'égard des liens des arbitres avec les personnes intéressées par l'issue du litige, notamment ceux du président du tribunal arbitral et de l'arbitre unique. Concernant les liens de dépendance, même un coarbitre ne devrait pas en avoir, car le risque est fort que de tels liens le poussent à se comporter comme le représentant de la partie l'ayant nommé. Enfin, nous sommes tolérant à l'égard des opinions préalables de l'arbitre, car ce qui est en cause est, non pas la conception pure et consensuelle de l'impartialité (résistance aux tentations de partialité), mais sa conception élargie et ambitieuse (ouverture d'esprit à l'égard du litige) ; le risque de manque d'ouverture d'esprit à l'égard du litige étant moins répréhensible et grave que le risque que l'arbitre prenne en considération son intérêt personnel dans la résolution du litige.

Nous sommes donc par principe strict quant au contrôle de l'impartialité sauf lorsque les parties conjointement ou individuellement décident de s'accommoder des risques de partialité ou lorsque les finalités et principes de l'arbitrage commandent de tolérer ces risques. Autrement dit, nous avons essayé de concilier à la fois le caractère fondamental de l'impartialité et les spécificités de l'arbitrage.

En guise de conclusion, rappelons que le droit ne capte qu'une partie du phénomène de l'impartialité. De nombreuses causes de partialité (notamment le sentiment de sympathie qui peut générer une partialité consciente ou inconsciente) sont passées sous silence, car le droit est inapte à les appréhender. Il en résulte que des arbitres partiaux rendent des sentences partiales, mais pleinement efficaces de même que des arbitres impartiaux sont récusés pour la simple existence d'un risque objectif qu'ils

soient partiaux. Le droit est finalement un moyen imparfait pour garantir l'impartialité dont la réalisation dépend, avant tout, de la volonté et de l'aptitude de l'arbitre. Efficace pour chasser le vice, le droit l'est nettement moins pour réaliser la vertu.

Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies[1]

Michel Tabbal
Docteur en droit, Université Paris 2 Panthéon Assas

Le Conseil des droits de l'homme (ci-après le Conseil) a été créé à la suite de l'adoption le 15 mars 2006 de la résolution 60/251[2] par l'Assemblée générale des Nations Unies (ci-après AGNU). Censé remplacer la Commission des droits de l'homme (ci-après la Commission), organe subsidiaire du Conseil économique et social (ci-après ECOSOC), le Conseil constitue l'organe central des Nations Unies chargé de la promotion et de la protection des droits de l'homme. Ses vocations sont de concourir à la faveur du dialogue et de la coopération internationale, de prévenir les violations des droits de l'homme ainsi que d'intervenir en cas d'urgence dans le domaine des droits de l'homme.

Organe subsidiaire de l'AGNU et composé de 47 Etats, le Conseil tient trois sessions ordinaires par an (mars, juin et septembre) et peut tenir « *au besoin des sessions extraordinaires si un membre en fait la demande appuyé en cela par le tiers des membres du Conseil* » (§ 10 de la Résolution 60/251). Le mécanisme des sessions extraordinaires du Conseil permet aux Etats de réagir face à une situation de crise par la mise en place d'un débat. Ce dernier a pour objet, d'une part, d'évaluer la situation et de qualifier les violations du droit international des droits de l'homme et du droit international humanitaire et, d'autre part, de mettre en place des mécanismes d'enquête et de suivi. Sur une dizaine d'années entre 2006 et 2016, les vingt-six sessions extraordinaires tenues par le Conseil se rapportaient à des crises

[1] La thèse sur « Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies » dirigée par le Professeur Emmanuel Decaux a été soutenue le 13 décembre 2017 à l'Université Paris 2 Panthéon-Assas, en présence d'un jury composé des Professeurs Olivier de Frouville, William Schabas, Frank Latty et M. Eric Tistounet. Elle a obtenu le prix « Protection interne, européenne et internationale des droits fondamentaux » de l'Institut Universitaire Varenne et a été publiée en 2018 dans la collection des thèses de l'Institut (*Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme des Nations Unies*, Institut Universitaire Varenne, 726 p.).

[2] Résolution 60/251 de l'AGNU adoptée le 15 mars 2006, A/RES/60/251, *Conseil des droits de l'homme.*

géographiques et thématiques[3]. Il s'agissait de la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés (première, troisième, sixième, neuvième, douzième et vingt et unième sessions) ; au Liban (deuxième session) ; au Soudan (quatrième session) ; au Myanmar (cinquième session) ; en République démocratique du Congo (huitième session) ; au Sri Lanka (onzième session) ; en Côte d'Ivoire (quatorzième session) ; en Libye (quinzième session) ; en Irak (vingt-deuxième) ; en Syrie (seizième, dix-septième, dix-huitième, dix-neuvième et vingt-cinquième) ; en République centrafricaine (vingtième session) ; au Nigeria, Tchad, Cameroun, Niger et Bénin (vingt-troisième) ; au Burundi (vingt-quatrième) et au Soudan du Sud (vingt-sixième). De plus, le Conseil a tenu deux sessions extraordinaires thématiques sur les crises alimentaire (septième) et économique et financière mondiales (dixième) ; et une session extraordinaire portant sur une catastrophe naturelle Haïti (treizième).

L'objectif de cette thèse est d'étudier les sessions extraordinaires du Conseil à la fois en tant que mécanisme d'urgence et mécanisme de contrôle international non contentieux. Dès lors, il s'agit de se pencher sur ces sessions en tant qu'objet d'analyse scientifique comme microcosme juridique. Les articles et ouvrages écrits en langue française sur le sujet et plus généralement sur le Conseil des droits de l'homme et le système onusien de protection des droits de l'homme sont peu nombreux. Il s'agissait donc de se demander s'il est possible, en dépit de leur diversité, de dresser une typologie des sessions extraordinaires et si une grille d'analyse pouvait être dégagée quant à leur objet et à leur finalité. La deuxième problématique, qui en découle de la première, était de s'interroger sur l'efficacité de l'organe au sein du Conseil sous le prisme d'une procédure d'urgence et dans un sens plus large au sein de l'organisation des Nations Unies. Afin de répondre à ces questions, il convenait d'effectuer une double étude.

Dans un premier temps, il s'agit d'analyser la démarche du Conseil lorsqu'il décide de convoquer une session extraordinaire au vu des textes juridiques régissant l'organe mais aussi compte tenu de sa pratique. Les réponses ont été apportées en étudiant les cadres matériel et procédural dans lesquels ces sessions s'inscrivent et évoluent.

[3] A ce jour, le Conseil a tenu au total vingt-huit sessions extraordinaires, v : https://www.ohchr.org/FR/HRBodies/HRC/SpecialSessions/Pages/SpecialSessions.aspx .

Pour appréhender le cadre matériel des sessions extraordinaires, il convenait d'étudier respectivement l'urgence en tant que notion juridique et l'objet des sessions extraordinaires tout en sachant que les instruments juridiques de référence relatifs au mécanisme sont plutôt silencieux en ce sens. La notion d'urgence comporte une dimension subjective qui est accentuée à cause de la nature politique de l'organe. Par conséquent, elle est susceptible d'être interprétée différemment de la part des Etats membres composant le Conseil. Au vu de l'ensemble des sessions extraordinaires du Conseil mais aussi de la Commission, la culture de l'urgence paraît être appréhendée par les organes institutionnels de protection des droits de l'homme dans un sens réactif et non préventif même si quelques sessions extraordinaires ont été tenues selon une logique préventive (la vingt-quatrième session extraordinaire sur le Burundi). En d'autres termes, les sessions extraordinaires constituent un mécanisme d'urgence censé réagir rapidement face à des situations qui se rapportent à des violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme. Cela suppose l'existence d'une crise dans le domaine des droits de l'homme ce qui nous ramène à se pencher sur l'objet des sessions extraordinaires.

La réunion est ainsi tenue pour traiter les violations des droits de l'homme commises pendant une situation de crise, le Conseil ayant recours à deux approches. La pratique prédominante est d'examiner les violations selon une approche géographique. A cet égard, l'examen des violations commises lors d'un conflit armé constitue le cas de figure prédominant. Mais cette pratique a connu une évolution depuis 2011 en englobant les situations de violations des droits de l'homme commises en dehors de situation de conflit armé. D'ailleurs, le Conseil a tenu des sessions extraordinaires sur des situations de crise ne se rapportant pas à des violations des droits de l'homme. L'approche thématique a prévalu lors de la mise en place de sessions extraordinaires sur les répercussions des crises alimentaire, financière et économique sur les droits de l'homme. En d'autres termes, le Conseil va étendre encore son appréhension de la notion de crise et l'interpréter de manière assez large. Dorénavant une session extraordinaire peut porter sur des violations des droits de l'homme (session géographique) mais aussi sur des situations, n'impliquant pas une idée de violence, mais pouvant affecter la jouissance des droits de l'homme et aboutir éventuellement à leur violation (session thématique).

S'agissant de l'objet des sessions extraordinaires, les textes régissant le Conseil s'attardent aux questions procédurales qui sous-tendent ces réunions à l'instar de la résolution 60/251 de l'AGNU et de la résolution 5/1 du

Conseil adoptée le 18 juin 2007[4]. Il s'agit sur ce point d'une part de la demande de convocation et, d'autre part, du déroulement des sessions extraordinaires. La convocation des sessions extraordinaires constitue une prérogative attribuée exclusivement aux Etats membres qui agissent par le biais des groupes régionaux et des organisations internationales influentes au sein du Conseil à l'instar de l'Union Européenne. La réforme de 2006 a apporté une différence de taille puisque les exigences formelles des sessions extraordinaires de la Commission étaient plus stricte ; l'ECOSOC n'autorisant leur tenue que « *sous réserve que la majorité des Etats membres de la Commission en décide ainsi* »[5]. Entre 1991 et 2005, cinq sessions extraordinaires ont été tenues par la Commission et ont porté respectivement sur la situation des droits de l'homme en ex-Yougoslavie (première et deuxième sessions), au Rwanda (troisième session), au Timor (quatrième session) et Palestine (cinquième session). Cette différence est telle qu'à l'heure actuelle vingt-sept sessions extraordinaires ont été tenues. De plus, même si le rôle des Etats reste prépondérant lors de cette phase, ils sont concurrencés à certains égards par d'autres acteurs qui peuvent jouer un rôle déterminant pour la tenue d'une session extraordinaire. Il s'agit du rôle informel des organes institutionnels des Nations Unies, à savoir les hauts fonctionnaires dont figurent notamment le Secrétaire général des Nations Unies et le Haut-Commissaire aux droits de l'homme, ainsi que les procédures spéciales et dans une plus faible proportion, les organisations non gouvernementales (ci-après ONG). La quatrième session extraordinaire sur le Darfour a été tenue, par exemple, suite aux appels répétés du Secrétaire général Kofi Annan. Cette configuration participe, au cas par cas, à la diminution du poids et de l'influence des Etats au sein des organisations internationales et à la dépolitisation des travaux du Conseil. Une fois convoquée, une session extraordinaire enclenche un processus qui débouche sur la tenue d'un débat se déroulant en moyenne sur deux jours et se concrétisant par l'adoption d'un texte juridique qui prend la forme d'une résolution ou d'une décision. Au vu du caractère grave de la situation examinée et de son caractère inédit et exceptionnel, les débats se caractérisent par la multitude des participants dont les Etats membres et observateurs du Conseil, les Etats touchées par la crise examinée, le Haut-Commissaire, les experts indépendants (procédures spéciales ou membres de commission d'enquête), les ONG ou encore les institutions nationales des droits de l'homme (INDH). Cette donnée permet

[4] Résolution 5/1 du Conseil adoptée le 18 juin 2007A/HRC/RES/5/1, *Mise en place des institutions du Conseil des droits de l'homme*, partie V.

[5] Décision 1993/286 de l'ECOSOC adoptée le 28 juillet 1993, Procédure à suivre pour l'organisation des sessions extraordinaires de la Commission des droits de l'homme.

de percevoir l'importance accordée par les acteurs internationaux aux procédures d'urgence non contentieuse tout en faisant du mécanisme le forum le plus représentatif de la diplomatie des droits de l'homme sur la scène internationale.

Dans un second temps, il s'agit d'analyser la portée des sessions extraordinaires en se concentrant sur les effets du double contrôle déployé. Il s'agit, d'une part, du contrôle politique à travers une évaluation de la situation et, d'autre part, du contrôle opérationnel, à travers les mécanismes d'enquête et de suivi adoptés. L'idée sous-jacente est ainsi de s'interroger si les sessions extraordinaires sont exclusivement animées par des considérations politiques ou si certaines incidences techniques et juridiques entrent en corrélation. Il a été convenu de s'attarder sur le Conseil, en tant qu'organe international, avec sa propre dynamique qui dépasse le simple rapport de forces entre les Etats et ce à travers la concrétisation d'une volonté collective de la part de ses membres.

Le contrôle politique constitue l'examen initial effectué par les Etats à travers l'adoption d'une résolution ou d'une décision. Il s'adresse à titre principal aux Etats s'agissant du respect de leurs obligations internationales en matière de droits de l'homme. Ce contrôle se caractérise par son aspect dissuasif – la dénonciation publique – qui a pour finalité la qualification d'une situation de fait. Depuis la création du Conseil, l'un des aspects les plus marquants concerne la qualification des violations flagrantes et systématiques en crimes internationaux. De plus, la pratique du Conseil a évolué car, outre les destinataires des sessions extraordinaires composées des Etats, se sont ajoutées les entités non étatiques s'adonnant à des actes de violence (à l'instar des groupes terroristes et des groupes armés non étatiques). La particularité de ce contrôle est que le Conseil considère ces acteurs comme étant débiteurs d'obligations internationales en matière de droits de l'homme et donc éventuels violateurs de ces droits ce qui est réservé classiquement aux Etats.

La finalité d'une session extraordinaire ne consiste pas exclusivement en la condamnation d'un Etat ou d'une entité non étatique pour violations des droits de l'homme mais également – et surtout – en l'adoption de mesures concrètes. Ces dernières prennent la forme de mesures opérationnelles qui sont déléguées à des agents internationaux indépendants des Etats. Ce contrôle dit opérationnel s'effectue sous le prisme d'une enquête mais aussi avec la création d'une nouvelle procédure spéciale. En somme, une multitude d'opérations peut être décidée par le Conseil en fonction de la gravité de la situation et de la volonté politique des Etats. Ces opérations constituent une des mesures les plus efficaces pouvant être prises

par un organe de contrôle non contentieux afin de réagir concrètement à des violations flagrantes et systématiques des droits de l'homme. Les opérations décidées par le Conseil en session extraordinaire peuvent être distinguées entre les opérations de contrôle et les opérations de suivi. Les opérations de contrôle décidées en session extraordinaire se rapportent majoritairement à des enquêtes *ad hoc*. Il s'agit plus spécifiquement de missions d'établissement des faits. On peut citer à titre d'exemple la commission internationale indépendante sur la Syrie dirigée par le Professeur de droit Paulo Pinheiro et chargée d'enquêter sur les violations des droits de l'homme et du droit humanitaire commises pendant le conflit armé. Au vu des différentes missions établies par le Conseil en session extraordinaire, plusieurs évolutions sont à relever. Tout d'abord, ces mécanismes participent au phénomène de la « criminalisation » de l'établissement des faits classiquement réservé à la documentation des violations du droit international des droits de l'homme[6]. En ce sens, les commissions d'enquête vont de plus en plus être chargées de qualifier les violations des droits de l'homme en crimes internationaux et d'identifier les responsables de ces violations. En outre, les missions vont se référer davantage aux violations du droit international humanitaire participant aux phénomènes de « l'humanitarisation » des droits de l'homme et surtout de l'humanisation du droit humanitaire. Cette pratique met en lumière le rôle dynamique du Conseil comme organe international chargé de mettre en œuvre l'application du droit international humanitaire. Cette question est d'une importance capitale puisqu'il n'existe pas à l'heure actuelle un organe des Nations Unies ayant pour mandat explicite l'examen de la mise en œuvre des règles du droit international humanitaire.

Enfin, l'étude permet de mettre en lumière la participation du Conseil, sous le prisme des sessions extraordinaires, au maintien de la paix et de la sécurité internationales. D'une part, ce rôle devient saillant lorsque le Conseil de sécurité est paralysé par le recours au veto et ne peut pas réagir face à des crises de violations des droits de l'homme qui menacent la paix et la sécurité internationales. D'autre part, la participation est déterminante lorsque les travaux d'une session extraordinaire aboutissent à une réaction du Conseil de sécurité ou peuvent constituer une base de travail et une source importante pour les activités de la Cour pénale internationale voire une étape

[6] Pour plus d'informations, v. ALSTON, Philip, KNUCKEY, Sarah, « The Transformation of Human Rights Fact-Finding : Challenges and Opportunities », in KNUCKEY, Sarah, ALSTON, Philip (dir.), *The Transformation of Human Rights Fact-Finding*, Oxford University Press, New York, 2016, 549 p., pp. 3-24.

préalable à la création d'un tribunal pénal international *ad hoc* par le Conseil de sécurité ou pour que ce dernier défère la situation examinée devant le Procureur de la CPI. Cependant, en dehors d'une saisine par un Etat membre du Statut de Rome ou d'une auto-saisine par le Procureur de la CPI, les solutions institutionnelles ne sont pas nombreuses. Le traitement de la crise syrienne par l'AGNU, en étroite collaboration avec le Conseil des droits de l'homme et ses organes subsidiaires, peut être une solution possible qui doit être relevée.

Deux axes majeurs ont été dégagés à l'issue de cette thèse. D'abord, l'étude a permis d'analyser le rapport de force existant entre les différents acteurs à l'instar des Etats, des organes institutionnels de l'ONU et des membres de la société civile. Ceci a permis de percevoir l'influence de certains acteurs incontournables dont les groupes d'Etats, les organisations internationales et le rôle déterminant du Haut-Commissariat en concurrence avec le Secrétaire général des Nations Unies. Ensuite, la thèse a permis l'analyse d'une dynamique du droit international public qui apparaît en période de crise et marque un moment fort de la vie du Conseil avec une cristallisation du droit qui passe par la qualification des faits et l'intégration du droit international humanitaire et du droit international pénal dans le champ de compétence du Conseil.

Cette étude conclut que le nouveau régime des sessions extraordinaires constitue l'innovation la plus marquante depuis la réforme de 2006 et qui peut s'apparenter à un contournement face à la paralysie d'autres organes. Les crises israélo-palestinienne et syrienne constituent les cas de figure les plus révélateurs. Ces sessions participent ainsi au renforcement des piliers sur lesquels sont fondés les Nations Unies mais aussi le droit international contemporain, à savoir la sécurité, les droits de l'homme et le développement. Néanmoins, l'efficacité du mécanisme reste limitée dans la mesure où la sortie des crises et la cessation des violations ne peut se faire sur le long terme qu'avec l'apport d'autres organes internationaux à l'instar du Conseil de sécurité et de la Cour pénale internationale.

Droits fondamentaux et droit international privé
Réflexion en matière personnelle et familiale[1]

Rebecca Legendre
Maître de conférences à l'université Paris II Panthéon-Assas

L'idée de consacrer une nouvelle étude aux relations des droits fondamentaux et du droit international privé est née d'un sentiment d'incompréhension. Bien que le sujet ait déjà fait l'objet de travaux importants et nombreux, la rencontre des droits de l'homme et du droit international privé laisse toujours perplexe. La divergence des analyses doctrinales et l'obscurité persistante de la jurisprudence nourrissent notamment cette impression. L'avènement du contrôle de proportionnalité renouvèle en outre la réflexion. A vrai dire, la notion même de « droit fondamental » semble insaisissable. Les droits de l'homme peuvent en effet être évoqués et employés en droit international privé dans des sens différents voire antagonistes. Parfois la référence aux droits fondamentaux a une simple valeur rhétorique ou explicative ; d'autres fois elle détient une véritable valeur normative. Parfois les droits de l'homme contribuent à la sauvegarde de la cohésion de l'ordre interne, au cloisonnement de l'ordre juridique du for ; d'autres fois ils imposent la continuité des situations juridiques, l'ouverture du for aux normes étrangères.

Or cette plasticité est problématique dans la mesure où les droits fondamentaux sont très souvent désignés comme responsables d'un changement de paradigme en droit international privé. Aussi, loin d'être épuisée, la question des relations du droit international privé et des droits fondamentaux semble, au contraire, devoir être clarifiée. C'est donc dans le souci d'éclairer les rapports entre les droits de l'homme et le droit international privé que cette recherche a, avant toute chose, été entreprise.

Ce faisant, elle s'est confrontée à plusieurs difficultés. L'ampleur du champ de recherche a d'abord imposé certains choix. Aussi l'analyse a-t-elle été circonscrite à la matière personnelle et familiale. La question de la compétence juridictionnelle a également été exclue pour resserrer le sujet sur les problèmes liés à la création et à la reconnaissance des situations en droit

[1] Thèse soutenue le 6 décembre 2018 à l'Université Paris II Panthéon-Assas, sous la direction de Mme la Professeure Léna Gannagé avec un jury composé des Professeurs Louis d'Avout, Sylvain Bollée (rapporteur), Petra Hammje (rapporteure) et Fabien Marchadier (président). La thèse sera publiée en avril 2020 chez Dalloz dans la collection Nouvelles Bibliothèques de Thèses (Vol. 195).

international privé. Une approche large des droits fondamentaux a, en revanche, été retenue. Si les dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ont naturellement été privilégiées, certaines incursions en droit constitutionnel et, plus particulièrement, en droit de l'Union européenne, ont été nécessaires. Restait une dernière difficulté : penser les droits de l'homme sans être dogmatique, assumer leur dimension politique tout en restant juridique. C'est dans cet état d'esprit que cette recherche a été conduite. Et c'est celui-là même qui a conduit à adopter un plan pragmatique en distinguant le problème de droit international privé de ses solutions.

Aussi, la première partie de la thèse porte sur *les droits fondamentaux et le problème de droit international privé* (partie 1) ; la seconde vise *les droits fondamentaux et les solutions de droit international privé* (partie 2).

Partie 1 – Les droits fondamentaux et le probleme de droit international prive

La première partie expose de quelle manière et dans quelle mesure l'essor des droits fondamentaux modifie le problème de droit international privé. Dans cette perspective, les données du problème (titre 1) ont été distinguées de son analyse (titre 2).

Titre 1 – L'évolution des données du problème

Saisi par les droits de l'homme, le phénomène de la frontière a profondément évolué. Alors que la frontière divise traditionnellement l'espace mondial en Etats indépendants et souverains et que les individus peuvent, à des conditions inégales, la franchir, les droits fondamentaux créent une connexion entre les ordres juridiques étatiques (chapitre 1) et participent à la promotion de la mobilité internationale des personnes (chapitre 2).

Les droits fondamentaux modifient d'abord la configuration de l'espace mondial à partir de laquelle a été pensé le problème de droit international privé. Ils établissent des connexions normatives et juridictionnelles entre les ordres juridiques étatiques. D'un point de vue normatif, les droits fondamentaux constituent une source, une notion et/ou

une pratique commune à différents Etats. D'un point de vue juridictionnel, la protection des droits de l'homme a, non seulement, suscité l'émergence de Cours supranationales communes à plusieurs ordres juridiques étatiques mais a, également, engendré un dialogue entre les juges. Cela étant, ces connexions restent incomplètes, inachevées et dépendent, dans une large mesure, de la volonté politique des Etats.

Cette modification de l'espace mondial a donc une influence limitée sur l'existence du problème de droit international privé. Force est d'abord de constater que la pluralité des ordres juridiques étatiques reste une donnée inchangée. Les ordres juridiques étatiques demeurent ensuite indépendants les uns des autres et ce, malgré leur soumission, en fait, aux ordres juridiques supranationaux. Les connexions établies par les droits fondamentaux réduisent enfin l'hétérogénéité des ordres juridiques étatiques. Si des rapprochements substantiels et structurels sont observables, les différences entre les Etats restent toutefois encore marquées.

Aussi, la connexion des ordres juridiques étatiques par les droits fondamentaux ne fait pas disparaître le problème de droit international privé. Cette modification de l'espace mondial doit donc être relativisée quant à son influence sur l'existence même de la discipline.

Les droits fondamentaux promeuvent ensuite la mobilité internationale des personnes. Cette promotion se manifeste à travers la protection qu'ils lui offrent. Les droits de l'homme garantissent toutefois la mobilité de manière fragmentée. Si le droit de sortie est élevé au rang de droit fondamental, le droit d'entrée et de séjour ne bénéficie pas d'une protection générique. Les juridictions protègent toutefois l'admission de certaines catégories de migrants. Les articles 3 et 8 de la CEDH permettent notamment aux personnes menacées dans leur pays d'origine et aux personnes ayant des liens de famille dans leur pays d'accueil de ne pas en être expulsées. Cette protection par ricochet concourt incontestablement à la promotion de la mobilité internationale des personnes. Le droit à la libre circulation du citoyen européen constitue également un puissant vecteur de promotion.

Ce morcellement de la protection de la mobilité internationale des personnes par les droits fondamentaux a des répercussions en droit international privé. Les droits de l'homme concourent ainsi à l'intensification, à la diversification et à la dérégulation des flux transfrontaliers. Une telle évolution rejaillit nécessairement sur le problème de droit international privé : la multiplication des conflits de lois et de

juridictions banalise la discipline ; la diversification de la mobilité la complexifie ; la normalisation des flux transfrontaliers ouvre enfin la porte au libéralisme.

Ainsi, les données du problème de droit international privé ont assurément évolué sous l'influence des droits fondamentaux. Le changement est significatif mais n'est pas décisif. Du moins, pour l'*existence* du problème de droit international privé.

Titre 2 – La transformation de l'analyse du problème

Le second titre démontre comment l'essor des droits fondamentaux a transformé l'analyse du problème de droit international privé tant en ses termes (chapitre 1) qu'en ses enjeux (chapitre 2).

Les droits de l'homme redéfinissent, d'une part, les termes du problème. Sans les droits fondamentaux, ce dernier se présente traditionnellement sous la forme d'un conflit d'ordres juridiques, d'une concurrence entre des points de vue étatiques abstraits et/ou concrets. Avec les droits fondamentaux, les contentieux civils internationaux sont perçus comme des conflits de valeurs.

En effet, lorsqu'un droit fondamental est invoqué par un justiciable, le juge doit naturellement vérifier que la solution donnée au problème de droit international privé par le for ne porte pas atteinte au droit en question. Pour ce faire, le juge va rechercher quelles sont les valeurs protégées par la solution de droit international privé mise en cause. Autrement dit, le juge va identifier les valeurs cristallisées dans les normes litigieuses pour pouvoir ensuite les confronter aux valeurs consacrées par les droits de l'homme. Par exemple, pour déterminer si le refus de reconnaître le lien de filiation entre les enfants issus d'une gestation pour autrui à l'étranger et leurs parents d'intention est conforme à l'article 8 de la CEDH, le juge va devoir rechercher les valeurs protégées par cette solution. En l'espèce, le refus de reconnaître le lien de filiation litigieux vise généralement à protéger le principe d'indisponibilité du corps humain, la sauvegarde de l'autorité de la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant. Ce sont ces valeurs – le principe d'indisponibilité du corps humain, la sauvegarde de l'autorité de la loi et l'intérêt supérieur de l'enfant – qui s'opposent, en définitive, au droit au respect de la vie privée et familiale des justiciables.

Sous le prisme des droits de l'homme, le conflit d'ordres juridiques est ainsi transformé en conflit de valeurs. Cela étant, les valeurs en conflit ne

s'expriment pas « en l'état ». Pour faciliter la compréhension et la résolution du conflit, les valeurs sont généralement incarnées en intérêts. L'intérêt de la personne au respect de son droit fondamental est ainsi opposé à l'intérêt général du for de poursuivre sa réglementation de droit international privé. L'intérêt de la personne est, plus exactement, confronté aux intérêts collectifs ou individuels subsumés dans l'intérêt général du for. Le conflit entre les points de vue étatiques abstraits et/ou concrets est ainsi reformulé en un conflit entre l'intérêt de la personne au respect de son droit fondamental, d'une part, et les intérêts individuels ou collectifs protégés par le for, d'autre part. Une telle reconfiguration ressort très nettement de la jurisprudence supranationale et nationale, lorsque les droits fondamentaux sont appliqués aux contentieux civils internationaux.

Ce changement de perspective modifie inévitablement la perception traditionnelle du problème de droit international privé. L'irruption des valeurs autorise le juge à défaire et à refaire les choix formalisés par la discipline. Or ce processus de déconstruction et de reconstruction exclut certains concepts fondateurs du droit international privé. Force est d'abord de constater que le point de vue étatique étranger ne figure pas dans les termes du conflit de valeurs. A l'intérêt de la personne est toujours opposé l'intérêt du for. En outre et, en tout état de cause, la nature des normes en conflit laisse les droits fondamentaux largement indifférents. Peu importe que la mesure contestée ait appliqué une règle ou reconnu une décision étrangère. Seules les valeurs défendues par la solution de droit international privé sont prises en considération. Conflit de lois et conflit de juridictions sont donc pareillement envisagés sous la forme d'un conflit de valeurs. L'internationalité de la situation est, par ailleurs, négligée. Le contrôle juridictionnel du respect des droits de l'homme ne distingue pas, dans sa perception du conflit de valeurs, les problèmes de droit international privé des problèmes de droit interne. L'interne et l'international sont donc envisagés en des termes et dans une configuration identiques. La transformation du conflit d'ordres juridiques en conflit de valeurs révèle enfin un dépassement de la distinction du droit public et du droit privé. Alors que cette distinction a été fondatrice dans la conceptualisation du droit international privé, elle est largement ignorée des droits fondamentaux. Sous cet angle, la transformation du conflit d'ordres juridiques en conflit de valeurs contribue au décloisonnement idéologique de la discipline.

En négligeant les concepts fondateurs du droit international privé, les droits fondamentaux participent assurément à l'érosion de son paradigme. Aussi impressionnants qu'ils puissent paraître, ces changements

ne doivent toutefois ni être généralisés ni être surestimés. Ils s'observent d'abord uniquement lors de l'application des droits fondamentaux aux contentieux civils internationaux. Ils concernent ensuite seulement la perception du problème de droit international privé.

Les droits fondamentaux renouvèlent d'autre part les enjeux du problème. Les objectifs poursuivis par la discipline sont d'abord confortés par les droits de l'homme. Ces derniers peuvent, en effet, autant protéger la continuité des situations juridiques que défendre la cohésion de l'ordre interne. Les droits fondamentaux garantissent la continuité des situations juridiques lorsque l'article 8 de la CEDH ou l'article 21 du TFUE imposent, par exemple, à l'ordre juridique du for de reconnaître un lien de filiation ou un nom acquis à l'étranger. Les droits fondamentaux sauvegardent en revanche la cohésion de l'ordre interne lorsque l'article 5 du protocole additionnel n°7 à la CEDH s'oppose, par exemple, à la reconnaissance en France d'une répudiation islamique.

Les droits fondamentaux aspirent cependant à un objectif autonome et supérieur à ceux poursuivis par la discipline. La réalisation des objectifs du droit international privé est en effet subordonnée au respect de la personne humaine. Du moins, dans l'idéal. Car les droits de l'homme sont innervés par des philosophies nombreuses et variées. Pour les extirper de l'individualisme auquel ils sont trop souvent rattachés, les droits fondamentaux devraient avoir pour seule finalité la protection de la personne humaine. Inspirée du personnalisme, cette finalité recouvre deux dimensions. Il s'agit, en premier lieu, d'une protection contre autrui. Dans cette perspective, tant la personne publique que les particuliers peuvent être assujettis au respect des droits de l'homme. Le premier cas traduit l'effet vertical des droits fondamentaux : protéger la personne humaine de l'Etat. Le second exprime leur effet horizontal : protéger la personne humaine de ses semblables. Il s'agit, en second lieu, d'une protection contre soi-même. En ce sens, les droits fondamentaux constituent une limite à l'autonomie personnelle fondée sur le respect de notre commune condition humaine. Cette forme de protection est originale dans la mesure où, bien qu'elle serve un intérêt collectif, elle est inscrite au sein du sujet individuel lui-même. Protection contre autrui – puissance publique et particuliers – et protection contre soi-même constituent ainsi les deux dimensions de l'objectif poursuivi par les droits fondamentaux.

Toujours est-il que la primauté de la personne humaine a vocation à altérer l'articulation des objectifs du droit international privé. La discipline promeut traditionnellement une hiérarchie entre les différentes finalités qu'elle poursuit. Cette hiérarchie s'exprime, pour l'essentiel, à travers la

primauté de principe de la justice conflictuelle sur la justice matérielle et conduit, en cas de conflit et, en tout état de cause, à faire prévaloir l'intérêt de l'ordre juridique du for à la défense de sa cohésion interne sur l'intérêt des parties à la continuité de leur statut juridique. Les droits fondamentaux introduisent un nouvel intérêt en droit international privé. L'intérêt de *la* personne s'adjoint désormais à l'intérêt des parties et à l'intérêt de l'ordre juridique étatique. Or l'intérêt de la personne participe aussi bien à la réalisation de la justice matérielle qu'à celle de la justice conflictuelle ou, du moins, de la justice de droit international privé, ce qui brouille les frontières de la célèbre distinction et obstrue sa pérennité. Mais les droits fondamentaux refusent, surtout, la subordination constante des intérêts individuels à l'intérêt général. Ainsi subvertie, la hiérarchie des intérêts impliqués dans les relations privées internationales risque, en définitive, d'être supprimée. En effet, les droits fondamentaux ne prescrivent pas de hiérarchie entre les objectifs du droit international privé. Ils invitent, au contraire, à les concilier abstraitement, lors de l'élaboration de la réglementation des relations privées internationales et, concrètement, lors de son application. L'intervention des droits de l'homme dans les contentieux civils internationaux conduit dès lors à mettre en balance les intérêts poursuivis par la discipline. Or une telle opération remet potentiellement en cause la primauté dont bénéficie classiquement la défense de la cohésion de l'ordre interne lorsqu'elle s'oppose à la protection de la continuité des situations juridiques. Les solutions de droit international privé risquent dès lors d'être perturbées.

Partie 2 – Les droits fondamentaux et les solutions de droit international prive

Naturellement, les solutions de droit international privé ne sont pas épargnées par les droits fondamentaux. La seconde partie s'attache, d'abord, à évaluer cette perturbation (titre 1) pour tenter, ensuite, de rationaliser l'emploi des droits de l'homme dans les contentieux civils internationaux (titre 2).

Titre 1 – La perturbation des solutions

Le premier titre a pour objet de déterminer l'origine (chapitre 1) et l'ampleur (chapitre 2) de la perturbation des solutions de droit international privé par les droits fondamentaux. Il est ainsi focalisé sur la proportionnalité.

Technique de réalisation des droits de l'homme, la proportionnalité est naturellement employée par les juges européens lorsque les contentieux civils internationaux sont soumis à leur appréciation. Elle consiste à vérifier que l'énoncé ou l'application de la norme au cas d'espèce est adéquat, nécessaire et proportionné *stricto sensu* au regard des intérêts en conflit. Ces trois exigences systématisées par la doctrine allemande ne se laissent pourtant pas facilement observer en pratique. Seul un effort de reconstruction et de clarification des décisions européennes et nationales permet de mettre en lumière les différentes étapes du contrôle de proportionnalité. Le respect des droits fondamentaux suppose dès lors que la mesure étatique soit adéquate à l'objectif qu'elle poursuit, nécessaire à la réalisation de cet objectif et qu'elle préserve un juste équilibre entre les intérêts en conflit. Cette dernière condition constitue le cœur du contrôle de proportionnalité et est inévitablement empreinte de subjectivité.

La technique de proportionnalité est restée largement méconnue en droit international privé. L'essor des droits fondamentaux dans la discipline a en effet conduit la doctrine et la jurisprudence françaises à se préoccuper, pour l'essentiel, de leurs modalités d'application : faut-il appliquer directement les droits fondamentaux ou les intégrer à l'exception d'ordre public international ? Or, dans le cadre de ce débat, la proportionnalité a été largement négligée d'un côté comme de l'autre.

L'application directe des droits fondamentaux a, d'un côté, été présentée comme une manifestation de l'unilatéralisme ou du fonctionnalisme. L'analyse de la proportionnalité exclut pourtant toute analogie entre les droits de l'homme et ces différentes méthodes de droit international privé. L'application directe des droits fondamentaux ne saurait dès lors être assimilée à la méthode des lois de police, à l'ordre public de rattachement, à la théorie des droits acquis ou, encore, à la méthode de la *proper law*.

L'intégration des droits fondamentaux à l'ordre public international a, de l'autre côté, été défendu sans égards pour la proportionnalité. La technique de réalisation des droits de l'homme ne se réduit pourtant pas

l'ordre public international. Alors que l'exception de droit international privé peut seulement être déclenchée à l'encontre des normes étrangères, la proportionnalité peut être actionnée dès lors qu'un droit fondamental est invoqué, peu importe l'origine des normes mises en cause.

Casuistique et inédite en droit international privé, la technique de proportionnalité permet, en tout état de cause, de déterminer l'influence véritable des droits fondamentaux sur la discipline. Cette influence est inégale.

Sur le plan méthodologique, la proportionnalité a une incidence limitée. Contrairement à ce qui a été soutenu par certains auteurs, les droits fondamentaux n'ont pas vocation à remplacer les méthodes de droit international privé ni à évincer certains procédés de réglementation. Cette conclusion s'impose à la lumière de la proportionnalité.

