

Quel droit pour l'Internet ?

BENOIT FRYDMAN

*Centre Perelman de philosophie du droit
Université Libre de Bruxelles (ULB)*

Publication originale / Comment citer ce texte : B. FRYDMAN, « Quel droit pour l'Internet ? », in *Internet sous le regard du droit*, éd. du Jeune Barreau, 1997.

Édition du corpus complet des œuvres de Benoit Frydman
— <https://benoitfrydman.com/fr/chapter/1997-quel-droit-pour-l-internet-2>

Benoit Frydman

ON ne peut que s'émerveiller devant la capacité du droit à s'adapter aux évolutions sociales et techniques. La nature juridique, comme son homologue physique, a horreur du vide. Après la révolution industrielle, l'électrification, l'informatisation, les juristes relèvent le défi des nouvelles technologies de l'information. Les contributions présentées lors de ce recyclage ont montré l'intensité et l'état d'avancement de leurs travaux.

Cependant, cette faculté d'adaptation, qui fait la force du droit, ne le laisse pas lui-même intact. Et l'on commence à mesurer aujourd'hui à quel point le phénomène de société mondial que représente le spectaculaire développement d'Internet remet en cause, ou du moins bouscule ou influence, la vision globale que nous avons du droit, en même temps que nos conceptions du monde. L'image moderne, forgée progressivement depuis le XVII^e siècle, d'un ordre juridique essentiellement national, constitué d'un ensemble structuré et hiérarchisé de sources formelles principalement étatiques, déjà largement brouillée, achève de s'estomper. Et les juristes se prennent à philosopher sur le nouveau paradigme d'un droit postmoderne en cours d'élaboration. Dans cette réflexion, Internet fait figure de « laboratoire », selon l'heureuse expression de M^{me} Doutrelepon. Il préfigure les autoroutes de l'information, en cours de construction, tout en manifestant une réalité concrète, observable et transformable, qui suscite déjà bon nombre d'actes juridiques, depuis les traités internationaux jusqu'aux conventions privées, sans oublier la jurisprudence et une panoplie de nouveaux instruments.

Cette réflexion n'a rien d'oiseux. Au contraire, son enjeu est capital, puisqu'il s'agit de décider suivant quel modèle, quels principes, sur la base de quel fondement ou de quelle autorité, opérer la régulation juridique d'un cyberspace en développement exponentiel. Plusieurs logiques concurrentes s'affrontent pour l'instant, tant sur les terrains politique et idéologique que proprement juridique et même judiciaire. D'une part, les États n'ont pas dit leur dernier mot. Après une période de flottement relatif, ils se saisissent des activités menées sur les réseaux, par le double truchement de la législation nationale (ou supranationale) et de la coopération internationale. Mais, ces États voient, d'autre part, leur autorité ouvertement contestée par ceux qui soit revendiquent la liberté de communication la plus complète sur le réseau, soit prônent le recours à des mécanismes d'autorégulation. Le terme « autorégulation » est lui-même ambivalent, dans la mesure où il peut refléter au moins trois ambitions différentes : (1) la régulation spontanée par le contrat et le libre jeu des forces du marché, suivant l'image classique de la « main invisible » ; (2) le contrôle des activités par les gestionnaires du réseau ; (3) la prise en main de leur destin par la communauté des « internautes ».

Quel droit pour l'Internet ?

Dans ce rapport final, nous envisagerons successivement ces différents modèles, leur influence respective, leur compatibilité et les solutions juridiques qu'ils préconisent. Certes, il faut le souligner, ces logiques ne présentent en soi aucune valeur juridique. Ce ne sont proprement que des vues de l'esprit. Toutefois la vision du droit qu'elles mobilisent, la logique de régulation dans laquelle elles s'inscrivent sont en mesure d'exercer une influence d'autant plus considérable sur l'élaboration et l'application des règles juridiques présentes et à venir que nombre de ces règles apparaissent encore incertaines, insatisfaisantes ou inefficaces aux yeux des différents acteurs concernés et des praticiens.

