



# La privatisation de la fonction législative ou la face sombre de la révolution numérique

BERTIL COTTIER

FACOLTÀ DI SCIENZE DELLA COMUNICAZIONE, UNIVERSITÀ DELLA SVIZZERA ITALIANA

FACULTÉ DE DROIT, UNIVERSITÉ DE LAUSANNE

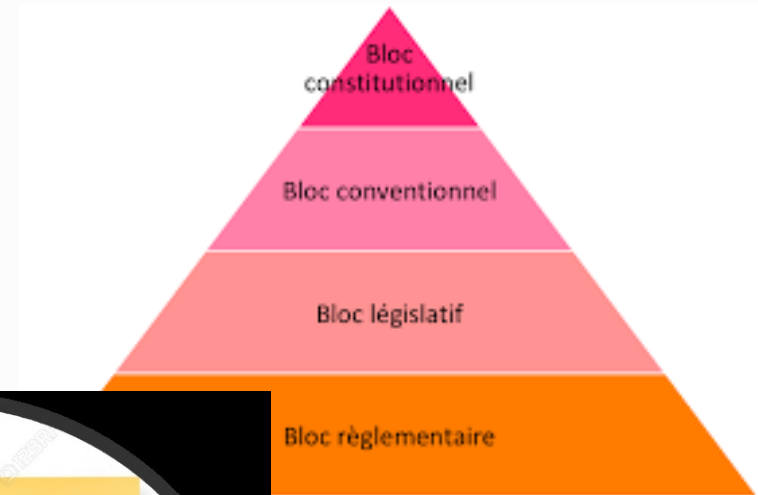
# Le droit du numérique?

---

# «Une normativité cacophonique»



Prof. Pierre Trudel  
(Université de Montréal)