En premier lieu, la technique de réalisation des droits fondamentaux n'est pas autonome. Sa mise en œuvre dépend systématiquement de l'application préalable des règles de droit international privé. La proportionnalité complète donc les règles de conflit de lois et de juridictions ; elle s'y ajoute mais ne s'y substitue pas.

En second lieu, la proportionnalité vise seulement à évaluer un résultat donné. Elle est largement indifférente aux moyens mis en œuvre pour l'obtenir. La proportionnalité ne porte donc aucun jugement sur les méthodes de droit international privé dès lors qu'elles parviennent à une solution raisonnable.

Ce désengagement méthodologique ressort assez nettement de l'arrêt *Freitag* rendu le 8 juin 2017 par la Cour de justice de l'Union européenne. Dans cette affaire, la Cour de justice impose certes à l'ordre juridique allemand de reconnaître le changement de nom du requérant mais elle n'impose aucune méthode pour satisfaire cette obligation. Aussi souligne-t-elle qu'*« il importe peu de savoir, du point du vue du droit de l'Union, quelle est la disposition nationale ou la procédure interne en vertu de laquelle le requérant peut faire valoir ses droits concernant son nom »*. En d'autres termes, peu importe la méthode retenue par l'Etat membre dès lors qu'elle parvient à une solution proportionnée.

Par conséquent, l'extension de la méthode de la reconnaissance ne saurait être imputé aux droits fondamentaux et, plus particulièrement, à la jurisprudence de la Cour de justice et à celle de la Cour européenne. La technique de proportionnalité impose seulement aux ordres juridiques étatiques des obligations substantielles. Or tant la méthode conflictuelle que la méthode de la reconnaissance des situations sont aptes, en soi, à en fournir. Il est donc tout autant inexact de soutenir que la première est incompatible avec les droits fondamentaux, que d'affirmer que la seconde est prescrite par les droits de l'homme.

Sur le plan substantiel, la proportionnalité a en revanche une incidence prononcée. Les décisions supranationales révèlent en effet une tendance à privilégier la protection de la continuité des situations juridiques aux dépens de la défense de la cohésion de l'ordre interne. Or cette tendance s'inscrit à rebours de celle du droit international privé. Bien que la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg ne consacrent pas de droit fondamental à la continuité des situations juridiques, pas plus qu'elles n'imposent aux ordres juridiques étatiques d'obligation générale de reconnaissance des situations, force est d'admettre qu'elles pressent aujourd'hui la discipline à libéraliser ses solutions.

Que doit-on en penser ? Faut-il notamment accepter que le juge supranational puisse décider du degré d'ouverture et de fermeture du for à l'internationalité ? Quelle place devrait-on en définitive réserver, *de lege ferenda*, aux droits fondamentaux en droit international privé ?

Titre 2 – Les tentatives de rationalisation

Le dernier titre de la thèse tente de rationaliser l'emploi des droits fondamentaux dans les contentieux civils internationaux. Avant de formuler des propositions (chapitre 2), les orientations à privilégier ont été déterminées en contemplation du droit positif (chapitre 1).

Le recours à la technique de proportionnalité lors de la réalisation contentieuse des droits fondamentaux inspire un sentiment partagé. Il présente autant d'avantages que d'inconvénients.

Parmi les inconvénients, le contrôle de proportionnalité présente deux faiblesses majeures.

Sa première faiblesse résulte d'un manque de légitimité. L'application contentieuse des droits fondamentaux offre, en effet, au juge le pouvoir de

défaire et de refaire l'arbitrage des valeurs promu par le législateur. Or ce pouvoir est contestable. En effet, le juge n'a jamais obtenu des textes le pouvoir politique de représenter le peuple ou la raison contre la loi. Non pas que le droit n'ait jamais reconnu au juge de pouvoir créateur. Mais que l'élargissement de sa marge de manœuvre par la judiciarisation des droits de l'homme n'a jamais été formellement consacré. Or ce manque de légitimité est problématique. Il crée une constante défiance à l'égard des solutions rendues à partir des droits fondamentaux. Cette défiance est d'autant plus dangereuse que les droits de l'homme constituent, en eux-mêmes, un gage de légitimité du système juridique. Si les droits fondamentaux souffrent d'un manque de légitimité, c'est l'ensemble du système juridique qui risque dès lors d'en subir les conséquences.

A cette première faiblesse s'ajoute une seconde. Le contrôle de proportionnalité nuit à la prévisibilité des solutions. Cette entorse à la sécurité juridique se manifeste à deux égards.

L'imprévisibilité résulte, d'une part, de la nature même des droits fondamentaux et des modalités du contrôle de proportionnalité. Enoncées sous la forme de principes, les droits de l'hommes sont, par nature, imprécis. Leur énoncé ne formule aucune solution qui puisse permettre au justiciable de déterminer, avec certitude, quel comportement adopter pour s'y conformer. En tout état de cause, le contrôle de proportionnalité accentue cette imprévisibilité dans la mesure il peut faire dépendre la réalisation des droits fondamentaux des circonstances de chaque espèce.

D'autre part, et par effet ricochet, la judiciarisation des droits de l'homme affaiblit la prévisibilité de toutes les normes qui peuvent leur être opposées. En écartant une norme pour sa non-conformité aux droits fondamentaux, le juge balaie, d'un même mouvement, les attentes que les parties avaient légitimement nourries en la consultant. Dans ces conditions, pourquoi respecter des règles dont on sait qu'elles peuvent être écartées par le juge ? C'est l'autorité du droit qui est, en définitive, menacée par la perte de prévisibilité des solutions induite par les droits fondamentaux.

Au-delà de ces faiblesses, le contrôle de proportionnalité a des vertus considérables pour le droit, en général, et pour le droit international privé, plus particulièrement. Ces vertus varient en fonction de la nature de la réglementation de droit international privé, selon qu'il s'agit de règles matérielles ou de règles indirectes.

S'agissant des règles matérielles, le contrôle de proportionnalité permet de préserver leur opportunité. Dans cette perspective, il agit sur deux plans différents.

Sur le plan abstrait, le contrôle de proportionnalité permet d'éliminer définitivement les règles aux énoncés odieux. A cet égard, le contrôle abstrait de proportionnalité constitue un garde-fou indispensable contre les prétentions liberticides d'un législateur démocratiquement élu. Récemment, le contrôle abstrait de proportionnalité a par exemple conduit à l'abrogation du droit de prélèvement par le Conseil constitutionnel. La réglementation de droit international privé a ainsi pu être débarrassée d'une règle vétuste et discriminatoire à l'égard des héritiers étrangers.

Sur le plan concret, le contrôle de proportionnalité permet d'écarter ponctuellement les règles dont l'application au cas d'espèce ne correspond pas à l'objectif qu'elles poursuivent. A cet égard, le contrôle concret de proportionnalité représente une garantie contre les inévitables déficiences et carences de l'abstraction du droit. En matière d'insémination *post-mortem*, le Conseil d'Etat a par exemple décidé de ne pas appliquer la règle interdisant le transfert de gamètes à l'étranger dès lors que l'objectif poursuivi par cette interdiction n'était pas rempli en l'espèce. Aucune fraude ne pouvait en effet être reprochée à la requérante de sorte que l'interdiction de transférer en Espagne les gamètes de son mari décédé portait une atteinte disproportionnée au droit au respect de sa vie privée et familiale. Par cette décision, le Conseil d'Etat n'a pas invalidé, en soi et de manière définitive, la règle du code de la santé publique mais a seulement écarté son application au cas d'espèce.

S'agissant des règles indirectes, le contrôle de proportionnalité permet de renforcer leur efficacité. L'efficacité des règles de conflit de lois et des règles de reconnaissance dépend, dans une large mesure, de l'existence d'une communauté de droit entre les différents ordres juridiques étatiques. Or les droits fondamentaux participent à la réalisation d'une telle communauté. Les droits de l'homme créent des connexions normatives et juridictionnelles entre les ordres juridiques étatiques. Et ces connexions favorisent les rapprochements étatiques structurels et substantiels nécessaires au bon fonctionnement de la réglementation indirecte de droit international privé. Cela étant, cette force de connexion est relative et les droits fondamentaux ne parviennent pas toujours à réaliser une communauté de valeurs entre les ordres juridiques étatiques. La question de la gestation pour autrui est symptomatique à cet égard.

Les droits fondamentaux offrent néanmoins des clés pour dépasser l'exigence d'une communauté de droit lorsque celle-ci fait défaut. En transformant le conflit d'ordres juridiques en conflit de valeurs, les droits fondamentaux dévoilent d'abord les partis pris idéologiques qui s'y jouent. Ainsi assumés, les choix politiques peuvent plus facilement être soumis à la discussion. Le contrôle concret de proportionnalité pourrait ensuite faciliter la résolution du conflit de valeurs provoqué par la rupture de la communauté de droit. Le contrôle concret de proportionnalité permet en effet d'individualiser les solutions du conflit de valeurs en prenant en considération les circonstances propres à chaque espèce. L'écoulement du temps, le lien de proximité, la volonté des parties, les valeurs étrangères, les valeurs défendues par le for sont autant d'éléments qui peuvent entrer dans la balance sans être *a priori* hiérarchisés. Cette absence de hiérarchisation constitue la richesse du contrôle concret de proportionnalité et pourrait apporter au droit international privé la souplesse qui lui fait aujourd'hui défaut dans le traitement des conflits de cultures.

Ainsi convaincue de l'utilité du contrôle de proportionnalité et de la nécessité de composer avec l'existence des Cours européennes, la présente recherche a néanmoins eu à cœur de rendre ses critiques constructives et s'est employée à formuler plusieurs propositions afin de rationaliser l'emploi des droits fondamentaux en droit international privé. Dans cette perspective, il a semblé, d'une part, que l'application des droits de l'homme gagnerait à être dissociée de l'ordre public international et qu'il faudrait, d'autre part, cantonner le contrôle de proportionnalité.

S'il semble, d'une part, opportun de dissocier l'application des droits fondamentaux de l'ordre public international, l'idée n'est pas de remplacer l'exception d'ordre public international par une exception « droits de l'homme » mais plutôt d'introduire un nouveau mécanisme dérogatoire au sein de la discipline. L'exception « droits fondamentaux » complèterait ainsi l'exception d'ordre public international et pourrait seulement être déclenchée après sa mise en œuvre. A ce titre, plusieurs arguments plaident pour la consécration d'une exception droits fondamentaux distincte de l'exception d'ordre public international.

La proposition peut, tout d'abord, être appuyée par un argument politique. Les droits fondamentaux et l'ordre public international poursuivent des objectifs différents. Les droits de l'homme visent à protéger toute personne humaine tandis que l'ordre public international tend seulement à sauvegarder la cohésion de l'ordre interne. Par conséquent,

l'intervention de l'ordre public international est souvent limitée aux situations et aux personnes qui présentent un lien étroit avec l'ordre juridique français. Or la protection des droits fondamentaux ne peut se satisfaire de cette condition de proximité qui constitue, à bien des égards, un facteur de discrimination inacceptable.

La dissociation des droits fondamentaux de l'ordre public international présente, ensuite, un intérêt didactique. Force est de reconnaître que la relativité des valeurs du for dans les relations privées internationales fait toujours l'objet de nombreuses confusions et hésitations. A cet égard, le concept d'ordre public atténué peine à véritablement rendre compte de la variation des valeurs dans l'ordre international. L'application directe des droits fondamentaux pourrait dès lors permettre de clarifier et de simplifier les solutions qui y sont aujourd'hui apportées. La proportionnalité exprime notamment sans détour la nécessaire variabilité des valeurs. Du reste, la relativité des valeurs du for serait justifiée non plus par un facteur spatio-temporel, comme c'est le cas de l'ordre public atténué, mais par la prééminence accordée à un droit fondamental lors de la mise en balance des intérêts. Ce serait l'article 8 de la CEDH mais aussi l'article 21 du TFUE qui expliqueraient dorénavant, en matière personnelle et familiale, le refoulement des valeurs nécessaires à la sauvegarde de la cohésion de l'ordre interne.

Un argument logique conforte enfin la dissociation des droits fondamentaux de l'ordre public international. A partir du moment où les droits de l'homme peuvent aussi bien garantir la cohésion de l'ordre interne que favoriser la continuité des situations juridiques, il semble intenable de maintenir leur intégration à l'ordre public international. Comment expliquer notamment que l'article 8 de la CEDH soit appliqué directement aux contentieux civils internationaux lorsqu'il favorise la reconnaissance d'une situation juridique mais qu'il reste intégré à l'ordre public international lorsqu'il s'oppose à sa reconnaissance ? En toute logique, on ne peut pas faire dépendre les modalités d'application d'une norme des effets qu'elle est susceptible de produire. C'est pourquoi les modalités d'application de l'article 8 de la CEDH ne peuvent rationnellement dépendre des conséquences que ce droit fondamental est susceptible d'engendrer dans les contentieux civils internationaux. La dissociation des droits fondamentaux de l'exception d'ordre public international permettrait dès lors d'enrayer une telle incohérence.

Toujours est-il que l'application directe des droits fondamentaux exige de cantonner le contrôle de proportionnalité. Afin d'éviter la remise en cause systématique de la loi au nom des droits de l'homme, il est nécessaire

de limiter la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité. Un tel cantonnement pourrait emprunter deux voies.

La première voie consiste à exclure le contrôle de proportionnalité en cas d'abus de droit fondamental. L'idée est que l'utilisation abusive d'un droit fondamental fait perdre au requérant le bénéfice du droit conventionnel invoqué. Parce qu'il exerce, en réalité, un intérêt illégitime, le justiciable doit être déchu de la protection du droit fondamental. Or une telle déchéance a un « effet guillotine » dans la mesure où l'abus de droit neutralise la mise en œuvre du contrôle de proportionnalité.

Cette neutralisation du contrôle de proportionnalité me semble particulièrement précieuse pour renforcer la sanction de la fraude à la loi en droit international privé. Jusqu'à présent, la fraude à la loi reste appréciée par les juridictions supranationales à travers le contrôle de proportionnalité. La lutte contre la fraude à la loi est ainsi intégrée à l'intérêt du for de sauvegarder l'autorité de sa loi. Or cette absorption de l'abus de droit par le contrôle de proportionnalité prive le concept de toute autonomie et, par conséquent, de toute utilité réelle. Subsumée sous l'intérêt étatique, la lutte contre l'abus de droit représente une préoccupation abstraite détachée du comportement de son bénéficiaire. Aussi l'intérêt du for de lutter contre la fraude à la loi a-t-il constamment vocation à peser moins lourd dans la balance que l'intérêt concret de la personne au respect de son droit fondamental. Les décisions de la Cour européenne et de la Cour de justice en témoignent. C'est pourquoi la réhabilitation de la réserve de l'abus de droit consacrée au demeurant à l'article 17 de la CEDH et 54 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, pourrait permettre de remédier au déclin de la sanction la fraude en droit international privé. En tout état de cause, la répression de l'abus de droit permettrait de refuser que les droits fondamentaux puissent être l'instrument de cette fraude.

La seconde voie envisageable pour cantonner le contrôle de proportionnalité pourrait résulter de sa nationalisation. L'idée d'une nationalisation du contrôle de proportionnalité a fait son chemin dans l'ordre juridique français. Depuis l'arrêt rendu le 4 décembre 2013 par la Cour de cassation, la question est largement débattue et a été intégrée dans le projet de réforme de la Haute-juridiction. La nationalisation du contrôle de proportionnalité pourrait conduire à une meilleure répartition du pouvoir de protéger les droits fondamentaux. L'idée n'est pas de retirer au juge européen sa compétence. L'idée consiste à atténuer le contrôle supranational en partageant réellement son office avec le juge national. Plus le pouvoir est

partagé, plus il gagne en légitimité. Le bien-fondé des solutions déterminées à l'issue d'un contrôle concret de proportionnalité reposerait donc sur le fait qu'elles aient été partagées par le juge interne et le juge européen. La convergence des décisions nationales et supranationales renforcerait ainsi la légitimité du juge de modifier l'arbitrage des valeurs retenu par le législateur.

Dans cette perspective, l'adoption d'une méthodologie de la proportionnalité commune aux différents ordres juridiques présenterait un avantage certain. Il est en effet essentiel que les juges retiennent une acception identique du contrôle de proportionnalité. D'abord parce qu'une méthodologie commune faciliterait le dialogue des juges et la convergence des solutions. Ensuite et, surtout, parce qu'une méthodologie claire et précise de la proportionnalité permettrait de contenir la subjectivité du juge et de limiter l'imprévisibilité du débat.

En définitive, le principal mérite de la proportionnalité est de parvenir à encadrer l'application contentieuse des droits fondamentaux. Sans la proportionnalité, la violation des droits fondamentaux dépend, au mieux, d'une injustice évidente, au pire, de la sensibilité politique du juge. Avec la proportionnalité, la violation des droits fondamentaux est soumise à des conditions prédéterminées dont la vérification et la motivation s'imposent au juge. C'est là, il me semble, un progrès autour duquel pourrait, aux conditions énoncées, se reconstruire l'équilibre entre protection des droits et autorité du droit, entre continuité des situations juridiques et cohésion de l'ordre interne et entre juge supranational et juge national.

Le forum shopping dans le contentieux international[1]

Claudia Cavicchioli
Docteur en droit (Université Paris I Panthéon-Sorbonne)
Avocat au Barreau de Paris

Les problématiques liées à la compétence internationale des tribunaux et aux conflits de juridictions sont longtemps restées un territoire partiellement inexploré. La compétence internationale des tribunaux était en effet considérée comme le « *parent pauvre* »[2] du droit international privé et a ainsi fait l'objet d'une « *désaffection* »[3] de la part de la doctrine[4].

La création d'un espace européen – avec la consécration d'un objectif de simplification de la reconnaissance et de l'exécution réciproque des décisions judiciaires – et, en droit français, la reconnaissance de la possibilité, pour les tribunaux, de connaître des litiges impliquant une partie étrangère, ont ouvert le pas à une étude approfondie des domaines de la compétence internationale des tribunaux et des conflits de juridictions. Les études scientifiques récentes et le développement d'instruments internationaux montrent que cette sphère du droit international privé fait désormais l'objet d'une attention grandissante, due, au moins en partie, à l'importance attachée au droit d'accès au juge[5].

L'approche prédominante est toutefois celle d'une analyse statique de ce domaine, focalisée sur une partie ou un acteur seulement de la procédure, ou menée du point de vue d'un État en particulier, sans appréhender le contentieux dans sa globalité. Or, les contentieux à caractère international

[1] La présente contribution est le résumé d'une thèse dirigée par M. le Professeur Pascal de Vareilles-Sommières et soutenue le 17 octobre 2018 devant un jury composé de Mme le Professeur Sandrine Clavel (Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines), M. le Professeur Fabien Marchadier (Université de Poitiers), Mme le Professeur Marie-Laure Niboyet (Université Paris Ouest Nanterre La Défense), M. le Professeur Étienne Pataut (Université Paris I Panthéon-Sorbonne). Les notes de bas de page ont été réduites au minimum.

[2] L. USUNIER, *La régulation de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, Economica, 2008, p. 1.

[3] J.-P. NIBOYET, *Traité de droit international privé français*, t. VI, Sirey, 1949, n° 1715.

[4] Bartin avait toutefois déjà posé les bases d'une étude de la compétence internationale des tribunaux indépendante de toute analyse tenant aux conflits de lois, au début du XXe siècle (É. BARTIN, *Principes de droit international privé selon la loi et la jurisprudence françaises*, t. 1, Domat-Montchrestien, 1930, para. 119).

[5] C. CHALAS, *L'exercice discrétionnaire de la compétence juridictionnelle en droit international privé*, PUAM, 2000, p. 19.

constituent un processus complexe[6], dans lequel plusieurs acteurs interagissent réciproquement, lors des différentes phases, en élaborant ce qui peut être qualifié de « *stratégie procédurale* », à savoir une série d'actes qui sont mis en œuvre afin de poursuivre un objectif de long terme.

Dans un contentieux à caractère international, confrontés à un phénomène d'effacement des frontières, les demandeurs sont appelés à choisir la juridiction qui sera amenée à connaître du litige. Le choix de for devient partant un instrument sur lequel les parties peuvent agir, en le faisant devenir un élément constitutif de leur stratégie procédurale. Ce choix stratégique caractérise le *forum shopping*, qui peut être défini comme étant « *une pratique se rencontrant en contentieux international, et par laquelle un plaideur procède au choix d'un tribunal pour y porter son procès* »[7]. Le choix du tribunal ou des tribunaux se fera sur la base d'un bilan coûts-avantages et d'une pluralité de considérations, afin de sélectionner le for qui sera le plus avantageux.

Pour que le *forum shopping* soit caractérisé, deux éléments constitutifs doivent être présents. En premier lieu, deux ou plusieurs ordres juridiques différents doivent être concurremment compétents pour connaître d'un même litige. Une telle concurrence entre juridictions peut également être créée par le demandeur lui-même, qui modifierait des éléments de rattachement afin de pouvoir bénéficier de la « *compétence provoquée* » d'un tribunal qui n'aurait autrement pas été compétent pour connaître du litige. En second lieu, une disparité doit exister entre les systèmes juridiques. Dans un contentieux international, ces deux conditions seront présentes dans une grande majorité des cas.

Le phénomène du *forum shopping* peut également s'accompagner d'un phénomène de multiplication des procédures, qui est souvent le fruit de stratégies procédurales menées par les parties : le demandeur peut engager des actions parallèles devant plusieurs juridictions, afin d'augmenter ses chances de succès et/ou augmenter la pression sur le défendeur. Le défendeur pourra également introduire une action parallèle devant une autre juridiction afin d'obtenir un jugement favorable qui pourra être invoqué dans le cadre de la première procédure.

---

[6] Le terme de « *complexité* » est pris au sens de son étymologie *complexus*, qui signifie « *ce qui est tissé ensemble* » dans un enchevêtrement d'entrelacements (*plexus*).

[7] P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Le forum shopping devant les juridictions françaises*, *Trav. Com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 50.

Le *forum shopping* n'est pas, en soi, une pratique répréhensible. Il s'agit même d'une nécessité lorsque plusieurs États ont une compétence concurrente pour trancher un litige. Toutefois, il convient de s'interroger sur le point de savoir si certaines stratégies procédurales touchant au choix de for ne devraient pas faire l'objet de sanction de la part du juge français. Cela pourrait notamment être le cas au vu des mobiles qui guident la partie à l'origine de la stratégie, qui seraient jugés inacceptables, ou à cause de l'atteinte causée aux droits de la « *victime* » de la stratégie procédurale, ou en raison d'autres critères encore.

Dans le cadre d'une instance directe, l'ordre juridique français dispose déjà d'instruments permettant de faire obstacle à certaines stratégies procédurales, tels que la fraude, l'abus de droit, l'estoppel, ou encore la litispendance ou la connexité. Même lors d'une instance indirecte, les juridictions françaises connaissent des instruments qui peuvent servir à lutter contre les stratégies procédurales, tenant aux conditions de reconnaissance et d'exequatur.

Compte tenu du développement grandissant des stratégies procédurales et de l'évolution des législations contentieuses, il y a lieu de se demander si les outils classiques qui sont actuellement mis en œuvre sont toujours adaptés. Une analyse approfondie desdits outils permettra de constater que ceux-ci ne permettent pas d'appréhender et de lutter de manière efficace contre l'ensemble des stratégies procédurales. En effet, en dépit de leur variété, ces instruments – qui constituent le plus souvent une adaptation des instruments internes au contexte international – se révèlent parfois inadaptés pour appréhender des stratégies développées dans un contentieux international et ne permettent de résoudre que très partiellement les problématiques liées au *forum shopping*.

La solution proposée est de créer une nouvelle catégorie juridique, le *forum shopping malus*[8], fondée sur l'analyse de l'atteinte portée aux droits fondamentaux de la victime : si l'atteinte causée par la stratégie procédurale est disproportionnée par rapport à l'objectif poursuivi, le choix de for devra être qualifié de *forum shopping malus*. Cette catégorie devra être dotée d'un régime spécifique, modifiant l'office du juge, tel qu'il est actuellement prévu par le droit français.

[8] La notion de *forum shopping malus* a été élaborée par Pascal de Vareilles-Sommières (P. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Le *forum shopping* devant les juridictions françaises », *Trav. Com. fr. DIP*, 1998-1999, p. 50). Toutefois, la présente proposition consiste à créer une catégorie juridique, dotée d'un régime juridique spécifique, sur la base de cette notion.

Ainsi, à partir d'une analyse des stratégies procédurales touchant au choix de for qui sont susceptibles d'être mises en œuvre par les parties, il sera démontré que les catégories à la disposition des juridictions françaises se révèlent parfois insuffisantes pour appréhender et lutter contre certaines stratégies procédurales (**I.**). Sur la base de ce constat, sera proposée l'introduction du *forum shopping malus* parmi les mécanismes de réaction mis à la disposition des plaideurs et des juges (**II.**).

I. L'opportunité de lutter contre certaines stratégies procédurales touchant au choix de for

Il est d'abord nécessaire de mener une analyse des stratégies procédurales touchant au choix de for qui sont susceptibles d'être mises en œuvre dans le contentieux international (**A.**). Sur cette base, il sera possible d'étudier les mécanismes de réaction des juridictions françaises lorsque ces dernières sont confrontées à ces phénomènes de *forum shopping* (**B.**).

A. *L'analyse des stratégies procédurales touchant au choix de for*

L'étude de la pratique du contentieux international montre que le *forum shopping* est susceptible d'être guidé par une pluralité de considérations et de revêtir plusieurs formes (**1.**). L'analyse de cette variété a permis d'élaborer une organisation conceptuelle des stratégies procédurales touchant au choix de for, qui semble à ce jour absente des travaux doctrinaux français ou étrangers touchant au phénomène du *forum shopping* (**2.**).

1. L'analyse des considérations guidant le choix de for

Le choix de for est susceptible d'être guidé par différentes considérations, qui peuvent être regroupées en deux macro-catégories, l'une tenant aux caractéristiques de l'ordre juridiques et l'autre tenant à la partie adverse. La première macro-catégorie peut, à son tour, être subdivisée en deux sous-catégories, la première relative aux caractéristiques de l'infrastructure juridique et la seconde liée plus spécifiquement à l'action envisagée.

Lors de l'analyse des caractéristiques de l'infrastructure juridique prise dans son ensemble, les demandeurs peuvent se fonder sur un certain nombre d'études qui ont été réalisées afin d'évaluer et/ou de comparer les caractéristiques des différents ordres juridiques. À titre d'exemple, la Commission européenne réalise, chaque année depuis 2013, un « *Tableau de bord* » de la justice européenne qui, grâce à trois macro-indicateurs servant comme paramètres d'un système de justice effectif (à savoir, l'efficacité, la qualité et l'indépendance), évalue la justice des différents États membres de l'Union européenne. Lors du choix de for, un demandeur peut partant prendre en considération ces études pour sélectionner la juridiction plus adaptée.

En prenant par exemple en considération le critère de la longueur des procédures, un plaideur pourrait avoir intérêt à porter son action devant une juridiction particulièrement rapide, s'il a un intérêt à obtenir rapidement un jugement qui tranche le litige, ou, au contraire, devant une juridiction non compétente pour connaître l'affaire et, de surcroît, connue pour son manque de rapidité, si son intérêt est de bloquer toute éventuelle procédure parallèle qui pourrait être portée devant une juridiction compétente[9].

La deuxième sous-catégorie est liée plus spécifiquement à l'action envisagée, puisque le demandeur recherchera le régime procédural et/ou substantiel plus favorable afin de maximiser ses chances de succès. À cet égard, le demandeur pourra choisir une juridiction qui présente des caractéristiques procédurales spécifiques ou qui appliquera des règles de conflit de lois conduisant à l'application de règles substantielles favorables[10], en procédant ainsi à un « forum shopping *législatif* »[11]. À titre d'exemple, un demandeur pourra tenter de bénéficier de mécanismes procéduraux comme les *class actions*, les injonctions, ou de règles en matière d'administration de la preuve, ou chercher à obtenir un remède spécifique, tel que des dommage-intérêts punitifs ou la révision du montant d'une clause pénale.

En ce qui concerne la seconde macro-catégorie, relative à la partie adverse, le choix de for pourra être guidé par la volonté de faciliter la reconnaissance

[9] Voir, par exemple, le cas de l'*Italian torpedo* (CJCE, 9 déc. 2003, aff. C-116/02, *Gasser*).

[10] F. K. JUENGER, « Forum Non Conveniens – Who Needs It? », *in Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, M. TARUFFO, Kluwer Law International, 1999, p. 251.

[11] A. NUYTS, « *Forum shopping* et abus du *forum shopping* dans l'espace judiciaire européen », *in Mélanges John Kirpatrick*, Bruylant, 2004, p. 745.

et l'exécution du jugement à intervenir, ou encore par la tentative de de placer la partie adverse dans une position défavorable.

Obtenir un jugement favorable n'est en effet que la première étape dans la stratégie plus globale d'une partie, lorsque la partie adverse est située dans un État étranger et que le jugement doit être exécuté. Partant, le demandeur devra s'assurer que le jugement pourra être exécuté dans l'État concerné. À titre d'exemple, une stratégie procédurale visant à obtenir une condamnation à des dommages-intérêts punitifs serait privée de tout intérêt si le jugement ainsi obtenu ne pouvait pas être exécuté dans le pays dans lequel sont situés les actifs de la partie adverse.

Un demandeur pourrait, toutefois, être guidé par une considération plus répréhensible, à savoir placer la partie adverse dans une position inconfortable[12], sans pour autant en tirer un avantage particulier. Par exemple, un demandeur pourrait introduire plusieurs actions en parallèle, devant plusieurs juridictions, à l'encontre d'un même défendeur, pour que ce dernier ait à supporter les frais afférents à ces différentes procédures.[13]

2. La classification des stratégies procédurales touchant au choix de for

Une fois identifié le juge (ou les juges) souhaité(s), le plaideur pourra mettre en œuvre une pluralité de stratégies procédurales ayant une forme variée. S'il est impossible d'en dresser une liste exhaustive, il est néanmoins possible d'ordonner ces stratégies en fonction de leurs caractéristiques principales, en adoptant des critères transversaux.

Ainsi, les stratégies procédurales touchant au choix de for peuvent être ordonnées en adoptant, au choix, un critère tenant à l'objectif poursuivi par le plaideur à l'origine de la stratégie procédurale, ou encore un critère tenant aux moyens employés par ce dernier. Les deux présentations susvisées viennent, dans la plupart des cas, se combiner entre elles, un plaideur pouvant ainsi par exemple décider de nuire à la partie adverse (objectif de la stratégie procédurale) en *provoquant* la compétence d'une juridiction étrangère qui n'aurait autrement pas été compétente pour connaître du litige (premier moyen employé possible), ou simplement en *exploitant* une compétence préexistante (deuxième moyen employé possible).

[12] R. L. TUCKER, « Vexatious Litigation as Unfair Competition, and the Applicability of the *Noerr-Pennington* Doctrine », *Ohio N.U. L. Rev.*, 1995, vol. 22, p. 119.
[13] A. D. VESTAL, « Repetitive Litigation », *Iowa L. Rev.*, 1960, vol. 45, p. 525

Concernant l'objectif, et comme vu ci-avant, les stratégies peuvent viser à obtenir le résultat procédural et/ou substantiel estimé comme étant le plus favorable, ou à nuire à la partie adverse. La jurisprudence rendue en matière de contentieux international présente plusieurs exemples de stratégies qui seraient particulièrement caractérisées par l'un ou l'autre de ces objectifs[14].

La jurisprudence montre également que les plaideurs mettent en œuvre des stratégies procédurales dont l'objectif premier est de nuire à la partie adverse. À titre d'exemple, il est possible de se référer aux SLAPP (« *strategic lawsuit against public participation* », concept traduit avec le terme de poursuite-bâillon), à savoir des actions en justice visant à paralyser l'adversaire, à l'intimider ou à l'épuiser d'un point de vue financier, afin de s'assurer qu'il ne défende pas une cause particulière (le plus souvent, des causes d'intérêt public, environnementales, politiques ou sociales)[15]. Dans la grande majorité des cas, la SLAPP est caractérisée par le montant considérable de dommages-intérêts sollicités et par le choix d'une juridiction qui appliquera des règles favorables en matière de diffamation.

En ce qui concerne les moyens employés, le demandeur peut exploiter la compétence internationale préexistante d'une ou plusieurs juridictions, ou « provoquer » la compétence d'une juridiction qui n'aurait pas été compétente pour connaître du litige.

Lorsque le demandeur souhaite simplement bénéficier d'un chef de compétence préexistant, la stratégie procédurale consistera simplement à exploiter les options qui se présentent au demandeur grâce à la multiplicité des règles de compétence internationale. Le demandeur peut également provoquer la compétence d'une juridiction qui ne serait *a priori* pas compétente pour connaître d'un litige en saisissant un tribunal et en espérant que le défendeur ne conteste pas la compétence du juge ainsi saisi[16], ou en modifiant la situation factuelle afin de de pouvoir bénéficier de la

[14] Voir, à titre d'exemple, l'affaire *Aérospatiale* et la saisine stratégique des juridictions du Texas pour bénéficier du régime de la responsabilité de plein droit des fabricants et des transporteurs, ainsi que des règles procédurales américaines : *Société Nationale Industrielle Aérospatiale v. Lee Kui Jak*, 14 mai 1987 ; AC 1987, p. 871. Voir, également, *Airbus Industries GIE v. Patel*, 18 mars 1999 ; AC 1999, vol. 1, p. 119 (saisine visant vraisemblablement à bénéficier de la législation texane et des caractéristiques de l'ordre juridique américain).

[15] P. CANAN, G. W. PRING, « Strategic Lawsuits Against Public Participation », *Social Problems*, 1988, vol. 35, n° 5, p. 506. Voir, par exemple, l'affaire *Webb v. Fury*, 13 juil. 1981 ; S.E.2d 1981, vol. 282, p. 28.

[16] Le demandeur pourrait, dans ce cas, bénéficier des règles telles que l'article 26 du Règlement n° 1215/2012.

compétence d'une juridiction qui, en l'absence de ladite modification, n'aurait pas été compétente[17].

B. *Le constat de l'insuffisance des mécanismes de réaction des juges français pour appréhender les stratégies procédurales touchant au choix de for*

Afin de pouvoir vérifier si la réaction des juridictions françaises au *forum shopping* est adéquate, il est nécessaire d'évaluer les mécanismes qui sont actuellement mis en œuvre lorsque ces juridictions sont confrontées aux stratégies procédurales (**1.**). Sur la base de l'analyse de la pratique du contentieux international et des insuffisances caractérisant la réaction des juges français au *forum shopping*, il sera possible de s'apercevoir que certaines stratégies ne sont pas – ou pas efficacement – appréhendées ou sanctionnées, alors qu'elles présentent parfois un caractère inacceptable (**2.**).

1. L'analyse des mécanismes de réaction des juges français et leurs insuffisances

Les juridictions françaises qui sont saisies d'une instance directe peuvent recourir à un large éventail d'instruments lorsqu'elles sont confrontées à des cas de *forum shopping*. Certains des instruments analysés ont toutefois un champ d'application limité, ne s'adressant qu'à des catégories bien spécifiques de stratégies procédurales touchant au choix de for.

En ce qui concerne la fraude, par exemple, le critère permettant de faire le partage entre les comportements inacceptables et ceux qui ne seront pas sanctionnés tient aux moyens qui sont employés par l'auteur de la stratégie procédurale. Ainsi, l'ensemble des stratégies procédurales visant à bénéficier d'une compétence exploitée sera considéré comme parfaitement valable au regard du mécanisme de fraude, parce que l'auteur de la stratégie procédurale n'opérera aucune modification ni manipulation du critère de rattachement. La fraude ne sera appelée à jouer qu'en présence de stratégies procédurales visant à bénéficier d'une compétence provoquée. Ce n'est que dans ce cas de figure, en effet, que l'auteur de la stratégie procédurale opérera une

[17] À titre d'exemple, le demandeur pourrait céder sa créance indemnitaire à une autre entité, en créant un élément de rattachement artificiel, destiné à soustraire le litige du ou des juges qui auraient été normalement compétents. Voir, à cet égard, l'arrêt *Garret* (Civ. 1ère, 24 nov. 1987, n° 85-14.778, *Garrett*). Le demandeur pourrait également modifier son domicile ou sa résidence, si ces facteurs constituent l'élément de rattachement d'une règle de juridiction.

manipulation du critère de rattachement afin de pouvoir se placer sous l'empire d'une règle de compétence dont il n'aurait pas pu se prévaloir. Le mécanisme de fraude ne trouvera ainsi à s'appliquer que dans de très rares cas de figure, ce qui – comme il le sera montré ci-après – laissera inaffecté un grand nombre de stratégies procédurales touchant au choix de for.

De même, en ce qui concerne l'estoppel, le critère permettant de faire le partage entre les stratégies procédurales qui feront l'objet d'une sanction et celles qui resteront inaffectées tient à l'existence d'une contradiction opérée par le demandeur, qui doit également se combiner avec la preuve que le comportement du demandeur a créé une croyance légitime chez le défendeur. Or, ce critère particulièrement restrictif ne permet de sanctionner qu'un nombre très limité d'hypothèses de *forum shopping*.