1. La vocation du droit interne

Une première approche, somme toute classique, consiste à aborder la régulation des comportements sur Internet au départ du droit interne. C'est du reste la démarche adoptée le plus souvent par la doctrine. Certains auteurs estiment que le droit en vigueur suffit très largement à répondre aux difficultés qui se posent et que celles-ci naissent d'ailleurs moins du réseau lui-même que de certaines des activités qui se manifestent à travers lui. Il convient, dans cet esprit, non pas d'élaborer on ne sait quel nouveau droit, mais seulement d'adapter le droit positif à une évolution technique, quelque peu surévaluée dans l'imaginaire collectif, et dont la portée juridique ne serait finalement pas de nature différente de l'invention du téléphone ou de la domestication de l'électricité. Suivant cette opinion, l'Etat a vocation à régir les activités menées via l'Internet comme toutes les autres activités qui se déroulent sur son territoire. Mais ici commencent déjà les difficultés. Car comment appliquer un droit interne, par définition territorial, à des communications qui se jouent des frontières et, dans leur principe, échappent à toute localisation autre que l'espace virtuel tracé par la communication elle-même ?

A cette objection, on répondra que le droit international privé et les facteurs de rattachement déterminant la compétence pénale *ratione personae* ou *ratione loci* délimitent la compétence du droit interne dans les situations présentant un élément d'extranéité et permettent de localiser toutes les activités, matérielles comme immatérielles. Malheureusement, cette solution ne présente bien souvent qu'une valeur [...] dans la mesure où elle ouvre la voie à l'application, en fonction [...], de plusieurs législations différentes, divergentes et parfois même contradictoires. Par exemple, une société qui fait de la publicité, vend ses produits ou propose ses services sur Internet, pourrait se voir opposer les dispositions protectrices du consommateur édictées par l'ensemble des Etats où ses clients ont leur résidence, soit potentiellement l'ensemble des droits nationaux. A l'impossible, nul n'est tenu. Clairement ici, trop de lois tue la règle. Et le vendeur, s'il prend le

Benoit Frydman

risque de commercer sur le réseau, n'hésitera pas à s'affranchir de toutes les obligations, hormis peut-être celles que lui impose son pays d'origine. Quant aux grandes sociétés de vente par correspondance telles La Redoute ou Les 3 Suisses, elles omettent purement et simplement sur leurs écrans de commande les conditions générales et particulières qui régissent habituellement leurs opérations. Le vendeur se souciera en outre d'autant moins des règles nationales que le réseau lui offre d'innombrables possibilités de délocalisation et qu'il trouvera facilement à héberger son site dans quelque « paradis numérique », où il se trouvera soustrait à tout contrôle.

La difficulté pour les Etats ne consiste donc pas tant à déclarer leur compétence législative ou judiciaire qu'à se donner les moyens de faire cesser les infractions et de rendre justice à ceux qui revendiquent auprès d'eux la protection de leurs droits. Or, les actions entreprises en ce sens se sont souvent révélées jusqu'ici inefficaces, tout particulièrement lorsqu'il s'agissait de faire respecter sur Internet des règles limitant ou interdisant la diffusion de certaines informations.

En France, l'impuissance des autorités a été mise en évidence dans deux affaires qui ont successivement défrayé la chronique. On se souvient d'abord de l'affaire Gubler, du nom de l'ancien médecin personnel du Président Mitterrand et auteur du livre *Le grand secret*. Cet ouvrage controversé fut interdit de diffusion par une ordonnance du Tribunal de Grande Instance de Paris du 18 janvier 1996, à la demande de la famille Mitterrand, pour cause de violation du secret professionnel. Suite à l'ordonnance, l'ouvrage avait été immédiatement publié sur le site Web d'un « cybercafé » de Besançon. L'affaire connut une issue judiciaire curieuse : le matériel informatique du café fut saisi par le fournisseur impayé et le patron mis en prison pour abandon de famille. Mais on peut aujourd'hui encore consulter l'ouvrage sur au moins 6 sites Web.

De même, dans l'affaire Gigastorage, le Président du Conseil général du territoire de Belfort, Christian Proust, s'estimait injustement mis en cause et incarcéré. Le dossier d'instruction de l'affaire fut publié ouvertement sur le Net par une certaine société Prescom, établie à Santa Barbara en Californie. Le Parquet de Paris a ouvert une information

[...] d'autorité de contrôle indépendante chargée d'assurer une protection dans ce domaine.

