

1001000100010
0010100100011
0001000101001
0001000100010
1100100010001
0001010011000
1000100010100
1000100011000
1010010001000
1000101001000
1000110001010
0100010001000
1010011000100
0100010100100
0100010001011
0010001000100
0101001000100
0100010100100
0100010010001
0001000101001
0001100010001
0100100010001

COMMUNICATIONS NUMERIQUES

Sous la direction de
HÉLÈNE DE POOTER
MARINE THEY

Les enjeux contemporains des communications numériques



Aspects de droit
international et européen

Editions A. PEDONE

Sous la direction de
Hélène DE POOTER et Marine THEY

LES ENJEUX CONTEMPORAINS
DES COMMUNICATIONS
NUMÉRIQUES

ASPECTS DE DROIT
INTERNATIONAL ET EUROPÉEN

EDITIONS PEDONE

Les contributions réunies dans cet ouvrage sont issues du colloque organisé les 12-13 septembre 2019 par le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC), en partenariat avec l'Institut des hautes études internationales (IHEI) de l'Université Paris 2 Panthéon-Assas et la Branche française de l'International Law Association (ILA).

La présente publication a bénéficié d'une subvention du Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté.



© Editions A. PEDONE
13 rue Soufflot
75005 PARIS
2020

I.S.B.N. 978-2-233-00962-3

© Editions A. PEDONE - 2020
I.S.B.N. 978-2-233-00962-3

REMERCIEMENTS

Nous remercions particulièrement l'UFR des sciences juridiques, économiques, politiques et de gestion (SJEPG) et le Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC), ainsi que leurs directrices respectives, Catherine Tirvaudey et Béatrice Lapérou-Schneider, pour l'accueil sans réserve dont a bénéficié notre projet, prolongé d'un soutien matériel et financier nous permettant d'organiser ce colloque dans les meilleures conditions, les 12 et 13 septembre 2019.

Nous sommes également reconnaissantes envers les professeurs Catherine Kessedjian et Carlo Santulli pour le partenariat qu'ils ont bien voulu instaurer, pour la réalisation de ce projet, entre l'Université de Franche-Comté, la Branche française de l'International Law Association (ILA) et l'Institut des Hautes études internationales de l'Université Panthéon-Assas (Paris 2).

L'organisation matérielle et la recherche de financement auprès de la région Bourgogne Franche-Comté et de la ville de Besançon, que nous remercions également, n'aurait pu se faire sans l'aide précieuse et amicale de Laurent Kondratuk, ingénieur d'études au CRJFC.

Notre gratitude va enfin à l'ensemble des intervenants, ainsi qu'aux professeurs Gérard Cahin, Franck Latty et Anne-Thida Norodom qui ont eu la gentillesse de bien vouloir assurer la présidence d'une table-ronde, et nous adressons des remerciements particuliers au professeur Pierre Michel Eisemann pour nous avoir accompagnées tout au long de la préparation de ce colloque et accepté d'en tirer les conclusions.

H.D.P. et M.T.

PRÉSENTATION

Hélène DE POOTER

Maître de conférences (droit public)
Université de Franche-Comté, CRJFC

Marine THEY

Maître de conférences (droit public)
Université Paris 2 Panthéon-Assas, IHEI

Les problèmes juridiques nouveaux liés aux communications numériques nous interpellent à un rythme très soutenu et la richesse de l'actualité sur ce sujet donne quelque peu le vertige. Le juriste qui a connu le téléphone à cadran et les cabines téléphoniques n'y échappe pas. Pour autant, la réglementation des moyens de communication est très ancienne et a constitué l'un des premiers objets de coopération internationale, comme en témoigne la création de l'Union télégraphique internationale en 1865 (devenue l'Union internationale des télécommunications en 1932). S'il s'agissait uniquement à l'époque de vaincre les obstacles technologiques liés à l'établissement de liaisons télégraphiques transfrontalières et d'harmoniser le service entre différents pays, le progrès des nouvelles technologies est aujourd'hui à l'origine d'enjeux beaucoup plus vastes qui entrent dans le champ de compétence de diverses institutions. Avec l'apparition du numérique, ce ne sont d'ailleurs plus seulement les *moyens* technologiques de communication qui sont soumis à réglementation internationale et/ou européenne mais également certains contenus et l'usage qui en est fait, d'où l'intérêt de se référer aux *communications* de manière plus générale¹. Aujourd'hui, il n'existe plus de réelle démarcation sur le plan technologique entre les différents modes de communication du fait de la numérisation de l'informatique, des télécommunications et de l'audiovisuel².