En ce qui concerne l'abus de droit, en revanche, il s'agit d'un mécanisme pouvant s'appliquer de manière transversale à l'ensemble des hypothèses de *forum shopping*.

En droit de l'Union européenne, ce principe général du droit a été défini sur la base de deux critères : le détournement du droit de sa finalité et la disproportion entre les avantages et les désavantages des deux parties[18]. Si le critère du détournement de sa finalité paraît particulièrement restrictif, ne pouvant s'appliquer que lorsque le demandeur a agi exclusivement ou principalement à des fins étrangères à celles du droit en question[19], le critère de l'absence de proportionnalité entre avantages et désavantages est, en revanche, un critère d'applicabilité étendue, car il pourra être employé indépendamment de l'objectif poursuivi et sans avoir égard au type de compétence – exploitée ou provoquée – exercée. Toutefois, cette possibilité d'application théorique doit être relativisée au vu de l'absence d'application pratique qui en est faite par la Cour de justice de l'Union européenne et la jurisprudence française en matière de *forum shopping*.

En ce qui concerne l'abus de droit conçu par la doctrine et la jurisprudence françaises, celui-ci repose sur deux critères : un critère subjectif, fondé sur l'intention de nuire du demandeur, et un critère objectif, fondé sur le détournement du droit de sa fonction. Or, ces critères sont, l'un et l'autre, restrictifs. En appliquant le premier, en effet, toute stratégie qui ne serait pas

[18] CJCE, 23 mars 2000, aff. C-373/97, *Diamantis*.
[19] J.-F. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé*, Bruylant, 2000, n° 392.2.

guidée par une intention de nuire ne saurait faire l'objet de la moindre sanction. En appliquant le second, toutes les actions en justice qui seraient au moins en partie motivées par l'intention de voir trancher le litige resteraient inaffectées. Enfin, la sanction traditionnellement attachée à l'abus de droit, à savoir des dommages-intérêts, ne semble pas adaptée à des cas de *forum shopping*.

En ce qui concerne l'instance indirecte, l'ordre juridique français se caractérise désormais par son ouverture vers les jugements étrangers.

En droit de l'Union européenne, les jugements provenant des juridictions d'un autre État membre sont reconnus de plein droit et, sous l'empire du Règlement Bruxelles I bis, jouissent de la force exécutoire sans qu'il soit nécessaire d'obtenir une déclaration en ce sens. En cas de contestation, les griefs pouvant être soulevés à l'encontre de la reconnaissance ou de l'exécution sont très limitatifs.

En droit international privé commun, l'accueil réservé aux jugements étrangers a connu une importante évolution vers plus de libéralisme grâce à l'arrêt *Cornelissen*, qui a supprimé toute vérification tenant à l'application de la loi compétente selon les règles françaises de conflit de lois et à la régularité de la procédure suivie devant le juge étranger[20].

Si cette ouverture peut être saluée sur le plan de l'harmonie des solutions, il n'en reste pas moins que les juridictions françaises se trouvent de plus en plus privées d'instruments leur permettant de lutter contre des hypothèses de *forum shopping*.

En cas de contentieux complexe, les règles en matière de litispendance et de connexité internationale permettent aux juridictions de prendre en compte la compétence des juridictions étrangères, pour renoncer, le cas échéant, à exercer leur compétence au bénéfice de la procédure engagée à l'étranger. Toutefois, les Règlements européens en matière de compétence internationale ne laissent pas de marge discrétionnaire aux juridictions des États membres leur permettant de rechercher, en cas de contentieux complexe, le for qui serait le plus approprié pour trancher le litige, le seul critère pris en compte étant celui de l'ordre de la saisine des juridictions concernées. En droit international privé commun, ces règles sont également

[20] Civ. 1ère, 20 fév. 2007, n° 05-14.082, *Cornelissen*.

fondées sur un critère chronologique pur, ne permettant pas au juge d'apprécier l'opportunité de se dessaisir.

2. Le constat de l'exercice de stratégies procédurales touchant au choix de for non sanctionnées

Un certain nombre de stratégies procédurales touchant au choix de for passe le filtre du contrôle judiciaire. Bien qu'une étude exhaustive soit évidemment inenvisageable, il conviendra de dresser un tableau de quelques typologies répandues dans le contentieux international.

Dans le cadre de l'instance directe, il est possible de se référer, par exemple, à la stratégie procédurale qui consisterait à choisir, parmi les différentes juridictions potentiellement compétentes, celle qui serait particulièrement éloignée du domicile du défendeur, de sorte à accroître la charge financière correspondante pour ce dernier. Dans la grande majorité des cas, et comme développé plus en détail dans le manuscrit de thèse, une telle stratégie resterait inaffectée.

Dans le cadre d'une instance indirecte, il est possible de se référer à la stratégie procédurale consistant à saisir de manière frauduleuse la juridiction d'un État membre, pour ensuite demander l'exécution du jugement dans un autre État. Dans ce cas, le défendeur ne sera pas en mesure de contester l'exécution, sauf à démontrer qu'une telle exécution est contraire à l'ordre public. En effet, même si le Rapport Schlosser indiquait, à l'égard de la Convention de Bruxelles, qu'« *il ne saurait y avoir de doutes qu'une fraude à l'égard du juge peut constituer en principe une atteinte à l'ordre public de l'État requis* »[21], il est légitime de se demander si le principe même de cette exception de fraude pourrait trouver à s'appliquer sous l'empire du Règlement Bruxelles I bis. Cela constituerait en effet une entrave à la libre circulation d'un jugement rendu par une juridiction d'un État membre, sur le fondement d'une disposition du droit national qui ne serait pas consacrée par le droit de l'Union européenne ni n'y trouverait d'équivalents[22].

[21] P. SCHLOSSER, « Rapport sur la convention relative à l'adhésion du Royaume de Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (signée à Luxembourg le 9 octobre 1978) », JOCE n° C 59/71 du 5 mars 1979, n° 192.

[22] Voir, par exemple, CJCE, 15 mai 1990, aff. C-365/88, *Hagen*, para. 20.

Au-delà de ces exemples, et comme développé plus en détail dans le manuscrit de thèse, la pratique du contentieux international montre qu'un grand nombre d'hypothèses de *forum shopping* reste inaffecté, malgré les instruments à la disposition des juridictions françaises.

Toutefois, certaines de ces hypothèses restent inacceptables, puisqu'elles portent atteinte aux droits fondamentaux de la partie adverse. Une telle atteinte peut se manifester dans le cadre de tout type de contentieux, qu'il s'agisse d'une instance directe ou indirecte. Dans le premier cas, le *forum shopping* ne semble avoir d'impact direct que sur les droits fondamentaux de nature procédurale et, tout particulièrement, sur le droit au procès équitable, pris en ses composantes de droit d'accès à un tribunal et d'égalité des armes. En ce qui concerne le droit d'accès à un tribunal, une série d'éléments tels que la distance, les coûts, la barrière linguistique peuvent en effet contribuer à l'absence d'effectivité d'accès à la justice. Ainsi, si le demandeur assigne le défendeur devant un tribunal particulièrement éloigné, il s'agira d'un facteur qui pourrait mettre en évidence une atteinte au droit fondamental du défendeur d'avoir accès à un tribunal. Cela pourrait en effet nécessiter des déplacements coûteux pour le défendeur, auxquels il pourrait ne pas être en mesure de faire face. En ce qui concerne l'égalité des armes, le demandeur pourrait, à titre d'exemple, introduire une action devant un tribunal devant lequel le principe d'égalité des armes n'est pas respecté, en raison d'une différence entre les droits probatoires des parties, ou encore en raison d'une différence en matière d'accès aux documents. Dans ce cas de figure, l'atteinte portée au principe de l'égalité des armes trouve sa source dans la législation nationale du juge saisi, qui prévoit une différence de traitement entre les plaideurs. En second lieu, l'atteinte au principe d'égalité des armes pourrait résulter de la mise en œuvre de la stratégie procédurale, sans pour autant que la législation nationale du juge saisi ne prévoit de traitement différencié entre les plaideurs. Dans ce cas, l'atteinte au principe d'égalité trouve sa source dans des différences de traitement qui découleront du choix de for mis en œuvre par le demandeur. Ainsi, le défendeur pourrait par exemple se trouver contraint d'organiser sa défense dans une langue étrangère inconnue, ou en supportant des frais qui sont plus importants. Même sans constituer une atteinte au droit d'accès au juge, ce déséquilibre pourrait constituer une atteinte au principe de l'égalité des armes.

Dans le cadre d'une instance indirecte, le *forum shopping* pourrait avoir été réalisé devant le juge d'origine et/ou devant le juge d'accueil du jugement. De plus, une stratégie procédurale risque, dans ce cas, de porter atteinte tout à la fois aux droits procéduraux et aux droits substantiels de la partie adverse. En effet, le jugement intervenu à l'étranger peut avoir cristallisé les droits

fondamentaux substantiels des parties (par exemple, le droit au respect de la vie privée et familiale, le droit à la propriété, etc.), de sorte qu'une stratégie procédurale touchant au choix de for qui se réaliserait lors de l'instance indirecte est susceptible de les affecter. En ce qui concerne les droits procéduraux, le choix de for peut avoir une incidence sur le droit d'accès à un tribunal et sur le droit à l'égalité des armes, comme dans le contexte d'une instance directe.

À l'heure actuelle, toutefois, l'analyse fondée sur l'examen de l'éventuelle atteinte portée aux droits fondamentaux de la partie subissant la stratégie procédurale touchant au choix de for semble être totalement absente de la jurisprudence française.

II. La proposition d'une nouvelle catégorie : le *forum shopping malus*

Les cas de *forum shopping malus* seront identifiés sur la base d'une méthode fondée sur l'appréciation par le juge saisi, de l'atteinte aux droits fondamentaux qui est causée par la stratégie procédurale en cause (**A.**). La catégorie du *forum shopping malus* devra également bénéficier d'un régime procédural spécifique propre (**B.**).

A. *La méthode permettant de déceler l'existence d'un forum shopping malus*

Il est nécessaire d'élaborer une méthode applicable dans le cadre d'une instance directe (**1.**) et une méthode applicable dans le cadre d'une instance indirecte (**2.**).

1. Le *forum shopping malus* lors d'une instance directe

Il est proposé que la nouvelle catégorie juridique du *forum shopping malus* soit fondée sur une mise en balance des droits fondamentaux des parties.

Sur la base de la méthode de la rationalisation du principe de proportionnalité[23], qui a été récemment mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme[24] pour mettre en balance les droits fondamentaux de parties privées, le juge français devrait prendre en considération le poids abstrait attribué à chaque droit en présence, pour ensuite mener une analyse *in concreto* consistant en un examen de la gravité de l'atteinte qui a été causée aux droits fondamentaux. Afin de guider le juge dans la mise en œuvre de cette méthode, la Cour européenne des droits de l'homme a élaboré des critères permettant d'ouvrir un « *corridor de solutions* »[25], à l'intérieur duquel le juge national peut se placer pour parvenir à sa décision. De manière similaire, la méthode visant à vérifier si la stratégie procédurale touchant au choix de for constitue un cas de *forum shopping malus* devrait être basée sur un corridor de solutions.

Si les droits fondamentaux de la partie subissant la stratégie procédurale ont été atteints dans leur substance même, le *forum shopping malus* sera caractérisé sans qu'il soit besoin de passer par une analyse de l'éventuel caractère proportionnel d'une telle atteinte. Tel sera notamment le cas lorsque le demandeur choisit un for devant lequel le défendeur ne peut pas comparaître ou ne peut pas se défendre. En revanche, lorsqu'il apparaît, au vu des circonstances du cas d'espèce, que les droits fondamentaux de la victime de la stratégie procédurale n'ont pas été atteints dans leur substance, il sera nécessaire d'opérer une mise en balance des droits fondamentaux.

Une série de critères ont été élaborés dans le cadre du présent travail, permettant d'ouvrir un corridor de solutions à l'intérieur duquel le juge national peut se placer afin de parvenir à sa décision. Il est donc proposé qu'une juridiction française, lorsqu'elle est saisie d'une instance directe, se penche sur les questions suivantes :

« *les outils à la disposition du défendeur sont-ils suffisants pour contester efficacement la saisine du tribunal et/ou les conséquences procédurales ou substantielles ?* ». Avec ce critère, la juridiction saisie devrait vérifier si le défendeur peut se prévaloir des mécanismes déjà connus de l'ordre juridique du juge saisi. Au vu du régime qu'il est proposé d'attribuer au *forum shopping malus*, qui comporte des pouvoirs importants conférés au juge, il conviendrait en effet de ne faire

[23] P. DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011.

[24] CEDH (grande chambre), 7 fév. 2012, req. n° 39954/08, *Axel Springer AG c. Allemagne* ; CEDH (grande chambre), 7 février 2012, req. n° 40660/08 et n° 60641/08, *Von Hannover n° 2 c. Allemagne* ; CEDH, 5 septembre 2017, req. n° 61496/08, *Barbulescu c. Roumanie*.

[25] J.-P. MARGUÉNAUD, « La résolution des conflits entre le droit à la liberté d'expression et les droits à l'image et à la réputation », *RTD civ.*, 2012, p. 279.

application de la catégorie juridique du *forum shopping malus* que de manière subsidiaire.

(i) « *le chef de compétence invoqué par le demandeur présente-t-il un lien avec le litige ?* ». La juridiction saisie devra, sur ce point, identifier notamment si l'action du demandeur se fonde sur un chef de compétence ordinaire ou un chef de compétence exorbitant.

(ii) « *le demandeur était-il en mesure de porter le litige devant d'autres juridictions compétentes ?* ». La juridiction saisie devra déterminer si le demandeur était confronté à un risque de déni de justice. De plus, il lui incombera de déterminer si les alternatives envisageables auraient entraîné une charge importante pour le demandeur, ou si, au contraire, elles auraient pu être facilement accessibles.

(iii) « *le choix du tribunal effectué par le demandeur comporte-t-il des conséquences procédurales ou substantielles au bénéfice du demandeur ?* ». Sur la base de la réponse à la troisième question, la juridiction saisie devra déterminer si le demandeur semble avoir choisi le for saisi afin de bénéficier d'un régime procédural ou substantiel déterminé, dont il n'aurait pas pu autrement bénéficier s'il avait saisi une autre juridiction concurremment compétente.

(iv) « *le choix du tribunal effectué par le demandeur comporte-t-il des conséquences procédurales ou substantielles préjudiciables pour le défendeur ?* ». De manière symétrique par rapport à la quatrième question, la juridiction saisie devra vérifier si le demandeur semble avoir choisi un tribunal donné afin de priver le défendeur d'un régime procédural ou substantiel auquel ce dernier aurait pu prétendre devant une autre juridiction également compétente.

(v) « *le demandeur a-t-il modifié un élément de la situation factuelle afin de pouvoir provoquer la compétence de la juridiction saisie ?* », la juridiction saisie devant ainsi distinguer la compétence provoquée et la compétence exploitée.

(vi) « *le défendeur est-il en mesure de comparaître et de se défendre convenablement devant la juridiction saisie ?* ». À cet égard, il sera nécessaire de prendre en compte une pluralité d'éléments factuels, incluant notamment la langue de la procédure, ou encore les coûts engagés (par exemple, en matière de traductions ou pour les déplacements des témoins).

(vii) « *existe-t-il des procédures pendantes devant d'autres juridictions, relatives à un litige au moins connexe ?* ». La juridiction devra identifier d'autres litiges présentant un

lien de connexité ou de litispendance. Un tel critère permettra d'identifier les cas de *repetitive litigation* et de *reactive litigation*.

Cette méthode proposée a été mise à l'épreuve, en identifiant des exemples de *forum shopping malus*.

Les critères ainsi identifiés, permettant d'ouvrir un corridor de solutions, devraient venir constituer le régime général du *forum shopping malus*. Ce socle commun pourra être modifié en fonction des intérêts propres à certains domaines spécifiques (par exemple, en droit de la famille, afin de prendre en compte l'intérêt supérieur de l'enfant et le droit au respect de la vie privée et familiale).

2. Le *forum shopping malus* lors d'une instance indirecte

Dans le cadre d'une instance indirecte, un jugement étranger est déjà venu cristalliser les droits fondamentaux des parties en cause, de sorte que le refus de reconnaissance ou d'*exequatur* qui serait opposé par la juridiction d'accueil pourrait constituer une ingérence publique dont la proportionnalité devra également être examinée. Dans le cadre du présent travail, il a été possible de construire un corridor de solutions propre à l'instance indirecte, différent selon que la stratégie procédurale touchant au choix de for ait été déployée devant le juge d'origine ou devant le juge saisi de l'instance indirecte.

Dans le premier cas, le juge saisi de l'instance indirecte devrait analyser les questions suivantes :

(i) « *le juge étranger s'est-il prononcé sur la stratégie procédurale touchant au choix de for ?* ».

(ii) « *la stratégie procédurale réalisée devant le juge d'origine porte-t-elle atteinte de manière excessive aux droits fondamentaux de la partie adverse ?* ». Pour répondre à cette question, le juge pourrait mettre en œuvre les critères qui ont été identifiés dans le cadre de l'instance directe. Si le juge étranger s'est prononcé sur ce point, lesdits critères permettront au juge d'accueil de vérifier l'exercice de mise en balance qui a été réalisé par le juge étranger.

(iii) « *le juge étranger a-t-il correctement sanctionné la stratégie procédurale touchant au choix de for ?* ». Un examen de proportionnalité devra également être mené à l'encontre de la sanction qui a été prononcée par le juge étranger.

(iv) « *le refus de reconnaissance ou d'*exequatur *de la décision étrangère porte-t-il atteinte à un droit fondamental ?* » ; le juge saisi de l'instance indirecte devant apprécier si un tel refus est proportionné au but légitime recherché.

(v) « *le jugement peut-il faire l'objet d'un recours devant les tribunaux de l'État d'origine ?* » ; si cela est le cas, priorité devrait être donnée au juge d'origine pour rectifier l'éventuelle appréciation erronée qui a été portée.

Si, en revanche, le *forum shopping* a été réalisé devant le juge saisi de l'instance indirecte, les mêmes questions qui ont été dégagées pour l'hypothèse de l'instance directe semblent pouvoir être transposées. Toutefois, le juge saisi de l'instance indirecte devra également tenir compte du fait que le refus de reconnaissance ou d'*exequatur* d'un jugement étranger venant cristalliser les droits fondamentaux des parties pourrait constituer une ingérence étatique, qui ne serait admissible que si elle est nécessaire dans une société démocratique pour atteindre un objectif d'intérêt général.

B. *Le régime applicable au forum shopping malus*

Il apparaît en effet nécessaire que le juge français puisse avoir recours à un nouveau pouvoir de se dessaisir (**1.**) et de prononcer des injonctions (**2.**)., venant s'ajouter aux instruments qui sont déjà à sa disposition.

1. Le pouvoir de se dessaisir

Il semble opportun que le juge français saisi en application d'un *forum shopping malus* puisse se dessaisir en faveur d'un tribunal étranger, de sorte à déjouer cette stratégie.

Bien que la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne rejette l'application du *forum non conveniens* lorsque le droit de l'Union européenne est applicable[26], le Règlement Bruxelles II bis prévoit, en son article 15, la possibilité pour un juge dont la compétence serait établie sur la base de l'un des chefs du Règlement de renvoyer à une juridiction qu'il estimerait mieux placée pour connaître du litige. Ce renvoi n'est toutefois possible que s'il est

[26] CJCE, 1er mars 2005, aff. C-281/02, *Owusu v. Jackson*, para. 41.

opéré dans l'intérêt supérieur de l'enfant, ce qui inclut le respect des droits fondamentaux de ce dernier[27]. Ainsi, le pouvoir de se dessaisir est admis par le Règlement Bruxelles II bis, compte tenu de la nécessité de protéger les droits fondamentaux de l'enfant. De même, le droit de se dessaisir pourrait être introduit en droit de l'Union européenne afin de lutter contre le *forum shopping malus*, puisque ce pouvoir aura pour but de protéger les droits fondamentaux des parties.

À cet égard, des mécanismes libéraux de dessaisissement tels que prévus par exemple aux États-Unis ne semblent pas pouvoir constituer un modèle adapté, en raison de la trop large marge de discrétion accordée à la juridiction, qui serait susceptible d'entraîner des atteintes excessives aux principes de sécurité juridique, de prévisibilité du juge et de légalité prévus par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme.

En revanche, ce nouveau pouvoir de dessaisissement semble pouvoir suivre le modèle de l'exception de *forum non conveniens* telle que développée par la jurisprudence australienne, qui admet la possibilité pour une juridiction de se dessaisir lorsque cette dernière constate son caractère clairement inapproprié. La mise en œuvre d'un tel pouvoir de dessaisissement serait en tout état de cause subordonnée à l'existence d'une autre juridiction étrangère susceptible de s'estimer compétente pour connaître du litige.

Comme indiqué ci-dessus, le *forum shopping malus* combinerait des critères objectifs, tenant aux liens présentés entre le chef de compétence invoqué par le demandeur et le litige, avec des critères subjectifs, plus strictement liés au préjudice subi par le défendeur. Il ne porterait donc pas une atteinte excessive à l'impératif de sécurité juridique, car ces critères guident le juge dans son analyse et limitent de manière importante les cas dans lesquels le juge considérera qu'il est effectivement nécessaire de prononcer un dessaisissement en raison de l'existence d'un *forum shopping malus*.

De plus, le pouvoir de se dessaisir viendrait priver d'effet le choix de for qui concrétise le *forum shopping malus*, permettant ainsi le respect des droits fondamentaux de la victime. Les droits du demandeur seraient également protégés, car le dessaisissement serait subordonné à la disponibilité effective d'un autre for pour connaître de ses demandes.

[27] CJUE, 27 oct. 2016, aff. C-428/15, *Child and Family Agency*, para. 49.

2. Le pouvoir d'injonction

Le juge français devrait également se voir accorder la possibilité de prononcer des injonctions à l'encontre du plaideur à l'origine du *forum shopping malus*, lorsqu'il existe une procédure parallèle.

L'étude menée a en effet permis de démontrer que, même dans le cadre d'un litige relevant du droit de l'Union européenne, le principe de confiance mutuelle ne semble pas pouvoir faire obstacle au prononcé d'une telle injonction lorsque le juge saisi a constaté l'existence d'un *forum shopping malus*. En premier lieu, la confiance mutuelle « *n'est pas destinée à légitimer, dans les rapports entre États membres, n'importe quelle saisine stratégique d'un for autre que le for élu sous prétexte que la décision rendue dans l'un a vocation à être reconnue dans les autres* »[28]. En outre, la Cour de justice de l'Union européenne admet que, dans certaines circonstances, la juridiction d'un État membre tranche une question sur le fondement des règles de compétence édictées par les Règlements européens et se prononce – même si de manière indirecte – sur la compétence d'une juridiction d'un autre État membre, privant ainsi cette dernière de la possibilité de statuer elle-même sur sa propre compétence[29]. Or, cette influence indirecte sur la juridiction étrangère n'est pas fondamentalement différente de celle découlant d'une injonction qui serait prononcée par le juge d'origine, qui s'estime compétent et qui considère qu'aucune autre procédure parallèle ne doit être engagée par les plaideurs devant un autre tribunal concurrent. Enfin, le principe de confiance mutuelle n'est qu'un des nombreux principes qui sous-tendent l'architecture européenne. En tant que tel, ce principe n'est pas absolu et doit être concilié avec les autres principes qui seraient applicables. Le pouvoir d'injonction proposé étant fondé sur le constat d'une atteinte disproportionnée aux droits fondamentaux de l'une des parties, le pouvoir de prononcer des injonctions devrait trouver son fondement théorique dans la protection des droits fondamentaux, qui devrait primer sur les exigences tenant à la confiance mutuelle entre les juridictions de l'Union européenne.

En droit international privé commun, dans l'affaire *Banque Worms*, la Cour de cassation semble avoir admis la possibilité, pour les juridictions françaises, de prononcer des injonctions[30], même si cette décision reste isolée à ce jour. Un nouveau pouvoir d'injonction semble toutefois devoir également être

[28] H. MUIR WATT, « La procédure d'*anti-suit injunction* n'est pas contraire à l'ordre public international », *Rev. crit. DIP*, 2010, p. 158.
[29] CJUE, 15 nov. 2012, aff. C-456/11, *Gothaer Allgemeine Versicherung*.
[30] Civ. 1ère, 19 nov. 2002, n° 00-22.334, *Banque Worms v. Époux Brachot*.

conféré aux juridictions françaises dans ce cas, puisqu'un tel pouvoir viserait à protéger les droits fondamentaux de la victime.

La mise en œuvre de ce remède spécifique nécessite que la juridiction française saisie puisse communiquer avec les autres juridictions qui auraient éventuellement été saisies en parallèle par l'un des plaideurs, afin d'accroître l'efficacité dans le traitement des stratégies procédurales visant à exploiter la multiplicité des fors disponibles. Il est en effet inconcevable qu'une injonction puisse être prononcée par le juge français sans que ce dernier ne s'assure, du moins, que le juge étranger a bien été informé de l'existence de la stratégie procédurale jugée inacceptable, de l'analyse qui en est faite par le juge du for, ainsi que de l'intention de ce dernier de prononcer une injonction. Une telle communication permettrait également de s'assurer que le juge étranger ne sanctionnera pas le *forum shopping malus* et que le prononcé d'une injonction est le seul moyen permettant de lutter contre cette stratégie procédurale inacceptable.

Conçu comme un instrument pouvant être utilisé lorsque l'atteinte causée aux droits fondamentaux de la partie adverse est disproportionnée, le *forum shopping malus* constituerait ainsi une arme efficace parmi l'arsenal des instruments à la disposition des juridictions françaises afin de lutter contre les stratégies procédurales touchant au choix de for.

LIBRES PROPOS

ARTICLES

Blockchains et droit international privé : état sommaire des questions
Thibault Douville

La mise en œuvre du Protocole n°16 CEDH - Le dialogue des juges tient-il ses promesses ?
Kévin Bihannic

The Mennesson case: the end of 19 years of legal battles and the remaining questions for individuals seeking surrogacy in a foreign country
Konstantinos A. Rokas

Le maniement de l'interprétation autonome par la CJUE : l'exemple de l'arrêt Feniks
Sophie Duparc

Molla Sali : l'apport positif de la Cour européenne des droits de l'Homme à la problématique des relations entre la religion et le droit en droit interne et en droit international privé
Konstantinos A. Rokas

Blockchains et droit international privé : état sommaire des questions

Thibault Douville,
Agrégé de droit privé, professeur à l'Université de Caen Normandie (Institut Demolombe EA 967)
Directeur du Master droit du numérique et du diplôme d'université « Droit, justice et numérique »

1. Blockchain et droit. L'articulation du droit international privé et de la blockchain n'a pas fait l'objet de beaucoup de travaux doctrinaux[1]. Cette question rappelle intuitivement les discussions, toujours d'actualité, sur le couple formé par Internet et le droit[2] tenant notamment à l'existence d'un ordre juridique autonome. La blockchain désigne en effet un registre de transactions, distribué entre les nœuds d'un réseau d'ordinateurs reposant sur une architecture pair-à-pair et qui est administré par un algorithme[3]. Les transactions sont validées par les utilisateurs avec une clé privée qu'ils

[1] F. Jault-Seseke, « La blockchain au prisme du droit international privé, quelques remarques », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 544 ; E. Treppoz, « Quelle régulation internationale pour la *blockchain* ? *Code is law v. Law will become Code », in La blockchain : big bang de la relation contractuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 55 et s. ; J.-S. Bergé, « La circulation de l'information dans la blockchain : enjeux pour le droit international privé » : https://www.droiteconomique.org/manifestation/la-circulation-de-linformation-dans-la-blockchain-enjeux-pour-le-droit-international-prive/ (consulté le 4 novembre 2019).

[2] M. Vivant, Rep. Droit international privé, V° « Internet », Dalloz, 2017 et les réfs. citées ; O. Cachard, La régulation du marché électronique, LGDJ, coll. BDP, 2002, t. 365 ; A.-Th. Norodom et alii, *Internet et le droit international*, Société française pour le droit international, Pédone, 2014.

[3] Pour une présentation générale : V. Faure-Muntian, Cl. de Ganay et R. Le Gleut, *Comprendre les blockchains : fonctionnement et enjeux de ces nouvelles technologies*, Rapport de l'Office parlementaire d'évaluation des choix scientifiques et technologiques, Doc. AN, n° 1092 et Doc. Sénat, n° 584, 20 juin 2018. – À travers un prisme juridique : Y. Cohen-Hadria, « La *blockchain* ou la confiance dans une technologie », *JCP* 2016, 672 ; H. de Vauplane, « La *blockchain* et le droit », *JCP E*, 2016, 1480 ; M. Mekki, Les mystères de la blockchain, *D.* 2017. Chron. 2160 ; G. Canivet, « Blockchain et régulation », JCP E., 2017, 1469 ; D. Legeais, Blockchain, *J.-Cl. Com.*, 2017, fasc. 534 ; du même auteur, « L'apport de la blockchain au droit bancaire », *RD banc. fin.* 2017, dossier 5 ; *Blockchain et actifs numériques*, Lexisnexis, coll. Actualité, 2019 ; (collectif), « Le droit et la technologie blockchain : une approche sectorielle », *CCC*, 2017, étude 10 ; N. Deviller, « Jouer dans le « bac à sable » réglementaire pour réguler l'innovation disruptive : le cas de la technologie de la chaîne de blocs », *RTD com.*, 2017, p. 1037 ; F. Marmoz (dir.), *Blockchain et droit*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019 ; G. Cattalano (dir.), *Blockchain, smart contracts et droit* (dossier), *AJ contrat*, 2019, p. 315 et s.

tiennent sous leur contrôle. Elles peuvent être vérifiées au moyen d'une clé publique liée à la clé privée et elles profitent à des destinataires identifiés par une adresse dégagée mathématiquement à partir de leur clé publique. Ces transactions sont réunies en blocs qui sont validés au moyen d'une méthode de consensus par les différents nœuds du réseau. Ces blocs sont liés entre eux et intégrés chronologiquement dans les copies du registre administré par chacun des nœuds. L'algorithme gouvernant la blockchain peut évoluer au cours du temps, toute évolution doit être acceptée par un consensus entre les différents nœuds du réseau[4]. La confiance repose sur la technologie mise en œuvre[5] et non sur l'intervention d'un tiers de confiance, ce qui fait dire que les blockchains entraînent une désintermédiation et réduisent les coûts de transaction. Pour autant, différents acteurs gravitent autour des blockchains : plateformes permettant de réaliser des transactions, prestataires de service de conservation de clés cryptographiques ou encore prestataires assurant l'enregistrement d'informations sur une blockchain.

2. Blockchain(s). Si la blockchain désigne une technologie, il existe des blockchains, dont les spécifications varient. Les plus connues sont les blockchains de crypto-monnaies comme Bitcoin ou Ethereum. Elles sont publiques, c'est-à-dire ouvertes à tous en lecture et en écriture, et *open source*. La méthode de consensus utilisée repose sur le travail de mineurs[6] qui résolvent des problèmes mathématiques permettant la validation des blocs ; ils perçoivent en retour un certain montant de crypto-monnaie. Selon les spécifications de la blockchain, le contenu des transactions enregistrées est plus ou moins riche. Ces transactions peuvent s'analyser comme un « message de données »[7] ou comme un « document électronique »[8]. Les

[4] À défaut, la blockchain risque d'être scindée : V. Faure-Muntian, Cl. de Ganay et R. Le Gleut, rapport préc., p. 43 et s.

[5] X. Vamparys, « Blockchain : quelques réflexions sur la confiance 2.0 », *JCP E*., 2018, 1520 ; J.-M. Canac et M. Teller, « De la *rule of law* à la *rule by code* : la blockchain, un projet faustien ? », in *Études en l'honneur de Philippe Neau-Leduc, Le juriste dans la cité*, LGDJ-Lextenso, 2018, p. 181.

[6] Il existe d'autres méthodes de consensus comme celle qui est basée sur la preuve de possession d'un montant de crypto-monnaie, la confiance est tirée de ce que celui qui possède ces crypto-actifs n'a pas intérêt à valider des transactions frauduleuses.

[7] Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux, CNUDCI, 2005, art. 4, c), un message de donnée est défini comme « l'information créée, transmise, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisé (EDI), la messagerie électronique, le télé- gramme, le télex ou la télécopie ».

[8] Règlement (UE) n ° 910/2014 du Parlement européen et du Conseil du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur, art. 3. 35) : un document électronique désigne « tout contenu

transactions peuvent être lisibles ou correspondre à l'empreinte d'un document extérieur à la blockchain[9] ou encore à un lien renvoyant vers des informations stockées en dehors de la blockchain sur un serveur[10]. Elles peuvent apparaître en clair ou être cryptées. Elles peuvent avoir pour objet de représenter et de transférer des actifs numériques, servir de support à des actes[11] ou à des copies d'actes ou contenir toute autre information. Les transactions peuvent intervenir volontairement ou automatiquement au moyen de *smart contracts*[12].

3. Régulation internationale des blockchains. La question de la régulation internationale des blockchains se pose avec acuité[13]. Pas plus que la régulation d'internet n'a trouvé de réponses satisfaisantes, celle des blockchains publiques n'est résolue. Elle semble même plus délicate en raison du nombre de blockchains existantes et plus sensible en raison de l'importance du rôle de certains acteurs ou de certains États comme la Chine, qui sont en mesure d'en contrôler l'évolution et le fonctionnement, notamment s'agissant de la validation des blocs. La question de l'existence d'un ordre juridique autonome par blockchain est d'ailleurs parfois posée[14]. Pour autant, il est possible d'adopter une autre approche des blockchains en s'intéressant non pas à ce qu'elles sont mais à leurs usages, ces derniers pouvant être appréhendés par le droit international privé.

4. Blockchains et droit international privé : remarques liminaires. Deux remarques liminaires peuvent être faites. D'abord, une distinction doit être opérée entre les blockchains publiques et les blockchains privées ou de *consortium*. Ces dernières ont pour caractère d'être fermées, seules les

conservé sous forme électronique, notamment un texte ou un enregistrement sonore, visuel ou audiovisuel ». - Sur lequel : T. Douville, *JCP E*., 2017, 1005.

[9] Qui est dégagée par l'application d'une fonction de hachage, réduisant le document à une suite de caractères d'une taille fixe.

[10] *Blockchain. Premiers éléments d'analyse de la CNIL*, CNIL, 2018, p. 8.

[11] En droit français, une blockchain est considérée comme un « support durable » : C. com., art. R. 228-8 al. 2, à propos des registres de titres nominatifs émis par une société.

[12] H. Croze, « Les smart contracts sont-ils des objets juridiques ? », *in La blockchain : big bang de la relation contractuelle*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2019, p. 45 ; J.-C. Roda, « Smart Contracts, Dumb Contracts ? », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 397 - V. aussi : G. Cattalano, « Smart contracts et droit des contrats », *AJ. Contrat*, 2019, p. 321 ; M. Mekki, « Le contrat, objet de smart contract », *Dalloz IP/IT*, 2018, p. 409 ; du même auteur, « Le smart contract, objet du droit (partie 2) », *Dalloz IP/IT*, 2019, p. 27 ; E. Tchéocharidi, « La conclusion des smart contracts : révolution ou simple adaptation », *RLDC*, juillet 2018, n° 161, p. 48 ; B. Ancel, « Les smart contracts : révolution sociétale ou nouvelle boîte de Pandore ? Regard comparatiste », *CCE*, juillet 2018, p. 15.

[13] É. Treppoz, art. préc., p. 58 et s.

[14] F. Jault-Seseke, art. préc., I.

personnes autorisées pouvant lire et écrire sur ces blockchains. Elles sont conçues pour remplir certaines fonctions et elles sont placées sous l'autorité d'un ou de plusieurs acteurs déterminés, écartant la question de leur gouvernance. Une blockchain privée ou de *consortium* repose sur un accord entre les différents acteurs définissant notamment le rôle de chacun, les fonctions et les utilisations de la blockchain[15]. Dans un contexte international, cet accord a vocation à définir la juridiction compétente et la loi applicable pour régler les litiges apparaissant à l'occasion de la mise en œuvre de la blockchain.

Ensuite, il existe des règles matérielles en matière de services de confiance qui peuvent trouver application en présence d'une blockchain. Deux instruments retiennent spécialement l'attention. La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation et l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents[16]. Cette convention traite notamment des conditions de forme des contrats conclus par voie électronique, de l'utilisation d'une signature électronique ou de la préservation de l'intégrité de l'acte. En droit de l'Union, un règlement n° 910/2014 du 23 juillet 2014 sur l'identification électronique et les services de confiance pour les transactions électroniques au sein du marché intérieur a consacré un ensemble de dispositions pour favoriser les transactions électroniques en harmonisant plus ou moins fortement les dispositions applicables à différents services de confiance dont la signature électronique, le cachet électronique ou l'horodatage électronique et pose les conditions de la reconnaissance mutuelle de ces services de confiance par les États membres de l'Union lorsqu'ils sont qualifiés. Une blockchain privée peut parfaitement intégrer ces dispositions, le recours à un prestataire de service de confiance est possible de telle sorte que les effets juridiques associés à ces services de confiance peuvent être produits au moyen d'une blockchain. La compatibilité des blockchains publiques avec ces exigences est quant à elle difficilement imaginable en raison des caractéristiques de ces dernières. Pour autant, une règle matérielle se dégage à la fois de la convention précitée et du droit de l'Union qui est celle de la non-discrimination à l'égard des

[15] Cette convention devra, le cas échéant, prendre en compte les aspects liés au traitement des données à caractère personnel opéré au moyen de la blockchain. V. sur ce point : T. Douville, « Blockchain et protection des données à caractère personnel », *AJ. Contrat*, 2019, p. 316 et s.