2. Un espace de liberté totale

Par delà les difficultés techniques ou juridiques que suscite le contrôle des messages sur l'Internet, la légitimité politique de l'intervention

Quel droit pour l'Internet ?

des Etats dans le « cybermonde » se trouve mise en cause par certaines associations d'internautes, qui contestent leur autorité et revendiquent une liberté de communication totale dont ils entendent bien continuer de jouir. Au premier rang de ces associations, l'*Electronic Frontier Foundation* (EFF) de Kapor et Barlow, combat toutes les tentatives de contrôle, de limitation ou d'intervention publiques, quelles qu'elles soient.

Ainsi, en janvier 1995, l'EFF contestait l'arrestation d'un étudiant, Jake Baker, pour avoir diffusé sur le Net des textes où il exprimait des fantasmes sexuels violents à l'égard d'une de ses condisciples nommément désignée. EFF précise à cette occasion dans un mail : « Nous n'approuvons en aucune manière les discours de haine (hate speeches). Cependant nous croyons qu'à un discours néfaste, il faut répondre par un meilleur discours et non pas imposer une censure. Quand on sacrifie un droit pour en protéger un autre, on les perd tous les deux ».

Ce mouvement est généralement très mal perçu par les juristes européens qui stigmatisent « la tentation du non droit » et refusent « la démission du droit ». Il est parfois associé au mouvement contestataire « cyberpunks » d'Eric Hughes, à la piraterie informatique (les fameux hackers) ou tout simplement à la délinquance. M. Francescon écrit, par exemple, « qu'il est inadmissible de laisser l'anarchie totale régner dans ce domaine qui est de plus en plus présent dans nos vies et qui les conditionne de manière grandissante » et « qu'il ne faut pas se retrancher derrière des grands principes libertaires pour refuser de mettre de l'ordre dans les nouvelles technologies de l'information et de la communication ».

Cette présentation nous paraît quelque peu caricaturale. La contestation des interventions étatiques manifeste moins un refus du droit que de l'autorité. Plus précisément, dans la dialectique classique qui relie et oppose d'une part la liberté d'expression et d'autre part la souveraineté des Etats, ce mouvement donne clairement la préférence à la première. En cela, il défend une position non pas marginale, comme on le croit trop souvent en Europe, mais ancrée au cœur des conceptions politiques et juridiques américaines et relayées par le puissant courant de pensée libertarien.

EFF n'hésite pas d'ailleurs à placer son combat sur le terrain du droit et se bat pour l'application la plus large du 1^{er} amendement de la Constitution des Etats-Unis, qui interdit au Congrès de prendre toute loi limitant la liberté d'expression. La Fondation a d'ailleurs obtenu quelques succès, notamment en défendant les procédés de cryptage des messages contre l'administration américaine, qui prétendait les interdire en assimilant leur usage à celui d'une arme prohibée.

Benoit Frydman

Mais l'événement qui mit véritablement le feu aux poudres fut l'adoption par le Congrès américain, en 1996, du *Communication Decency Act*, sanctionnant notamment la diffusion sur le réseau de messages « obscènes » et « indécents ». En réaction à cette loi, présentée dans le monde des cybernautes comme un assassinat de la liberté, Barlow, co-fondateur d'EFF publia une « Déclaration d'indépendance du cybermonde » qui proclame notamment : « Je déclare que l'espace social global que nous construisons est naturellement indépendant de toutes les tyrannies que vous cherchez à nous imposer. Vous n'avez pas le droit moral de nous gouverner, pas plus que vous ne possédez des moyens de pression que nous pourrions réellement craindre (...). En Chine, en Allemagne, en France, en Russie, à Singapour, en Italie et aux Etats-Unis, vous essayez de bloquer le virus de la liberté en érigeant des postes de garde aux frontières du Cybermonde. Ils pourront peut-être contenir les contagions quelques temps, mais ils ne survivront pas dans un monde qui sera bientôt entièrement baigné dans un flux d'octets ! ».