¹ Certains auteurs différencient l'examen des règles régissant la fourniture des équipements, des infrastructures de réseau et des services comme la transmission de données (droit des télécommunications) du droit régissant le contenu du trafic envoyé au travers des réseaux de télécommunication (droit des médias ou droit de l'Internet). Voir Ian WALDEN, *Telecommunications Law and Regulation*, 5th ed., Oxford, OUP, 2018, p. 8.

² Karine FAVRO, *Droit de la régulation des communications numériques*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ/Lextenso, 2018, p. 23.

Marqué par une forte libéralisation, le droit relatif aux télécommunications a été envisagé sous l'angle du commerce international par application des règles de l'Organisation mondiale du commerce (OMC)³. Avec la globalisation des communications, le droit des espaces a également trouvé à s'appliquer, en particulier le droit de la mer (pose des câbles sous-marins) et le droit de l'espace extra-atmosphérique (fourniture de communications par satellite). Par la suite, l'émergence de l'informatique a permis d'englober le droit des télécommunications dans un ensemble plus large : le droit des technologies de l'information et de la communication (TIC), lui-même refondu dans le droit du numérique. Celui-ci « couvre l'ensemble des réseaux, des équipements, des services et des applications de la société de l'information »⁴.

Aujourd'hui, la coopération en ce domaine n'est plus motivée par de simples considérations techniques ou économiques et elle poursuit également des objectifs politiques. En 2003, la convocation par l'Organisation des Nations Unies (ONU) du premier Sommet mondial sur la société de l'information a ainsi été l'occasion de souligner l'importance des TIC pour le développement des sociétés et des individus et de manifester la volonté de réduire la fracture numérique⁵. De même au sein de l'Union européenne (UE), il s'est révélé nécessaire de procéder à une harmonisation des réglementations nationales en matière de télécommunications à l'intérieur du marché commun, mais aussi de protéger les droits des personnes physiques en matière de traitement de leurs données à caractère personnel. Plus généralement, le droit européen a été à l'origine de nombreuses avancées normatives. On pense notamment à la Convention sur la cybercriminalité adoptée par le Conseil de l'Europe le 23 novembre 2001 (Convention de Budapest) qui a permis d'améliorer la coopération en matière pénale, ou encore à l'émergence de nouveaux droits de l'homme tels que le droit à la protection des données personnelles (reconnu indépendamment du droit à la protection de la vie privée) ou le droit à l'oubli numérique.

Il n'en demeure pas moins que le droit international reste très insuffisant en la matière. Le constat dressé en ce sens par le professeur Alain Pellet en 2013, à l'occasion du colloque organisé par la Société française pour le droit international consacré à Internet, reste d'actualité⁶. Il faut dire que la technologie numérique (en ce qu'elle rend possible l'interconnexion d'un ensemble de réseaux de communication qui constituent le cyberspace) pose

³ Philippe ACHILLEAS et Willy MIKALEF (dir.), *TIC Innovation et droit international*, Paris, Pedone, 2017, p. 9.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Voir SFDI, *Internet et le droit international (Colloque de Rouen, 2013)*, Paris, Pedone, 2014, p. 4.

PRÉSENTATION

un certain nombre de défis au droit international, tant en ce qui concerne les règles de répartition des compétences que les règles substantielles. L'expansion croissante des réseaux et des services numériques qui y sont fournis provoque inéluctablement un décalage entre la production de droit et le progrès technique, à tel point que certains problèmes pourraient bien demeurer sans solution juridique⁷. On voit bien, avec l'exemple des cyberattaques, à quel point la structure de l'Internet rend difficile l'identification des auteurs de comportements illicites, l'imputation de ces comportements (ont-ils été commandités ou encouragés par un État étranger ?) et donc la mise en jeu de la responsabilité de leurs auteurs. De plus, l'émergence des services de « *cloud computing* » rend encore plus délicate la localisation des données à caractère personnel et des moyens utilisés en vue de leur diffusion, car la localisation des serveurs n'est pas toujours connue et peut facilement changer⁸. Aussi, afin d'appréhender toutes les subtilités de l'évolution technologique, le droit peut devenir très technique (et potentiellement inintelligible), à l'instar du Règlement européen du 27 avril 2016 relatif à la protection des données à caractère personnel, qui essaye de prévoir toutes les évolutions et situations qui pourraient se présenter⁹.