[16] Entrée en application le 1er mars 2013, elle n'est ratifiée que par 12 États.

communications électroniques[17] et incidemment de la signature[18], du cachet[19], de l'horodatage[20] ou du document[21] en raison de leur forme électronique. Leur recevabilité et leurs effets juridiques ne peuvent pas être rejetés pour cette raison. Les transactions sur une blockchain bénéficient de cette règle[22].

5. Droit international privé : position du problème. L'appréhension des usages des blockchains est délicate en raison de l'environnement immatériel[23] et de l'absence d'ancrage territorial de ces dernières[24]. Elle l'est d'autant plus dans un contexte international. Il n'existe pas de règles de conflit spécifiques aux différents usages des blockchains, un récent rapport parlementaire estimant d'ailleurs que ce n'est pas nécessaire[25]. Dans le même temps, certains de ces usages ont été consacrés en droit interne. Se pose alors la question de leurs catégories de rattachement. Elles sont multiples. Envisageons différentes hypothèses[26].

6. Droit international privé et écosystème des blockchains. L'écosystème entourant les blockchains ne peut pas être ignoré. Plusieurs situations peuvent se présenter. Première hypothèse, des plateformes proposent des services permettant de réaliser des transactions sur les blockchains, d'émettre de crypto-actifs, de conserver les clés cryptographiques ou de gérer des portefeuilles de crypto-actifs. Certaines d'entre elles, situées en dehors de l'Union européenne, ont été confrontées à des atteintes de sécurité, posant la question de leur responsabilité[27]. Il est possible d'admettre que les négligences sécuritaires relèvent de la matière contractuelle en raison du contrat liant l'utilisateur à la plateforme. La *lex contractus* a vocation à s'appliquer. À défaut, c'est la loi du pays de la plateforme qui est débitrice de l'obligation principale qui s'appliquera[28]. Une

[17] Convention préc., art. 8 § 1.
[18] Règlement 910/2014, préc., art. 25 § 1.
[19] Règlement 910/2014, préc., art. 35 § 1.
[20] Règlement 910/2014, préc., art. 41 § 1.
[21] Règlement 910/2014, préc., art. 46.
[22] T. Douville, « Blockchains et preuve », *D.*, 2018, p. 2192.
[23] B. Haftel, « Droit international privé et immatériel – France », Travaux de l'Association Henri Capitant, t. LXIV, 2014, p. 996.
[24] Rappr. J. Larrieu, « Internationalité et Internet », *RLDA*, 2002, n° 46 (supplément), p. 44.
[25] L. de la Raudière et J.-M. Mis, *Rapport d'information sur les chaînes de blocs (blockchains)*, Assemblée nationale, décembre 2018, p. 88.
[26] V. déjà : E. Treppoz, art. préc., p. 63 et s.
[27] Ce fut le cas par exemple dans l'affaire The DAO.
[28] Règlement n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008, art. 4, § 1, b). sur la loi applicable aux obligations contractuelles

analyse similaire peut être retenue s'agissant de la loi applicable aux services proposés par ces plateformes, sous réserve notamment des dispositions résultant du droit de la consommation[29].

Deuxième hypothèse, plus complexe. À l'occasion des évolutions d'une blockchain publique, il peut arriver qu'aucun consensus ne se dégage entre les nœuds du réseau pour faire évoluer l'algorithme, entraînant une fourchette et la création de plusieurs blockchains. Il peut aussi arriver qu'un détournement d'actifs numériques résulte d'une faille exploitable dans un *smart contract* implanté sur une blockchain[30]. Ces situations peuvent avoir des conséquences préjudiciables pour les détenteurs de crypto-actifs comme la remise en cause de certaines transactions ou l'affaiblissement de la valeur de ces derniers. Contre qui agir ? Les nœuds du réseau ? Les développeurs ? En théorie et selon les cas[31], le règlement Bruxelles I bis[32] ou le droit international privé français[33] permettent de déterminer la juridiction compétente. Toutefois, de fait, la localisation et la pluralité de responsables rendront l'opération complexe. S'agissant de la loi applicable, celle du lieu du dommage devrait s'appliquer indépendamment des pays dans lesquels les conséquences indirectes du fait dommageable se produisent[34]. Cependant, cette règle est inadaptée à l'environnement immatériel et non territorial des blockchains[35]. Pour déterminer la loi applicable, un autre critère de rattachement doit être retenu. Il est possible de s'attacher aux liens que le fait dommageable entretient avec un pays[36], ce qui devrait conduire à retenir la

[29] Règlement n° 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008, art. 6.

[30] L'affaire The DAO en est une illustration.

[31] V. l'article 6 du règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale s'agissant de son applicabilité.

[32] Règlement (UE) n° 1215/2012 du 12 décembre 2012 préc. : le demandeur peut saisir les juridictions de l'État membre du domicile du défendeur (art. 4) ou celle du lieu où le fait dommageable s'est produit ou risque de se produire (art. 7, 2).

[33] CPC, art. 42 et 46. – Sur l'extension des règles de compétence territoriale internes à l'ordre international : Cass. Civ 1ère, 19 oct. 1959, Pelassa : Bull. I, n° 416 ; D. 1960. p. 37, note G. Holleaux, Rev. crit. DIP 1960, p. 215, note Y. L. ; 30 oct. 1962, Scheffel : Bull. I, n° 449 ; D. 1963, p. 109, note G. Holleaux.

[34] Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, art. 4 § 1.

[35] M.-L. Niboyet, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Manuel, 6ème éd., 2017, n° 100.

[36] Règlement 864/2007 préc., art. 4 § 3 : « S'il résulte de l'ensemble des circonstances que le fait dommageable présente des liens manifestement plus étroits avec un pays autre que celui visé aux paragraphes 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique. Un lien manifestement plus étroit avec un autre pays pourrait se fonder, notamment, sur une relation préexistante entre les parties, telle qu'un contrat, présentant un lien étroit avec le fait dommageable en question ».

loi du pays dans lequel le dommage a été ressenti, à savoir la loi du pays dans lequel la victime a sa résidence habituelle[37].

Troisième hypothèse pouvant se présenter, celle du droit applicable aux organisations décentralisées autonomes (DAO) sur une blockchain[38]. Peut-être faut-il consacrer à leur propos une solution similaire à celle applicable aux sociétés. La *lex societatis* est déterminée en droit français en fonction du lieu de leur siège social[39]. Elle gouverne les rapports internes et externes de la société[40]. La consécration d'une telle règle de conflit supposerait de déterminer la nature juridique des DAOs. La difficulté tient au choix du critère de rattachement des DAOs. Leur reconnaissance par un État peut résulter d'une déclaration ou d'un enregistrement qui peut servir de critère de rattachement emportant la détermination de la loi applicable.

7. Droit international privé, blockchains et preuve[41]**.** Le droit international privé a également vocation à embrasser les transactions intervenues sur une blockchain. Celles-ci ont des objets très divers. Elles s'appuient sur les principales fonctions des blockchains : fonctions conservation et de transmission. Des contrats peuvent être conclus sur une blockchain[42], la juridiction compétente et la loi applicable relèvent en principe de la volonté des parties[43]. S'agissant de la loi applicable, à défaut pour les parties de l'avoir désignée, le lieu d'exécution de l'obligation principale sera déterminant mais qu'en est-il si le contrat s'exécute au moyen d'un *smart contract* ? Ensuite, la question de l'usage probatoire des blockchains se pose, il s'appuie sur la fonction de conservation des blockchains et sur l'horodatage des transactions. L'admissibilité et la force probante des modes

[37] E. Treppoz, art. préc., p. 65.

[38] Une DAO (pour decentralized autonomous organization) est une organisation, dont les règles sont inscrites sur une blockchain, qui est automatisée car elle repose sur un smart contract, et qui regroupe plusieurs personnes qui ont investi en achetant des jetons. Sa fonction est de permettre l'évaluation de projets, de les financer et de distribuer les risques et contreparties (L. de la Raudière et J.-M. Mis, *Rapport préc.*, p. 64). Elle est parfois analysée comme une société créée de fait devant se voir appliquer le régime des sociétés en participation (C. civ., art. 1873).

[39] C. civ., art. 1837 ; C. com., art. L. 210-3. – V. par ex. : O. Cachard, *Droit du commerce international*, LGDJ, 3ème éd., 2018, nos 206 et s.

[40] M. Menjucq, *Droit international et européen des sociétés*, Montchrestien, 4ème éd., 2016, nos 35 et s.

[41] V. F. Jault-Seseke, art. préc.

[42] Sur l'internationalité du contrat : M.-E. Ancel, P. Deumier et M. Laazouzi, *Droit des contrats internationaux*, Sirey, coll. Université, 1ère éd., 2017, p. 5.

[43] *Ibid*, p. 53 et s.

de preuve appellent des solutions nuancées en droit international privé[44]. En matière de faits juridiques, l'admissibilité de la preuve est soumise à la loi du for. En matière d'actes juridiques[45], c'est tantôt la loi du for tantôt la loi du lieu d'accomplissement de l'acte qui vont trouver à s'appliquer[46]. S'agissant de la force probante, question qui « touche au plus près au fonctionnement de la justice »[47], la loi du for a vocation à s'appliquer, même si la jurisprudence admet dans certains cas que la loi du lieu de conclusion de l'acte puisse trouver application[48]. S'agissant de la forme du contrat[49], le règlement Rome I soumet la validité de l'acte en raison de sa forme à un régime optionnel entre la loi applicable au fond et celle du pays dans lequel il a été conclu[50]. Entre absents, ce qui est le cas si le contrat a été conclu à distance, l'option s'étend à la loi du pays dans lequel se trouve l'une ou l'autre des parties au moment de sa conclusion ou de leur résidence habituelle. Tout dépendra donc de savoir ce que prévoit la loi désignée.

8. Droit international privé, blockchain et jetons. La blockchain permet l'émission et la transmission de crypto-actifs ou « actifs numériques » pour reprendre la terminologie du droit interne[51]. Le législateur français a d'ailleurs consacré l'utilisation d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé[52], c'est-à-dire d'une blockchain, pour la représentation et la transmission de titres financiers[53]. Ces derniers sont soumis à la législation

---

[44] D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé, t. 1 : Partie générale*, PUF, coll. Thémis droit, 4ème éd., 2017, p. 226 et s. ; B. Audit et L. d'Avout, *Droit international privé*, LGDJ, 2018, nos 536 et 537.

[45] D. Bureau et H. Muir-Watt, *op. cit.*, n° 194.

[46] Cass. civ. 1ère, 24 février 1959, Isaac : *RCDIP*, 1959, p. 368, note Y. Loussouarn ; *D.*, 1959, note Ph. Malaurie.

[47] D. Bureau et H. Muir-Watt, *op. cit.*, n° 195.

[48] *Ibid.*

[49] D. Bureau et H. Muir-Watt, *Droit international privé, t. 2 : Partie spéciale*, PUF, coll. Thémis, 4ème éd., 2014, n° 918.

[50] Règlement 593/2008, préc., art. 11 § 1.

[51] À l'occasion de la loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises, le législateur a encadré l'activité de prestataire de services sur actifs numérique (enregistrement voire agrément par l'Autorité des marchés financiers), les actifs numériques regroupant les jetons ainsi que « toute représentation numérique d'une valeur qui n'est pas émise ou garantie par une banque centrale ou par une autorité publique, qui n'est pas nécessairement attachée à une monnaie ayant cours légal et qui ne possède pas le statut juridique d'une monnaie, mais qui est acceptée par des personnes physiques ou morales comme un moyen d'échange et qui peut être transférée, stockée ou échangée électroniquement » (CMF, art. L. 54-10-1).

[52] S. Blemus et C. Pion, « Blockchain, minibons et titres financiers - Des règles ad hoc pour les chaînes de bloc », *RDBF*, 2019, étude 2.

[53] Il s'agit de ceux qui ne sont pas admis aux opérations d'un dépositaire central doivent être inscrits (CMF, art. L. 211-7) et ils sont inscrits sur une blockchain sur décision de l'émetteur.

française s'ils sont émis en France[54]. Qu'en est-il alors de l'émission de jetons[55] qui constituent une espèce d'actifs numériques ? Une distinction peut être faite entre les *security tokens*, qui sont des jetons accordant des droits financiers ou politiques et les tokens dits d'usage qui octroient un droit sur un service ou sur l'utilisation d'une technologie[56]. Si la prestation à laquelle l'émetteur est tenue est future, elle peut être variable dans son objet. En toute hypothèse, les jetons constituent un bien représentant un droit de créance. En raison de la diversité du contenu des jetons, il est difficile de dégager une approche unitaire. Toutefois, en droit international privé, les droits personnels « n'ont pas de rattachement qui leur (sont) propre »[57]. Il est possible de les rattacher à l'acte qui leur sert de support[58] et donc à la catégorie des obligations contractuelles. Un marché secondaire des jetons peut être mis en place par l'émetteur. Le contrat de cession des jetons peut alors s'analyser comme une cession de créance[59], conduisant à l'application à la créance de la loi applicable au contrat qui lie le cédant et le cessionnaire[60]. Cette analyse est valable pour la cession des minibons qui s'analyse comme une cession de créance[61]. À l'image des titres financiers, il serait certainement utile de consacrer la règle selon laquelle la loi applicable à ces jetons est celle du pays de leur émission.

[54] CMF, art. L. 211-3. – Il n'est pas exigé que le dispositif d'enregistrement électronique partagé soit privé même si « un plan de continuité d'activité actualisé comprenant notamment un dispositif externe de conservation périodique des données » doit être mis en place (CMF, art. R. 211-9-7 – *Comp.*, P. Barban, « Dernière pierre au régime des titres financiers et minibons sur blockchain », *Banque et droit*, mars-avril 2019, p. 48).

[55] Un jeton peut être défini comme « tout bien incorporel représentant, sous forme numérique, un ou plusieurs droits pouvant être émis, inscrits, conservés ou transférés au moyen d'un dispositif d'enregistrement électronique partagé permettant d'identifier, directement ou indirectement, le propriétaire dudit bien » (CMF, art. L. 552-2), les émetteurs de jetons relèvent d'un régime spécifique.

[56] A.-S. Choné-Grimaldi, « Les contraintes du droit des obligations sur les opérations d'ICO », *D.* 2018. 1171 ; M. Julienne, « Les crypto-monnaies : régulation et usages », *RDBF*, 2018, étude 19.

[57] M.-L. Niboyet et G. Geouffre de la Pradelle, *Droit international privé*, LGDJ, coll. Manuel, 6ème éd., 2017, n° 91.

[58] *Ibid.*

[59] À propos des minibons : CMF, art. L. 223-13.

[60] Règlement 593/2008, préc., art. 14.

[61] Les minibons sont les « titres nominatifs et non négociables comportant engagement par un commerçant de payer à échéance déterminée, délivrés en contrepartie d'un prêt » (CMF, art. L. 223-1 al. 1er).

La mise en œuvre du Protocole n°16 CEDH
Le dialogue des juges tient-il ses promesses ?

Kévin Bihannic
Docteur en droit de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne
Attaché temporaire d'enseignement et de recherche (ATER) à l'université Versailles Saint-Quentin, Paris Saclay
Titulaire du Certificat d'aptitude à la Profession d'Avocat (CAPA)

1. *La finalité du protocole 16.* – La possibilité de poser des questions préjudicielles ou de solliciter l'avis de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après CEDH) a longtemps été débattue sans jamais aboutir[1]. Cette situation a définitivement évolué le 1er août 2018 avec l'entrée en vigueur du Protocole n°16 additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après Conv.EDH)[2]. Ce dernier permet en effet aux plus hautes juridictions des Etats signataires d'« adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »[3]. L'objectif poursuivi est de renforcer « l'interaction entre la Cour [CEDH] et les autorités nationales »[4] et de « favoriser le dialogue entre les juges »[5]. Pour saisir parfaitement les enjeux suscités par l'entrée en vigueur de ce protocole et, plus encore, par sa mise en œuvre, il est donc nécessaire de cerner la finalité du dialogue des juges.

[1] F. TULKENS, « Introduction », in *Dialogue entre juges*, Actes du séminaire « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p.6, spé. p.9.

[2] Sur lequel voir notamment, F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 », *JCP* 2018. 473 ; F. BENOIT-ROHMER (Dir.), *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Actes de la journée d'étude de l'institut de recherche Carré de Malberg, Université de Strasbourg, 25 janvier 2019, reproduit in *La revue des droits de l'Homme*, 16/2019 [en ligne] https://journals.openedition.org/revdh/6959

[3] Article 1er du Protocole n°16, [en ligne] https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_FRA.pdf

[4] Préambule du Protocole n°16.

[5] Rapport explicatif, « Protocole n°16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », Conseil de l'Europe, [en ligne] https://www.echr.coe.int/Documents/Protocol_16_explanatory_report_FRA.pdf, p.1.

2. *Les ambivalences du dialogue des juges.* – Si l'expression est relativement récente[6], elle renverrait, selon certains, à une pratique beaucoup plus ancienne[7], voire immanente au droit[8]. En effet, la notion de « dialogue des juges » désignerait un processus « d'échange d'arguments, d'interprétations et de solutions juridiques entre magistrats »[9]. Il s'agirait ainsi d'une sorte d' « entreglose » déjà évoquée par Montaigne[10] et qui ne ferait qu'exprimer les spécificités de la rhétorique judiciaire[11]. Pourquoi, alors, s'interroger sur les conséquences pouvant découler de la mise en œuvre d'un instrument qui ne ferait que conforter un peu plus une pratique ancestrale ? Certes le dialogue n'est pas nouveau. Il tend cependant à prendre une place toujours grandissante. Il a d'ailleurs récemment été appelé de ses vœux par la première présidente de la Cour de cassation[12]. Malgré tout, il produit des effets ambivalents qui suscitent des craintes légitimes.

3. Appréhendé comme « la résultante de la multiplication des normes, de la diversification des juridictions nationales et européennes, de l'existence de sujets communs »[13], le dialogue des juges, favorise une meilleure cohérence jurisprudentielle ; Il se présente comme une technique d'équilibre, voire d'apaisement des tensions entre ordres juridiques compénétrés[14]. Toutefois, Bertrand de Lamy rappelle que si le dialogue des juges favorise l'émergence d'un

---

[6] Elle est généralement attribuée à B. Genevois dans ses conclusions dans l'arrêt d'Assemblée du Conseil d'Etat du 6 décembre 1978, « Ministère de l'intérieur c/ Cohn-Bendit » ; *comp.*, X. MAGNON, « L'expression de « dialogue des juges » peut-elle avoir un sens utile pour connaître ce qu'elle est censée décrire ? », [en ligne] https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01725330/document, p.3.

[7] B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », [en ligne] http://www.philodroit.be/IMG/pdf/B._FRYDMAN_-_Conclusion_-_Le_dialogue_international_des_juges_-_30_mars_2007.pdf

[8] S. STELZIG-CARON, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, Thèse dactyl., Grenoble, 9 juin 2011, [en ligne] https://halshs.archives-ouvertes.fr/tel-00769401/document, p.10, n°15.

[9] J. ALLARD, « Le dialogue des juges dans la mondialisation », in *Le dialogue des juges : actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles*, Bruxelles, Bruylant (Cahiers de l'Institut d'études sur la justice), 2007, p. 77 citée par J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *RIEJ* 2008/2, vol.61, p.109, spé. p.115.

[10] B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *précit.*, p.1.

[11] L. POTVIN - SOLIS, « Le concept de dialogue entre les juges en Europe », in *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruylant 2004, p. 19 et s.

[12] C. ARENS, *Audience solennelle d'installation dans les fonctions de première présidente de la Cour de cassation*, 6 septembre 2019, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/publications_26/prises_parole_2039/discours_2202/premiere_presidente_9506/ses_fonctions_43527.html?var_mode=calcul

[13] B. DE LAMY, « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », [en ligne] http://publications.ut-capitole.fr/22147/1/deLamy_22147pdf.pdf , p.2. Pour une tentative de présentation plus complète de ce phénomène, voir notamment S. STELZIG-CARON, *La Cour de cassation et le dialogue des juges*, *précit.*, p.15, n°21 et s.

[14] B. DE LAMY, « Dialogue des juges : cadre, enjeux et perplexité », *précit.*, p.3.

« horizon juridique commun », il emporte dans le même temps « l'intensification […] de la concurrence et des luttes d'influence entre ordres et cultures juridiques »[15]. Analysant la finalité du dialogue des juges, Alain Supiot considère même que celui-ci débouche nécessairement sur une véritable « guerre du dernier mot »[16]. Dès lors, il convient de vérifier si le dialogue des juges « est un phénomène à redouter ou au contraire une pratique à promouvoir, s'il sert ou dessert la fonction de juger, si le dialogue est un instrument ou une limite au pouvoir croissant des magistrats »[17].

4. En ce sens, le questionnement soulevé par ce procédé évoque les incertitudes liées à la fondamentalisation du droit[18] : la Cour de cassation peut-elle encore se faire l'interprète des droits fondamentaux ? L'ordre juridique français dispose-t-il encore d'une marge de manœuvre sur des questions sociétales particulièrement sensibles ? Ces incertitudes se manifestent pleinement dans le cadre de l'avis consultatif rendu le 10 avril 2019 par la CEDH, saisie sur le fondement du protocole n°16[19].

5. *L'avis consultatif de la CEDH.* – Cet avis a suscité l'attente d'une grande partie du monde du droit. Il faut dire que la question de savoir si les Etats Membres ont, ou non, l'obligation de reconnaitre le lien de filiation établi à l'étranger entre un parent – serait-il simplement d'intention – et l'enfant issu d'une gestation pour autrui (ci-après GPA) n'a rien d'anodin. Le sujet renvoie à des choix politiques et éthiques majeurs qui sont loin d'être apaisées, comme l'ont encore rappelé les consultations et débats accompagnant le projet de réforme des lois bioéthiques[20].

---

[15] Les expressions sont empruntées à B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *précit.*, p.12 et p.14.

[16] Du nom de l'article de A. SUPIOT, « La guerre du dernier mot », in *Droit social international et européen en mouvement. Liber amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, p.489, [en ligne] https://www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPLI3724670044523482124_Guerre_du_dernier_mot.pdf

[17] J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *précit.,* p.110.

[18] Sur laquelle, voir notamment J.-P. MARGUENAUD, « La fondamentalisation du droit privé », *Rev. du droit d'Assas*, oct. 2015, n°11, p.33 ; J. ALIX, « La fondamentalisation du droit privé », in *Recueil de leçons de 24 heures. Agrégation de droit privé et sciences criminelles*, LGDJ, 2015, p.1.

[19] CEDH, gde Ch., avis consultatif, demande n°P16-2018-001, 10 avril 2019.

[20] Même si le projet de loi n'envisage pas d'autoriser le recours à la gestation pour autrui, et se contente d'envisager l'extension de la procréation médicalement assistée (PMA), les différents rapports font état du caractère pressant de la demande sociale et le sujet ne cesse de revenir, au moins incidemment, sur le devant de la scène. Sur ce point, voir notamment, *Révisions de la loi bioéthique : Quelles options pour demain ?*, Conseil d'Etat, Section d'études et du rapport, étude adoptée en Assemblée générale le 28 juin 2018, p.74 et s. ; X. BRETON et J.-L. TOURAINE, *Rapport d'information sur la révision de la loi relative à la bioéthique*, n°1572, Assemblée

6. Surtout, en interrogeant la CEDH sur les solutions jurisprudentielles retenues en matière de GPA, la Cour de cassation se met en quête d'un véritable certificat de conventionnalité. Partant, la démarche implique qu'elle accepterait de renoncer[21] à conditionner la reconnaissance de la filiation à l'exigence d'un lien biologique entre le père d'intention et l'enfant[22], d'une part, et à imposer une adoption de l'enfant par l'épouse ou l'époux du père d'intention[23], d'autre part. Dès lors, la tentation est grande d'y voir un acte d'abdication de nos impératifs juridiques et valeurs éthiques. L'impression de soumission est d'autant plus grande que l'avis, en principe non-contraignant[24], produira en pratique « des

nationale, mission d'information, 15 janvier 2019 ; A. LAURENT, « Gestation pour autrui : la bataille des irréconciliables », *L'express*, 8 mai 2019 ; L. BESMOND DE SENNEVILLE, « Bioéthique, la GPA s'invite dans le débat », *La Croix*, 15 juillet 2019. Au-delà, le signe le plus manifeste du lien établi entre la GPA et la PMA – et donc avec le projet de réforme des lois bioéthiques – ressort de la jurisprudence de la Cour de cassation qui a jugé nécessaire de sursoir à statuer dans l'attente de l'avis de la CEDH pour des questions relatives à la PMA (Civ. 1ère, 20 mars 2019, n°s18-11.815, 18-50.007, 18-12.327 et 18-14.751) *D.* 2019, p.585 ; *AJ. Fam.* 2019, p.218). Depuis lors, un amendement visant à reconnaitre en France les effets d'une GPA pratiquée à l'étranger a d'ailleurs été voté avant d'être retiré en seconde lecture.

[21] *Contra.* H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *D.* 2019, p.1084., considérant, au regard de la dimension politique de la demande d'avis, qu'il aurait été « du plus mauvais effet » de « condamner le bon élève qui, à peine la procédure entrée en vigueur, saisissait la Cour pour faire valider un revirement de jurisprudence directement lié aux arrêts de celle-ci ». Ainsi, la demande d'avis serait une sorte de coup de force visant à contraindre la CEDH. Il n'y aurait jamais eu de volonté de renoncer à la jurisprudence établie.

[22] Ass. Plen., 3 juill. 2015, n° 14-21.323 et n° 15-50.002, *D.* 2015. 1438, obs. I. GALLMEISTER ; *Ibid.* p.1819, note H. FULCHIRON et C. BIDAUD-GARON ; *Ibid.* p. 1481, édito. S. BOLLEE ; *Ibid.* p.1773, point de vue D. SINDRES ; *Ibid.* p. 1919, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *D.* 2016, p. 674, obs. M. Douchy-Oudot ; *AJ fam.* 2015, p. 496 ; *Ibid.*, p. 364, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; *Rev. crit. DIP 2015*, p. 885 ; *RTD civ.*, 2015, p. 581, obs. J. HAUSER ; *RJPF 2015-7.8/23*, obs. T. GARE ; *Ibid. 2015-7, 8/23*, obs. M.-C. LE BOURSICOT ; *Ibid.* 2015-9/20, obs. I. CORPART ; *JCP 2015. 1614*, note A. GOUTTENOIRE ; *LPA* 2015, n° 201, p. 6, note M.-A. FRISON-ROCHE ; *adde.*, F. CHENEDE, « L'établissement de la filiation des enfants nés de GPA à l'étranger », *D.* 2015, p. 1172 ; I. CORPART, « La gestation pour autrui de l'ombre à la lumière. Entre droit français et réalités étrangères », *Dr. fam.* 2015. Étude 14 ; B. CHAPLEAU, « Le délit d'entremise en vue de la maternité pour autrui. Difficultés d'application dans l'espace », *D.* 2015, p. 1775; Civ. 1ère, Civ. 1re, 5 juill. 2017, n° 16-16.901 et 15-28.597, *AJ fam.* 2017. 482 ; *ibid.* 375, point de vue F. CHENEDE ; *ibid.* 431, point de vue P. SALVAGE-GEREST ; *D.* 2017, p. 1737, note H. Fulchiron ; *ibid.* 1727, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *ibid.* 2018. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.* 641, obs. M. DOUCHY-OUDOT ; *ibid.* 765, obs. J.-C. GALLOUX et H. GAUMONT-PRAT ; *ibid.* 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *JA* 2017, n° 567, p. 13, obs. S. DAMAREY ; *ibid.* 2018, n° 571, p. 31, étude S. DAMAREY ; *Rev. crit. DIP* 2018, p. 143, note S. BOLLÉE ; Civ. 1re, 29 nov. 2017, n°16-50.061**,** *D.* 2017, p. 2477 ; *ibid.* 2018, p. 528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *ibid.*, p. 966, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *ibid.*, p. 1664, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *AJ fam.* 2018, p. 122, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE.

[23] Civ. 1re, 5 juill. 2017, 16-16.455, et les réf. précitées ; Civ. 1re, 14 mars 2018, n° 17-50.021, *D.* 2018, p. 1664, obs. P. BONFILS et A. GOUTTENOIRE ; *Ibid.* 2019, p.1016, obs. S. CLAVEL et F. JAULT-SESEKE ; *AJ fam.* 2018, p. 198, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE; *RTD civ.* 2018, p. 377, obs. A.-M. Leroyer.

[24] Article 5 du protocole 16.

effets juridiques indéniables, bénéficiera de l'autorité interprétative déjà reconnue aux arrêts de la Cour et aura vocation à produire des effets *erga omnes*, d'autant que la Cour pourra se référer à ses propres avis dans les affaires contentieuses ultérieures »[25]. Par conséquent, l'avis rendu se présente comme un formidable instrument d'analyse des vices et des vertus du dialogue[26]. Il offre ainsi l'occasion de vérifier si, en matière de GPA, le dialogue des juges tient toutes ses promesses.

7. *Les promesses à tenir* – Pour savoir précisément quelles promesses doivent se concrétiser, il est nécessaire d'en revenir à la genèse du « Protocole de dialogue » et, notamment, à la déclaration d'Izmir du 27 avril 2011[27]. A cette occasion, les deux grandes finalités de la procédure d'avis consultatif ont en effet été formulées. Il s'agissait, d'une part, de « contribuer à clarifier les dispositions de la Convention et la jurisprudence de la Cour » et, d'autre part, de « fournir des orientations supplémentaires permettant d'aider les Etats Parties à éviter de nouvelles violations ». En pratique, le processus de dialogue est donc appréhendé en deux temps par la CEDH. Dans un premier temps, pour le présent, l'objectif consiste à favoriser la mise en œuvre effective des solutions dégagées par la Cour. A cette fin, l'ensemble du processus décisionnel doit, par sa clarté et sa cohérence, contribuer à la légitimité de l'avis. C'est l'étape de *légitimation des choix présents* (**I**). Dans un second temps, pour le futur, l'avis doit contribuer à ouvrir le dialogue. Il s'agit donc de poser des *pistes de réflexion pour l'avenir* (**II**).

I – La légitimation des choix présents

8. Pour assoir la légitimité de ses décisions, et favoriser leur acceptation par les Etats membres, la CEDH doit s'efforcer d'en démontrer l'opportunité et l'objectivité. Sans cet effort de démonstration, le risque est grand, en effet, que l'avis soit perçu par les juridictions étatiques comme l'expression de l'arbitraire européen et de la négation des spécificités étatiques. Afin d'éviter une telle situation, la Cour s'efforce donc de développer *une argumentation convaincante* (**A**).

[25] F. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16 », *précit.* ; *comp.*, C. GIANNOPOULOS, « En guise de conclusion : les avantages et les inconvénients du Protocole 16 », in F. BENOIT-ROHMER (Dir.), *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Actes de la journée d'étude de l'institut de recherche Carré de Malberg, Université de Strasbourg, 25 janvier 2019, *précit.*, p.80, spé. p.83 et s.

[26] Une approche similaire a déjà été retenue pour juger du caractère vertueux ou non du dialogue des juges dans sa dimension procédurale. Sur cette analyse, A.-S. BRUN-WAUTHIER et G. VIAL, « Gestation pour autrui : le cercle vertueux du dialogue des juges – A propos de l'avis consultatif de la Cour EDH du 10 avril 2019 », *RDLF* 2019, chron.22.

[27] Sur cette genèse, voir notamment, Rapport explicatif, « Protocole n°16 à la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *précit.* ; F. Benoit-Rohmer, « Protocole 16 : Du soliloque au dialogue », *Liber Amicorum Stelios Perrakis*, éd. Sidéris, 2017, p.431.

Malgré tout, des incertitudes peuvent émerger quant à l'objectivité argumentative de l'avis. Dans ces conditions, la crainte que le dialogue se réduise à un simple écran de fumée ne peut pas être exclue. Afin de l'éviter, on s'efforcera d'envisager les moyens de relativiser cette impression. Particulièrement délicat à réaliser, cette entreprise contribue à souligner la manière très particulière dont la CEDH appréhende le dialogue des juges. Il s'agit ainsi de souligner *la difficile relativisation des zones d'ombres de l'avis* (**B**).

A – Une argumentation convaincante

9. A bien des égards, l'avis consultatif rendu par la CEDH permet de dégager des solutions de principe claires sur la question de la reconnaissance des effets d'une GPA pratiquée à l'étranger. Trois éléments témoignent particulièrement de la capacité de l'avis à faciliter l'adhésion des juridictions nationales.

10. *La reconnaissance de la liberté étatique comme stratégie dialogique.* – En premier lieu, la CEDH rappelle sa jurisprudence antérieure sur un certain nombre de points. En particulier, la juridiction européenne rappelle qu'il est « concevable que la France puisse souhaiter décourager ses ressortissants de recourir à l'étranger à une méthode de procréation qu'elle prohibe sur son territoire »[28]. L'affirmation de la liberté de choix nationale en matière de GPA n'est conditionnée que dans un second temps par le nécessaire respect des droits fondamentaux de l'enfant, en particulier le droit au respect de sa vie privée. Ce type de présentation n'est pas nouveau. Nicolas Hervieu souligne ainsi que, sur les sujets de société mettant en cause des questions morales ou éthiques délicates, la Cour a tendance à afficher, dans un premier temps, une « déférence envers les choix nationaux » sur la question du principe pour, dans un second temps, « mieux légitimer l'exercice d'un contrôlé européen des conséquences conventionnelles de ces choix »[29]. Par ce biais, elle affirme le respect des choix politiques nationaux pour mieux faire accepter la légitimité des condamnations ultérieures[30]. Cette stratégie argumentative s'inscrit pleinement dans une logique de dialogue. Les ordres juridiques étatiques ont ainsi le sentiment que leur position est prise en compte sans que cela n'interdise à la Cour d'imposer ses décisions. La tolérance manifestée est ainsi fondamentale au processus

[28] §39.

[29] N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société. Gestation pour autrui, transsexualisme et mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH) », *revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 8 septembre 2014 [en ligne], http://revdh.revues.org/870, n°13.

[30] *Idem*, n°30 ; *adde*, N. HERVIEU, « Une Cour européenne maîtresse de son destin », *revue des droits de l'homme*, Actualités Droits-Libertés, 12 mai 2014, [en ligne] https://journals.openedition.org/revdh/658#tocto2n8, n°86 et s.

dialogique. Faut-il y voir un simple « voile de fumée »[31] destiné à leurrer les Etats membres ? Pas nécessairement dans la mesure où la Cour s'efforce de fonder rationnellement son argumentation.

11. *La rationnalité du processus argumentatif.* – En deuxième lieu, la CEDH précise que « le droit au respect de la vie privée, au sens de l'article 8 de la Convention, d'un enfant né à l'étranger à l'issue d'une gestation pour autrui, requiert que le droit interne offre une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre cet enfant et la mère d'intention, désignée dans l'acte de naissance légalement établi à l'étranger comme étant la « mère légale »[32]. La solution est, sur ce point, exempte de tout débat possible. La juridiction pose un principe sur lequel elle n'entend pas déroger. Dès lors, il pourrait être tentant de considérer que la juridiction fait preuve d'une simple tolérance de façade. Cependant, la juridiction européenne va s'efforcer de justifier la rationalité de sa solution. C'est cette *entreprise d'objectivisation du raisonnement* qui sert alors à légitimer sa décision[33]. On peut parler à cet égard d'une forme de dialogue persuasif[34].

12. A cette fin, la juridiction strasbourgeoise va invoquer un principe général dont l'importance ne saurait être remise en question par quiconque : l'intérêt supérieur de l'enfant[35]. Elle procède ainsi en deux temps[36]. Après avoir affirmé que les Etats membres disposent d'une large marge d'appréciation en raison de l'absence de consensus au sein des Etats membres sur la question de la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et ses parents d'intention, elle rappelle que cette marge est néanmoins réduite lorsqu'un impératif clé est en jeu. Tel est le cas lorsque « le droit à l'identité » est impliqué, particulièrement lorsque ce droit s'interprète, en outre, dans le cadre de l'intérêt supérieur de l'enfant. Dès lors, compte tenu de l'importance de l'intérêt en cause, il serait nécessaire d'imposer aux Etats membres la reconnaissance d'un lien juridique entre l'enfant et sa mère d'intention.

---

[31] J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *précit*., p.118.

[32] §46.

[33] Soulignant la nécessité de fonder l'autorité de la décision sur sa qualité argumentative, notamment J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *RIEJ* 2008/2, vol.61, p.121 et s.

[34] L'expression est empruntée à R. DE GOUTTES, « Le dialogue des juges », *Cah. Cons. Const.,* Hors-série 2009, colloque du cinquantenaire, 3 novembre 2009, [en ligne] https://www.conseil-constitutionnel.fr/nouveaux-cahiers-du-conseil-constitutionnel/le-dialogue-des-juges

[35] §37.

[36] §43 et s.