Dans la foulée, EFF et ACLU contestèrent la loi devant un tribunal fédéral de Philadelphie pour violation du 1^{er} amendement. Après avoir suspendu provisoirement certains articles, le Tribunal fit droit à l'action et l'affaire fut portée en appel devant la Cour Suprême. Celle-ci vient de se prononcer dans le déjà célèbre arrêt *Reno*, qui déclare inconstitutionnels et en conséquence invalide les articles 223 (a) et 223 (d) de la loi, qui prohibaient les « messages indécents » (indecent transmission) et les « représentations manifestement choquantes » (patently offensive display). Suivant les termes de l'arrêt, ces dispositions violent le 1^{er} amendement à plus d'un titre, notamment en tant qu'elles sont trop larges, non définies et impliquent un contrôle du contenu des messages, que leur application n'est pas réservée aux transactions commerciales, ni limitée dans le temps, ni contrôlée par une agence indépendante et enfin parce qu'elles sont répressives — elles prévoient des sanctions pénales — et s'appliquent à un médium — Internet — qui, contrairement à la radiodiffusion, jouit pleinement de la protection conférée par le 1^{er} amendement. Enfin, la Cour affirme en principe dans sa décision, prise à une très large majorité, que « l'intérêt à encourager la liberté d'expression dans une société démocratique l'emporte sur le bénéfice théorique et non prouvé de la censure ».

La bataille n'est cependant pas terminée puisqu'un sénateur a d'ores et déjà annoncé le dépôt d'un nouveau projet de loi, semblable aux dispositions invalidées dans ses effets, mais pleinement constitutionnel cette fois, selon son auteur du moins. Par ailleurs, des juges fédéraux de New-York et de Géorgie ont interdit à ces Etats, dans des affaires distinctes, d'appliquer des lois destinées à bloquer les messages anonymes et à protéger les enfants contre des pédophiles « en ligne ».

Quel droit pour l'Internet ?

Signalons également, de l'autre côté de l'Atlantique, la décision du Conseil Constitutionnel français d'annuler les dispositions de la loi sur la réglementation des télécommunications, fixant les conditions dans lesquelles les fournisseurs d'accès étaient libérés de leur responsabilité quant aux contenus des messages dont ils permettaient de prendre connaissance. La loi habilitait le Conseil Supérieur pour la Télématique à faire des recommandations sur les contenus admissibles. Le Conseil Constitutionnel exige une disposition plus prudente et plus respectueuse de la liberté individuelle des citoyens.

En Belgique enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé dans au moins deux arrêts que les garanties accordées par la Constitution en matière de presse devaient être étendues aux nouveaux moyens de communication, alors même qu'une jurisprudence constante de la Cour de cassation refuse cette protection à la radio et à la télédiffusion. Par contre, la télémessagerie est considérée comme une télécommunication et ne bénéficie pas à ce titre de la garantie constitutionnelle du secret des lettres.

Ces décisions, prises au plus haut niveau judiciaire, démontrent que le contrôle par les Etats des messages diffusés via Internet pose, au-delà des difficultés techniques, d'importantes questions en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales, notamment quant à la protection de la liberté d'expression. On a l'impression d'assister, à la faveur du développement des réseaux numériques, à l'établissement d'un nouveau rapport de force, mais aussi de droit, entre le principe de la liberté d'expression et la vocation des Etats à contrôler la légalité, au regard de leur droit, du contenu des communications.

3. La loi du marché global

Plusieurs auteurs soulignent néanmoins l'ambiguïté du discours libertaire. Celui-ci servirait objectivement les intérêts des grandes compagnies actives sur les réseaux, qui souhaitent s'affranchir autant que possible de toute entrave étatique. M. Lavenue fait ainsi remarquer que les revendications relatives à la liberté d'expression sur l'Internet ne font pas la distinction entre les individus et les sociétés, entre les messages privés et commerciaux. Le commerce tente ainsi d'étendre à son profit le bénéfice d'un droit de l'homme fondamental. De même, les manifestations hostiles au copyright sur les réseaux sont vues d'un bon œil par les grandes compagnies qui craignent que les droits d'auteur freinent le développement de leurs activités. La consultation de la liste des bailleurs de fonds d'EFF est instructive à cet égard. On y découvre notamment : AT&T, MCI, Bell Atlantic, IBM, Sun Microsystems, Apple ou Microsoft... Selon M. Petrella, l'utopie de la société de l'information conforte en réalité les véritables objectifs du capitalisme

Benoit Frydman

contemporain, à savoir la création d'un espace marchand unique, régi par le seul jeu spontané des forces du marché.