# Adieu à tout modèle pyramidal

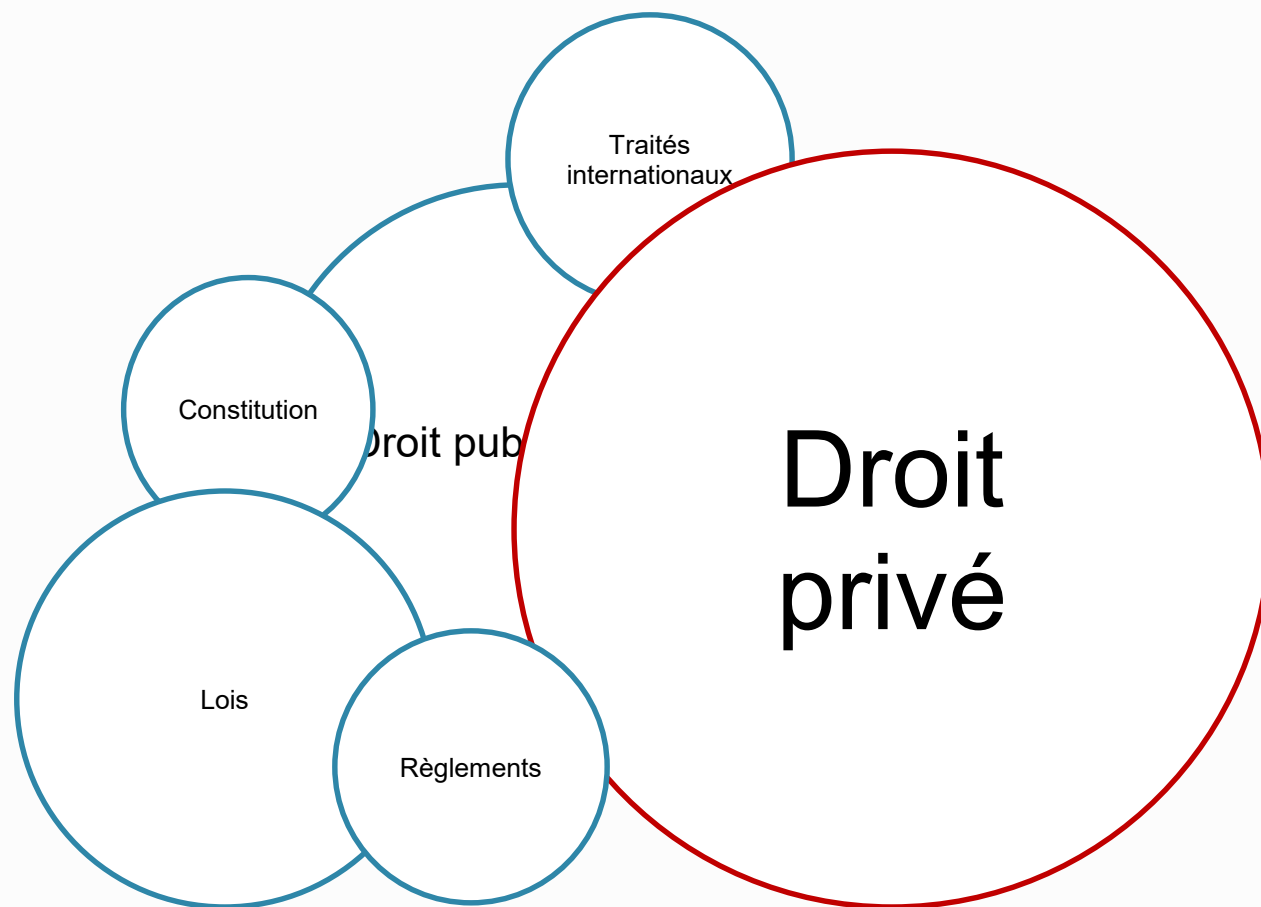


# Modèle pyramidal retouché, revisité, réaménagé, révisé, re ....

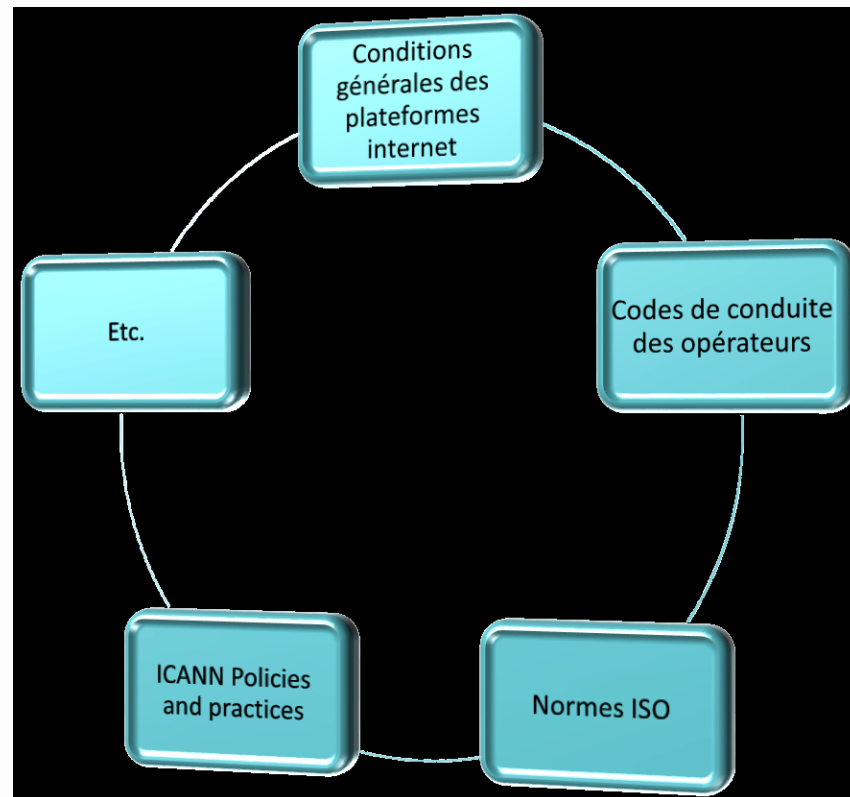
---

- Délégation à des entités publiques inférieures
- Délégation à des entités privées
- Autorégulation «régulée»
  - Incorporation
  - Extension de conventions collectives
  - Agrément
  - Etc.
- Droit public négocié

# Une normativité cacophonique...



# Droit privé?



# Conditions générales des plateformes

---

- définissent les droits et obligations respectivement de la plateforme et de ses usagers
- posent des procédures de respect des conditions d'utilisation (y compris des sanctions)
- règlent la procédure de modification des conditions générales





# Codes de conduite opérateurs

---

## AMENDEMENTS DE CODES PRÉEXISTANTS

Règles Loyauté dans la communication commerciale

Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste

## CODES SPÉCIFIQUES

Initiative sectorielle de l'Association suisse des télécommunications pour une meilleure protection de la jeunesse dans les nouveaux médias (2008)

Code de conduite de Swiss Internet Industry Association (Groupe suisse des hébergeurs, 2013)

Code de conduite sur la neutralité des réseaux (opérateurs suisse de réseaux, 2017)

# ICANN

---

Encore et toujours une organisation privée à but non lucratif ressortissant au droit californien

Champ d'action: gestion des paramètres de protocoles d'interopérabilité et des ressources d'adressage d'Internet

Instrument de régulation: "policies"

# Les normes ISO

*P. ex. Guidelines on cloud computing 27018 (2014)*

Pose des principes de base de protection des données pour les exploitants de services d'informatique en nuage

Norme déjà adoptée par Microsoft, Dropbox et Google



# Un émiettement critiquable

---

- normes privées sont intransparentes
- absence totale de coordination
- procédures d'adoption sont unilatérales (contrats de quasi adhésion)
- forte influence formelle et matérielle du droit anglo-saxon
- communautarisation du droit