13. En vue de légitimer sa solution et d'éviter les réactions négatives de la part des Etats membres, la CEDH s'efforce donc de fonder « objectivement » son avis. La conception du « dialogue des juges » qui s'en dégage serait ainsi la suivante : il importe peu que la juridiction européenne contraigne des Etats membres à adhérer à ses solutions[37] dès lors que l'accent est mis sur le processus décisionnel. La prévalence reconnue à la rationalité de la décision poserait les jalons d'un possible débat et se construirait par conséquent dans un cadre argumentatif aux antipodes de « l'*hubris* de la toute-puissance »[38]. L'esprit dialogique serait d'ailleurs renforcé par l'admission d'un pluralisme juridique à propos des modalités d'établissement du lien de filiation entre l'enfant et sa mère d'intention.

14. *L'admission du pluralisme juridique sur les modalités d'établissement du lien de filiation* – S'agissant, en troisième lieu, des techniques d'établissement du lien entre l'enfant et sa mère d'intention, la CEDH affirme que « le choix des moyens à mettre en œuvre pour permettre la reconnaissance du lien enfant-parents d'intention tombe dans la marge d'appréciation des États »[39]. Elle précise à la suite que « l'article 8 de la Convention n'impose pas une obligation générale pour les États de reconnaître *ab initio* un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention […].On ne saurait déduire de l'intérêt supérieur de l'enfant […] que la reconnaissance du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention que requiert le droit de l'enfant au respect de la vie privée, au sens l'article 8 de la Convention, impose aux États de procéder à la transcription de l'acte de naissance étranger en ce qu'il désigne la mère d'intention comme étant la mère légale. Selon les circonstances de chaque cause, d'autres modalités peuvent également servir convenablement cet intérêt supérieur, dont l'adoption, qui, s'agissant de la reconnaissance de ce lien, produit des effets de même nature que la transcription de l'acte de naissance étranger »[40]. En l'espèce, la juridiction autorise une large marge d'appréciation au bénéfice des Etats membres. Ce faisant, la CEDH témoigne de son adhésion à une forme de pluralisme juridique. Ce pluralisme facilite évidement le dialogue des juges en ce qu'il renvoie aux

[37] C'est le propre du système conventionnel. Sur ce point, voir notamment G. LÜBBE-WOLFF, « Comment la Cour européenne des droits de l'homme peut-elle renforcer le rôle des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », in *Dialogue entre juges*, Actes du séminaire « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? », Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2012, p.11, spé. p.15.

[38] A. SUPIOT, « La guerre du dernier mot », *précit.*, p.503. *Comp.,* P. WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, p.1121.

[39] §1.

[40] §52-53.

juridictions des Etats membres le choix du modèle retenu. Là encore, l'objectif est double. Les juridictions nationales seront libres de faire valoir les spécificités nationales. Parallèlement, la Cour de cassation sera d'autant plus encline à mettre en œuvre la solution qu'elle aura été à son origine. Ce double objectif rend compte, *in fine*, de l'expression du « versant unilatéral du dialogue »[41]. Il a en effet été souligné qu'un dialogue réussi ne pouvait pas se concevoir sans le soutien actif des juridictions suprême des Etats membres. Sans cette contribution étatique, on ne peut pas penser une mise en œuvre vertueuse du principe de subsidiarité, dans laquelle les juges nationaux remplissent leur office de juge européen de droit commun sur la base d'un processus dialogique loyal et constructif[42].

15. L'ensemble de ces principes, clairement affirmés par l'avis, rend ainsi compte d'une volonté d'objectivisation du raisonnement et d'ouverture à un certain pluralisme, constitutif d'une certaine conception du dialogue des juges. Il n'est pas interdit, cependant, de s'opposer à une telle conception et de dénoncer l'autoritarisme que ce type de dialogue s'efforce de cacher.

B – La difficile relativisation des zones d'ombres

16. En dépit des éclaircissements apportés par l'avis de la CEDH en matière de reconnaissance des effets en France d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger, des zones d'ombre demeurent. L'objectivité du processus décisionnel de la CEDH semble en effet largement critiquable. Dès lors, il conviendrait d'admettre que le dialogue des juges n'est qu'un jeu de dupe. Cette conclusion pourrait d'ailleurs être confirmée par l'incidence des conditions d'encadrement des modalités d'établissement du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention.

17. *Une possible remise en cause de la rationalité du processus décisionnel.* – On a préalablement souligné que l'existence du dialogue est en lien direct avec l'aptitude du juge à emporter l'adhésion de son auditoire. Envisagé comme un

[41] N. HERVIEU, « Une Cour européenne maîtresse de son destin », *précit.*, n°83.

[42] F. BENOIT-ROHMER, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des Droits de l'Homme », in F. BENOIT-ROHMER (Dir.), *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole 16 à la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Actes de la journée d'étude de l'institut de recherche Carré de Malberg, Université de Strasbourg, 25 janvier 2019, reproduit in *La revue des droits de l'Homme*, 16/2019 [en ligne] https://journals.openedition.org/revdh/6959, p.1, spé. p.3 et s.

processus d'interaction[43], le dialogue implique en effet de retenir une solution la plus cohérente et légitime possible. Or, à cet égard, la discussion est possible.

18. *Rationalité du processus décisionnel et notions floues.* – D'une part, afin d'asseoir l'autorité persuasive de son opinion, la CEDH utilise des notions particulièrement malléables : l'intérêt supérieur de l'enfant et la marge nationale d'appréciation. Le flou qui entoure ces notions invite à se demander si la Cour ne se contente pas de donner à son raisonnement une apparence de rationalité pour mieux exercer son pouvoir despotique.

19. *L'intérêt supérieur de l'enfant.* – S'agissant de l'intérêt supérieur de l'enfant, la juridiction précise qu'elle « se réfère au principe essentiel selon lequel, chaque fois que la situation d'un enfant est en cause, l'intérêt supérieur de celui-ci doit primer »[44]. Un renvoi est donc opéré au célèbre article 3 de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant. En évoquant cette disposition, la juridiction prétend ainsi se placer sous l'autorité d'une notion dont la légitimité ne saurait être contestée. Pourtant, malgré l'aura qui s'attache à l'usage de ce concept, son contenu est largement indéterminé[45]. Le flou qui s'y attache pourrait alors favoriser l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire dans sa mise en œuvre.

20. Il est toutefois possible de relativiser partiellement cette crainte. En effet, la variabilité du contenu de la notion n'implique pas nécessairement de subjectivité dans sa mise en œuvre. Certes, le doyen Carbonnier voyait dans l'intérêts supérieur de l'enfant une « formule magique »[46]. Le Conseil d'Etat s'est d'ailleurs référé à l'inconsistance de la notion, parmi d'autres éléments, pour écarter l'argument de l'intérêt supérieur de l'enfant invoqué à l'encontre de l'ouverture de la procréation médicalement assistée aux couples de femmes de même sexe et aux femmes seules[47]. Cependant, on ne peut pas faire abstraction

[43] Notamment, F. TULKENS, « Introduction », *précit.*, p.10.
[44] §38.
[45] T. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice » », in Séminaire droits des femmes face à l'essor de l'intérêt de l'enfant, *La revue des Droits de l'Homme* 3/2013, [en ligne] https://revdh.revues.org/189 ; T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *Journal du droit des jeunes,* 2011/3 (n°303), p.10, spé. p.12.
[46] J. CARBONNIER, *Droit civil. La famille, l'enfant et le couple*, 21e édition, Thémis, Tome 2, PUF, 2002, p. 85.
[47] Conseil d'Etat, *Révision de la loi bioéthique : quelles options pour demain ?*, 28 juin 2018, [en ligne] https://www.conseil-etat.fr/ressources/etudes-publications/rapports-etudes/etudes/revision-de-la-loi-de-bioethique-quelles-options-pour-demain, p.54. L'argument consiste à affirmer que l'intérêt supérieur de l'enfant serait de naître au sein d'un couple hétérosexuel pour éviter des troubles psychiques. Le Conseil d'Etat considère cependant que les études scientifiques conduites sur le sujet sont controversées.

de l'effort définitionnel entrepris en 2013 par le Comité des droits de l'enfant des Nation Unies[48]. Depuis lors, si l'indétermination du concept juridique demeure, elle n'entrave pas irrémédiablement une évaluation de l'intérêt supérieur de l'enfant fondée sur des critères objectifs[49]. Sans doute cet exercice est-il particulièrement délicat. Le degré d'objectivité de son utilisation doit néanmoins être jugé à l'aune de l'avis. Il convient, par conséquent, de vérifier l'utilisation faite de l'intérêt supérieur de l'enfant en tant que principe interprétatif, en tant que droit de fond et en tant que règle de procédure, conformément aux préconisations du Comité des droits de l'enfant.

21. Pris en tant que *principe interprétatif*, la Cour s'efforce de déterminer le sens à retenir de l'intérêt supérieur de l'enfant pour en garantir la plus grande efficacité possible[50]. Or, la juridiction européenne considère qu'il ne serait être question de laisser l'enfant devenir la victime expiatoire du comportement de ses parents. Elle affirme ainsi que « l'impossibilité générale et absolue d'obtenir la reconnaissance du lien entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention n'est pas conciliable avec l'intérêt supérieur de l'enfant, qui exige pour le moins un examen de chaque situation au regard des circonstances particulières qui la caractérise »[51]. Cette solution procède, semble-t-il, d'une juste analyse des exigences découlant de l'intérêt supérieur de l'enfant. Pour s'en convaincre, on pourra d'ailleurs renvoyer à l'analyse proposée par Muriel Fabre-Magnan en matière de GPA. En dépit des nombreuses réserves de l'auteur à l'encontre de ce procédé[52], elle considère en effet qu'un lien juridique doit être reconnu en France lorsque l'enfant est déjà né[53].

---

[48] Le Comité des droits de l'enfant des Nations Unies définit la notion d'intérêt supérieur de l'enfant comme un « concept triple » : droit de fond, principe juridique interprétatif fondamental et règle de procédure (Comité des droits de l'enfant, « Observation générale, 2013, n° 14, sur le droit de l'enfant à ce que son intérêt supérieur soit une considération primordiale [art. 3, § 1], 29 mai 2013 », CRC/C/GC/14, §6 ; *adde.* T. HAMMARBERG, « Le principe de l'intérêt supérieur de l'enfant : ce qu'il signifie et ce qu'il implique pour les adultes », *précit.*, p.11.

[49] J. CARDONA LORENS, « Présentation de l'observation générale n°14 : forces et limites, les points de consensus et de dissensions apparus dans son élaboration », in *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2017, p.9, spé. p.13.

[50] J. CARDONA LORENS, « Présentation de l'observation générale n°14 : forces et limites, les points de consensus et de dissensions apparus dans son élaboration », *précit.*, p.17.

[51] §42.

[52] Voir notamment son ouvrage, M. FABRE-MAGNAN *La gestation pour autrui : fictions et réalités*, Paris, Fayard, 2013.

[53] M. FABRE-MAGNAN, « Les trois niveaux d'appréciation de l'intérêt de l'enfant », *D.* 2015, p.224.

22. S'agissant en revanche de *l'énoncé du contenu de l'intérêt supérieur de l'enfant*, la solution est plus critiquable. En effet, la juridiction enrichit le concept[54] en précisant que « l'intérêt supérieur de l'enfant comprend aussi l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être, ainsi que la possibilité de vivre et d'évoluer dans un milieu stable »[55]. Cet enrichissement pose des questions sur le sens précis de « l'identification ». Quoi qu'il en soit, l'affirmation de cette nouvelle dimension ne se fonde sur aucun élément spécifique, qu'il s'agisse de droit comparé ou autre. Ce faisant, la CEDH semble s'arroger le pouvoir de définir seul le contenu de la notion, sans égard pour un quelconque exercice dialogue de co-construction des droits fondamentaux.

23. De la même manière, *l'utilisation procédurale de l'intérêt supérieur de l'enfant* interroge sur l'existence d'une logique de dialogue. Ce principe devrait servir d'instrument d'arbitrage, de « facteur de proportionnalité »[56], entre l'intérêt de l'enfant et les intérêts pouvant s'y opposer[57]. Or, la Cour se contente de souligner que « l'intérêt supérieur de l'enfant ne se résume pas au respect de ces aspects de son droit à la vie privée. *Il inclut d'autres éléments fondamentaux*, qui ne plaident pas nécessairement en faveur de la reconnaissance d'un lien de filiation avec la mère d'intention »[58]. Cette formulation rend pleinement compte de ce que le raisonnement tourne uniquement autour de l'intérêt de l'enfant, sans jamais le confronter aux autres intérêts en cause. En somme, aucune pesée des intérêts en présence n'a lieu. Cette situation n'est pas exempte de risques[59]. Surtout, Hugues Fulchiron y voit une véritable stratégie de la CEDH pour éviter d'aborder directement « les questions qui fâchent »[60]. On pourrait alors être tenté d'y voir une technique destinée à éviter le dialogue.

24. Malgré ces inquiétudes légitimes, c'est sans doute moins l'opportunité des solutions actuelles qui sont en débat, que celle des orientations futures qui se

---

[54] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*

[55] §42.

[56] A. GOUTTENOIRE et F. SUDRE, « La Cour européenne des droits de l'homme et l'intérêt de l'enfant », *précit.*, n°15 et s.

[57] T. DUMORTIER, « L'intérêt de l'enfant : les ambivalences d'une notion « protectrice », *précit.*, n°7 ; J. CARDONA LORENS, « Présentation de l'observation générale n°14 : forces et limites, les points de consensus et de dissensions apparus dans son élaboration », *précit.*, p.15 et s.

[58] §41.

[59] J. FIERENS, « Alpha ursae minoris – L'étoile polaire et l'intérêt supérieur de l'enfant parmi les intérêts concurrents », in *L'intérêt supérieur de l'enfant – Un dialogue entre théorie et pratique*, Conseil de l'Europe, Hors collection, 2017, p.38, spé. p.39.

[60] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*

dessinent[61]. L'emploi fait de la notion d'intérêt supérieur de l'enfant, en dépit de son flou, n'appelle donc pas nécessairement de critiques fondamentales au regard du dialogue des juges. Toutefois, il ne s'agit pas de la seule notion indéterminée employée par la CEDH.

25. *La marge nationale d'appréciation des Etats membres.* – Le recours à la marge d'appréciation nationale pourrait susciter des réserves au regard du dialogue des juges. Pour le comprendre, il faut définir la notion de marge d'appréciation nationale. Cette entreprise n'est pas nécessairement aisée en raison de l'absence de consensus[62]. Selon Florian Hoffmann et Julie Ringelheim, il faut y voir « une latitude plus ou moins importante » laissée aux Etats dans l'appréciation du contenu des obligations découlant de la Conv.EDH[63]. Il s'agit donc d'une technique visant à atteindre un équilibre satisfaisant entre l'interprétation dynamique des droits de l'homme par la Cour et la mise en œuvre de ces droits par les juridictions nationales. L'objectif est à la fois de favoriser le principe de subsidiarité[64] et de permettre l'expression d'un certain pluralisme juridique[65]. En ce sens, l'utilisation de la marge nationale d'appréciation contribue au dialogue.

26. Pourtant, la mise en œuvre concrète de cette marge d'appréciation renvoie fréquemment l'image d'un instrument au service du pouvoir de la CEDH. En effet, l'amplitude de la marge d'appréciation peut être réduite par la Cour dès lors que des impératifs qu'elle estime supérieurs seraient mis en cause[66]. Tel est

---

[61] *Id.*

[62] L. BURGORGE-LARSEN, « Le jeu ambigu du consensus européen dans la détermination de la marge d'appréciation. La vision critique de Françoise Tulkens », 2012, [en ligne] https://strasbourgobservers.com/2012/09/06/le-jeu-ambigu-du-consensus-europeen-dans-la-determination-de-la-marge-dappreciation-la-vision-critique-de-francoise-tulkens/ ; *adde*, L. DONNAY et F. TULKENS, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature », *Revue de Science criminelle et de droit pénal comparé*, 2006, n°1 ;

[63] F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *RIEJ* 2004, n°52, p.109, [en ligne] https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=39&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwicwMbn3NLkAhWh3eAKHUviALk4HhAWMAh6BAgJEAI&url=http%3A%2F%2Fwww.dhdi.free.fr%2Frecherches%2Fdroithomme%2Farticles%2Fringelheimhoffman.doc&usg=AOvVaw0RpTNgX35XYA8g-QKHnz21

[64] A. KOVLER, « La Cour européenne des droits de l'homme face à la souveraineté d'Etat », *L'Europe en formation* 2013/2 (n°368), p.209, spé. p.211 ; F. HOFFMANN et J. RINGELHEIM, « Par-delà l'universalisme et le relativisme : La Cour européenne des droits de l'homme et les dilemmes de la diversité culturelle », *précit.*

[65] L. RASS-MASSON, *Les fondements du droit international privé européen de la famille*, Thèse dactyl., univ. Paris II, décembre 2015, p.385, n°478 et s.

[66] En particulier N. HERVIEU, « La Cour européenne des droits de l'homme, stratège juridictionnel face aux enjeux brûlants de société. Gestation pour autrui, transsexualisme et

d'ailleurs le cas en l'espèce[67]. Faut-il y voir un pseudo-dialogue ? Il a pu être affirmé que « l'invocation de la marge d'appréciation des États se voit […] dotée d'une fonction principalement incantatoire dès lors que, en fait, le droit à l'identité se présente, au regard de la jurisprudence, comme un formidable outil de sa désactivation, quelle que puisse être son ampleur »[68]. Partant, il faudrait en conclure que le dialogue des juges est de pure façade, la CEDH se réservant le droit d'écarter toute démarche dialogique dans l'exercice de son office.

27. Cette analyse n'est pas fausse. Il est toutefois possible d'invoquer deux arguments, d'importance inégale, pour justifier l'adoption par la CEDH d'une solution aussi tranchée. D'une part, la Cour relève que « malgré une certaine évolution vers la possibilité d'une reconnaissance juridique du lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, il n'y a pas consensus en Europe sur cette question »[69]. Bien entendu, il n'est pas possible d'y voir, en soi, un argument en faveur d'une prise de position autoritaire de la Cour. Toutefois, en évoquant l'évolution vers une reconnaissance du principe de l'établissement du lien de filiation dans les droits des Etats membres, la logique affleure qu'un consensus finira par émerger sur ce point. Dès lors, on pourrait être tenté de plaider pour une *analyse anticipée du consensus*. Ce serait toutefois l'expression d'un « dialogue » bien particulier. L'anticipation implique en effet un acte de création. Pour se dégager d'une telle analyse, il est nécessaire de réaffirmer que la CEDH envisage le « dialogue des juges » d'une manière très particulière.

28. Deux conceptions du dialogue paraissent s'opposer. Selon une première acception, insistant sur la logique dialogique, les juges s'efforceraient de parvenir à une solution consensuelle. Une telle conception risque cependant d'aboutir à une paralysie de la Convention, les Etats pouvant être tenté d'invoquer systématiquement leurs spécificités. Selon une seconde acception, le dialogue des juges consisterait moins à garantir l'existence d'un processus décisionnel interactif systématique que de déterminer les cas dans lesquels la CEDH « doit tenir compte de la position exprimée par les acteurs nationaux »[70]. En somme, le dialogue des juges serait principalement un « dialogue » d'autorité[71], les prises de

mariage des couples de même sexe (Art. 8 et 12 CEDH) », *précit.* ; *adde* T. MARZAL, « La cosmologie juridique de la Cour de justice de l'Union européenne illuminée par le droit international privé (de l'utilité nouvelle des notions d'ordre public et lois de police) », *APD,* 2015, t.58, p.267, spé. p.277 et s.

[67] §46.

[68] K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle* ?, Thèse dactyl. Paris, 1, décembre 2017, p.278, n°637.

[69] §43.

[70] N. HERVIEU, « Une Cour européenne maîtresse de son destin », *précit.*, n°91.

[71] L'expression est empruntée à R. DE GOUTTES, « Le dialogue des juges », *précit.*

positions étatiques n'étant prises en compte que de manière très restrictive. C'est à cette seconde conception que la juridiction strasbourgeoise parait se référer. Elle aurait l'avantage de justifier la tendance de la Cour à fonder ses décisions sur ses propres précédents.

29. *Rationalité du processus décisionnel et autoréférence.* – La CEDH ne manque pas de justifier son avis par un renvoi à ses précédents jurisprudentiels. On parle à cet égard du caractère autoréférencé de l'avis. Cette démarche n'est pas exempte de critiques.

30. D'une part, en n'effectuant pas de référence à des précédents externes, la dimension persuasive de l'argumentation de la CEDH s'appauvrie considérablement[72]. L'impression qui ressort est en effet celle d'un exercice autocentré du pouvoir d'interpréter le droit. A certains égards, la critique est légitime. Il faut néanmoins se garder d'en surévaluer l'importance. Tout d'abord, l'absence de référence explicite à des précédents jurisprudentiels externes n'interdit pas de se poser la question d'une référence implicite, nécessairement délicate à identifier[73]. En tout état de cause, l'avis renvoie à des textes internationaux même s'il ne précise pas dans quelle mesure ces éléments ont influencé la solution retenue[74]. Ensuite, le procédé tendant à renvoyer à des précédents externes est lui-même critiqué, notamment en raison de son manque d'objectivité[75]. Enfin, soulignons que si la CEDH se prive de la possibilité de renforcer ses propres positions, elle prend soin, en revanche, de procéder à un dialogue vertical avec les juridictions des Etats membres pour identifier un éventuel principe général ou un consensus européen[76]. Le dialogue est donc présent dans le raisonnement.

31. D'autre part, en fondant ses solutions sur ses arrêts antérieurs, la CEDH ne tiendrait pas compte du fait que les réelles motivations de n'importe quelle

[72] *Comp.* J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », p.122 et s.

[73] B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *précit.*, p.6.

[74] §19 et s.

[75] J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *précit.*, p.119 et s. ; *adde.,* B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », p.9.

[76] B. FRYDMAN, « Conclusion : le dialogue international des juges et la perspective idéale d'une justice universelle », *précit.*, p.6.

décision de justice sont fondamentalement étrangères aux règles de droit[77]. Ces dernières serviraient uniquement, en pratique, d'habillage légal à des considérations largement intuitives, pour ne pas dire purement culturelles ou personnelles[78]. Dès lors, en construisant ses solutions sur un processus d'autoréférence, l'argumentation développée n'aurait aucun fondement juridique légitime. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, soulignons que la critique renvoie aux différentes techniques de construction du processus décisionnel en droit. En particulier, la critique évoque les présupposés de la théorie réaliste de l'interprétation selon laquelle le juge jouit d'une liberté totale[79]. S'il ne peut être question de nier le pouvoir créateur inhérent à l'acte de juger, il convient néanmoins de tempérer le propos en rappelant, en particulier, que la norme juridique conserve un rôle cadrant de l'office du juge[80]. En ce sens, même si elle n'est pas à l'abri de toute critique, la pratique de l'autoréférence favorise une certaine cohérence des décisions jurisprudentielles. Dès lors, le dialogue peut s'inscrire dans un cadre ordonné.

32. Par conséquent, il est possible de considérer que les critiques liées à un prétendu défaut de rationalité du processus décisionnel peuvent être relativisées, au moins partiellement. Il convient désormais de vérifier s'il en est de même à propos de l'encadrement des modalités d'établissement du lien de filiation entre l'enfant né par GPA et sa mère d'intention.

33. *Limitation des modalités de reconnaissance du lien de filiation.* – Si la CEDH pose le principe d'une large marge d'appréciation dans le choix des modalités destinés à permettre l'établissement du lien de filiation, cette liberté est conditionnée. En effet, la Cour souligne que, si l'Etat membre entend reconnaitre le lien par une autre technique que la transcription de l'acte d'état civil étranger, les modalités retenues par le droit interne doivent garantir « l'effectivité et la célérité de leur mise en œuvre, conformément à l'intérêt supérieur de l'enfant »[81]. Dans son principe, cet encadrement ne fait pas débat. Cependant, la question d'une éventuelle condamnation de la jurisprudence de la Cour de cassation se pose. Le nécessaire recours à une adoption remplit-il les conditions d'effectivité et de

[77] En ce sens, B. ZUPANCIC, *Sur la Cour européenne des droits de l'Homme. Rétrospective d'un initié (1998-2016)*, L'Harmattan, 2018, p.225 et s.
[78] J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *précit.*, p.118.
[79] Sur laquelle voir notamment R. LIBCHABER, *L'ordre juridique et le discours du droit. Essai sur les limites de la connaissance du droit*, LGDJ, 2013, p.70, n°62 et s. ; K. BIHANNIC, *Repenser l'ordre public de proximité. D'une conception hiérarchique à une conception proportionnelle* ? , *précit.*, p.241, n°565.
[80] A. GARAPON, S. PERDRIOLLE, B. BARNABE et C. KADRI, La prudence et l'autorité, l'office du juge au XXIème siècle, p.18 et s.
[81] §55.

célérité ? Sur ce point, la doctrine est loin d'être unanime. Selon Hugues Fulchiron, l'avis « laisse entendre » que les solutions actuelles seraient conformes aux exigences européennes, même s'il conviendra de s'en assurer concrètement[82]. Anne-Marie Leroyer se montre beaucoup plus sceptique, affirmant qu'il « n'est pas certain que les conditions énoncées par la Cour européenne soient satisfaites en droit interne »[83]. Pascale Salvage-Gerest souligne pour sa part que, au regard du principe de célérité, ni l'adoption ni la transcription ne sont des options sûres[84]. Par conséquent, il est délicat d'envisager l'incidence de l'avis sur la solution jurisprudentielle. Deux remarques peuvent cependant être formulées.

34. D'une part, le fait que la CEDH pose des conditions à la validation de la situation soulève une question fondamentale : la marge de manœuvre est-elle simplement illusoire ? La tolérance est-elle simplement de façade ? Dans cette perspective, un parallèle peut être opéré avec un arrêt rendu par la Cour de Justice de l'Union européenne (ci-après CJUE) en matière de reconnaissance du nom patronymique[85]. Si le domaine juridique en cause était très différent, les deux affaires présentent néanmoins de nombreuses similitudes. Dans les deux cas il s'agissait de tenir compte de l'incidence de normes supranationales sur le fonctionnement des règles de droit international privé. De la même manière, il s'agissait de statuer sur les modalités de reconnaissance d'une situation, soit en procédant à sa transcription *ab intio*, soit en imposant le recours à une procédure spécifique de droit interne. Enfin, les deux juridictions européennes prétendent s'attacher au résultat de la mise en œuvre des règles de droit plutôt qu'à la méthode employée. Or, dans l'affaire *Freitag*, rendu le 8 juin 2017, la CJUE affirma qu'une reconnaissance directe de la solution doit être permise « à moins qu'il existe en droit national d'autres dispositions permettant effectivement la reconnaissance dudit nom »[86]. Commentant cette décision, Etienne Pataut souligne que si la solution rendue par la CJUE n'impose pas de reconnaissance *ab initio* du nom¸ il s'agit néanmoins de la méthode la « mieux à même de garantir le respect des exigences de la Cour »[87]. En va-t-il de même à propos de l'avis de la CEDH ? A la différence de l'arrêt rendu par la CJUE, la structure grammaticale de l'avis n'incite pas à le penser. Cependant, la CEDH précise que le lien doit être

[82] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*

[83] A.-M. LEROYER, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *RTD civ.* 2019, p.307.

[84] P. SALVAGE-GEREST, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui) – Cour européenne des droits de l'homme 10 avril 2019 », *AJ. Fam.* 2019, p. 289.

[85] CJUE, 8 juin 2018, *Freitag*, aff. C-541/15.

[86] §47.

[87] E. PATAUT, « Chronique citoyenneté de l'Union européenne – Familles recomposées », *RTD eur.*, 2017, p.589.

reconnu « au plus tard lorsqu'il s'est concrétisé »[88]. Comment interpréter cette notion ? Il s'agit à l'évidence d'une notion éminemment factuelle. Elle est cependant particulièrement ambigüe[89]. En particulier, dès lors que le droit étranger consacre l'existence d'un lien juridique, l'Etat saisi de la reconnaissance peut-il véritablement considérer que le lien n'est pas concrétisé à l'égard des parents d'intention dès la naissance de l'enfant[90] ? Le sentiment qui s'en dégage est alors celui d'une obligation de reconnaissance directe du lien de filiation constitué à l'étranger … Si tel venait bien à être le cas, il faudrait en déduire que le pluralisme n'est qu'apparent.

35. D'autre part, si l'avis ne se prononce pas directement sur la conformité du droit français de l'adoption aux exigences de célérité et d'effectivité, il attire néanmoins l'intention sur les limites inhérentes à cette technique en raison de son encadrement en droit interne. D'une certaine manière, la CEDH appelle donc à une réformation du droit de l'adoption. Le dialogue des juges, bien plus impératif que simplement persuasif, dépasserait ainsi les limites d'un simple échange entre différents juges. Pour vérifier si cette impression est exacte, il convient d'envisager l'avenir.

II – Les pistes de réflexion pour l'avenir

36. Il ressort des solutions immédiatement applicables à la suite de l'avis que le dialogue est conçu d'une manière relativement autoritaire par la CEDH, qui s'efforce plus de souligner l'opportunité rationnelle des décisions prises que de rechercher un véritable consensus. Il convient alors de vérifier si c'est cette même conception qui s'exprime au travers des pistes tracées pour l'avenir. Conformément à l'objectif visé par la conférence d'Izmir[91], le présent avis contribue en effet à fournir des « éléments d'orientations supplémentaires permettant d'aider les Etats Parties à éviter de nouvelles violations ». Toutefois, si ces éclaircissements contribueront sans doute à éviter l'émergence d'un nouveau contentieux, et participent en ce sens d'un certain dialogue, le fait est que les principes posés paraissent, parfois, particulièrement impératifs (**A**). A terme, les orientations qui découlent de l'avis incite à envisager les rapports entre le dialogue des juges et la démocratie (**B**).

A – Des principes impératifs

[88] §52.
[89] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*
[90] A.-M. LEROYER, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *précit.*
[91] *Supra.*

37. *Des évolutions pressenties.* – La juridiction européenne s'efforce, dans la mesure du possible, de poser les orientations futures de sa jurisprudence en matière de GPA. A ce titre, la Cour passe outre les limites qu'elle avait posé au début de son avis[92]. Cette extension est explicite à propos de deux éléments.

38. D'une part, la Cour affirme qu'à ce jour, sa jurisprudence met un certain accent sur l'existence d'un lien biologique entre l'enfant et au moins l'un des parents d'intention. Elle rappelle à cet égard que la question à examiner en l'espèce inclut explicitement un élément factuel selon lequel le père d'intention a un lien biologique avec l'enfant concerné. La Cour va circonscrire sa réponse en conséquence. *Elle précise toutefois qu'elle pourrait être appelée à l'avenir à développer sa jurisprudence dans ce domaine, étant donné en particulier l'évolution de la question de la gestation pour autrui* »[93]. Sans surprise, cette formulation a suscité des réactions doctrinales qui y voient très logiquement, en dépit du caractère mystérieux de la formule[94], une possible évolution de la jurisprudence en vue d'abandonner toute idée de lien biologique entre l'enfant et le père d'intention, et possiblement entre les deux parents[95]. Si tel venait à être le cas, cela impliquerait que la CEDH entend imposer la reconnaissance des effets découlant aussi bien d'une gestation pour autrui que d'une procréation pour autrui[96]. L'utilisation d'un raisonnement par analogie, largement présent dans le cadre de cet avis, contribue d'ailleurs à admettre cette interprétation. Une fois posé que le lien juridique doit nécessairement être reconnu entre l'enfant et la mère d'intention, il devient possible de défendre la nécessite de reconnaître le lien juridique existant entre l'enfant et le père d'intention qui n'aurait pas fournit de matériel génétique. L'analogie se présenterait ainsi comme le formidable instrument d'une course en avant où l'admission d'une situation appellerait nécessairement celle de toutes les situations vaguement comparables. Il n'y aurait pas lieu de s'en étonner. Le pouvoir déréglementant d'une lecture extensive du principe d'égalité et de non-discrimination est affirmé de longue date[97]. En matière de GPA, cette lecture

---

[92] §25 et s.

[93] §36. (*L'italique est de nous*).

[94] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*

[95] Voir notamment, P. SALVAGE-GEREST, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui) – Cour européenne des droits de l'homme 10 avril 2019 », *précit.*

[96] Sur les différentes formes de GPA, voir notamment *Révisions de la loi bioéthique : Quelles options pour demain ?*, Conseil d'Etat, *précit.*, p.76.

[97] Notamment A. POSEZ, « Le mariage pour tous, ou l'impossible égalité », *D.* 2012, p.2616 ; pour une réflexion en ce sens sur la question du mariage homosexuel, F. NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, LGDJ, 2008, p.147, n°258 et s. Considérant d'une manière plus globale que l'argument de la discrimination doit être « manié avec discernement tant il risque d'être

extensive du principe est d'ailleurs largement invoquée. A l'occasion des débats sur la révision du droit bioéthique, des voix se sont élevées pour solliciter ou dénoncer, selon les cas, un possible abandon du caractère prohibitif du droit interne français afin de permettre aux couples d'hommes ou hommes seuls de satisfaire leur désir d'enfant, à l'instar de ce qui sera désormais possible pour les couples de femmes et les femmes seuls. Il ne fait pas de doute qu'une exacte utilisation juridique de l'argument de l'égalité et de la non-discrimination ne tient pas en l'espèce[98]. Il n'en reste pas moins que, de proche en proche, l'admission de tous les effets découlant d'une GPA réalisée à l'étranger pourrait contribuer à condamner l'interdit de droit interne au nom d'un principe de réalité ou pour lutter contre des discriminations économiques, entre ceux ayant les moyens d'aller à l'étranger et les autres. Cet effet dérégulatoire découlant d'une conception extensive du principe de non-discrimination ne pourra toutefois fonctionner qu'à la condition de parvenir à concilier les principes fondamentaux du droit français de la bioéthique, prévu aux articles 16 à 16-8 du code civil, avec une forme de GPA qui reste à inventer[99].

39. D'autre part, la CEDH précise que, même si le litige « ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention », il est « important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut *a fortiori* dans un tel cas »[100]. La solution paraissait entendue. Dès lors que la Cour pose le principe de la nécessité de reconnaître le lien juridique existant entre l'enfant et la mère d'intention qui n'a pas fourni ses gamètes, il doit, à plus forte raison, être reconnu lorsque le matériel génétique de la mère a été utilisé. Néanmoins, ainsi qu'on a pu le souligner, le propos est des plus clairs… mais aussi des plus directifs[101].

spécieux », B. AUDIT, « Les avatars de la loi personnelle en droit international privé contemporain », in *Le monde du droit, écrits en l'honneur de Jacques Foyer*, Economica, 2008, p.49, spé. p.67, n°26.

[98] *Révisions de la loi bioéthique : Quelles options pour demain ?*, Conseil d'Etat, *précit.*, p.81 ; V. DEPADT, « Juridiquement, la PMA pour toutes n'entrainera pas la GPA », interview réalisé par R. Scotto, *L'express*, 5 oct.2018, [en ligne] https://www.lexpress.fr/actualite/societe/sante/juridiquement-la-pma-pour-toutes-n-entrainera-pas-la-gpa_2038139.html

[99] Le Comité consultatif national d'éthique considère, à ce jour, qu'une GPA éthique n'est pas envisageable (*Avis 129, Contribution du comité consultatif national d'éthique à la révision de la loi* bioéthique, CCNE, 18 septembre 2018, p.124 ; *Comp.*, *Révisions de la loi bioéthique : Quelles options pour demain ?*, Conseil d'Etat, *précit.*, p.86).

[100] §47.

[101] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*

40. Dans les deux cas, l'avantage réside indéniablement dans l'anticipation d'un contentieux à venir et l'avis de la CEDH contribue certainement à poser les jalons de sa jurisprudence future de manière plus ou moins explicite. Ces deux éléments pourraient d'ailleurs se rattacher au principe selon lequel l'intérêt supérieur de l'enfant suppose « l'identification en droit des personnes qui ont la responsabilité de l'élever, de satisfaire à ses besoins et d'assurer son bien-être ». Hugues Fulchiron a en effet mis en évidence le fait que cette notion enrichissante de l'intérêt supérieur de l'enfant impliquerait peut-être une évolution de la conception de la filiation[102]. Dans cette perspective, il conviendrait de procéder à une lecture fonctionnelle de la filiation plutôt qu'une lecture biologique. Une telle perspective n'est pas totalement ignorée du droit français, qui admet, depuis 2013 que, dans l'intérêt supérieur de l'enfant, un lien juridique puisse être constatée « entre l'enfant et un tiers, parent ou non, en particulier lorsque ce tiers a résidé de manière stable avec lui et l'un de ses parents, a pourvu à son éducation, à son entretien ou à son installation, et a noué avec lui des liens affectifs durables »[103]. On retrouve une conception fonctionnelle du rapport à l'enfant par l'entremise des éléments possiblement pris en compte : la prise en charge financière de l'enfant et la prise en charge affective de l'enfant. Cependant, et c'est la limite au parallèle, il ne s'agit pas d'en déduire un lien de filiation, même s'il a pu être affirmé que cette disposition constituait une étape possible dans la pleine reconnaissance du « groupe familial fondé par un couple de même sexe »[104], d'une part, et que la jurisprudence admet d'y attacher des effets – droit de visite et d'hébergement – découlant globalement du droit de la filiation, d'autre part[105].