Le développement des échanges sur Internet est du reste de plus en plus souvent envisagé dans une optique commerciale. Suivant l'image parlante de MM. Pouillet et Queck, l'Internet quitte rapidement le monde de « la foire aux idées » qui caractérisait ses débuts pour entrer dans celui de « la foire commerciale ». Les prévisions les plus audacieuses circulent sur le développement du commerce en ligne. Elles sont relayées, à grand renfort médiatique, par les autorités politiques tant américaines qu'européennes qui voient dans la société de l'information un nouveau secteur d'activités économiques, voire un nouvel Eldorado, quand ce n'est pas la solution au problème du chômage endémique en Europe.

On en viendrait presque à oublier le caractère très récent de l'intérêt des « forces du marché » pour Internet. Le réseau des réseaux, on le sait, ne répondait à l'origine à aucun projet commercial. Il est né de la coopération de la recherche universitaire et du département de la défense américains. Le projet Arpanet, dessiné en 1969, poursuivait deux buts : d'une part permettre aux chercheurs des universités disséminés sur le territoire des Etats-Unis de communiquer facilement entre eux et, d'autre part, créer un réseau de communication militaire décentralisé, susceptible de résister à une déflagration nucléaire. En 1973, on élabore le concept Internet, chargé de relier par un langage commun différents réseaux à travers le monde obéissant à des normes différentes. On met ensuite au point les protocoles de transmission (TCP/IP). L'ensemble est achevé en 1981. Or, ce n'est qu'en 1986 que l'on commence à prendre conscience des possibilités commerciales du réseau, auquel le monde des affaires ne s'intéresse effectivement qu'à partir de 1990.

La logique de privatisation du réseau s'impose plus récemment encore. En 1995, la National Science Foundation, agence gouvernementale américaine, qui finance la recherche fondamentale, cède le contrôle de la « dorsale » d'Internet (c'est-à-dire du réseau de connexion des différents éléments du réseau) au privé, à savoir à des entreprises dominantes principalement américaines, notamment Oracle, Microsoft, Netscape et quelques autres.

L'Union européenne, qui prend le train en marche, s'engage résolument dans la même voie. Le programme RACE, développé par la Commission, dans la perspective du « grand marché de 1992 » s'intéresse déjà aux autoroutes de l'information. Après le traité de Maastricht, le livre blanc sur la croissance, la compétitivité et l'emploi analyse la société de l'information comme un des aspects de la délocalisation et de la mondialisation économiques et préconise d'en favoriser l'essor. En 1993, le fameux Rapport Bangeman propose au Conseil Européen de confier l'instauration de la société de l'information au secteur privé

Quel droit pour l'Internet ?

et aux forces du marché. Il inspire le Plan d'action adopté par la Commission en 1994 qui annonce la fusion de la société de l'information et du marché et le retour d'une croissance soutenue. Comme le remarque M. Brouir, la Commission n'associe à la société de l'information aucun projet politique consistant, sinon la limitation du rôle des pouvoirs publics à une fonction de stimulation et de régulation du marché. Le livre vert sur la libéralisation des infrastructures de communication et des réseaux de télévision par câble fixe logiquement l'étape suivante, en imposant la libéralisation des infrastructures des câblo-opérateurs au sein des Etats membres, sans se soucier d'établir au préalable un cadre réglementaire. Vu la convergence des politiques menées de part et d'autre de l'Atlantique, les Etats-Unis, l'Europe se sont accordés sans surprise avec le Japon, à la réunion du G7 en 1995 à Bruxelles, sur une société de l'information plus globale, plus marchande et moins réglementée.