En outre, les services numériques fournis sur Internet et les actes illicites qui y sont commis ne peuvent pas toujours être rattachés à un territoire donné du fait de leur caractère immatériel qui défie la notion classique de frontière¹⁰. Ainsi, le titre de compétence territorial (titre « privilégié » en droit international) aura difficilement vocation à être mis en œuvre par un État qui souhaiterait appréhender un comportement ou une activité sur Internet. Toute activité ayant lieu sur Internet peut néanmoins être rattachée à une infrastructure physique localisée sur le territoire d'un État, telle que les câbles, les ordinateurs et les serveurs¹¹, qui peuvent dès lors servir de point d'ancrage pour l'exercice du titre de compétence territoriale. Ainsi le législateur français a-t-il choisi, à l'été 2019, d'instaurer une taxe sur le chiffre d'affaires des grands fournisseurs de services numériques, lesquels

⁷ Chris REED, *Internet Law, Text and Materials*, 2nd ed., Cambridge, CUP, 2004, p. 314.

⁸ Dragos COSTESCU et Carmen Gina ACHIMESCU, « La gouvernance d'Internet à la lumière de la Convention européenne des droits de l'homme », in Philippe ACHILLEAS et Willy MIKALEF (dir.), *op. cit.* note 3, p. 32.

⁹ Anne-Thida NORODOM, « *Big Data* et protection des données personnelles : de la responsabilité de l'État à la responsabilisation de l'internaute », in Philippe ACHILLEAS et Willy MIKALEF (dir.), *op. cit.* note 3, p. 60.

¹⁰ Chris REED, *op. cit.* note 7, p. 4. On relèvera néanmoins que, revendiquant une « souveraineté numérique », la Chine a mis en place un système de surveillance électronique et de censure (la « Grande Muraille électronique »), qui lui a permis de créer une frontière virtuelle, numérique, coïncidant avec ses frontières territoriales.

¹¹ Anne-Thida NORODOM, *loc. cit.* note 9.

sont considérés comme étant fournis en France dès lors que l'utilisateur d'une interface numérique y accède au moyen d'un terminal situé sur le territoire français¹². Ces caractéristiques propres aux communications numériques peuvent ainsi donner lieu à des conflits de compétences, comme l'illustre le cas des données personnelles. Si l'accès à ces dernières pour les besoins d'une enquête pénale relève sans conteste de la compétence de l'État où sont situés les serveurs de stockage, cette compétence territoriale semble concurrencée par la possibilité pour un État étranger d'accéder à ces données à distance.

Le droit international public peine à résoudre ces conflits de compétences et seules quelques réponses sectorielles ont été apportées. Ainsi, l'article 22 de la Convention sur la cybercriminalité du Conseil de l'Europe retient la théorie des effets pour fonder la compétence pénale d'un État. Les parties peuvent en effet établir leur compétence pénale pour réprimer une attaque commise contre un système informatique situé sur leur territoire, même si l'auteur de l'infraction ne s'y trouve pas¹³. Les réponses semblent plutôt avoir été apportées par la jurisprudence interne sous l'angle du droit international privé. Concernant par exemple la compétence juridictionnelle, c'est la théorie de la focalisation de l'activité vers l'État du for qui est privilégiée (avec quelques nuances). Il faut prouver qu'un site Internet est destiné au public d'un pays particulier à l'aide d'un faisceau d'indices : exigence de moyens de paiement particuliers, paiement dans une devise spécifique, non-disponibilité des biens dans certains pays, non-accessibilité du site en raison de sa langue ou de son contenu¹⁴.

Les communications numériques donnent en outre une actualité nouvelle à des enjeux de souveraineté classiques, celle-ci révélant des situations conflictuelles dans les relations interétatiques. C'est bien en réaction aux soupçons d'ingérence russe dans l'élection présidentielle de 2017 que la France a adopté fin 2018 une loi contre la manipulation de l'information en période électorale¹⁵. Il a également été envisagé pendant un certain temps au sein de l'Union européenne de suivre les États-Unis en bannissant l'équipementier Huawei du développement de la 5G par crainte d'espionnage de la part de la Chine.

*

¹² Articles 299-I-II et 299 bis-I 1°) du Code général des impôts tels que modifiés par la loi n° 2019-759 du 24 juillet 2019 portant création d'une taxe sur les services numériques et modification de la trajectoire de baisse de l'impôt sur les sociétés.

¹³ Conseil de l'Europe, *Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité*, <<https://rm.coe.int/16800ccea4>>, § 233.

¹⁴ Anne-Thida NORODOM, *op. cit.* note 9, p. 29.

¹⁵ Il s'agit de la loi n° 2018-1202 du 22 décembre 2018 relative à la lutte contre la manipulation de l'information.

