

L'équilibre numérique entre circulation des données et protection des droits*

di Pietro Falletta**

5 dicembre 2022

Sommaire: 1. Un triangle à côtés égaux. – 2. Les choix sur la responsabilisation des plateformes. – 3. La dialectique sans synthèse entre intérêt public et intérêts privés.

1. Un triangle à côtés égaux

L'adoption de certains actes européens récents en matière d'outils et de services numériques marque un changement de cap important de l'UE sur le rôle des plateformes et la protection des droits fondamentaux. Ces aspects influent également fortement sur les changements en cours dans les démocraties contemporaines parce que les politiques européennes et nationales, le développement des plates-formes et la protection des droits sont les côtés d'un triangle que nous pourrions définir de plus en plus équilatéral par rapport au passé récent.

En fait, on part de la considération selon laquelle la position de l'UE vis-à-vis des droits fondamentaux et du développement de l'économie numérique n'est plus biaisée en faveur des premiers mais, selon une trajectoire circulaire, est redevenue en parfait équilibre. À cet égard, certains prétendent même que la protection des droits est redevenue fonctionnelle pour le marché, soulignant que déjà l'objectif principal du RGPD n'était pas tant de renforcer la protection des données personnelles en général,

* Rapport réalisé dans le cadre de la Conférence internationale «7th Academic Days on Open Government and Digital Challenges», qui a eu lieu les 8 et 9 novembre 2022 à l'Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne.

** Professeur de Droit de l'Information et de la Communication, Luiss Guido Carli; Chercheur en Droit Administratif, Università degli Studi dell'Insubria.

mais de consolider la confiance des citoyens européens dans la société numérique en établissant des règles de protection des données personnelles déjà conçues en prévision du passage à l'ère numérique¹.

Pour expliquer cette circonstance, il faut mener une réflexion beaucoup plus large sur l'impact de l'évolution technologique et sur la manière dont l'UE essayer de trouver des solutions plus cohérentes en ce qui concerne l'environnement numérique et la révolution qui le caractérise.

Comme il semble maintenant être un fait établi, le numérique a modifié les catégories essentielles de l'être, espace et temps, en instaurant un nouveau scénario systémique. La crise de la modernité, entendue comme «époque des grands récits»², est clairement accentuée dans un contexte où les ressources technologiques produisent la fragmentation et la déconstruction de l'objet, ainsi que des domaines de la possibilité et de la nécessité³.

Cette prémisse est, à mon avis, indéfectible parce qu'elle explique les raisons du changement historique que l'innovation a réalisé sur l'exercice des libertés fondamentales, sur le rôle de la loi et, en général, sur le fonctionnement du système de représentation politique.

En particulier, à une multiplication extrême des données et des sources d'information correspond l'extrême fragmentation de l'opinion publique qui n'est plus polarisée dans des positions nettement opposées et essentiellement stables et durables⁴. Aujourd'hui, chaque individu est maître de son propre savoir et, grâce aux ressources technologiques, il peut combiner les nombreuses données à sa disposition pour créer la vérité, ou plutôt la post-vérité qu'il préfère. De même, l'individu est aussi maître absolu de ses propres actions grâce à l'extension extrême du champ de la possibilité déterminé par le numérique. De ce point de vue, le métavers représente précisément cette explosion de la liberté individuelle car il permet à l'individu de déconstruire et de construire à sa guise sa propre dimension existentielle.

Il faut dire qu'il n'y a pas l'intention d'exprimer un jugement de disvaleur par rapport à cette nouvelle rationalité technologique, même dans le cadre d'une approche des Lumières.

Tout d'abord, la modernité elle-même exige une multiplicité de points de vue, et aussi un certain soupçon sur l'immuabilité des ses formes et des ses images qui, par ailleurs, peuvent devenir des stéréotypes. La révolution technologique nous fait entrer, en réalité, dans une époque «hybride»⁵ où l'hybridation est le seul moyen de

¹ F. PIZZETTI, *L'approvazione del Data Governance Act segna l'avvio di una nuova fase dell'economia europea basata sui dati dalla quale non torneremo più indietro*, www.federprivacy.org, 31 maggio 2022.

² J.F. LYOTARD, *La condizione postmoderna*, Milano 1985, p. 5.

³ Par rapport à l'influence de la fragmentation de l'objet sur l'incohérence et la fragmentation du sujet, F. JAMESON, *Postmodernismo. Ovvero la logica culturale del tardo capitalismo*. Roma 2007, p. 167.

⁴ J. BAUDRILLARD, *Cyberfilosofie. Fantascienza, antropologia e nuove tecnologie*, Milano 1999.