Cette approche, désormais dominante, conduit à soumettre la société de l'information en général et les activités sur Internet en particulier à la seule loi du marché mondial. Celle-ci se présente volontiers sous les traits d'un nouveau droit naturel économique, qui complète le programme de la mondialisation économique et financière d'un volet juridique. Les principes fondamentaux de ce droit, qui se résument en peu de mots, ont été définis par l'école américaine de l'analyse économique du droit (Law & Economics), sur la base de concepts empruntés à l'économie libérale néoclassique. En résumé, les règles juridiques ne trouvent pas leur fondement dans les sources formelles, étatiques ou autres, mais directement dans les échanges économiques eux-mêmes. Le droit a pour but essentiel de favoriser le fonctionnement de l'économie de marché, qui représente l'état naturel d'organisation de la société. Il protège le jeu spontané des forces du marché et consacre le résultat des « marchandages » (bargaining) auxquels se livrent les acteurs économiques dans la mesure où ceux-ci conduisent normalement à l'allocation optimale des ressources. Il sanctionne enfin les comportements « inefficaces » et ceux qui entravent le cours naturel des échanges.

Ces principes peuvent être appliqués aux activités menées sur l'Internet, dès lors que celles-ci sont appréhendées exclusivement à travers un prisme marchand. Dans cette optique, le réseau est considéré comme un marché de l'information global ou planétaire et les communications comme des transactions économiques entre un producteur d'information d'une part et un consommateur d'information de l'autre. Les termes de l'échange sont définis librement par les parties et n'obéissent à d'autres règles que celles par lesquelles elles sont convenues de se lier. Le paradigme du contrat régit à la fois les relations entre les utilisateurs du réseau et celles que ceux-ci établissent avec leur fournisseur d'accès ou encore ces derniers avec les propriétaires des infrastructures. Des règles de police garantissent

Benoit Frydman

la bonne exécution des transactions, la libre concurrence des producteurs d'informations et des fournisseurs d'accès et sanctionnent ceux qui, par leur comportement, portent atteinte au libre flux des informations.

Cet arsenal minimaliste est censé garantir le fonctionnement optimal d'un « libre marché des idées », dont rêvait déjà au siècle dernier le philosophe anglais John Stuart Mill et dont le juge Holmes indiquait, dans une célèbre opinion délivrée à la Cour Suprême, qu'il constituait le moyen constitutionnel d'assurer le triomphe des meilleures idées dans la compétition du marché. Le discours économiste rejoint ici le propos libertarien : l'information mauvaise ou néfaste ne doit pas être censurée, mais disparaîtra d'elle-même au profit de meilleures qu'elle dans le cours spontané des échanges d'idées.

4. Le droit international public du cyberspace

La doctrine française et belge refuse, dans sa très grande majorité, d'abandonner la régulation de la société de l'information à la seule loi du marché. Les propos du Juge Martens résument bien le sentiment général à cet égard : « Ce qui effraie dans le discours utopique, écrit-il, c'est qu'il ne voit d'autre régulateur du progrès que le marché : c'est de lui que viendront les correctifs aux excès et c'est de lui aussi qu'il faut attendre la nouvelle éthique de la démocratie électronique : ce que Marx affirmait dans la réprobation, on le préconise dans la joie ! N'est-ce pas le droit qui, tardivement, laborieusement sans doute, a exigé du marché qu'il tempère son ardeur ? ». Refusant de s'incliner devant une évolution présentée comme inéluctable, ces auteurs réclament de l'Etat qu'il « annonce son retour » et qu'il préserve les valeurs sociales que le marché ne peut procurer.

Compte tenu des spécificités du réseau, un tel « retour » ne peut toutefois s'envisager, comme on l'a vu, de manière isolée. Les États sont d'ailleurs conscients de la nécessité de coopérer s'ils souhaitent peser effectivement sur la régulation de l'Internet. Plusieurs initiatives ont été lancées en ce sens. Le Ministre Fillon a ainsi présenté à l'O.C.D.E., au nom de la France, une proposition de Charte internationale sur l'Internet dans laquelle les États s'engageraient à coopérer en vue de rapprocher leurs pratiques nationales. Des efforts sont d'autre part accomplis au sein du Conseil de l'Europe pour rapprocher les standards de répression dans le domaine des technologies de l'information et de la communication et surtout pour renforcer la coopération policière. On connaît toutefois les limites d'une telle coopération intergouvernementale, qui par ailleurs ne rejoint pas forcément les priorités américaines.

Quel droit pour l'Internet ?