41. *Des principes impératifs ?* – Au regard du dialogue des juges, l'avis contribue au sentiment que la juridiction européenne se contente de poser les solutions auxquelles les Etats membres n'auront d'autre choix que de se plier. Certes, l'argument de l'égalité est au cœur du raisonnement, ce qui fonde sa légitimité. Cependant, le principe d'égalité peut, par petits pas, en jouant sur les différentes dimensions de la discrimination, en considérant tantôt la situation des uns, tantôt celle des autres, aboutir à imposer les choix politiques de la juridiction strasbourgeoise[106]. La Cour entend-elle véritablement se désintéresser de l'opinion des Etats membres ? Il serait exagéré d'affirmer cela. Un certain nombre

---

[102] *Id.*

[103] Article 371-4 du code civil, alinéa 2. Sur ce texte, voir notamment A. GOUTTENOIRE, « Autorité parentale », *Rep. Dr. civ.*, Dalloz, octobre 2017 (actualisation : juillet 2019), n°319 et s.

[104] M. SAULIER, « Le droit de visite de la compagne de la mère : dernières illustrations d'une époque bientôt révolue ? », obs. sous Civ.1ère, 26 juin 2019, *AJ Fam.* 2019, p.460.

[105] *Id.*

[106] *Supra*.

de questions liées à la GPA ne sont pas envisagées, sans doute en raison de leur caractère éminemment sensible[107]. La prudence pourrait s'analyser comme un moyen de prise en compte du dialogue[108]. Au demeurant, la Cour procède bien à une analyse de droit comparé en vue de déterminer l'existence ou l'absence d'un consensus européen sur la question. Cependant, le cadre dans lequel les Etats membres pourront invoquer la défense de certaines spécificités nationales parait se réduire continuellement si bien que le « dialogue » semble surtout destiné à soumettre les juridictions nationales. Cette impression est d'ailleurs confirmée par les réserves manifestées à l'égard du droit français de l'adoption. La Cour souligne en effet que, compte tenu des conditions à remplir pour qu'une adoption soit prononcée, il appartiendra aux juridictions nationales de veiller à que cette modalité d'établissement du lien de filiation permette bien, dans tous les cas, la reconnaissance du lien juridique entre l'enfant et la mère d'intention[109]. L'incitation à effectuer ce contrôle s'apparente, de fait, à une véritable mise en garde[110] et à un appel à la réforme si la France désire conserver ce mode d'établissement du lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention. Dès lors qu'un message est lancé à la fois aux juges français et au législateur[111], il est nécessaire de questionner le rapport du dialogue des juges au processus démocratique.

B – Les rapports entre le dialogue des juges et la démocratie

42. *L'option ouverte par l'avis.* – La question du rapport entre la démocratie et le dialogue des juges est une problématique récurrente. Elle renvoie, plus généralement, à l'impact de la fondamentalisation du droit[112] et à la montée en puissance du rôle des juges[113]. Ces phénomènes appelleraient le passage d'une conception formelle et procédurale de la démocratie à une conception matérielle et substantielle[114]. Cela signifie-t-il que le pouvoir traditionnellement dévolue au législateur français a définitivement disparu au profit des juges ? Pas

[107] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*
[108] *Comp.* H. HURPY, « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention », *Rev.UE* 2019, p.486.
[109] §56 et s.
[110] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit. ;* A.-M. LEROYER, « GPA : un avis faussement salvateur de la maternité d'intention », *précit.*
[111] H. FULCHIRON, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue exemplaire ? », *précit.*
[112] J.-P. Marguénaud, « La fondamentalisation du droit privé », *précit.*
[113] Notamment, J. ALLARD et A. VAN WAEYENBERGE « De la bouche à l'oreille ? Quelques réflexions autour du dialogue des juges et de la montée en puissance de la fonction de juger », *précit.*
[114] J.-P. Marguénaud, « La fondamentalisation du droit privé », *précit.*, p.34.

véritablement. On constate d'ailleurs que si la CEDH incite la France à repenser son droit de l'adoption, ce n'est que dans l'hypothèse où cette modalité d'établissement du lien de filiation serait maintenue. En clair, un choix est proposé : soit retenir une autre modalité d'établissement du lien de filiation, soit modifier le droit de l'adoption. Cette seconde option parait difficile à envisager. Les réformes de la matière sont parfois délicates à mener – tel est le cas, notamment, d'une modification des règles relatives à l'adoption du concubin. Dès lors, il serait pour le moins remarquable que le droit français tire argument d'une institution qu'il réprouve fondamentalement pour parvenir à se réformer[115]. Par conséquent, il faudrait s'interroger sur la possibilité de procéder à un autre mode d'établissement du lien de filiation.

43. *Une transcription des actes étrangers.* – Des rumeurs de projet de circulaire ont récemment circulées[116]. Le gouvernement aurait eu la volonté de permettre la transcription *ab initio* des actes d'états civils étrangers. Si tel était le cas, il faudrait y voir une véritable révolution dans le traitement de la reconnaissance des effets découlant d'une GPA pratiquée à l'étranger. En effet, à l'heure actuelle, l'argument jurisprudentiel retenu pour s'opposer à la transcription résulte du caractère « mensonger » des actes d'états civils étrangers indiquant la mère d'intention comme étant la mère légale[117]. Dans la mesure où, en France, la mère est comprise comme étant celle qui accouche, la référence à la mère d'intention fait tomber les actes d'états civils sous le coup de l'article 47 du code civil lequel dispose que « Tout acte de l'état civil des Français et des étrangers fait en pays étranger et rédigé dans les formes usitées dans ce pays fait foi, sauf si d'autres actes ou pièces détenus, des données extérieures ou des éléments tirés de l'acte lui-même établissent, le cas échéant après toutes vérifications utiles, que cet acte est irrégulier, falsifié ou que les faits qui y sont déclarés ne correspondent pas à la réalité ». L'argument n'est pas nécessairement dirimant. D'une part, ainsi que l'a souligné Anne-Marie Leroyer, la transcription « est tout à fait envisageable au regard des critères même de l'article 47 du code civil ». En effet, « l'interprétation retenue par la Cour de cassation en faveur de la réalité biologique ou de la réalité

---

115 P. SALVAGE-GEREST, « Premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, premiers dilemmes pour les autorités françaises (à propos de la gestation pour autrui) – Cour européenne des droits de l'homme 10 avril 2019 », *précit.*

116 Notamment B. LUTAUD et A. LECLAIR, « Le gouvernement prépare une circulaire sur la filiation d'enfants nés de GPA à l'étranger », *Le Figaro,* 10 septembre 2019, [en ligne] http://www.lefigaro.fr/actualite-france/le-gouvernement-prepare-une-circulaire-sur-la-filiation-d-enfants-nes-de-gpa-a-l-etranger-20190910

117 Sur cette question, voir notamment, Civ. 1ère, 29 novembre 2017, n° 16-50.061, *D.* 2017, p. 2477 ; *D.* 2018, p.528, obs. F. GRANET-LAMBRECHTS ; *D.*2018, p.966, obs. S. CLAVEL ; *AJ fam.* 2018, p. 122, obs. A. DIONISI-PEYRUSSE ; A.-M. Leroyer, « GPA et filiation », *RTD civ.* 2019, p.90.

de l'accouchement ne s'impose pas[…]. La force probante des actes de naissance étrangers dépend simplement de leur conformité à la réalité juridique de la filiation établie à l'étranger, or cette filiation est bien légalement établie à l'étranger ». D'autre part, l'interprétation faite par la Cour de cassation des notions de réalité biologique pourrait éventuellement faire l'objet d'une évolution en raison du projet de réforme de la loi bioéthique, lequel prévoit d'autoriser, pour la première fois, un double lien de filiation matrimoniale par les enfants nées par PMA dans le cadre d'un couple de femmes[118]. Néanmoins, rien ne garantie qu'un tel changement s'opère. En effet, la chancellerie a pris soin de démentir les rumeurs. La circulaire projetée se contenterai de clarifier le droit positif[119]. Pour ce faire, elle attendrait cependant la décision de la Cour de cassation devant faire suite à l'avis de la CEDH. Dans ces circonstances, on peut être tenté de considérer que le législateur continue, sur la question de la GPA, de refuser d'assumer ses responsabilités[120].

44. *Décision de la Cour de cassation.* – C'est dans ce contexte que la Cour de cassation vient de rendre sa décision dans l'affaire Mennesson, suite à l'avis de la CEDH[121]. Elle a ainsi estimé que « en l'espèce, s'agissant d'un contentieux qui perdure depuis plus de quinze ans, en l'absence d'autre voie permettant de reconnaître la filiation dans des conditions qui ne porteraient pas une atteinte disproportionnée au droit au respect de la vie privée de Mmes A... et B... X... consacré par l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et alors qu'il y a lieu de mettre fin à cette atteinte, la transcription sur les registres de l'état civil de Nantes des actes de naissance établis à l'étranger de A... et B... X... ne saurait être annulée ». La décision se conforme, ainsi qu'il fallait s'y attendre, à l'avis rendu. En particulier, la Cour de cassation précise que « eu égard à l'intérêt supérieur de l'enfant, […] il convient de privilégier tout mode d'établissement de la filiation permettant au juge de contrôler notamment la validité de l'acte ou du jugement d'état civil étranger au regard de la loi du lieu de son établissement, et d'examiner les circonstances particulières dans lesquelles se trouve l'enfant ». Il ressort donc de la décision que la haute juridiction française se refuse à retenir une conception nécessairement

[118] Article 4 du projet de loi modifié par la Commission spéciale, [en ligne] http://www.assemblee-nationale.fr/15/ta-commission/r2243-a0.asp

[119] B. LUTAUD et A. LECLAIR, « Le gouvernement prépare une circulaire sur la filiation d'enfants nés de GPA à l'étranger », *précit.* ; « GPA : le gouvernement dément préparer une circulaire visant à reconnaître la filiation », *L'express,* 10 septembre 2019, [en ligne] https://www.lexpress.fr/actualite/societe/gpa-le-gouvernement-dement-preparer-une-circulaire-sur-la-reconnaissance-de-la-filiation_2096659.html

[120] Pour une critique de la posture du gouvernement sur le traitement de la GPA, voir notamment J. Hauser, « GPA : inscription des enfant sà l'état civil (suite) », *RTD civ.* 2016, p.819 ; H. HURPY, « La judiciarisation par défaut du lien de filiation des enfants nés d'une GPA transfrontière avec la mère d'intention », *précit.*

[121] Ass. Plén., 4 oct. 2019, n° 10-19.053

dogmatique. Si, en principe, la voie de l'adoption devrait continuer d'être privilégiée, les autres modalités d'établissement du lien seront envisagées si nécessaire. C'est donc une position équilibrée qui est rendue par la Cour de cassation, tenant compte des spécificités étatiques tout en ménageant les exigences posées par la CEDH. En ce sens, il y a tout lieu de se féliciter de cette décision qui témoigne d'une recherche de consensus. Toutefois, en dépit de son importance fondamentale et des implications qui devraient en découler, la Cour précise qu'il s'agit d'un arrêt d'espèce, liées aux particularités de l'affaire.

45. *Absence de visée politique de la Cour de cassation.* – Cette précision est fondamentale. Elle implique que les juges de la Cour de cassation s'efforcent de trancher les litiges mais refusent de poser le régime juridique applicable à des questions politiques majeures. En ce sens, la décision fait échos au rapport du Procureur général, Monsieur Molins, lequel a tenu réaffirmer le rôle de chaque acteur institutionnel : « Certains attendent de la Cour de cassation qu'elle rende "une grande décision" de principe fixant le cadre légal, général et absolu de l'établissement de la filiation entre un enfant issu d'une gestation pour autrui et ses parents d'intention. *Ce n'est pas l'office du juge de cassation qui doit s'exercer dans le cadre légal existant, sans se substituer au législateur.* A chacun son rôle et ses responsabilités […]. Si la Cour de cassation rendra bien sûr une décision en pleine conscience des enjeux de ce dossier, *on ne peut lui demander ni de s'ériger en législateur, ni de substituer le législateur* »[122]. Cette présentation est, nous semble-t-il, de nature à rassurer sur la crainte de voir dans le dialogue des juges un instrument de substitution du pouvoir politique, au moins dans la pratique que la Cour de cassation s'efforce de mettre en œuvre. Les propos rapportés rendent compte, en revanche, de ce que le dialogue ne peut se concevoir uniquement entre les juridictions. Le législateur doit également y jouer un rôle actif.

46. *Elargir le cadre du dialogue pour une meilleure démocratie.* – Cet avis est ainsi l'occasion de rappeler que « c'est dans le dialogue des juges, entre eux et avec les pouvoirs, et par la prise en compte par les premiers de la dimension politique de leur fonction et l'acceptation par les seconds de la nécessité d'un contrôle que s'établira une nouvelle forme de démocratie qui, à défaut de cet équilibre, deviendrait une démocratie reposant sur d'autres formes de pouvoirs, infiniment plus sournois, donc plus incontrôlables, qu'il s'agisse de celui de la rue, de l'argent, de l'émotion ou des médias »[123]. Si le dialogue des juges redessine les frontières

[122] Avis écrit du Procureur général, F. MOULINS, [en ligne] https://www.courdecassation.fr/IMG/20190 920_avis_10-19.053.pdf

[123] P. MARTENS, « Les juges ne gouvernent pas : ils gèrent tant bien que mal une démocratie du ressentiment, de la controverse et de la défiance », [en ligne]

du concept démocratique, il appelle un plein investissement de chacun, magistrats nationaux, supranationaux et législateur.

http://dev.ulb.ac.be/~droitpub/fileadmin/telecharger/theme_2/contributions/MARTENS-2-20070429.pdf

The Mennesson case: the end of 19 years of legal battles and the remaining questions for individuals seeking surrogacy in a foreign country

Konstantinos A. Rokas
Lecturer in Private International Law, University of Nicosia, Cyprus
Attorney at Law, Member of Athens Bar Association
PhD Paris I Panthéon-Sorbonne University

Almost twenty years of legal battles of the Mennesson family culminated in the decision of 4th October 2019 of the French Supreme Court. Although the decision puts an end to the legal problems of this family, it is not meant to give a definitive and clear answer to the problem of recognition of parentage of children born from surrogacy abroad. The reluctance of the Court of Cassation in combination with the reluctance of the French legislator led to a regrettable result. In this commentary, we will support that the ruling of the court in conjunction with the previous decisions of the French Supreme Court constitute an unclear and unsatisfactory solution. Prior to that, we will provide a brief description of the facts and the procedural aspects of the *Mennesson* case.

The couple Dominique and Sylvie Mennesson embarked on their surrogacy journey in California in 2000. Their efforts ended in success and twin girls were born, Fiorella and Valentina. Both the intended parents were named as the legal parents of the children in the birth certificate issued in conformity with the judgments of the Superior Court of California. Right after the birth of the children, the couple was entangled in a legal battle that lasted for years. Even a criminal procedure was initiated against them, which was finally halted. Most of the intricacies in their legal struggle were in connection with their attempt to have the birth certificate of their children registered before the French authorities. Over the previous years, several decisions have been pertaining to this issue. The first series of the decisions concerned the admissibility of the motion of the Public prosecutor to challenge the parentage of their children born as a result of surrogacy. The French Supreme Court considered in its decision of 17th December

2008 (1st Civ., 17 December 2008, n° 07-20.468) that the Public prosecutor does have the power to challenge the registration of a birth certificate naming both intended parents as the parents of a child. Subsequently, the Court of Appeals of Paris found on 18th March 2008 that a surrogacy contract was null and void, and, as a consequence, the Californian decision on which the parentage of the intended parents was based was contrary to the public policy of the French legal order. The appeal of the Mennesson family against this decision was overruled by the Supreme Court on 6th April 2011. The family then filed a petition against France before the European Court of Human rights which resulted in a condemnation of France on 26th June 2014 on the grounds of article 8 of the Convention. According to the court, a total prohibition of the establishment of a relationship between an intended parent and the children following a surrogacy, especially when the father has a genetic link with the children, is in breach of article 8 concerning the children's right of respect for their private life. Following this, the Mennesson couple and the Bouvet couple - who had also had recourse to the ECtHR - initiated the reexamination procedure of their case before the French courts. The result of this reexamination led to two decisions of the Plenary session of the Supreme Court (Cass. plenary session 5th October 2018 n° 10-19.053 (n° 638 P+B+R+I) ; Cass. plenary session 5th October 2018, n° 12-30.138 (n° 637 P+B+R+I), *D* 2019 p.228 ; *JDI* 2019, p. 99, note C. Latil). The court accepted the registration of the intended father but suspended its session in order to request for an advisory opinion by the European Court of Human rights on the basis of Protocol n° 16. The ECtHR, which rendered its opinion on 10th April 2019, has considered that states do have an obligation to provide for the necessary means to have the parentage of the intended mother recognized, but they are entitled to choose the means they deem the best to create this legal link. Adoption was deemed to be an admissible way to have the parentage with the intended mother established. Subsequent to the advisory opinion, the Mennesson reinitiated the procedure before the Supreme Court, which led to the decision of 4th October 2019.

The question that the Supreme Court had to answer was whether the parentage between the children born as a result of surrogacy and the intended parents had to be recognized and in case of a positive answer by what means.

The court has considered that notwithstanding the prohibition of surrogacy contracts, any obstacles to the recognition of the legal bond of the intended mother with the children would be contrary to the best interests of the children (art. 3 § 1 of the New York Convention on Children Rights) and a disproportionate infringement of the right to private life (article 8 ECHR). It further noted that such recognition has to take place at the latest the moment the family link has been crystallized. Applying the aforementioned principles to the specific situation of the *Mennesson* case, the court reminded that the father has already been recognized since 2015 and that generally the parentage of an intended father can be established through the registration of the foreign birth certificate provided that certain conditions are met. On the contrary, the Court repeated its opinion, that in principle an intended mother has to request an adoption in order to have her parentage established. According to this line of reasoning, adoption gives the judges the opportunity to control the validity of the act of the foreign judgment and examine the circumstances of the child's life. Notwithstanding this position, the court differentiated its position in the present case in respect to the Mennesson family situation, especially to Sylvie Mennesson. It supported that forcing the parents to go through adoption in a case that had lasted more than 15 years would constitute a disproportionate violation of the children's right to private life. The girls, who are already 18 years old and whose birth certificates have been legally established abroad, would depend for the adoption on their parents, whereas the *possession d'état* as a means to establish the parentage did not create for the court the required degree of legal certainty even though its conditions were met. The Court concluded that the registration of the birth certificate also in relation to the intended mother was the best way to have her parentage recognized since this relationship had already been crystallized several years ago. Therefore, the registration of the birth certificate that took place on the name of both intended parents should not be annulled. Accordingly, the full transcription of the birth certificate of the Mennesson family allowed both the intended father and the intended mother to have their parental status recognized by French authorities.

Despite the positive outcome for the Mennesson family, this decision does not constitute the last piece in the puzzle of the recognition of the parentage of children born following surrogacy in a foreign country. We regret that the court did not go all the way to suggest a solution that would have been clear and would also cover the cases of other people that have had access and will have access to surrogacy abroad. The full recognition of the parentage of intended parents would constitute the only solid solution safeguarding in the best way the interests of the children as well as the parents. This solution should be accompanied by measures in another level. French authorities should examine the circumstances under which a surrogacy took place abroad so as to discourage couples from having recourse to countries insufficiently protective of the surrogate. A way to do that would be by imposing sanctions of financial nature on people that have recourse to surrogacy in countries where the fundamental rights of parties and especially of the surrogate are not respected (K. Rokas, "National Regulation and Cross-border Surrogacy in European Union Countries and Possible Solutions for Problematic Situations", *Yearbook of Priv. Int'l Law* 2014-2015, p.289, esp. p. 309). Suggesting this liberal approach can be understood if one examines the fluctuation and the unsustainable character of the previous solutions of the French Court of Cassation on the issue of the parentage of children born following surrogacy. The short life of these solutions as well as the fact that they have been in contrast to the solutions of the big majority of countries prohibitive on the same topic in Europe demonstrate clearly the unsustainable character of those (see in that sense L. Brunet and others, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Directorate General for Internal Policies, Policy Department C: Citizens' Rights And Constitutional Affairs, May 2013, pp. 72-104, 112-114, 120, 123). The harshest of these approaches excluded any possibility of both intended parents to have their parentage recognized or reconstructed (1st civ., 13th September 2013, nº H 12-30.138, nº 1091; and nº F 12-18.315, nº1092). But equally problematic was the solution which allowed the recognition of the parentage of the intended father but did not allow the establishment of the parentage of the intended mother. In favor of this position it was argued that the solution was making the best of a bad job since it permitted a certain protection of the children by recognizing one of the parents but at the same time

leaving in place a sanction against individuals who were willing to violate the prohibition of surrogacy (S. Bollée, "La Gestation pour autrui en droit international privé", *Travaux du Com. fr. DIP* 2012-2014, p. 215; S. Bollée, «L'ouverture de l'adoption à la mère d'intention d'un enfant issu d'une gestation pour autrui", *Rev. crit. DIP* 2018, 143). It was not, however, explained how this solution imposed by the Court of Cassation on 3rd July 2015 (Cass. plenary session, no 14-21.323, no 619; no 15-50.002, no 620; S. Fulli-Lemaire, "International Surrogate Motherhood before the French Cour de cassation – The Door is now Ajar", *ZEuP* 2017, 471; *D.* 2015, 1481, édito. S. Bollée; *ibid.* 1819, note H. Fulchiron et Ch. Bidaud Garon; *ibid.*, 1773, obs. D. Sindres; *ibid.*, 1919, obs. P. Bonfils et A. Gouttenoire; *AJ fam.* 2015, 496, obs. F. Chénedé; *ibid*, 364, obs. A. Dionisi-Peyrusse; *RTD civ.* 2015, 581, obs. J. Hauser; *ibid.*, 835, obs. J.-P. Marguénaud; *Gaz. Pal.* 2015. 2949, obs. P. Le Maigat; *Rev. crit. DIP*. 2015 885, NDLR) would discourage single men or gay couples to have recourse to surrogacy. Moreover, it is insufficiently explained why the sanction should focus on the mother who most of the time suffers from a medical condition not allowing her to have a child in a natural way. Finally, it does not provide the slightest indication as to how this policy can have a deterrent effect. The case law reveals that over the last two decades the number of couples having their habitual residence in France and seeking surrogacy abroad has been steadily increasing. The outcome was very problematic and the consequences for the children were disproportionately harsh. All this explains why this approach, too, has very quickly been abandoned with a view to embracing the prospect of adoption for one of the intended parents. The latest solution of the French Supreme Court is in harmony with the solution of several other countries but is still an inappropriate means for the protection of the family life of individuals that have had access to surrogacy abroad. Prior to the examination of the arguments in that sense, let's trace the most recent evolution of French case law on this particular issue and the decisions which have permitted adoption to the intended mother (In favor of this solution see esp. H. Fulchiron et C. Bidaud-Garon, « Reconnaissance ou reconstruction ?, À propos de la filiation des enfants nés par GPA, au lendemain des arrêts Labassée,

Mennesson et Campanelli-Paradiso de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. crit. DIP* 2015. 1).

The Supreme Court in five decisions of 5th July 2017 (1st civ., n° 16-20.052 (n° 828 FS-P+B+R+I) ; 1st civ., n° 16-16.495 (n° 827 FS-P+B+R+I); 1st civ., n° 16-16.455 (n° 826 FS-P+B+R+I); 1st civ., n° 16-16.901 (n° 825 FS-P+B+R+I) ; 1st civ., n° 15-28.597 (n° 824 FS-P+B+R+I); *D.* 2017, 1737, note H. Fulchiron, 1727, obs. A. Gouttenoire, 2018. 528 obs. F. Granet-Lambrechts, 641, obs. M. Douchy-Ouchot, 765, obs. J.-C. Galloux, et 966 obs. S. Clavel et F. Jault-Seseke ; *AJ fam* 2017. 482, 375, Chénedé, and 431 P. Salvage-Gerest; *Rev. crit. DIP* 2017, p. 143 , S. Bollée; *JDI* 2017, p. 1291, note J. Guillaumé) has allowed for the first time a way to have the parentage of the intended mother with the children born from surrogacy established. The Supreme court has also clarified in one of the decisions of the same day (v. n° 16-16.495, *supra*) that a birth certificate that has been falsified in order to mention the intended mother as the woman who has given birth to the child cannot be registered even if the certificate corresponds partially to the genetic truth in relation to the father named in it. This birth certificate will have to be annulled. Concerning the relationship of the intended mother with the children judges have preferred the solution of the adoption. First of all, judges maintained that if the birth certificate was made in conformity with the reality and is not irregular or falsified, then the birth certificate naming the parentage of the father has to be registered even when it is issued after a surrogacy. At the same time, they specified that this registration should not be dependent on a certificate proving the genetic link of the father when the existence of the parentage is confirmed in a foreign judgment (see in that sense *supra* n° 15-28.597; the foreign judgment constitutes a proof of the facts related to it in the absence of a proof to the contrary). This solution was not extended as regards the intended mother. Based on article 47 of the French Civil code judges argued that such registration is not possible because it would lead to a declaration that does not correspond to reality. According to the interpretation held, this reality as to the details of a birth certificate is to be understood as the one that states in the birth certificate only the woman giving birth "mère porteuse" (see in that sense *supra* : n° 16-16.901 and 15-28.597). A woman that has not carried a child cannot be mentioned in it as its legal mother

even if she is recognized as such in a foreign legal order. The wife of the legally recognized father will be able, however, to adopt the child born provided that the legal requirements of adoption are met, and this serves the best interests of the child. Additionally, the Court declared that adoption is also available in same-sex couples for the male partner who has not contributed with his genetic material in the conception of the child (see in that sense *supra*: 1st, 5 July 2017, no 16-16.455).

Despite the clarifications of the decisions of 5th July 2017, serious uncertainties remained as to the legal status of the intended parents who are not directly recognized by the French legal order as the legal parents. It suffices to examine some judgments that have followed the aforementioned decisions. For instance, in a case of a surrogacy which took place in India the Court of Appeals of Paris (Paris, pôle 1, ch. 1, 30-01-2018, *D* 2018 p.294) has refused to grant a full adoption ("adoption plénière") to the male husband who was not named in the birth certificate. The fact that the surrogate was not named in the birth certificate in combination with the lasting consequences of a full adoption led the court to consider that it would not be in the best interests of the child to grant a full adoption. Judges claimed that there was no evidence that the surrogate had, in a definite manner, relinquished her rights to be recognized as the legal mother and, least of all, whether she would consent to the adoption of the child by the father's male husband. Of particular interest are also the judgments of lower courts. In that sense, we have to mention the decision of the Court of first instance of Nantes of 14th December 2017 (1st ch., 14-12-2017, n° 16/04096, *D.* 2018 p.419) which has ordered that following surrogacy the birth certificates be fully transcribed. Furthermore, it can be observed that since 2011 the same court, the court of first instance of Nantes, has systematically ordered the full registration of the birth certificates of children born following surrogacy, irrespective of the sexual orientation of the parents, even in the case of single parents (TGI Nantes, 10th June 2010; 17th March 2011; 13th May 2015; 17th Sept. 2015; 22nd Oct. 2015; 30th August 2016; 24th Nov. 2016; 12th Jan. 2017; 23rd March 2017; 29th Sept. 2017; 14th Dec. 2017; 8th Febr. 2018, n° 16/02213 (: The court reiterated this solution in relation to a couple of men that had

access to surrogacy); 8 March 2018, 12th Apr. 2018, 15th May 2018, 8 Nov. 2018, 30th Jan. 2019, 22nd Feb. 2019, 14th March 2019, 11th Apr. 2019, 23rd May 2019). The position of the Court of appeals of Rennes has fluctuated over the years in accordance to the positions of the Supreme Court. There were times when it adopted an activist approach contrary to the rulings of the Court of cassation and there were times when it abode by those decisions (the information in relation to the case law of the TGI Nantes and the Court of Appeals of Rennes are to be found in Caroline Mécary, *La GPA, données et plaidoyers*, Collection À savoir, Dalloz, 2019). We realize that the Court of first instance of Nantes has privileged the full transcription of the birth certificate well before the five decisions of the French Supreme Court of 5th July 2019 which found that the adoption constitutes the only means of having the parentage of an intended mother established. There are, however, pending appeals against some of the decisions which have ordered the full transcription.

The position of the French Supreme Court as to the establishment of the parentage of the intended mother is not affected directly by the judgment of 4th October 2019. French authorities must accept the registration of the birth certificate in relation to the father, on the assumption that he is the genetic father and not in relation to the intended mother. The argument supporting this solution in relation to the mother has been that the motherhood is constructed through the birth of the child in French law (*mater semper certa est*). No one, however, has ever explained why this ancient rule should still be considered as valid, especially given that the evolution of technology now allows us to dissociate pregnancy from genetic relation with the mother. But even the solution of the adoption remains inappropriate and does not serve the best interests of the children.

The adoption for which opted the Supreme Court in its decisions of 5th July 2017 is an ill-conceived and inadequate solution. The procedure of the adoption puts the intended mother and the intended father on unequal stand. Although they have jointly had recourse to surrogacy bypassing the French prohibition, the consequences of this attitude are only suffered by one of the parties. Supposedly, the reason for this difference in treatment is

the genetic link of the father with the child. This argument is not convincing since the reason for the prohibition of surrogacy has not been based on the existence or not of a genetic link but on other considerations mostly connected with the potentially exploitative nature of surrogacy and the principle of unavailability of personal status. Nonetheless, the principle of the unavailability can be considered equally violated when a man has recourse to surrogacy. The law does not always link parentage and genetic links. That's the reason why a father who consents to the artificial insemination of his wife can still be considered as the father, whereas the donor, even though he contributes with his genetic material, cannot be recognized as such. Therefore, the fact that a man having access to surrogacy can be recognized as the father means that the law has evolved to accept his parentage despite the prohibition of this technique. The parentage is a legal construction and we cannot claim that a rule conceived for another set of circumstances also applies to a completely different situation if we do not provide sufficient arguments in that sense. Therefore, the violation of the principle of unavailability of personal status is not sufficient to explain the negative stance of the French legal order towards surrogacy. If that's so, then differentiating the establishment of the parentage according to whom it concerns, is utterly discriminatory. It is argued that the adoption could be a safeguard for the French legal order in that it allows to review the conditions under which a surrogacy took place and eventually discourages individuals from going to a country whose legal framework is less protective of surrogate women.

Unfortunately, the adoption procedure as it is organized in this set of circumstances has no added value for anyone implicated in the process of the surrogacy or for the protection of the most vulnerable. French intended parents that have had recourse to legal orders that were less protective of the rights of the surrogate are equally entitled to ask for the adoption of the child. No inquiry is conducted in this context and the decision of granting the adoption does not depend on the conditions according to which the surrogacy took place. On the contrary, parentage of one of the intended parents becomes dependent on the decision of the other partner named in the birth certificate. The shortcomings of this

configuration will emerge in case where a fight occurs between the couple, and one of the two spouses tries to exclude the intended mother or the male partner who has also been present and involved since the very beginning of the parental project but has not contributed with his genetic material to the creation of the embryo. A problem of a different kind will arise if the intended mother or the second parent dies before the adoption decision. In that case, the children born as a result of this procedure will suffer an impairment of their rights since they will not be able to claim any rights on the succession of the intended parent and establish a link with their other parent.

In addition to the above, the adoption solution leaves a certain margin to the judges that creates legal uncertainty in relation to the parentage of a child. Thus, in a case of a surrogacy in Mexico, the genetic father was mentioned in the birth certificate and the latter has been transcribed. The father's husband filed a request for a full adoption ("adoption plénière") before the Court of first instance of Evry, but his application was rejected on the basis of the best interests of the child. Judges have stressed in their judgment that it was contrary to the principle of the unavailability of personal status to have effects of a surrogacy contract recognized in France. Additionally, they noted that the child had already had a parentage towards its genetic father. They refused to grant a full adoption after taking into consideration the fact that the second man had had a relationship with the child and had been known as its second father by friends and family and that he could obtain a different social status, such as a delegation of parental authority, or a right of communication with the child. Under those circumstances, to refuse a full adoption did not constitute an infringement of the child's right to private and family life and was not against its best interests. (TGI Évry, 4th Sept. 2017, n° 16/06684, *AJ fam.* 2017. 588, obs. F. Berdeaux ; V. aussi TGI Évry, 2nd Oct. 2017, n° 17/01775, *RJPF* 2017-12/31, obs. A. Cheynet de Beaupré). In another case of a surrogacy that took place in Russia, the birth certificate mentioned the intended father as the genetic father and the surrogate both as a father and mother. The act has been transcribed in France and the father's husband filed a request for a full adoption and, alternatively, for a simple adoption ("adoption simple"). Judges of the Court of first instance of Créteil granted the

latter considering that the conditions of a full adoption were not met (TGI Créteil, 14th Sept. 2017, n° 16/08343, AJ fam. 2017. 588).

The cases presented clearly show that even after the decisions of 5th July a significant extent of uncertainty remains. The impact of the decision of 4th October 2019 on clarifying the problem of the recognition of parentage following surrogacy is limited. The proposal of the General Attorney in the Supreme Court notes that the decision which will be rendered will not set a principle on the issue of the recognition of children born as a result of surrogacy. In his report, the Attorney (Avis de Monsieur Le Procureur Général François Molins, p. 38, https://www.courdecassation.fr/IMG///20191004_avis_pg1.pdf) asserts that it is not up to the judges but up to the parliament to resolve the problem of the legal link of children born following a surrogacy abroad. Consistent with the opinion of the General Attorney is the wording of the Court which clearly states that their ruling is linked with the specificity of the Mennesson situation. Therefore, as long as there is no explicit rule in the French legislation according to which children born abroad as a result of surrogacy have to be recognized and their birth certificates have to be registered by the French authorities, it is likely that problems will arise again in case of authorities recalcitrant and reluctant to recognize or reconstruct the relationship of both intended parents with the children. However, the decision of the French Supreme Court is positive in the sense that it reaffirms the position stated in the decisions of 5th July 2019 that both intended parents will be able to have their relationship with their children established. This might necessitate a legal battle, but it will finally happen. This situation is not completely satisfactory. Apart from the uncertainty, families having their habitual residence in France are obliged to engage in time-consuming and costly procedures in order to be able to exercise their legal rights and obligations towards their children.

The statement of the General attorney, that it is not upon the judges but the parliament to solve this issue, is not convincing. It is not convincing because, first of all, the French Supreme court has already assumed such a task in the past, see the position of the

Plenary Session of the Court in its decision of 1991 (Cass. ass. plen, 31st May 1991, in H. Capitant, F. Terré and Y. Lequette, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 13 ed. Dalloz, 2015, nº 51 and the references). At the time, judges had at their disposition much less data than they do today on the surrogacy practices around the world. Despite that, the Supreme Court set a principle that would have negative consequences on hundreds of French families for the following 19 years. Secondly, the same argument could have been expressed by the judges in their decisions where they have, by their decision, opened the adoption to the intended mother and to the intended parent whose quality cannot be recognized by the transcription of the birth certificate.

Unfortunately, the French legislator does not seem eager either to clarify the status of children born from surrogacy. On 3rd October 2019, the parliament voted in favor of an amendment that would facilitate the recognition of parentage by means of transcription. The amendment provided that: «*the recognition of the parentage of children born from surrogacy in a foreign country is allowed through the execution of a decision establishing this parentage*». The result of the first vote was reversed in a second vote that took place on 9th October 2019 despite an electoral promise of the majority to give a solution to this problem. Hence, it is regrettable that the unwillingness of the Government to assume the political cost coupled with the reluctance of the French Supreme Court to solve the issue, still leaves serious doubts about the status of children born from surrogacy. This uncertainty transpires also from the report of the General Attorney in which he explicitly notes that the decision still leaves a lot of questions open in the field of surrogacy. Nonetheless, this decision has raised our hopes. According to the court, there can be circumstances where forcing a couple to follow the adoption procedure would be contrary to the best interests of the child and the family. It can, therefore, be claimed that the Court of cassation opens the way for lower instance judges to proceed in a case by case evaluation of the need to proceed to an adoption for one of the parents or prefer instead a full transcription of the birth certificate of the children as a means of having their parentage guaranteed in the French legal order. It is our hope that lower instance judges who are often closer to the real problems that families face will use this interpretation of the French Supreme

Court to order systematically the transcription of the birth certificate of children born from surrogacy abroad (see in that sense: Rennes, 6th, 25th of November 2019, no 18/01155; Th. Coustet, "GPA: la cour d'appel de Rennes suit les pas de la Cour de cassation », *Dalloz actualité*, 28th November 2019).

Le maniement de l'interprétation autonome par la CJUE : l'exemple de l'arrêt *Feniks*[1]

Sophie Duparc
Doctorante contractuelle à l'Université Paris II Panthéon-Assas

Menant des recherches sur l'interprétation du droit international privé par la Cour de justice de l'Union européenne, j'ai procédé au dépouillement exhaustif de la jurisprudence rendue en interprétation des textes du système de Bruxelles[2].

Le premier constat qui s'est imposé est celui de la richesse de cette jurisprudence. L'analyse de ces arrêts invite au renouvellement de questions classiques inhérentes au droit international privé et à la méthodologie juridique. Elle est aussi l'occasion de s'interroger sur l'avancée de l'intégration européenne et du rôle moteur joué par le juge de l'Union dans ce processus d'harmonisation.