⁵ A. KHANNA-P. KHANNA, *L'età ibrida. Il potere della tecnologia nella competizione globale*, Torino 2013, p. 6.

renouveler les formes de la nature et de l'homme, alors que le concept de forme n'est pas une donnée fixe immuablement liée à une image, mais un élément dynamique, qui a dans le mouvement, dans sa dynamique dialogique, sa meilleure définition.

Dans cette perspective, les idées de savoir et de liberté, pour échapper à une image stéréotypée et désormais inadéquate, doivent s'inscrire dans un contexte d'hyper information et d'hyper liberté individuelle⁶. Cela produit une augmentation des niveaux de connaissance et de liberté à évaluer positivement, surtout vis-à-vis de son contraire, c'est à dire le manque d'information et la compression de la liberté qui, par coïncidence, se produit dans des endroits où l'innovation technologique est considérée comme une menace.

Cependant, comme aucune liberté ne peut être absolue, il faut trouver des équilibres qui sont très compliqués au sein d'un système à haute fragmentation et déconstruction. Évidemment, le droit prend ici toute sa centralité, puisque c'est le droit qui est chargé de fixer le point d'équilibre, de trouver des solutions et de résoudre les conflits⁷. Et alors, comment fonctionne le droit dans ce nouveau domaine technologique? En d'autres termes, le droit a-t-il subi des transformations fonctionnelles au nouvel équilibre systémique tracé par la révolution technologique?

On peut dire que le droit s'est bien adapté au paradigme de la fragmentation : non plus des réponses de synthèse confiées au législateur traditionnel, mais l'introduction et le renforcement de nouveaux principes généraux accompagné d'un pluralisme, soit des sujets qui créent des droits, soit des sources réglementaires, et soit des modalités de contrôle du respect des normes.

2. Les choix sur la responsabilisation des plateformes

Comme anticipé dans l'introduction, de nombreux actes récents de l'UE sur les sujets du numérique visent précisément à une forte différenciation des activités de régulation et de contrôle, qui sont en grande partie affectées à la responsabilisation des plateformes les plus avancées et les plus répandues⁸.

On pense, tout d'abord, à trois importants actes de *hard law* adoptés ou proposés récemment, c'est à dire le *Digital Services Act*, le *Data Governance Act* et la Proposition de Règlement sur l'intelligence artificielle. Toutes les mesures visent clairement à trouver un équilibre entre l'exploitation maximale des ressources offertes par les nouvelles technologies et la protection des droits fondamentaux. Et la méthode

⁶ E. NARDUZZI, *Sesto Potere. Chi governa la società nell'era della tecnologia di massa e dell'innovazione permanente*, Soveria Mannelli 2004; L. FLORIDI, *La quarta rivoluzione. Come l'infosfera sta trasformando il mondo*, Milano 2017.

⁷ U. PAGALLO, *Il diritto nell'età dell'informazione. Il riposizionamento tecnologico degli ordinamenti giuridici tra complessità sociale, lotta per il potere e tutela dei diritti*, Milano 2014, p. 24.

⁸ M. MONTI, *Le internet platforms, il discorso pubblico e la democrazia*, in *Quaderni costituzionali*, 2019, pp. 811-840.

fondamentale pour atteindre cet équilibre est la collaboration active avec les plateformes et la forte responsabilisation de ces dernières. On conditionne, en effet, à la contribution effective des plateformes, y compris en termes de régulation et de contrôle, la réalisation d'objectifs ambitieux, tels que la plus grande circulation et partage des données, la transparence du profilage, l'utilisation de l'intelligence artificielle dans le respect des droits fondamentaux et des principes de l'Union.

Le *Digital Services Act*⁹ a imposé une transparence maximale sur le profilage et le fonctionnement des plateformes en ligne, les fournisseurs étant tenus de coopérer avec les autorités et de se soumettre à des audits indépendants. Parmi les principales obligations, communes à tous les types d'intermédiaires, il faut signaler celle de collaborer avec les autorités nationales si nécessaire; de dénoncer les infractions; et surtout de créer un mécanisme de réclamation et de recours et de règlement extrajudiciaire des litiges. Doivent toujours être placées dans la même optique de forte responsabilisation des plates-formes, les obligations imposées aux plus grandes d'entre eux, tels que ceux en matière de gestion des risques, de réaction aux crises et de prévention des abus de leurs systèmes; l'adoption de codes de conduite spécifiques; et la prévention des risques systémiques tels que la diffusion de contenus illégaux ou ayant un effet négatif sur les droits fondamentaux, les processus électoraux, la violence fondée sur le genre, la santé mentale.