Au niveau supranational, l'Union européenne a adopté plusieurs dispositions, notamment une directive sur le traitement et la circulation de données à caractère personnel, qui vise à protéger la vie privée, mais se heurte, comme on l'a vu, au même problème de frontière que la législation des Etats membres.

La directive européenne du 13 décembre 1995 relative à l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale, qui définit les composantes essentielles du service universel dans ce secteur, marque cependant une tentative intéressante de concilier, à l'échelon européen, la logique du service public et celle du marché. Son champ d'application inclut l'accès au réseau par les ordinateurs personnels et donc l'accès à l'Internet. L'adoption de la directive répond partiellement au souci de garantir une jouissance égalitaire des libertés nouvelles ouvertes en matière de communication et de mettre à la disposition du public le plus large les informations circulant sur le réseau, dans un contexte de privatisation accélérée des infrastructures. Le concept de service universel vise en substance à assurer à chaque citoyen l'accès au réseau et aux services de communication, d'un niveau de qualité donné, à un tarif abordable. Toutefois ce service n'est plus offert par un organisme parastatal, mais bien directement par les acteurs privés qui opèrent sur le réseau, moyennant une contribution publique adéquate. En Belgique, le principe du service universel en matière de communications a été introduit par la loi-programme du 20 décembre 1995.

Le développement des nouvelles technologies requiert également l'adaptation de certaines Conventions internationales. Au nombre des travaux déjà réalisés, on citera l'aménagement, au sein de l'O.M.P.I., de la Convention sur le droit d'auteur et le copyright. Certains réclament en outre la consécration internationale de normes techniques uniformes sur le réseau, notamment en matière de signature électronique ou d'enregistrement des œuvres protégées.

Contestant la privatisation arbitraire par les Etats-Unis du cybermonde et la domination des intérêts mercantiles, M. Lavenue propose quant à lui, dans une étude par ailleurs remarquable, la conclusion d'un traité international plus ambitieux et plus global. S'inspirant des conventions réglant les activités humaines dans l'espace et du régime adopté pour la protection des ressources de l'Antarctique, ce projet prévoit d'une part de décréter que l'utilisation du cyberspace est « l'apanage de l'humanité toute entière » (sans le réduire à un simple patrimoine). Il propose, d'autre part, de créer une « Autorité internationale du cyberspace », qui serait chargée par les Etats de faire respecter l'ordre public international et d'assurer la protection et la sauvegarde des droits des individus, tout en manifestant par son établissement la solidarité des Etats.

Benoit Frydman

5. L'espace public universel et le principe démocratique

Le débat sur le droit d'Internet se résume dès lors bien souvent à un face-à-face connu entre l'Etat (ou les Etats) et le Marché, à l'opposition classique entre le « laisser faire » libéral et l'interventionnisme plus ou moins tempéré de l'Etat social. D'un côté, l'Internet se développerait spontanément selon l'ordre du marché global. De l'autre, les Etats devraient intervenir pour garantir les droits fondamentaux des individus, qu'ils représentent au niveau international, notamment le respect de leur vie privée et l'accès égal de tous au réseau.

Cette présentation nous paraît quelque peu réductrice et inadéquate à plus d'un titre. D'abord, nous ne croyons pas que le paradigme de la transaction marchande rende bien compte des échanges d'informations opérés sur le réseau. La logique de la communication diffère de la rationalité économique. Il est inexact de réduire l'échange de messages à une opération de vente ou d'achat d'informations ou de prétendre que les interlocuteurs qui entrent en discussion cherchent nécessairement ou principalement à en retirer un profit pécuniaire, à maximiser leur position économique. La communication sociale a pour horizon la recherche de l'entente. En échangeant des messages, les interlocuteurs confrontent des opinions, des intérêts, des valeurs, des sentiments ou des perceptions esthétiques, et par là même, les mettent en commun et ajustent en quelque sorte leurs conceptions du monde. L'échange d'informations échappe en outre au problème de la rareté qui pèse sur la relation économique. Si celui qui cède un bien contre une contrepartie en perd la jouissance, il n'en va pas de même pour celui qui communique un savoir. Il conserve ses connaissances tout en les transmettant à autrui (mais perd le cas échéant le bénéfice marchand qu'il aurait retiré de leur exploitation exclusive). Il ne s'agit pas d'un jeu à somme nulle, mais bien d'un jeu où tout le monde gagne. Contrairement à ce que l'on pourrait croire, de tels propos n'ont rien « d'idéalistes ». Ils décrivent une réalité courante. La gratuité caractérise effectivement la grande majorité de nos échanges langagiers quotidiens. Cette gratuité était d'ailleurs et demeure encore dans une large mesure la règle des échanges d'informations sur Internet. Quiconque navigue sur le réseau en a fait l'expérience. C'est au contraire le modèle du marché de l'information qui donne à voir les activités sur le réseau selon une perspective déformante.