# Pourquoi cette dominance du droit privé?

---

- hégémonie des GAFA?
- anticiper une intervention du législateur?
- inertie du législateur national
- paralysie du législateur international



# Anticiper/prévenir du droit dur

---

*Association suisse des prestataires de services à valeur ajoutée (SAVASS)*

« L'association veut (...) introduire des mesures d'autorégulation, telles que le code de déontologie, voire un label et ainsi **faire en sorte qu'il soit fait le moins possible recours à des mesures restrictives**»

# Inertie du législateur

## D'un exemple ....

1

---

### RAPPORT DU CONSEIL FÉDÉRAL SUR LES RÉSEAUX SOCIAUX (2013)

Comme pour d'autres domaines soumis à un rapide changement, une intervention précipitée – par exemple en édictant des dispositions sur des bases hypothétiques – risque de provoquer des effets indésirables.

### UN CADRE JURIDIQUE POUR LES MÉDIAS SOCIAUX: NOUVEL ÉTAT DES LIEUX (2017)

Faute de recul, il n'est cependant pas possible à l'heure actuelle d'affirmer dans quelle mesure une réglementation étatique est nécessaire. Pour l'instant, le Conseil fédéral mise sur une autorégulation de la branche et observe attentivement l'évolution de la situation au niveau national et international.

# Inertie du législateur

## ... à l'autre

---

«Aucune nouvelle loi ne s'impose en l'état : il n'est pas nécessaire d'édicter de nouvelles lois pour les nouvelles offres de *l'économie de partage*, par exemple dans le transport de personnes ou pour les prestations d'hébergement»

Rapport du CF sur les principales conditions-cadre pour l'économie numérique, janvier 2017



# Inertie du législateur national

## Les causes

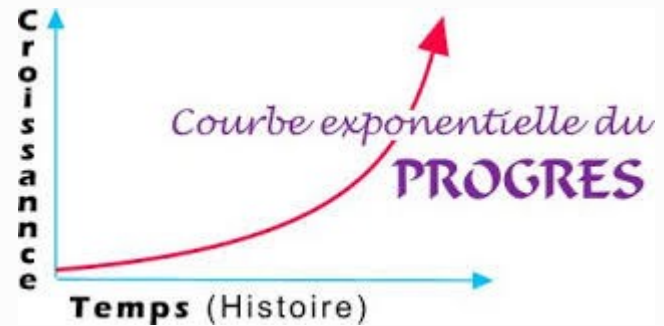
---

- ❑ Fulgurance du progrès technologique
- ❑ Complexité des flux de communication
- ❑ Mondialisation

# Fulgurance

---

➤ accélération



➤ imprévisible



# Complexité

## Des intermédiaires divers et variés

Intermédiaires techniques	Hébergeurs (ou <i>fournisseurs de services de communication dérivés</i> )
	Fournisseurs d'accès (ou <i>fournisseurs de services de télécommunication</i> )
	Opérateurs des réseaux
	<i>etc</i>
Générateurs de contenus	Médias sociaux
	Plateformes de discussions
	Wikis
	<i>etc</i>
Facilitateurs (aide aux repérages de l'information souhaitée)	Moteurs de recherches
	Fournisseurs de liens
	Agrégateurs d'informations
	<i>etc</i>

# Mondialisation

---

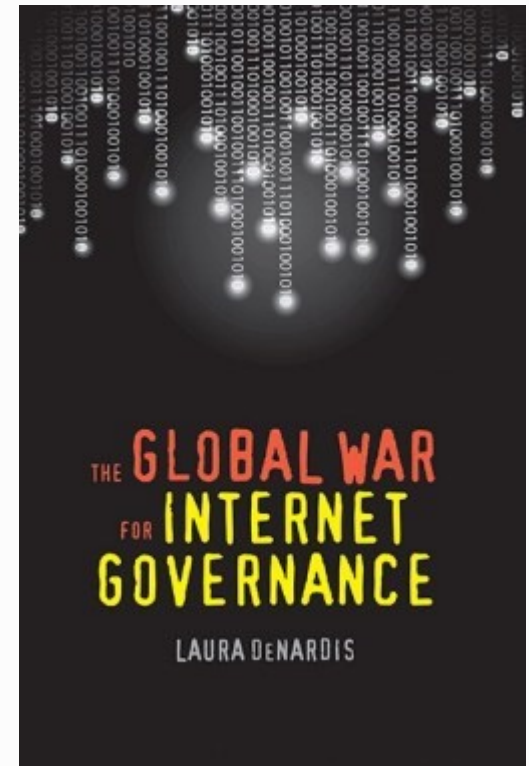
« Il est en outre particulièrement difficile d'appliquer le droit en vigueur aux médias sociaux car les exploitants de ce type de plateformes sont souvent actifs à l'échelle internationale, et que **les législations nationales atteignent leurs limites.**».