Le *Data Governance Act*¹⁰ est le premier règlement sur les données visant à créer un espace numérique européen permettant aux organisations privées ou publiques de partager des données, garantissant la mise en œuvre de produits et services fournis dans des secteurs stratégiques tels que santé, environnement, énergie, agriculture, mobilité, industrie ou finance. Le texte indique, entre autres, que : « Les services d'intermédiation de données sont appelés à jouer un rôle essentiel dans l'économie des données, notamment en soutenant et en promouvant les pratiques volontaires de partage de données entre les entreprises, ou en facilitant le partage de données dans le cadre des obligations fixées par le droit de l'Union ou le droit national¹¹ ». Sur la centralité du rôle des plateformes qui fournissent services d'intermédiation, le Règlement souligne que : « La neutralité des prestataires de services d'intermédiation de données à l'égard des données échangées entre les détenteurs de données ou les personnes

⁹ Règlement (UE) 2022/2065 du Parlement Européen et du Conseil du 19 octobre 2022 relatif à un marché unique des services numériques et modifiant la directive 2000/31/CE. Le Règlement est entré en vigueur le 23 juin 2022 et sera applicable à partir du 17 février 2024. Le *Digital Services Act* fait partie du package connu sous le nom de *Digital Regulation Acts*, qui comprend aussi le *Data Act*, le *Digital Markets Act* et le *Data Governance Act*.

¹⁰ Règlement (UE) 2022/868 du Parlement européen et du Conseil du 30 mai 2022 portant sur la gouvernance européenne des données et modifiant le règlement (UE) 2018/1724. Le Règlement sera applicable à partir du 24 septembre 2023.

¹¹ Le Commissaire au Marché Intérieur, Thierry Breton, a déclaré que le *Data Governance Act* adopte une approche commune du partage des données, facilitant le flux de données des industries en pleine croissance dans tous les secteurs et dans tous les États membres pour aider l'Europe à devenir le premier continent du monde pour les données.

concernées et les utilisateurs de données, est fondamentale pour renforcer la confiance et accroître le contrôle des détenteurs de données, des personnes concernées et des utilisateurs de données à l'égard des services d'intermédiation».

Enfin, la Proposition de Règlement sur l'intelligence artificielle¹² vise à garantir que les citoyens européens puissent bénéficier de nouvelles technologies développées et fonctionnant conformément aux valeurs, aux droits fondamentaux et aux principes de l'Union, en introduisant les éléments fondamentaux de régulation des scénarios liés à l'IA. La proposition de règlement a été récemment amendée précisément pour favoriser un renforcement de la qualité des algorithmes et une plus grande responsabilisation des fournisseurs d'IA par rapport à la protection des droits fondamentaux. Dans ce cas également, on progresse vers une application très forte du principe de précaution pour la réduction des risques provoqués par le recours à l'IA, selon un modèle déjà expérimenté en ce qui concerne la protection des données personnelles.

Dans la même perspective de collaboration et de *accountability* il convient, enfin, de mentionner un important acte de *soft law* récemment réformé, c'est-à-dire le Code renforcé des bonnes pratiques contre la désinformation¹³ qui confie aussi, et surtout, aux opérateurs signataires la tâche de veiller à contenir la désinformation en ligne. Parmi les points importants du Code, il convient de souligner la tendance à la co-régulation pour les très grandes plateformes en ligne dans le cadre de la loi sur les services numériques, et les suivants engagements: à démonétiser la désinformation, à accroître la transparence de la publicité politique et de la publicité thématique, à élargir et renforcer les outils permettant aux utilisateurs de détecter et de signaler les contenus faux ou trompeurs, à donner aux chercheurs un meilleur accès aux données, à mettre en place un cadre solide de surveillance et de déclaration, avec des informations qualitatives et quantitatives au niveau de l'UE et des États membres.

3. La dialectique sans synthèse entre intérêt public et intérêts privés

¹² Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil établissant des règles harmonisées concernant l'intelligence artificielle (législation sur l'intelligence artificielle) et modifiant certains actes législatifs de l'Union - COM(2021) 206 final. La proposition, présenté le 21 avril 2021, a les suivants objectifs spécifiques: veiller à ce que les systèmes d'IA mis sur le marché de l'Union et utilisés soient sûrs et respectent la législation en vigueur en matière de droits fondamentaux et les valeurs de l'Union; garantir la sécurité juridique pour faciliter les investissements et l'innovation dans le domaine de l'IA; renforcer la gouvernance et l'application effective de la législation existante en matière de droits fondamentaux et des exigences de sécurité applicables aux systèmes d'IA; faciliter le développement d'un marché unique pour des applications d'IA légales, sûres et dignes de confiance, et empêcher la fragmentation du marché.