C'est plus spécifiquement sur l'interprétation autonome des notions visées par les règles de conflit que je voudrais m'arrêter aujourd'hui. Il s'agit là d'un trait caractéristique de la jurisprudence de la Cour de justice, visant à assurer une *imperméabilité* au droit international privé européen vis-à-vis des droits nationaux qu'il a pour objet de coordonner. Ce phénomène remet sur le devant de la scène la question classique et fondamentale de la qualification en

[1] Cette contribution est issue de l'intervention de Mme. Sophie Duparc lors de la journée doctorale transnationale de droit international privé et de droit comparé du 22 mai 2019, organisée par le centre de droit comparé, européen et international de l'Université de Lausanne. Le style oral de la présentation a été conservé.

[2] Sont inclus dans les textes du système de Bruxelles : la Convention de Bruxelles de 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, et le règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale.

droit international privé. Celle-ci se voit cependant profondément renouvelée, puisque le droit conflictuel européen présente une spécificité inédite.

En effet, l'ordre juridique de l'Union a fait le choix de bâtir un droit conflictuel antérieurement à un droit privé général. On assiste alors à une inversion de ce que l'on pouvait penser être l'ordre naturel des choses : à l'échelle nationale, le droit international privé n'est que postérieur au droit interne dont il est d'ailleurs intrinsèquement dépendant. Le droit international privé trouve ses racines dans le droit interne. Il émerge de ce dernier. *A contrario*, dans l'ordre juridique européen, la matière conflictuelle s'est développée indépendamment d'un droit matériel propre à l'ordre juridique de l'Union.

Cette inversion a bien sûr des conséquences pratiques : le droit international privé a traditionnellement toujours bénéficié d'un point de référence qui lui est offert par la loi du for. L'Union européenne, dépourvue pour l'heure d'un droit privé général, se trouve privée d'un tel point de référence.

Cette spécificité fut d'ailleurs accentuée par la Cour de justice qui, dès les années 80, s'est attribuée le rôle de définir de façon autonome les notions de droit privé visées par les règles de conflit. Pour ce faire, elle annonça initialement s'appuyer sur deux piliers : les principes généraux issus des droits nationaux, d'une part, et le système et les objectifs du texte à interpréter, d'autre part[3]. La référence à la méthode comparative fut cependant rapidement abandonnée afin d'assurer au droit international privé européen une autonomie absolue. Le juge s'est ainsi délibérément privé de tout point de référence *conceptuel* pour l'interprétation de la matière conflictuelle. Ne reste plus qu'un pilier *fonctionnel* : l'objectif et le système du texte litigieux.

[3] Voir l'arrêt fondateur : CJCE, *Eurocontrol*, 14 octobre 1976, aff. 29-76, point 3.

C'est désormais presque machinalement que la Cour de justice annonce, à titre liminaire, le principe d'une interprétation autonome des notions visées par les règles de conflit - interprétation qui serait construite à l'aune de considérations fonctionnelles propres au règlement. Pourtant, après ce postulat de principe, la lecture des motifs des arrêts en interprétation de la notion de « matière contractuelle » révèle un raisonnement essentiellement conceptuel. Une discordance entre la méthode annoncée et la méthode appliquée est ainsi observée.

Le récent arrêt *Feniks*[4], datant du 4 octobre 2018 illustre ce constat. Il montre également que, 50 ans après l'entrée en vigueur de la convention de Bruxelles, le juge de l'Union oscille encore entre ces deux méthodes définitoires que sont la méthode fonctionnelle et la méthode conceptuelle.

Je voudrais donc m'arrêter, dans un premier temps, sur cette affaire pour expliciter la place respective de ces deux méthodes définitoires dans la motivation du juge européen (**I**). Au-delà de cet arrêt et dans un second temps, je tenterai d'éprouver la pertinence de ces deux méthodes pour la construction des définitions autonomes, ainsi que leur potentielle articulation (**II**).

I) La place respective des méthodes définitoires dans la motivation du juge européen : l'exemple de l'arrêt *Feniks*

L'analyse de l'arrêt *Feniks* me permet d'expliciter la place respective des méthodes définitoires dans la motivation du juge européen pour tenter de dépasser certaines idées reçues. Intéressons-nous d'abord à sa solution (**A**), avant d'étudier sa motivation (**B**).

A) La solution de l'arrêt Feniks

La société *Feniks*, établie en Pologne, conclut un contrat de travaux de construction avec la société polonaise *Coliseum*. Cette dernière ne s'acquitte pas de ses obligations à l'égard de ses sous-traitants et *Feniks* est alors tenue, en vertu du droit civil polonais, de les

[4] CJUE, *Feniks*, 4 octobre 2018, aff. C-337/17.

désintéresser. Elle devient ainsi créancière de *Coliseum* qui, peu de temps après, vend à une société espagnole avec laquelle elle semble entretenir des liens particulièrement étroits, un immeuble situé en Pologne.

S'estimant lésée par cet acte de disposition, la société *Feniks* assigne la société espagnole devant les juridictions polonaises, afin de voir la vente déclarée inopposable. *Feniks* fonde sa demande sur l'option de compétence prévue en matière contractuelle par le règlement Bruxelles I *bis*. La défenderesse rétorque que seule la règle de principe visée à l'article 4 est applicable au litige. En conséquence, *Feniks* aurait dû saisir les juridictions du domicile du défendeur : les juridictions espagnoles. Dans ce contexte, le juge polonais préfère sursoir à statuer pour interroger la Cour de justice sur la qualification de l'action paulienne. La question lui est ainsi posée : l'action paulienne peut-elle entrer dans la catégorie « matière contractuelle » au sens du Règlement Bruxelles I *bis* ?

A l'appui de sa question, le juge de renvoi insiste sur le fait que l'action paulienne polonaise requiert, pour être accueillie *au fond*, la preuve d'un lien étroit entre le tiers et le débiteur. Cette spécificité justifie à ses yeux de s'écarter de la jurisprudence *Jakob Handte* - qui impose l'existence d'un engagement librement assumé entre les parties pour l'application du for contractuel[5]. Le juge national invite donc le juge de l'Union à solliciter une méthode dont il est coutumier : la méthode du *distinguishing*. Le juge national révèle ainsi son souhait légitime de voir sa compétence retenue pour un litige qui se rattache très étroitement à son territoire. A l'exception du lieu de situation du siège de la défenderesse, tous les éléments du litige se localisent en Pologne. Mais la Cour de justice n'aura pas recours à cette méthode du *distinguishing*. Elle retient toutefois la qualification contractuelle de l'action paulienne[6], répondant ainsi positivement aux souhaits du juge polonais.

[5] CJCE, *Jakob Handte*, 17 juin 1992, aff. C-26/91, point 15.
[6] Cette qualification de l'action paulienne fut réaffirmée par la Cour de justice dans l'arrêt *Reitbauer* (CJUE, 10 juillet 2019, aff. C-722/17, points 56 et s.).

Une telle solution a surpris.

D'abord, parce qu'elle est en parfaite contradiction avec les conclusions rendues par l'Avocat Général Michal Bobek. Il avait soigneusement démontré le caractère inadapté du for contractuel pour l'action paulienne et conclu à l'application de la seule règle générale visée à l'article 4. L'action paulienne présente pour lui une « nature caméléonienne »[7] qui l'empêcherait de se voir enfermée dans une catégorie juridique déterminée.

Mais si la solution a surpris, c'est aussi parce que la définition *Jakob Handte* semblait exclure une telle qualification. C'est pourtant oublier là les récentes évolutions de l'interprétation de la notion de « matière contractuelle ». L'arrêt *Feniks* se situe en réalité en continuité avec les derniers arrêts européens : depuis l'arrêt *Brogsitter*[8] de 2014, le juge de l'Union ne cesse de procéder à un élargissement très net de la matière contractuelle. Une « absorption du délictuel par le contractuel »[9]. L'arrêt *Feniks* n'est qu'une étape supplémentaire dans cet essor du for contractuel, qui absorbe désormais les actions *sui generis*.

La solution de l'arrêt *Feniks* n'est donc pas si surprenante. Ce qui surprend en revanche, à la lecture de ses motifs, c'est la prise en compte explicite et concrète de la *ratio legis* du for contractuel dès le stade de la qualification. L'élargissement de la matière contractuelle est en cours depuis 2014. Mais c'est la première fois qu'il se fait *explicitement*, bien que non exclusivement, à l'aune de considérations *procédurales*[10].

[7] Conclusions de l'Avocat Général Michal Bobek présentées le 21 juin 2018, points 76 et s.

[8] CJUE, *Brogsitter*, 13 mars 2014, aff. C-548/12.

[9] B. Haftel, « L'absorption du délictuel par le contractuel, application du Règlement (CE) n° 44/2001 à une action en responsabilité délictuelle », *RCDIP* 2014, p. 863.

[10] En effet, cet élargissement - en cours depuis l'arrêt *Brogsitter* (préc.) - ne fut nullement motivé par des considérations procédurales. Ainsi, la concentration du contentieux qu'il permet d'assurer fut entièrement passée sous silence par la Cour de justice.

B) La motivation de l'arrêt Feniks

La solution de l'arrêt *Feniks* étant présentée, je voudrais m'arrêter sur sa motivation et, plus particulièrement, sur la place respective des méthodes fonctionnelle et conceptuelle dans le raisonnement de la Cour de justice.

Je souhaiterais insister ici sur un constat qui me parait important : contrairement à certaines idées reçues et surtout contrairement à ce qu'annonce la Cour dans ses attendus liminaires, la méthode définitoire dominante est bien la méthode conceptuelle. La Cour de justice ne s'intéresse normalement pas à la *ratio legis* du for contractuel pour l'opération de qualification. Elle ne se place donc pas prioritairement sur un terrain téléologique et fonctionnel.

L'affaire *Feniks* nous permet d'illustrer ce constat. La première partie de l'arrêt est typique de la qualification conceptuelle. La Cour s'intéresse dans un premier temps à l'analyse conceptuelle de l'objet de la qualification. Cinq attendus sont ainsi consacrés à l'étude de l'action paulienne[11]. Une fois ce travail effectué, le juge de l'Union confronte cette institution juridique à la définition abstraite de la catégorie juridique envisagée. Il reprend en effet la fameuse définition *Jakob Handte* - définition « *itérativement utilisée* » selon les termes mêmes de la Cour[12].

Ce raisonnement est typique de la méthode conceptuelle. Le doyen Georges Vedel l'avait parfaitement décrite : le contenu de la catégorie juridique est « abstraitement déterminé une fois pour toutes »[13], la Cour tente de donner une « unité conceptuelle »[14] à la notion, polarisée ici autour de « l'existence d'une obligation juridique librement consentie par une personne à l'égard d'une autre »[15].

---

[11] CJUE, *Feniks*, préc., points 40 à 44.
[12] *Ibid.*, point 39.
[13] G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, n°851.
[14] *Ibid.*
[15] CJUE, *Feniks*, préc., point 39.

Cette définition semble pourtant faire obstacle à la qualification contractuelle de l'action paulienne : *Feniks* et la société défenderesse n'ont jamais consenti d'engagement entre eux. D'où la suggestion de la juridiction polonaise de recourir à la méthode du *distinguishing*.

Mais le juge de l'Union choisit une autre voie pour atteindre le même résultat. Il refuse de *distinguer* ou se contredire par un revirement explicite. Il préfère plutôt manipuler la définition conceptuelle qu'il avait posée. En effet, la Cour reprend la définition *Jakob Handte* pour travestir son sens dans un attendu lapidaire : il ne serait en fait pas (ou *plus*) nécessaire que l'engagement librement consenti lie les parties au litige[16]. La solution *Jakob Handte* change de sens dans une apparence de continuité : le for contractuel « *repose sur la cause de l'action et non pas sur l'identité des parties* »[17]. La modulation ne s'arrête d'ailleurs pas là. La Cour de justice module également l'objet de la qualification : elle remonte le fil des faits de l'espèce jusqu'à atteindre le contrat originel de construction. Ce contrat devient alors à ses yeux la cause *essentielle* de l'action[18].

Le juge de l'Union malmène la méthode conceptuelle et la prive alors de sa vertu première : la sécurité juridique. En effet, la méthode permet normalement d'assurer la prévisibilité de la qualification par le jeu d'un syllogisme rigoureux.

---

[16] Le juge de l'Union sous-entend ici que l'engagement librement consenti d'une personne à l'égard d'une autre ne doit pas nécessairement lier les parties au litige. Il suffirait que la demande présente un lien matériel avec un tel engagement. Pourtant, dans l'arrêt fondateur *Jakob Handte* (préc.) c'est bien aux parties au litige que cette condition est appliquée : aucun engagement librement consenti ne lie le fabricant au sous acquéreur. Le litige entre ces parties ne peut donc relever de la matière contractuelle. Et le juge de l'Union procèdera exactement de la même façon dans ses arrêts ultérieurs : *Réunion européenne* (CJCE, 27 octobre 1998, aff. C-51/97), *Tacconi* (CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-334/00*)*, *Frahuil* (CJCE, 25 février 2004, aff. C-265/02*)*, *Kolassa* (CJUE, 28 janvier 2015, aff. C-375/13). C'est à chaque fois le même constat de l'absence de lien contractuel *entre les parties au litige* qui est venu justifier le rejet de la qualification contractuelle de l'action litigieuse.

[17] CJUE, *Feniks*, préc., point 40.

[18] *Ibid*., point 43 : « La cause de cette action se situe ainsi, essentiellement, dans la méconnaissance des obligations que le débiteur a consenties à l'égard du créancier. »

Cependant, dans *Feniks*, la sécurité juridique offerte par la méthode conceptuelle est sacrifiée pour atteindre un résultat visiblement souhaité par le juge européen : la qualification contractuelle de l'action paulienne, seule apte à assurer la compétence du juge polonais en l'espèce. Le conceptualisme est malmené pour laisser place à des considérations d'ordre fonctionnel.

C'est ce que nous révèle la suite de l'arrêt. Dans la deuxième partie de la motivation, la Cour délaisse le terrain conceptuel pour se tourner vers les conséquences de la qualification[19]. Cette résurgence du fonctionnalisme dès le stade de la qualification est remarquable.

Elle permet de revenir sur la place réelle et traditionnelle du fonctionnalisme dans l'opération de qualification. Généralement, pour l'interprétation de la notion de « matière contractuelle », le fonctionnalisme annoncé par la Cour de justice s'épuise dans la consécration de l'objectif de sécurité juridique.

Ce fonctionnalisme est d'ailleurs décrit par certains auteurs comme un « méta-fonctionnalisme »[20] : le juge de l'Union prend de la hauteur par rapport à la disposition litigieuse pour ne s'intéresser qu'à l'objectif général du texte qui la contient. Le juge européen annonce ainsi systématiquement que le règlement Bruxelles I *bis* poursuit un objectif général de sécurité juridique. Cette sécurité juridique est assurée à ses yeux par la règle de principe : la compétence du for du domicile du défendeur. Dès lors, toutes les autres règles qui y dérogent, à quelque titre que ce soit, doivent recevoir une interprétation stricte. Voilà le seul rôle joué par le fonctionnalisme dans l'opération de qualification en matière contractuelle[21]. Une telle méthode n'est pourtant pas satisfaisante

[19] *Ibid.*, points 46 et s.

[20] Voir notamment G. Conway, *The Limits of Legal Reasoning and the European Court of Justice*, Cambridge, 2014, p.3.

[21] C'est d'ailleurs à l'aune de cet objectif que la Cour a posé la première définition de la matière contractuelle dans son arrêt *Jakob Handte* (préc.). C'est ainsi que la considération de la *ratio legis* de la règle optionnelle de compétence est, dans la

puisqu'elle détourne entièrement le juge de la raison d'être de la règle interprétée[22].

L'arrêt *Feniks* est à ce titre prometteur. En effet, dans cette affaire, la Cour délaisse l'objectif de sécurité juridique pour privilégier plutôt celui de proximité. Le « méta-fonctionnalisme », abstrait et général, cède la place au fonctionnalisme concret et spécial. Pour la première fois depuis l'arrêt *Arcado*[23] rendu en 1988, la Cour de justice vise explicitement au sein de ses motifs la *ratio legis* du for contractuel pour l'opération de qualification.

Et ce constat ne va pas s'épuiser dans un simple rappel formel. Au contraire, la Cour va concrètement s'assurer que cet objectif de proximité est satisfait par la qualification retenue. Cet objectif de proximité prend d'ailleurs le pas sur celui de sécurité juridique : la société espagnole est attraite devant les tribunaux du lieu d'exécution d'un contrat auquel elle n'est pas partie et dont elle pouvait parfaitement ignorer l'existence. Cela n'a pourtant pas empêché la Cour de postuler que l'application du for contractuel était pour elle prévisible[24].

Le fonctionnalisme concret flirte ici avec des considérations de fond. La Cour de justice semble prendre pour acquis, dès le stade de la détermination de la compétence, le lien étroit entre le tiers et le débiteur. Et donc la mauvaise foi du défendeur. Ce parti-pris sur le bien-fondé de la demande dès le stade de la qualification est pourtant discutable[25].

L'arrêt *Feniks* reste révélateur de plusieurs phénomènes. Il est d'abord une illustration supplémentaire de la discordance entre la

très grande majorité des arrêts, passée sous silence, la Cour ne s'intéressant qu'à son caractère dérogatoire.

[22] Voir sur ce point G. Cornu, *Droit civil : Introduction au droit*, Montchrestien, 13ème éd., 2007, n°416 : « […] l'exception est une règle. Comme pour toute règle, il faut entrer dans la raison de la loi sans se laisser enfermer dans une vue formelle (dans le fait que cette loi est énoncée sous forme d'exception). »

[23] CJUE, *Arcado*, 8 mars 1988, aff. 9/87.

[24] CJUE, *Feniks*, préc., point 47.

[25] Voir sur ce point les conclusions éclairantes de l'Avocat Général Michal Bobek, points 94 et 95.

méthode définitoire annoncée et la méthode définitoire appliquée : contrairement à ce qu'elle affirme dans ses attendus liminaires, le conceptualisme est prédominant dans les motifs de la Cour lorsqu'elle interprète la notion de « matière contractuelle ». Mais dans cet arrêt, ce conceptualisme fait l'objet d'une manipulation contestable qui sert deux objectifs principaux : le maintien apparent de la cohérence de la jurisprudence et – surtout – la prise en compte de considérations fonctionnelles liées à la *ratio legis* du for contractuel.

II) Au-delà de l'arrêt *Feniks* : vers une articulation harmonieuse des méthodes définitoires

Le conceptualisme se voit malmené par le juge au bénéfice de considérations fonctionnelles. Mais ces deux méthodes pourraient-elles être articulées sans que l'une ne s'en trouve travestie ? Au-delà de l'arrêt *Feniks*, il faut ainsi éprouver la pertinence de ces deux méthodes définitoires aux fins de l'interprétation autonome (**A**) avant d'envisager leur articulation harmonieuse (**B**).

A) La pertinence respective des méthodes conceptuelle et fonctionnelle

Nous l'avons dit, malgré l'annonce d'une méthode purement fonctionnelle, la Cour de justice sollicite, comme naturellement, la méthode conceptuelle. Cette *résistance* du conceptualisme révèle son caractère indispensable pour tout ordre juridique.

Toutefois, la pertinence de la méthode conceptuelle aux fins de la construction des définitions autonomes est discutable. Elle assure, certes, la sécurité juridique si chère aux yeux de la Cour par la mise en œuvre d'un syllogisme rigoureux. Cependant, elle ne peut fonctionner que dans un ordre juridique disposant d'outils conceptuels indispensables à sa mise en œuvre. Or, on l'a vu, ce n'est pas le cas de l'ordre juridique de l'Union. La politique d'harmonisation du droit privé n'est que parcellaire et fonctionnaliste. Elle se trouve donc impuissante à nourrir un raisonnement conceptuel sur le terrain du droit international privé.

Cette carence ne fut qu'accentuée par l'abandon du recours à la méthode comparative effectué très tôt par la Cour de justice.

Mais cette carence ne semble pas empêcher la Cour de se placer presque naturellement sur le terrain conceptuel. Une telle résistance du raisonnement conceptuel s'explique aisément : il est le seul apte à offrir à l'ordre juridique européen la cohérence dont il a besoin pour se développer en système. Le résultat de la méthode reste insatisfaisant. La définition abstraite dégagée par le juge est le fruit d'un raisonnement purement déclaratif, malgré les efforts de la Cour pour la présenter comme découlant naturellement de considérations fonctionnelles. Cette définition est surtout marquée par les faits de l'espèce auxquels elle a vocation à s'appliquer. Elle se révèle alors souvent très restrictive, en même temps qu'insuffisante. Pourtant, elle sera érigée, par le jeu des *précédents*, au rang de définition conceptuelle justifiant à elle seule le rejet de la qualification invoquée dans les hypothèses les plus diverses. C'est exactement le sort qu'a connu la définition de la matière contractuelle émanant de l'arrêt *Jakob Handte.*

Face à cette insuffisance de la méthode conceptuelle, liée aux caractéristiques de l'ordre juridique de l'Union, il importe d'éprouver la pertinence de la méthode fonctionnelle.

La méthode fonctionnelle invite à se tourner vers l'effet juridique, ou, plus simplement la fonction de la règle de compétence invoquée. Il faut ainsi s'intéresser aux conséquences concrètes de l'application de la règle envisagée. Celles-ci doivent coïncider avec sa *ratio legis*. On retrouve fréquemment un tel raisonnement dans les conclusions des avocats généraux. Ces derniers recourent à un raisonnement dialectique, en s'intéressant tour à tour aux conséquences de l'application des différentes règles envisagées[26].

[26] Pour une illustration de ce raisonnement dialectique et fonctionnel, voir notamment les conclusions de l'Avocat Général Francis G. Jacobs présentées le 8 avril 1992, dans l'affaire *Jakob Handte* (préc.), spé. point 27 : « Il est […] nécessaire d'examiner les conséquences pratiques qu'entraînerait la qualification contractuelle ou délictuelle de la demande du sous-acquéreur. »

Une telle méthode permet d'éviter une désignation aveugle du for compétent et de s'intéresser, dès le stade de la qualification, à *l'effet juridique* de la règle. Elle permet d'empêcher une dissociation artificielle entre la catégorie juridique et le critère de rattachement en prenant acte de leur interdépendance[27].

Elle assure également une relativité aux qualifications retenues : opérées à l'aune des objectifs respectifs des règles de compétence, les qualifications n'ont pas vocation à se déployer sur un autre terrain que celui de la compétence internationale. Cette relativité est importante en droit international privé européen, lorsque l'on sait que beaucoup d'États, dans leurs observations soumises à la Cour lors des premières affaires, ont contesté la compétence de cette dernière pour définir des notions de droit privé général[28]. Ils y voyaient un risque d'ingérence dans un domaine non harmonisé par le droit de l'Union européenne. Le fonctionnalisme évite une telle ingérence, la méthode définitoire permettant d'assurer une relativité aux qualifications retenues.

Une telle méthode se révèle ainsi particulièrement pertinente pour l'ordre juridique européen. Pourtant, elle n'est que trop rarement utilisée par le juge de l'Union lorsqu'il interprète la notion de « matière contractuelle ». Celui-ci préfère en effet procéder à un méta-fonctionnalisme, qui s'épuise dans la consécration de l'objectif abstrait et trop général de sécurité juridique.

Mais au-delà de son maniement actuel par le juge de l'Union, il importe de s'interroger sur la place que cette méthode fonctionnelle peut avoir dans l'élaboration des définitions autonomes. A cet égard, il convient de revenir sur les termes du Doyen Vedel. Pour lui, « ni la jurisprudence, ni la doctrine ne peuvent se contenter de définir [une notion] par le besoin auquel elle répond »[29]. Et

[27] P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, Montchrestien, 11ème éd., 2014, n°168 et s.

[28] Voir notamment les observations des gouvernements dans l'arrêt *Tessili* (CJCE, 6 octobre 1976, aff. 12/76).

[29] G. Vedel, « De l'arrêt Septfonds à l'arrêt Barinstein (La légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP* 1948, I, n°682.

d'ajouter qu'une telle définition exclusivement fonctionnelle conduirait à « tomber dans une sorte d'impressionnisme juridique »[30].

Le fonctionnalisme ne peut résoudre *à lui seul* la question de la qualification. Il a besoin de conceptualisme : un noyau conceptuel est nécessaire à chaque catégorie afin d'assurer à ces dernières une unité et une cohérence indispensable à tout ordre juridique. Le législateur européen dans les considérants des règlements Rome I et Rome II[31], et la Cour dans son arrêt *Ergo*[32], le reconnaissent d'ailleurs explicitement.

La méthode fonctionnelle se révèle ainsi incontestablement pertinente pour l'élaboration des définitions autonomes. Mais elle est également impropre à résoudre à elle seule la question de la qualification. Ceci est d'autant plus vrai s'agissant des règles ayant un objectif purement procédural, comme le sont les règles optionnelles de compétence visées à l'article 7 du règlement Bruxelles I *bis*.

En effet, lorsque la politique législative que révèle l'objectif de la règle de compétence est purement procédurale, la méthode fonctionnelle peine à donner des résultats suffisants. Par contraste, lorsque la règle de compétence poursuit un objectif matériel, le fonctionnalisme est volontiers utilisé par le juge, et réussit à motiver de façon satisfaisante l'opération de qualification. C'est que dans cette hypothèse, l'objectif de la règle de compétence et la fonction matérielle de la catégorie juridique coïncident. La règle de compétence en matière de contrats de consommation illustre parfaitement cette identité d'objectif. La politique législative en droit international privé et en droit interne est la même : celle de la protection d'une partie jugée faible. Une telle identité d'objectifs se

[30] *Ibid.*

[31] Considérant 7 du règlement n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) et considérant 7 du règlement n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II).

[32] CJUE, *Ergo Insurance*, 21 janvier 2016, aff. jtes C-359/14 et C-475/14, points 43 et 44.

retrouve plus généralement en matière de conflit de lois. Mais sur le terrain de la compétence internationale, lorsque la *ratio legis* de la règle est purement procédurale, une rupture s'opère entre la fonction de la règle d'une part et celle de la catégorie juridique d'autre part. C'est typiquement le cas s'agissant de la règle optionnelle de compétence en matière contractuelle. L'objectif procédural de proximité peine à motiver utilement la définition de la notion de « matière contractuelle ». Il ne peut que servir à corriger ou délimiter les contours de la catégorie juridique au gré des arrêts.

Un cercle vicieux se profile. La méthode conceptuelle ne peut être utilisée de façon satisfaisante eu égard à l'absence d'appareillages conceptuels dans l'ordre juridique européen en droit privé. La méthode alternative, la méthode fonctionnelle, ne peut, quant à elle, venir résoudre et justifier *à elle seule* la qualification retenue par le juge.

B) Tentative d'articulation harmonieuse

La seule solution semble être la conciliation des deux méthodes, qui doivent s'articuler harmonieusement. On retrouve alors une idée préconisée par le Doyen Batiffol[33], refusant de voir dans l'utilisation de ces deux méthodes une quelconque contradiction.

Mais comment pourrait s'effectuer cette articulation dans l'ordre juridique européen ? Il faudrait, peut-être, admettre la nécessité d'un point de départ conceptuel. Compte tenu des spécificités de l'ordre juridique européen, ce noyau conceptuel ne pourrait être que réduit et donc malléable. Il faut se contenter d'une définition pauvre mais souple, que seule la méthode fonctionnelle pourrait venir compléter. Comme le démontrait le Doyen Vedel, cette intervention supplétive du fonctionnalisme n'a cependant vocation qu'à être temporaire[34]. En effet, au gré des arrêts et des solutions

[33] H. Batiffol, *Aspects philosophiques du droit international privé*, Dalloz, 1956, rééd. 2002, présentée par Y. Lequette, spé. n°130 et s.

[34] G. Vedel, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP* 1950, I, n° 851, précisant que « cette disparition

retenus, un « catalogue »[35] de solutions émergera et permettra, *in fine,* d'atteindre une véritable définition conceptuelle de la notion de « matière contractuelle » au sens du règlement Bruxelles I *bis*.

Cette conclusion invite toutefois le juge de l'Union à mieux manier ces deux méthodes définitoires : le conceptualisme doit être assumé et le fonctionnalisme mieux maîtrisé. Ainsi, si l'on doit approuver la disparition du critère personnel dans la définition de la matière contractuelle opérée par les récents arrêts *Flightrights*[36] et *Feniks*, sa motivation reste encore à construire.

---

des notions fonctionnelles par résorption dans une théorie conceptuelle à la fois plus large, plus précise et plus complexe, ne se produit pas à volonté ».

[35] *Ibid.*

[36] CJUE, *Flightright*, 7 mars 2018, aff. jtes C-274/16, C-447/16 et C-448/16 : Par un recours au droit matériel européen applicable, le juge de l'Union réussit à qualifier de contractuelle l'action intentée par un passager aérien contre le transporteur effectif, bien qu'aucun contrat ne lie ces parties au litige. Constatant qu'en vertu de la *lex causae*, le transporteur aérien effectif « est réputé agir » au nom du cocontractant du passager, la Cour accepte l'application du for contractuel. C'est d'ailleurs précisément sur cet arrêt *Flighritht* que se fonde la Cour de justice dans l'affaire *Feniks*. Les données ne sont cependant pas tout à fait les mêmes puisqu'ici le droit invoqué par la demanderesse est le droit national polonais et non le droit européen. La Cour de justice retient néanmoins la même formule : peu importe l'identité des parties, le for contractuel repose sur la cause de l'action. Le critère personnel ne cède donc pas uniquement lorsque le droit matériel européen prévoit lui-même une qualification contractuelle. L'arrêt *Feniks* nous apprend en effet que ce critère a tout simplement disparu.

Molla Sali : l'apport positif de la Cour européenne des droits de l'Homme à la problématique des relations entre la religion et le droit en droit interne et en droit international privé

Konstantinos A. Rokas
Maître de conférences en droit international privé, Université de Nicosie, Chypre
Avocat, Barreau d'Athènes
Docteur en droit de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Introduction

Le droit religieux et, plus généralement, les rapports entre la religion et le droit constituent une problématique dont l'intérêt reste vif. L'application éventuelle d'un droit religieux ou des règles puisées dans les textes sacrés d'une religion peut apparaître au moins dans trois contextes. Les tribunaux peuvent tout d'abord être amenés à appliquer un droit religieux après sa désignation par les règles de conflit du for. Ensuite, dans certains pays comme la France[1] et la Grèce la loi musulmane sacrée fait partie du droit interne en tant que droit interpersonnel. Dans ce cas les règles du droit religieux s'appliquent directement comme droit interne selon les conditions déterminant leur champ d'application. Enfin, des règles d'un droit religieux deviennent pertinentes en raison du phénomène de l'arbitrage religieux. Une manifestation de ce phénomène sont les *Sharia councils* qui ont fait leur apparition en Angleterre ainsi qu'au sein des certains États aux États-Unis[2].

L'affaire Molla Sali, qui porte sur la confrontation des dispositions découlant de la Charia avec la Convention européenne des droits de l'Homme, enrichit, malgré sa spécificité, la problématique des rapports entre la religion et le droit, et plus précisément des règles puisées dans un système religieux avec les droits fondamentaux. La Cour européenne adopte une vision conciliatrice

[1] La France, contrairement à ce qu'affirme la Cour européenne dans son arrêt, continue à appliquer la *Charia* à la population du territoire français de Mayotte. L'art. 1er de l'ordonnance 2010-590 du 3 juin 2010 prévoit que : « *Le statut civil de droit local régit l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités* » ; v. en ce sens H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », *D.* 2019, p. 316 ; M. Afroukh, « Évolutions de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme – second semestre 2018 », *RDLF* 2019, chron. 13, p. 22 dans : <www.revuedlf.com>

[2] Sur cette pratique v. M. J. Broyde, *Sharia Tribunals, Rabbinical Courts, and Christian Panels - Religious Arbitration in America and the West*, Oxford University Press, 2017; compte rendu du livre par F.-X. Licari, *Rev. crit. DIP* 2018, p. 184

de la logique des règles qui trouvent leur origine dans une religion et la protection des droits de l'Homme. Elle est conciliatrice parce qu'elle évite, tout d'abord, une « *confrontation directe entre principes du droit musulman et droits fondamentaux* »[3]. En même temps, la décision de la Cour vise à garantir la protection des individus contre un traitement discriminatoire. Elle est conciliatrice ensuite au regard des particularités d'une législation et les solutions jurisprudentielles du droit grec dans ce domaine.

La compréhension de l'arrêt nécessite de se placer dans le contexte historique, politique et diplomatique au lendemain des conflits armés entre la Grèce et la Turquie, des guères balkaniques, et de la première guerre mondiale. L'étude du contexte met en relief les spécificités d'antan et d'aujourd'hui des relations politico-diplomatiques entre la Grèce, la Turquie et les autres pays des Balkans. L'application de la loi musulmane sacrée en Grèce trouve ses origines dans le traité d'Istanbul de 1881 entre la Grèce et la Turquie, ratifié par la loi grecque Ν. ΠΛΖ'/1882. Par la suite la question du statut des communautés musulmanes en Grèce allait être résolue par les traités conclus à la fin de la première guerre mondiale et du conflit gréco-turc en Asie Mineure. Ces traités internationaux ont réglé les différends existants entre les pays impliqués dans les conflits régionaux et ont déterminé les frontières entre l'ancien Empire ottoman et les autres États de la région dont la Grèce. Ainsi, ont été signés le Traité d'Athènes entre la Grèce et la Turquie du 1/14.11.1913[4], connu aussi comme Traité d'Athènes ratifié par la loi Ν. ΔΣΙΓ'/1913, le Traité de Sèvres du 1920 ratifié par le décret législatif du 29.09/31.10.1923 et le Traité de Lausanne du 24 juillet 1923 ratifié par le décret législatif du 25.08.1923. Ces traités ont réglé les frontières entre les pays impliqués dans les conflits de cette période, mais aussi le sort des populations grecques et turques habitant respectivement en Turquie et en Grèce. La gestion du sort des populations grecques habitant en Turquie et turques habitant en Grèce figurait au nombre des questions traitées par ces conventions. Leurs architectes ont choisi le moyen des échanges de populations, dans le but d'assurer l'homogénéité religieuse à l'intérieur des nouvelles frontières. Les populations grecques qui étaient restées après la fin de la guerre aux différents coins de l'ancien empire ottoman et les populations turques qui étaient restées en Grèce allaient prendre la route respectivement vers la Grèce et la Turquie. Les échanges ont affecté au

[3] H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », *D.* 2019, p. 316.

[4] L'indication de deux dates s'explique par le fait que la Grèce suivait jusqu'en 1923 le calendrier julien. C'était le 16 février 1923 que le calendrier grégorien a été introduit dans le pays.

moins 1.600.000 personnes (1.221.489 Grecs orthodoxes de l'Asie Mineure et de Thrace orientale et entre 355.000 et 400.000 musulmans de Grèce)[5]. Des exceptions ont été prévues. Les Grecs habitant à Istanbul et dans les îles d'Imbros et Tenedos et les musulmans habitant au Nord de la Grèce, en Thrace occidentale, resteraient dans leurs foyers. Les États assumaient respectivement l'obligation de protéger ces minorités. L'État grec considérait que l'une de ses obligations envers la communauté musulmane était de protéger le statut spécial de cette dernière, en vertu duquel le droit applicable aux relations personnelles était la Charia. Les personnes impliquées dans cette affaire de succession, portée à la connaissance de la Cour européenne des droits de l'Homme, appartenaient à la communauté des musulmans de Thrace.

L'application du droit musulman en matière familiale est garantie par les muftis de Thrace, qui sont fonctionnaires de l'État grec. Leurs décisions doivent néanmoins être rendues exécutoires par les juridictions judiciaires qui doivent vérifier leur compatibilité avec la Constitution grecque (art. 5 § 3 de la loi 1920/1991). L'examen des décisions accordant force exécutoire aux décisions du mufti fait apparaître des doutes quant à l'efficacité du contrôle de constitutionnalité[6]. L'application des règles découlant de la Charia à des affaires relevant du droit de la famille peut potentiellement conduire à des décisions contraires à l'égalité entre Homme et femme. Les explications de cette tolérance à l'égard de l'application potentiellement discriminatoire de la loi musulmane sont à chercher dans le contexte sensible des relations géopolitiques entre la Turquie et la Grèce[7]. Elles s'expliquent aussi par les divergences d'appréciation des textes régissant la minorité musulmane de Thrace. Notons à cet égard que le traité de Lausanne de 1923 ne fait pas de référence à une obligation d'application du droit musulman à la minorité, mais consacre l'autonomie institutionnelle tant des minorités musulmanes que des minorités non musulmanes habitant en Grèce[8]. Avant

[5] Giuseppe Motta, *Less than nations: Central-Eastern European Minorities after WWI*, vol. I, Cambridge Scholars Publishing, 2013, p. 365.

[6] I. Ktistakis, *Loi sacrée d'Islam et citoyens Grecs musulmans, entre communautarisme et libéralisme*, Éditions Sakkoula, Athènes-Thessaloniki, 2006 (en grec), pp. 117-128, 158. Selon Ktistakis entre 1991 et 2006 seulement 11 décisions sur 2679 ont été jugées anticonstitutionnelles.

[7] V. en ce sens aussi. V. Koumpli, « Managing Religious Law in a Secular State: The Case of the Muslims of Western Thrace, on the Occasion of the ECHR Judgment in Molla Sali v Greece », communication prononcée dans le cadre de la XXème Conférence générale de l'Académie Internationale de droit comparé [Fukuoka, 23-27 juillet 2018] (à paraître).