TABLE DES MATIÈRES

Remerciements	3
Présentation	
Hélène DE POOTER et Marine THEY.....	5
I. LA GOUVERNANCE INTERNATIONALE DES COMMUNICATIONS	
Les communications, objet historique de coopération internationale	
Renaud BUEB	21
Why isn't the ITU more influential in Internet governance ? It's about power !	
Richard HILL	27
II. LES COMMUNICATIONS AU TRAVERS DES ESPACES	
La liberté de pose et d'entretien des câbles sous-marins face aux compétences de l'État côtier	
Thomas FERREYROLLES	47
La protection des câbles sous-marins au prisme de l'article 113 de la CNUDM : un état des lieux	
Camille MOREL	57
III. LES COMMUNICATIONS DANS LE MARCHÉ UNIQUE NUMÉRIQUE	
L'adaptation du droit d'auteur aux nouveaux modes de communication	
Pascal KAMINA.....	67
La protection des données du citoyen européen face aux États tiers	
Antonio CAIOLA	81
IV. LES COMMUNICATIONS ET LA DÉMOCRATIE	
La neutralité de l'Internet face au besoin de régulation	
Lucien CASTEX.....	99
La lutte contre les ingérences étrangères dans la vie publique	
Anne-Thida NORODOM	109

TABLE DES MATIÈRES

V. LA SURVEILLANCE DES COMMUNICATIONS

La surveillance des communications numériques du salarié en droit européen Chantal MATHIEU.....	127
L'espionnage des communications en droit international Fabien LAFOUASSE.....	141

VI. LES COMMUNICATIONS
ET LA LUTTE CONTRE LA CRIMINALITÉ

Vers un droit global de l'accès aux preuves électroniques ? Réflexions sur l'émergence d'un possible cadre coopératif États-Unis/UE dans le cadre du <i>Cloud Act</i> et du projet européen <i>E-evidence</i> Régis BISMUTH.....	159
Le parquet face à l'épreuve de la cybercriminalité Xavier ALLAM.....	177

VII. CONCLUSIONS

Pierre Michel EISEMANN.....	187
-----------------------------	-----

Si le domaine des communications a constitué l'un des premiers objets de coopération internationale comme en témoigne la création, en 1865, de l'Union télégraphique internationale, l'apparition et le développement des communications numériques ont profondément modifié l'approche des questions qui leurs sont liées car, outre les aspects techniques, le monde est désormais confronté à la question particulièrement sensible de la maîtrise des contenus véhiculés sur l'Internet.

Associant praticiens et universitaires, le colloque organisé à l'université de Franche-Comté les 12 et 13 septembre 2019 a entendu mettre en évidence les difficultés découlant des divergences de vues entre les différents acteurs de l'Internet tout en s'attachant à mettre en lumière l'apport du droit international et du droit de l'Union européenne. Ont ainsi été ainsi évoqués le rôle revenant à chaque acteur (États, organisations internationales, société civile) tout comme les questions de fond soulevées notamment par le respect du droit d'auteur, la protection des données des citoyens et des salariés, les ingérences étrangères dans la vie publique, l'espionnage ou encore la coopération internationale au regard de l'accès aux preuves et de la lutte contre la cybercriminalité.

Coordonné par Hélène DE POOTER et Marine THEY, le présent ouvrage contient les contributions de Xavier ALLAM, Régis BISMUTH, Renaud BUEB, Antonio CAIOLA, Lucien CASTEX, Pierre Michel EISEMANN, Thomas FERREYROLLES, Richard HILL, Pascal KAMINA, Fabien LAFOUASSE, Chantal MATHIEU, Camille MOREL et Anne-Thida NORODOM.



Ouvrage publié avec le soutien du Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC) ainsi que de la Branche française de l'International Law Association (ILA) et de l'Institut des hautes études internationales de l'Université Panthéon-Assas (IHEI).

Commande soit aux Editions A. PEDONE - 13 Rue Soufflot - 75005 PARIS, soit par télécopie: 01.46.34.07.60 ou sur editions-pedone@orange.fr - 32 € l'ouvrage. 40 € pour un envoi par la Poste.

H. DE POOTER, M. THEY - LES ENJEUX CONTEMPORAINS DES COMMUNICATIONS NUMÉRIQUES

Le montant peut être envoyé par :

Chèque bancaire

Règlement sur facture

ISBN 978-2-233-00962-3

Carte Visa

N°...../...../...../.....

Cryptogramme.....

Date de validité.....

Signature :

Nom.....

Adresse.....

Ville.....Pays.....