Avis du Conseil fédéral du 23 novembre 2011 en réponse à la motion Amherd (11.3912).

# Paralysie du législateur international

---

- ICANN moindre mal....



# Essais de reprise en mains

---

- incorporation silencieuse
- propositions (plus ou moins contraignantes) d'adapter les conditions générales des plateformes
- clauses d'application extra-territoriale
- «démocratisation» de la gouvernance d'ICANN

# Incorporation matérielle

---

L'ordonnance du 5 novembre 2014 sur les noms de domaine Internet (RS 784.104.2) «codifie» les «policies» d'ICANN sur les ressources d'adressage

# Reconnaissance tacite de la procédure de *notice and take down* du Code de conduite de Swiss Internet Industry Association

---

Obligation de retrait / stay down  
Projet de loi sur le droit d'auteur (FF 2018 568)

*L'autorégulation est toutefois inefficace lorsqu'un hébergeur transforme les atteintes aux droits d'auteur en modèle commercial. Dans ces cas, une fois retirés des serveurs, les contenus illicites sont régulièrement remis en ligne, de sorte que les titulaires des droits se voient obligés de réagir à nouveau. C'est pourquoi, afin de mettre fin au jeu du chat et de la souris, **l'autorégulation est complétée par une obligation légale** pour les hébergeurs qui génèrent un risque particulier de violations du droit d'auteur. Ces fournisseurs d'hébergement doivent veiller à ce que les contenus qui ont été retirés une fois de leurs serveurs n'y soient pas réintroduits (obligation de stay down\*)*

Art. 39d

1 Le fournisseur d'un service **d'hébergement** Internet qui sauvegarde les informations saisies par les usagers est tenu d'intervenir afin de prévenir qu'une oeuvre ou un autre objet protégé soit à nouveau rendu accessible de ma



# Au niveau des conditions générales des géants du Net



Insertion de clauses destinées à protéger les usagers contre la récolte inutile ou déraisonnable de leurs données



## CODE DE CONDUITE POUR LA LUTTE CONTRE LES DISCOURS HAINEUX ILLÉGAUX EN LIGNE (2016)



Les entreprises des technologies de l'information mettent en place des procédures claires et efficaces d'examen des signalements de discours haineux illégaux diffusés via leurs services de manière à pouvoir retirer les contenus concernés ou à bloquer l'accès.

(elles) examinent, dès leur, les signalements valides visant au retrait d'un discours haineux illégal en ligne à l'aune de leurs règles et lignes directrices internes et, si nécessaire, des lois nationales transposant la décision-cadre 2008/913/JAI, et confient cet examen à des équipes spécialisées.

(elles) examinent la majorité des signalements valides en moins de 24 heures et, s'il y a lieu, retirent les contenus visés ou en bloquent l'accès.

# Community Standards

## Facebook

---



### 12. Hate Speech

We do not allow hate speech on Facebook because it creates an environment of intimidation and exclusion and in some cases may promote real-world violence. We define hate speech as a direct attack on people based on what we call protected characteristics — race, ethnicity, national origin, religious affiliation, sexual orientation, caste, sex, gender, gender identity, and serious disease or disability. We also provide some protections for immigration status. We define attack as violent or dehumanizing speech, statements of inferiority, or calls for exclusion or segregation. We separate attacks into three tiers of severity, as described below.

Sometimes people share content containing someone else's hate speech for the purpose of raising awareness or educating others. In some cases, words or terms that might otherwise violate our standards are used self-referentially or in an empowering way. People sometimes express contempt in the context of a romantic break-up. Other times, they use gender-exclusive language to control membership in a health or positive support group, such as a breastfeeding group for women only. In all of these cases, we allow the content but expect people to clearly indicate their intent, which helps us better understand why they shared it. Where the intention is unclear, we may remove the content.

We allow humor and social commentary related to these topics. In addition, we believe that people are more responsible when they share this kind of commentary using their authentic identity.

# Règlement général UE sur la protection des données (2016)

Art 3 (2). Le présent règlement s'applique au traitement des données à caractère personnel relatives à des personnes concernées qui se trouvent sur le territoire de l'Union **par un responsable du traitement ou un sous-traitant qui n'est pas établi dans l'Union**, lorsque les activités de traitement sont liées:

a) à l'offre de biens ou de services à ces personnes concernées dans l'Union, qu'un paiement soit exigé ou non desdites personnes; ou

b) au suivi du comportement de ces personnes, dans la mesure où il s'agit d'un comportement qui a lieu au sein de l'Union.

Reste que la massivité de la révolution numérique est un défi inédit pour le droit....