¹³ Parmi les 34 signataires du Code - signé et présenté le 16 juin 2022 - figurent de grandes plateformes en ligne, notamment Meta, Google, Twitter, TikTok et Microsoft, et toute une série d'autres acteurs: plateformes plus petites ou spécialisées, secteur de la publicité en ligne, entreprises de technologie publicitaire, vérificateurs de faits, représentants de la société civile et acteurs offrant une expertise et des solutions spécifiques en matière de lutte contre la désinformation.

En conclusion, on peut souligner que, dans un contexte de très grande fragmentation tel que celui déterminé par la révolution technologique, la tâche de l'État, et en particulier celle du législateur, est celle d'adopter une méthode efficace pour gouverner la fragmentation elle-même. On dirait que la méthode la plus efficace, dans un tel contexte, est celle dialogique : une dynamique de dialogue incessante avec les principaux moteurs de la révolution technologique, c'est-à-dire les plateformes, et sur les sujets centraux de cette révolution, c'est à dire le partage des données, l'utilisation de l'intelligence artificielle, la circulation des informations et des connaissances.

Évidemment, cette approche s'expose à des critiques, notamment par qui met en garde, depuis longtemps, sur les risques d'une délégitimation excessive de tâches aux grandes entreprises du numérique, y compris par rapport aux tâches traditionnellement confiées aux États¹⁴.

Il s'agit sans aucun doute d'une préoccupation justifiée et, dans une large mesure, partageable, mais qui ne tient pas compte de ce que on a dit par rapport à le changement de paradigme déterminé par les nouvelles technologies qui a une signification d'époque¹⁵. Ni l'Union européenne ni les États membres ne peuvent continuer à appliquer les formes et les catégories qui existaient il y a vingt ans, au sein d'un équilibre systémique fondé sur des coordonnées tendant à être statiques et durables.

Il faut donc adopter une approche fondée sur le principe de réalité, en tenant compte des profondes transformations économiques, politiques, sociales et existentielles qui ont marqué ces vingt dernières années.

L'Etat ne se trouve plus à gouverner la complexité, qui serait réductible à l'unité grâce à la synthèse, mais doit gérer la fragmentation, une pluralité indéterminée et indéfinissable d'intérêts, exigences, conduites et choix, souvent ni prévue ni prévisibles¹⁶.

Pour gouverner cette fragmentation, il doit s'appuyer sur la méthode de dialogue que j'ai citée, dans l'espoir de réguler le «chaos» en s'appuyant sur le soutien indispensable des entreprises du numérique. Dans cette voie commune, elle doit réussir à orienter les entreprises vers des objectifs communs qui ne soient pas la synthèse entre intérêt public et maximisation du profit (synthèse, à mon avis, jamais trop réussie) mais qui permettent une croissance progressive et durable de l'un et de l'autre facteur à travers des principes solides et une méthode partagée¹⁷.

¹⁴ S. RODOTÀ, *Il mondo della rete. Quali i diritti, quali i vincoli*, Roma 2014 p. 38, selon lequel Google et tout ce qui s'y rapporte représente «une nouvelle version des arcaica imperii». Plus récemment, G. SCORZA, *L'epopea dell'uccellino. Se Musk trasforma Twitter in un'app tuttofare è un problema per tutti*, www.huffingtonpost.it, 5 ottobre 2022.

¹⁵ A. SIMONCINI, *Sovranità e potere nell'era digitale*, in T.E. Frosini, O. Pollicino, E. Apa, M. Bassini (éd), *Diritti e libertà in Internet*, Milano 2017.

¹⁶ M. CASTELLS, *The Information Age: Economy, Society and Culture*, 2014.

¹⁷ P. PERLINGIERI, *Relazione conclusiva*, in C. Perlingieri-L. Ruggieri (éd), *Internet e diritto civile*, Napoli 2015, p. 417.

En d'autres termes, la quatrième révolution industrielle doit également être gouvernée par la politique et par le droit afin de garantir une véritable protection des droits fondamentaux et un réel progrès de la société de l'information¹⁸. Mais cette primauté doit se fonder sur une alliance forte entre public et privé autour des principes et de la méthode, en vue d'accroître l'intérêt public ainsi que l'intérêt privé, et de ne produire entre eux ni un conflit permanent, ni un compromis au rabais.

¹⁸ S. RODOTÀ, *Tecnopolitica. La democrazia e le nuove tecnologie della comunicazione*, Roma-Bari 2004; J. ZITTRAIN, *The future of the Internet and how to stop it*, London 2008.