[8] G. Doudos, «Vue d'ensemble du système de droit de Charia en association dialectique avec l'ordre juridique grec », (en grec), pp. 1-35, spéc. pp. 8. Nous tenons à remercier Maître Georgios Doudos, ancien conseil juridique du Mufti de Thrace pour les informations qu'il a

d'entreprendre une explication de la symbiose du droit musulman avec le droit commun dans un pays du Conseil de l'Europe, il s'impose de rappeler les faits de l'affaire Molla.

M. Moustafa Molla Sali et son épouse Madame Molla Sali avaient leur résidence à Komotini au nord de la Grèce. Tous deux étaient membres de la communauté musulmane de la région de Thrace. M. Mostafa Molla Sali décéda le 21 mars 2008. Avant sa mort, il avait établi un testament authentique devant notaire conformément au Code civil grec, dans lequel il léguait la totalité de ses biens à son épouse. Suite au décès, l'épouse a effectué les formalités administratives nécessaires auprès des autorités grecques pour hériter des biens de son mari dont une partie se trouvait en Turquie.

En décembre 2009 les deux sœurs du défunt ont contesté, devant le tribunal de première instance de Rhodope, la validité du testament et ont revendiqué les trois quarts des biens légués. Leur argumentation était liée à l'appartenance du défunt à la communauté musulmane de Thrace. Elles soutenaient que, de ce fait, la succession de M. Molla Sali était soumise à la loi musulmane sacrée et à la compétence du mufti et non pas au Code civil grec et à la compétence des juridictions ordinaires. Précisons que les sœurs étaient aussi membres de la communauté musulmane. Selon elles, l'application de la Charia reposait sur les articles 14 § 1 du Traité de Sèvres de 1920 et les articles 42 et 45 du Traité de Lausanne. Ainsi, selon les règles musulmanes, le régime de la succession aurait dû être celui d'une succession *ab intestat* et le testament rédigé ne pouvait avoir qu'un rôle complémentaire en présence de parents proches. Un argument en faveur de l'application de ces règles était lié au fait que l'article 6 de la loi d'accompagnement du code civil grec abolissant les autorités religieuses de la Communauté grecque juive ne faisait aucune référence aux autorités religieuses des Grecs musulmans de Thrace. Ainsi, selon le droit musulman invoqué, les sœurs avaient droit aux trois quarts des biens légués.

En première instance et en appel les sœurs ont été déboutées. Il a été jugé que les obstacles à la liberté de disposer résultant de l'application du droit musulman successoral constituaient une discrimination. Une interdiction de rédiger un testament constituerait une violation des articles 4 (principe d'égalité), 5 (libre développement de la personnalité), 2 (principe de non-

partagées avec nous au sujet de la communauté des musulmans de Thrace et de l'affaire Molla Sali. Son texte sur la Charia est accessible dans <www.academia.edu>.

discrimination) et 13 §1 (liberté de conscience religieuse) de la Constitution grecque, ainsi que des articles 14 de la Convention européenne des droits de l'Homme et 1 du Protocole n° 1. Accepter l'application du droit musulman équivaudrait à un traitement discriminatoire fondé sur les convictions religieuses. L'application de la Charia à la communauté des musulmans de Thrace, même quand elle est admise, doit être conforme à la Constitution et à la Convention européenne des droits de l'Homme. La Cour d'appel, qui s'est ralliée aux positions du Tribunal de première instance, a également tenté de délimiter la compétence du mufti, en précisant que ce dernier n'avait pas compétence en matière de testament authentique. Selon ce raisonnement, le testateur avait bien la possibilité de demander la rédaction d'un testament public. Ne pas reconnaître le droit d'un ressortissant grec de confession musulmane de disposer de son patrimoine à son gré serait une discrimination fondée sur la religion.

Les sœurs se sont pourvues en cassation et leur pourvoi fut accueilli sur la base des articles 11 du Traité d'Athènes de 1913, 4 de la loi n° 147/1914, 10 de la loi n° 2345/1920 (lois votées en exécution du Traité d'Athènes) et 5 § 2 de la loi 1920/1991. Selon l'article 10 de la loi n° 2345/1920, transposant l'article 11 § 8.1 du Traité d'Athènes, la compétence des muftis portait sur les affaires impliquant des musulmans de la région « *en matière de mariage, de divorce, de pension alimentaire, de tutelle, de curatelle, d'émancipation de mineurs, de testament islamique et de succession* ab intestat ». Ces dispositions font partie, selon la Cour de cassation, du droit interpersonnel des ressortissants grecs musulmans, qui constitue partie intégrante du droit interne en vertu de la ratification du Traité d'Athènes conformément à l'article 28 § 1 de la Constitution. Selon ce raisonnement, le refus de la Cour d'appel d'appliquer le droit successoral musulman constituait une violation des dispositions précitées. En même temps, la Cour de cassation relevait que les biens de la succession en cause appartenaient à la catégorie des biens «*possédés en pleine propriété* » (*moulkia* ; il s'agit des terres publiques dont la propriété appartenait à l'administration ottomane et qui avaient été cédées en pleine propriété à des particuliers). Ces biens étaient régis, pendant l'occupation ottomane, par la Charia et, partant, le testament rédigé par le défunt devait être considéré comme invalide et dépourvu d'effet juridique puisqu'un tel testament n'est pas reconnu par la Charia. La Cour d'appel de Rhodope ayant statué après renvoi s'est ralliée au point de vue de la Cour de cassation grecque. Elle a précisé que l'application du droit musulman aux ressortissants grecs musulmans de Thrace visait à la protection de leurs droits et que, par conséquent, cela ne pouvait pas constituer une violation du principe d'égalité

(art. 4 § 2 de la Constitution), ou du droit d'accès à un tribunal (art. 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme). Elle a enfin rejeté la demande de la requérante de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne, relative à l'interprétation des articles 5 § 2 de la loi n° 1920/1991 et 45 du Traité de Lausanne.

Mme Molla Sali s'est pourvue en cassation contre ce dernier arrêt. Elle invoquait, dans un premier moyen, une motivation insuffisante, les juges n'ayant pas examiné si le mari était un « musulman pratiquant », ce qui était selon elle une condition requise pour l'application du droit interpersonnel de la Communauté musulmane de Thrace. Elle soutenait, dans un deuxième moyen, que l'interprétation de l'article 5 § 2 de la loi n° 1920/1991 et des dispositions du Code civil retenue par la cour d'appel, conduisant à l'application de la Charia aux membres de la communauté musulmane qui ne suivaient pas fidèlement le dogme, était erronée. Elle ajoutait que le droit de rédiger un testament échappait à la compétence du mufti, et que l'application des dispositions de la loi musulmane sacrée à la minorité musulmane de Thrace ne pouvait que conduire à une violation des droits de ces ressortissants Grecs de confession musulmane, garantis par la Constitution et par les articles 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'Homme et l'article 1 du Protocole n° 1 de la Convention.

Le pourvoi fut rejeté par l'arrêt n° 556/2017 du 6 avril 2017. La Cour de cassation a déclaré la requête irrecevable, en jugeant, d'une part, que le degré d'attachement d'une personne à la religion ne constituait pas un critère juridique pertinent et en confirmant, d'autre part, l'adéquation de la motivation de l'arrêt de la Cour d'appel et sa conformité avec son premier arrêt (n° 1862/2013). Ce contentieux aboutit, en ce qui concerne Madame Molla Sali, à la privation des trois quarts des biens légués.

Par ailleurs, les sœurs du défunt avaient initié une procédure devant le Tribunal de première instance d'Istanbul, en parallèle à la procédure devant les tribunaux grecs, dans l'objectif de faire annuler le testament rédigé en Grèce. Elles soutenaient, dans cette procédure, que le testament était contraire à l'ordre public turc. Celle-ci a été ajournée à plusieurs reprises pour des raisons liées à la procédure pendante en Grèce. Elle fut ajournée pour la dernière fois au 18 janvier 2018.

À la suite des décisions des juridictions internes grecques, Madame Molla Sali a saisi la Cour européenne des droits de l'Homme le 5 mars 2014. Nous allons, dans un premier temps, présenter la solution à laquelle est arrivée la Cour européenne, afin ensuite constater qu'elle tend à concilier les différents intérêts en cause, même si le fondement sur lequel repose sa solution est incorrect (I). Dans un deuxième temps, nous tenterons de démontrer en quoi cette réponse est en phase avec la modification du droit interne grec et avec une approche du droit international privé promouvant une vision universaliste de l'objectif de coordination, même entre des systèmes de droit à première vue incompatibles (II).

I. Une solution juste, conciliatrice sur la base d'un fondement erroné

Madame Molla Sali a allégué, devant la Cour européenne, une violation de l'article 6 § 1 de la Convention pris isolément et combiné avec l'article 14 et de l'article 1 du Protocole n° 1. La requérante a eu gain de cause devant la Cour européenne des droits de l'Homme sur le fondement de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Nous présenterons le raisonnement ayant conduit à la constatation d'un traitement discriminatoire (**A**), avant de remettre en cause le fondement choisi par la Cour européenne des droits de l'Homme et d'exposer l'incertitude quant à la protection de ses droits à la succession (**B**).

A. L'affirmation justifiée d'un traitement discriminatoire

La Cour prend soin de délimiter l'objet de son contrôle en choisissant le fondement de l'article 14 § 1 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 et n'entre pas dans la discussion de la violation éventuelle de l'article 6 § 1. La constatation de la violation passe par l'affirmation d'une discrimination par association. La discrimination n'est pas liée à la religion de la requérante mais à la religion de son mari. L'attention des juges est portée sur l'existence d'une différence de traitement entre les citoyens Grecs appartenant à la communauté musulmane de Thrace et les autres citoyens qui voient en principe leur succession soumise aux dispositions du Code civil. La question, plus précisément, était celle de savoir si le fait d'exclure l'application des dispositions du Code civil à un citoyen Grec membre de la Communauté musulmane de Thrace, ayant rédigé un testament public conformément au Code civil, constitue un traitement discriminatoire par rapport aux autres citoyens du pays.

En délimitant ainsi l'objet du contrôle, la Cour évite de se prononcer sur la compatibilité de principe de la Charia avec la Convention européenne des droits de l'Homme. Ce choix de la Cour est compréhensible si l'on prend en considération les spécificités du régime spécial des musulmans grecs de Thrace et la spécificité du contexte géopolitique expliqué ci-dessus.

Afin de bien délimiter le problème de droit, il faut nous pencher sur les termes choisis par les juges. La Cour européenne conclut à la violation de l'article 14 combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. Elle a considéré que la différentiation dans le traitement de Madame Molla Sali, en tant que bénéficiaire d'un testament rédigé conformément au Code civil par un Grec musulman, en comparaison avec un autre bénéficiaire de testament rédigé par une personne de confession non musulmane, ne trouve pas une justification objective et raisonnable.

Afin d'arriver à sa conclusion, la Cour procède à l'évaluation de la proportionnalité de la pratique du droit grec. Les juges ne s'attardent pas longuement sur l'appréciation de la légitimité du but poursuivi et de la légalité de la pratique juridique conduisant à l'application du droit musulman à la communauté de Thrace. Le gouvernement invoque la protection de la minorité musulmane comme but légitimant l'application de la Charia et des solutions qu'elle génère pour les Grecs musulmans. La Cour exprime des doutes par rapport au caractère approprié de cette application en tant que mesure visant à atteindre l'objectif affiché de protection de minorités (§ 143). Mais elle met l'accent sur le contrôle de la proportionnalité. Elle conclut que la mesure n'était pas proportionnelle au but poursuivi. Son raisonnement est étayé par les assertions suivantes. Les obligations internationales de la Grèce ne paraissent pas suffisantes pour expliquer les solutions choisies. Elle note en même temps que le Gouvernement grec avait admis que les dispositions du Traité d'Athènes et du Traité de Sèvres ne sont plus en vigueur, ainsi que le fait que le Traité de Lausanne, toujours en vigueur, ne mentionne pas la compétence du mufti ni l'application de la Charia, mais garantit le particularisme religieux[9]. En même temps, les juges prennent acte « *des divergences de jurisprudence entre les tribunaux en ce qui concerne notamment la question de la conformité de l'application de la Charia au principe de l'égalité de traitement et aux normes internationales de protection des droits de l'Homme*. » (§ 153). Ces divergences

[9] V. toutefois sur ce point : I. Tsavousoglou, « The Curious Case of Molla Sali v. Greece: Legal Pluralism Through the Lens of the ECtHR », commentaire paru dans : <www.strasbourgobservers.com>.

génèrent une insécurité juridique incompatible avec les exigences de l'état de droit (§ 153). Les préoccupations des organes internationaux quant au respect des droits de l'Homme, exprimées par le Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, ont également été prises en considération. Ainsi, la Cour affirme aussi bien l'existence d'un traitement discriminatoire tout en insistant sur la violation d'un droit qui est central pour la protection des minorités, à savoir le droit d'une personne de choisir librement d'être considérée comme membre d'une minorité. Il s'agit de « [l]*'aspect négatif du droit de libre identification, c'est-à-dire le droit de choisir de ne pas être traité comme une personne appartenant à une minorité*… » (§157)[10]. L'État ne peut pas endosser le rôle de garant de l'appartenance d'une personne à une minorité en la privant de la liberté d'opter pour ou contre son appartenance à cette minorité. Ce droit de libre identification constitue selon la Cour la pierre angulaire du droit international de la protection des minorités (§ 157). La mise en relief de l'aspect négatif du droit de libre identification constitue une avancée très positive[11].

B. Le choix erroné du fondement et la protection incertaine de la requérante et des Grecs musulmans de Thrace

Si la tentative de la Cour de protéger la requérante est louable, le fondement choisi par elle n'est pas approprié[12]. La condamnation de la Grèce a été prononcée sur la base de l'article 1er du Protocole no 1. L'article premier du Protocole no 1 n'était pas en l'espèce le fondement approprié. Cela s'explique par le fait que la requérante n'était pas en position de se prévaloir d'un bien, ni en termes d'un droit existant ni en termes d'un intérêt légitime[13]. Le droit invoqué par Mme Molla Sali et les circonstances entourant son affaire ne suffisaient pas à fonder l'existence d'un intérêt légitime parce que la jurisprudence de la Cour de cassation était claire en ce que les Grecs de confession musulmane ne peuvent pas déroger à l'application du droit

[10] Pour une appréciation positive de l'arrêt sur ce point v. L. Burgorgue-Larsen, Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme (septembre-décembre 2018), *AJDA*, 2019, p. 169

[11] En ce sens v. Burgorgue-Larsen, « Actualité de la Convention européenne des droits de l'Homme (septembre-décembre 2018) », *AJDA* 2019, p. 169.

[12] V. en détail sur cette position N. Koumoutzis, in N. Koumoutzis, Chr. Papastylianos, « Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace—ECtHR Molla Sali v. Greece, Application No. 20452/14, 19 December 2018», *Religions* 2019, 10, 300, p. 6 et *seq.*

[13] V. N. Koumoutzis, in N. Koumoutzis, Chr. Papastylianos, « Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace—ECtHR Molla Sali v. Greece, Application No. 20452/14, 19 December 2018 », *Religions* 2019, 10, 300, pp. 7-8.

musulman en matière successorale. Contrairement à ce qu'une partie de la doctrine grecque soutient[14], le recours aux juridictions religieuses en matière successorale ne peut pas être considéré comme facultatif. La teneur de la jurisprudence telle qu'elle résulte d'une recherche portant sur les décisions des juridictions grecques ne laisse pas de doute là-dessus[15]. Cela ne signifie pas que Mme Molla n'était pas légitimée à avoir recours devant la Cour européenne des droits de l'Homme. Le fondement approprié de sa demande serait l'article 8 de la Convention européenne relatif à la protection de la vie familiale[16].

Par ailleurs, il est permis d'avoir des doutes quant à l'efficacité de la protection que l'arrêt de la Cour européenne assurera à Mme Sali dans la réglementation de la succession de son mari. Mme Sali a demandé 967.686,75 € comme dommage matériel pour la violation de l'article 1 du Protocole n° 1. Afin de justifier cette demande, elle produit des documents des autorités fiscales grecques pour les biens concernés sis en Grèce et des rapports d'expertise établis en Turquie pour les biens concernés sis en Turquie. Il ressort de notre recherche que le défunt avait un patrimoine en Turquie dont la valeur est assez considérable. La Cour ne s'est pas prononcée sur ces demandes et a accordé un délai de trois mois aux parties dans l'objectif d'arriver à un accord. En l'absence d'un accord, la décision pourrait aboutir à une satisfaction seulement partielle des droits de Mme Sali si l'on prend en considération la pratique généralement suivie par la Cour européenne des droits de l'Homme en matière d'attribution des dommages et intérêts. Il faut aussi noter que le droit grec ne prévoit pas un recours en révision lorsqu'une décision est prononcée en violation d'un droit accordé par la Convention européenne des droits de l'Homme. En l'absence d'un tel recours la

[14] K. Tsitselikis, « La jurisdiction du Mufti en tant que juge religieux, à l'occasion de la décision 405/2000 du tribunal de première instance de Thiva » (en grec), *Nomiko Vima* 2001-49, pp. 583–593, spec. pp. 584, 588, 590 et *seq*.,592 et *seq*.; Papassiopi-Passia, « Réflexions quant au champ d'application du droit interpersonnel en Grèce et de la compétence juridictionnelle du Mufti » (en grec avec un résumé en anglais), *Koinodikion* 2001, pp. 391-412, spéc. p. 406; Ktistakis, *op.cit.*, p. 39, p. 155; A. Tsaoussi, E. Zervogianni, « Multiculturalism and Family Law: The Case of Greek Muslims », in *European Challenges in Contemporary Family Law*, sous la dir. de Katharina Boele-Woelki et Tone Sverdrup, Intersentia, Antwerp, Oxford, Portland, 2008, pp. 209–239, spec. p. 214; L. Papadopoulou, « Trapped in History: Greek Muslim Women under the Sacred Islamic Law », *Annuaire International des Droits de l'Homme*, *Religions et Droits de l'Homme*, 2010-5, pp. 397–418, spéc. p. 409.

[15] N. Koumoutzis, in N. Koumoutzis, Chr. Papastylianos, « Human Rights Issues Arising from the Implementation of Sharia Law on the Minority of Western Thrace—ECtHR Molla Sali v. Greece, Application No. 20452/14, 19 December 2018», p. 8; G. Sakaloglou, « La jurisdiction du Mufti dans des affaires familiales, personelles et successorales des citoyens Grecs musulmans dans le resort de la Cour d'appel de Thrace » (en grec), *Nomiko Vima* 2015-63, pp. 1366–1386.

[16] N. Koumoutzis, *op.cit.*, p. 8.

requérante ne pourra pas remettre en cause la réglementation de la succession décidée par les juridictions judiciaires.

Indépendamment des critiques, l'arrêt de la Cour européenne est positif en ce qu'il permettra une meilleure protection de la requérante. En même temps, la condamnation de l'État grec constituera un guide aussi bien pour les autorités religieuses de la minorité musulmane en Grèce que pour les juridictions judiciaires grecques en charge du contrôle des décisions des autorités précitées. L'intervention de la Cour européenne en combinaison avec la modification du droit grec quant au caractère obligatoire de l'application du droit musulman est de nature à rendre les juges plus attentifs dans le contrôle des décisions émanant des autorités religieuses et est de nature à garantir dans des meilleures conditions la compatibilité des décisions du mufti avec la Constitution grecque et la Convention européenne des droits de l'Homme. En dehors du contexte, l'arrêt peut avoir un impact au moins indirect sur d'autres points.

II. L'impact modéré de la solution en droit interne et en droit international privé

L'arrêt de la Cour européenne laisse en suspense différentes questions[17] mais il peut avoir une influence indirecte aussi bien sur le droit interne des pays appliquant des règles de la loi musulmane sacrée que sur le droit international privé. La solution posée par la Cour peut influer plus concrètement sur l'application du droit musulman dans les pays membres du Conseil de l'Europe et plus indirectement sur les cas d'application du droit étranger puisant ses solutions dans la tradition coranique, dans des affaires présentant d'éléments d'internationalité. L'approche de la Cour européenne des droits de l'Homme reste pointilliste aussi en l'espèce. Cette donnée ainsi que les particularités de l'affaire démontrent que l'on ne peut pas surestimer son impact. Néanmoins, la solution prononcée est en cohérence avec une vision ouverte au pluralisme et à l'universalisme sans renoncer aux garanties de protection des droits de l'Homme.

Cette vision laisse ses empreintes au sein des ordres juridiques qui insèrent le droit islamique dans leur droit interne ou qui ménagent une place à des

[17] H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », *D.* 2019, p. 316.

pratiques juridiques qui reposent sur la Charia (**A**). Elle n'exclut pas la possibilité d'application d'un tel droit mais rappelle que cette application sera acceptée sous réserve de protection des droits fondamentaux. La prise de position par la Cour est conforme avec une idée du droit international privé selon laquelle la coordination des ordres juridiques nécessite de dépasser des approches qui sont absolutistes à l'égard des traditions juridiques qui de prime abord peuvent apparaître comme incompatibles avec celle de l'ordre juridique du for (**B**).

A. La Cour européenne des droits de l'Homme garante des droits fondamentaux au sein des pays acceptant l'application du droit musulman

Le choix fait par la Cour européenne des droits de l'Homme de raisonner sur la base des articles 14 et 1 du Protocole n° 1 lui permet d'éviter de se prononcer de manière générale et abstraite sur le régime spécial des ressortissants Grecs de confession musulmane. En ayant délimité ainsi l'objet de son contrôle et en passant outre l'examen de la violation du droit à un procès équitable elle manifeste son souci de ne pas se prononcer de manière générale sur la compatibilité du droit interpersonnel des Grecs de Thrace de confession musulmane avec la Convention européenne des droits de l'Homme et plus généralement sur l'application du droit musulman aux Grecs musulmans de Thrace. La manière dont les juges raisonnent démontre les limites du pouvoir de la Cour européenne des droits de l'Homme. Le choix des fondements du raisonnement indique en même temps que les juges sont conscients des enjeux politiques existants dans différentes affaires relatives à la protection des droits de l'Homme. La prise en considération des enjeux politiques est aussi révélatrice de la fragilité du système européen de protection des droits de l'Homme. L'approche casuistique de la Cour et le fait qu'elle avance à petits pas doivent être salués. Certainement, sa solution en l'espèce n'exclut pas l'apparition des situations nouvelles dans lesquelles l'application de la Charia conduirait à un traitement discriminatoire ou à une violation des droits fondamentaux de la femme. En dépit de cet inconvénient, sa réponse réussit d'une part à assurer une certaine protection de la requérante, tout en prenant en considération le contexte politique et diplomatique délicat et évite d'autre part une prise de position absolue à l'égard du droit islamique.

D'ailleurs, la solution de la Cour a d'autres mérites. L'approche adoptée en l'espèce à l'égard du contexte spécial de l'application du droit musulman en Grèce est louable. Elle évite une condamnation de principe de l'application des règles ayant leur source dans la loi sacrée musulmane. En cela l'arrêt se

démarque de l'arrêt Refah Partisi de la Cour européenne des droits de l'Homme[18]. Certes, l'arrêt Molla Sali ne constitue pas un revirement de cet arrêt mais les termes qu'il emprunte quant à l'appréciation indirecte de la loi musulmane sacrée sont beaucoup moins forts. Dans l'arrêt Refah Partisi les juges parlaient de « *l'incompatibilité de la Charia avec les principes fondamentaux de la démocratie, tels qu'ils résultent de la Convention* » et qu'« *il est difficile à la fois de se déclarer respectueux de la démocratie et des droits de l'Homme et de soutenir un régime fondé sur la Charia, qui se démarque nettement des valeurs de la Convention, notamment eu égard à ses règles de droit pénal et de procédure pénale, à la place qu'il réserve aux femmes dans l'ordre juridique et à son intervention dans tous les domaines de la vie privée et publique conformément aux normes religieuses...* » (§ 123). Dans l'arrêt Molla Sali les juges n'utilisent pas une telle terminologie et ils acceptent indirectement la possibilité d'une nouvelle application de la loi musulmane sacrée en Grèce. Cela ressort aussi du fait que les juges étaient au courant de la nouvelle loi grecque qui a changé les conditions d'application de la loi musulmane sacrée sans toutefois l'exclure complètement. La Cour, qui ne pouvait pas prendre en considération cette nouvelle loi dans son arrêt, approuve cette évolution du droit grec ce qui montre à notre avis qu'elle ne considère pas toute application de loi musulmane sacrée comme incompatible avec le système de protection des droits de l'Homme de la Convention. Ce changement d'approche dans le langage emprunté à l'égard du droit islamique est positif. Un rejet de principe du droit islamique serait susceptible de renforcer des cloisonnements entre les différents ordres juridiques, ayant ainsi pour résultat de rendre encore plus difficile la coordination au niveau du droit international privé.

L'approche de la Cour est d'autant plus à saluer dans la mesure où le droit grec est en voie d'évolution. En accordant une certaine marge aux États afin d'adapter leurs législations aux exigences de la protection des droits de l'Homme elle reconnaît indirectement que le législateur interne est au plus près des besoins de sa société, qu'il est le mieux à même de les prendre en considération, choisissant la solution qui satisfait de manière équilibrée les intérêts en cause dans chaque situation. De surcroît éviter d'adopter un point de vue de condamnation de principe d'un système reposant sur la loi musulmane sacrée est positif parce qu'il constitue un encouragement à l'égard des théoriciens qui ne voient pas ce droit comme immuable et qui reconnaissent que l'interprétation humaine peut et doit influencer l'évolution

[18] CEDH, Aff. Refah Partisi (Parti de la prospérité) et autres c. Turquie, 13 février 2003, (Requêtes nos 41340/98, 41342/98, 41343/98, 41344/98).

du droit[19]. En ce sens il faut noter que la Communauté des ressortissants grecs musulmans de la Thrace occidentale appartient à l'école de Hanefi de l'islam sunnite. Il s'agit d'une école qui accepte l'utilisation de l'*ijtihad* pratique qui mobilise la réflexion créative du juge ou du jurisconsulte tant dans l'administration de la justice que dans des avis juridiques généraux ou sur des cas précis et en général pour la promotion du droit conformément aux circonstances[20].

En outre, les termes dans lesquels est prononcé l'arrêt a des conséquences pour l'appréciation de la loi grecque n° 4511/2018 qui introduit un changement des conditions d'application de la loi musulmane sacrée à la communauté des Grecs musulmans de Thrace. Il s'agit de la loi qui a été votée par le parlement grec durant la procédure devant la Cour européenne ayant comme objectif de rendre l'application du droit interpersonnel musulman conforme aux exigences de la Constitution et de la Convention européenne des droits de l'Homme. La loi 4511/2018 prévoit dans l'article 5 § 2 une présomption en faveur de l'application des dispositions du code civil même pour les Grecs de la minorité musulmane de Thrace[21]. Désormais, l'application du droit musulman doit résulter d'une déclaration explicite des personnes souhaitant soumettre leurs différends auprès du mufti de Thrace. Cette déclaration est irrévocable. En plus, le législateur adopte dans la loi une précision relative aux conditions selon lesquelles le mufti doit exercer sa compétence. Selon l'article 5 § 3 de l'acte législatif 24 du 24.12.1990 (JO A 182). L'article prévoit que :

« *3. Les décisions rendues par le mufti dans des affaires de juridiction contentieuse ne peuvent pas faire l'objet d'une exécution et ne revêtent pas l'effet de res judicata si elles ne sont pas rendues exécutoires selon les règles de la procédure gracieuse par le Tribunal d'instance de la région où le siège du mufti est situé. Le tribunal d'instance contrôle uniquement si l'arrêt a été rendu dans les limites de la compétence du mufti et si les dispositions qui ont été appliquées sont contraires à la Constitution et en particulier à l'article 4 § 2 et à la Convention Européenne des Droits de l'Homme. L'arrêt du Tribunal d'instance est sujet à un recours devant le Tribunal de grande instance qui juge selon les mêmes règles de procédure. L'arrêt du Tribunal de grande instance n'est soumis à aucun recours, ordinaire ou extraordinaire* »

[19] V. en ce sens A. Saeed, *Human rights and Islam*, *An Introduction to Key Debates between Islamic Law and International Human Rights Law*, Elgar publishing, 2018, p. 4, 66, 68-69, 72-73, 110, 126-138.

[20] G. Doudos, « Vue d'ensemble du système de droit de Charia en association dialectique avec l'ordre juridique grec », (en grec), pp. 1-35, spéc. pp. 3-4.

[21] V. sur cette loi Th. Papazissi, « La Charia en Grèce après la loi no 4511/2018 », *ΕfADPolD* 2019 (en grec), pp. 241-249

L'apport de cette disposition consiste à préciser qu'à l'occasion du contrôle de constitutionnalité le tribunal doit viser en particulier l'article 4 § 2 de la Constitution consacrant l'égalité entre personnes de sexe différent. Celle-ci ajoute aussi que les jugements ne doivent pas être contraires à la Convention européenne des droits de l'Homme.

Le jugement de la Cour européenne ne porte pas sur cette nouvelle disposition grecque, qui rend l'application de la Charia à la minorité des Musulmans l'exception, dans la mesure où celle-ci requiert une déclaration explicite par toutes les parties impliquées dans une affaire entrant dans le champ d'application matériel des compétences du mufti. Certes, la Cour salue « *avec satisfaction* » l'adoption de la nouvelle loi qui rend l'application de la Charia à la Communauté des musulmans facultative (§ 160). Son application sera l'exception et dépendra dans tous les cas d'une déclaration commune des parties impliquées dans un litige de leur intention de voir le droit islamique appliqué dans leur différend. En même temps, la nouvelle loi apporte une réponse à l'un des problèmes signalés dans l'arrêt, à savoir au fait que la solution des juridictions judiciaires privait de fait du droit des membres de la minorité de décider s'ils veulent être soumis à ce régime spécial. La clarté des dispositions de cette nouvelle loi ne signifie pas pour autant qu'une violation des droits fondamentaux est désormais exclue. Même après son entrée en vigueur, le choix de la loi musulmane sacrée pourrait dans certains cas conduire à un traitement discriminatoire. Il reste des questions dont la réglementation par le droit musulman peut se révéler comme discriminatoire[22].

L'arrêt de la Cour européenne ne se prononce pas sur certaines autres situations qui sont susceptibles de surgir[23]. Ainsi, la Cour n'apporte pas de réponse claire dans le cas où les personnes impliquées ne seraient pas toutes de confession musulmane, comme c'était le cas en l'espèce, dans le cas où le *de cujus* aurait l'intention que sa succession soit soumise à la loi sacrée musulmane ou encore dans une situation qui impliquerait la succession des « biens religieux » qui selon le droit musulman sont soumis à des règles de

[22] A. Askitis, « Molla Sali (CEDH): La condamnation à la légère de Grèce pour l'application de la Charia aux relations succeroles des musulmans Grecs », (en grec) paru dans la revue électronique constitutionnalism.gr <https://www.constitutionalism.gr/molla-salli-edda/>.

[23] H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », D. 2019, p. 316.

dévolution particulières[24]. Le fait que la Cour a reposé en l'espèce sur le droit d'auto-identification des membres d'une minorité, ne devrait pas conduire à penser que l'État grec serait épargné d'une condamnation dans les configurations envisagées ci-dessus dans le cas où l'application de la Charia aboutirait à une discrimination.

Il est à espérer que les juges ordinaires dans le cadre de leur contrôle des jugements de la juridiction du mufti vont procéder à un contrôle systématique et rigoureux de leur conformité avec la Constitution et avec la Convention européenne des droits de l'Homme et que la Cour de cassation grecque va valider cette pratique des juges du fond. Ainsi, l'adoption de la nouvelle loi rend moins probable la réapparition des jugements émanant des autorités grecques constituant des violations des droits fondamentaux.

B. La Cour européenne des droits de l'Homme comme inspiration pour l'objectif de coordination du droit international privé

La confrontation des ordres juridiques des pays du Conseil de l'Europe avec le droit musulman ou des droits étatiques qui puisent leur teneur dans la loi sacrée musulmane est vécue comme un antagonisme entre la préservation des principes du for et la meilleure coordination possible[25].

L'application du droit musulman dans des pays du Conseil de l'Europe tant qu'il est désigné par les règles de droit international privé ne constitue pas une excentricité des certaines juridictions. Le droit international privé révèle que l'application du droit musulman dans bien des cas peut être compatible avec l'ordre public international et avec la protection des droits de l'Homme. L'affaire *Soha Sahyouni* portée devant la Cour de justice de l'Union européenne[26] en constitue la preuve. Dans ce contentieux les juridictions allemandes ont admis que l'application de la loi musulmane relative à un divorce privé n'était pas contraire à l'ordre public international du for dans le contexte de cette affaire. Des solutions similaires ont été avancées dans d'autres juridictions. En même temps, la doctrine française a envisagé des

[24] H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », D. 2019, p. 316.

[25] R. El-Husseini, « Le droit international privé français et la répudiation islamique », *Rev. crit DIP* 1999, p. 427.

[26] CJUE (First Chamber), 20 December 2017, *Soha Sahyouni* v *Raja Mamisch*, ECLI:EU:C:2017: 988; Coester-Waltjen, « Die verpasste Chance - Der EuGH und die Privatscheidung », *IPRax* 2018, p. 238

solutions pouvant arriver à une reconnaissance au moins partielle des décisions émanant des juridictions appliquant le droit musulman[27].

L'arrêt de la Cour européenne peut être mis en lien avec l'une des directives traditionnellement enseignées en droit international privé au sujet de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. Il s'agit de l'appréciation *in concreto* de la contrariété d'une loi étrangère à l'ordre public international. Le fait que les juges n'aboutissent pas à une condamnation de principe de la Charia est positif du point de vue du droit international privé. Il l'est car il est conforme à une vision de la discipline qui aspire à la coexistence des idées sans adopter une approche aprioristique à l'égard de celui qui peut de prime abord apparaître comme très éloigné de nos conceptions juridiques et des valeurs que notre système de droit incarne. La coexistence des modèles juridiques qui reposent sur des fondements et des conceptions différentes est ardue. Les difficultés de cette tâche ne doivent pas conduire au rejet d'avance de tout ce qui est étranger et qui de prime abord semble incompatible avec l'ordre juridique du juge requis. La coexistence des populations des milieux culturels différents n'est pas une aspiration théorique mais une réalité. L'exemple de l'application du droit musulman au sein d'un pays du Conseil de l'Europe comme la Grèce ou comme la France démontrent que la réalité que l'on croyait homogène est pleine de contradictions.

L'ambition des juges n'était pas celle de porter un regard général sur Charia et sur l'impact de son application au sein d'un pays de l'Europe. À ce titre, est éclairante la précision faite par le juge MITS dans la conclusion de son opinion concordante. Il explique que la Cour n'avait pas « *à examiner la question plus large des conséquences de l'application d'un régime légal tel que la Charia, issu d'un cadre de traditions culturelles juridiques différentes, dans l'espace juridique européen* ». Pour autant, la solution de la Cour n'est pas indifférente pour l'appréciation des solutions reposant sur la Charia.

D'ailleurs, il faut noter que la place faite au droit musulman au sein de l'ordre juridique grec n'est pas liée à un esprit de coordination et de promotion du pluralisme, mais plutôt aux spécificités du statut de la minorité des citoyens Grecs de confession musulmane et des relations politico-diplomatiques gréco-turcs telles qu'elles ont été expliquées ci-dessus. Partant, il est logique de penser que la prise de position par la Cour européenne sur cette affaire

[27] R. El-Husseini, *op.cit.*

est aussi influencée par le contexte géopolitique de l'affaire. Toute conclusion hâtive ou excessive par rapport à l'impact de celle-ci doit être mesurée. Toutefois, et même si nous ne pensons pas que seul cet arrêt peut ériger la Cour européenne en « champion du pluralisme juridique »[28], le langage qu'elle emprunte peut avoir une force symbolique pour le droit international privé. Le rejet d'un discours absolutiste et l'acceptation d'une marge à la coordination des logiques qui peuvent de prime abord paraître comme contradictoires est une bonne directive pour le plan stratégique que le droit international privé devrait suivre de nos jours et pour les années qui vont suivre.

Le rejet de ce prisme absolu des droits de l'Homme peut être inspiré par les limites territoriales du caractère contraignant des droits de l'Homme. Les personnes soumises aux juridictions des pays appartenant au Conseil de l'Europe jouissent d'un niveau de protection de leurs droits fondamentaux le plus élevé au monde. Il faut toutefois avouer que l'universalisme des droits fondamentaux apparaît territorialement confiné. Les politiques récentes de gestion de la crise des flux des réfugiés par l'UE révèlent tant des failles sérieuses qu'une ignorance intentionnelle des violations sérieuses des droits de l'Homme commises au sein d'autres pays. Cette réalité invite à être plus modestes et à fustiger un verbalisme sans mesure, prêt à identifier des schismes infranchissables entre cultures et populations. La voie de la coordination est toujours préférable là où elle peut être envisagée avec réalisme.

[28] H. Fulchiron, « De l'application de la Charia en Europe, en général, et de certains statuts coutumiers en France, en particulier », *D.* 2019, p. 316.

French International Case-law
From 1st April 2017 to 31 December 2018

Upcoming and soon to be published…