D'autre part, nous ne croyons pas que les Etats soient forcément les uniques, ni mêmes les meilleurs garants des droits et des libertés individuelles sur les réseaux. Tous les Etats qui composent la communauté internationale sont loin d'être des parangons de la démocratie ou de fervents adeptes de la liberté d'expression et d'information. Faut-il rappeler que les violations les plus graves des droits de l'homme au cours de ce siècle finissant sont à imputer au compte des Etats ? Plusieurs d'entre eux redoutent d'ailleurs les effets d'Internet,

Quel droit pour l'Internet ?

notamment en ce que le réseau offre une tribune aux opposants et aux résistants de tous ordres.

5.1. Un espace démocratique

Il vaut mieux dès lors s'écarter de schémas par trop usés et tenter de mettre au point un nouveau paradigme qui tienne réellement compte de la spécificité du phénomène Internet. La philosophie de la communication nous fournit à cet égard de précieuses indications. Sans entrer dans le détail de l'explication, concentrons-nous sur l'état de fait inédit créé par l'Internet, à savoir l'établissement d'un espace public de discussion à l'échelle de la planète. D'un point de vue politique, la constitution de l'espace public représente le préalable indispensable à la démocratie. L'espace public offre notamment aux individus, devenus citoyens, le lieu d'une possible discussion sur les règles de la justice. Dans les régimes représentatifs, il ouvre des possibilités de dialogue entre les gouvernants, qui se justifient de leurs actes et décisions, et les gouvernés dont ils sollicitent périodiquement les suffrages. Le Parlement représente d'ailleurs une sorte de « réduction », à l'échelle d'une ou de deux assemblées, de cet espace public infigurable. Bref, nous voulons en venir à ceci qu'en créant les conditions d'un espace public planétaire, l'Internet entrouvre la perspective d'un nouveau projet démocratique, moins international que postnational, c'est-à-dire aussi probablement postétatique. Si, comme d'aucuns l'enseignent, l'instauration de la société de l'information appelle la conclusion d'un nouveau contrat social, les parties appelées à souscrire un tel contrat sont, du moins dans une visée démocratique orthodoxe, non pas les Etats, mais directement les citoyens eux-mêmes.

On reconnaîtra volontiers le caractère utopique de ces derniers développements. Au reste, le terme « utopie », qui par son étymologie désigne ce qui ne se tient dans aucun lieu, convient assez à la définition d'un espace public virtuel. En quoi, demanderons-nous cependant, le concept d'espace public, qui fonde nos conceptions de la démocratie, présenterait-il en soi moins de réalité que ceux de « marché global », de « nation » ou de « contrat social » ? Ne sommes-nous pas convenus dès le début de cet article que les paradigmes du droit sont de simples vues de l'esprit, bien qu'ils puissent influencer de façon considérable notre approche des questions juridiques ? Il faut donc juger « l'espace public », comme les paradigmes précédents, à l'éclairage qu'il est susceptible d'apporter et à la valeur des solutions juridiques auxquelles il conduit. Or, sous chacun de ses deux aspects, l'apport ne nous paraît pas négligeable.

On peut d'abord noter que certains Etats n'ont pas tardé à tirer parti d'Internet pour améliorer le fonctionnement de leur démocratie

Benoit Frydman

interne. Aux Etats-Unis, au Canada et en Espagne, Internet est utilisé pour diffuser les textes publics sans coût pour les citoyens. En Belgique, le Moniteur paraît dès à présent sur le réseau. A l'occasion de l'élaboration de sa nouvelle constitution, l'Afrique du sud s'est servi du réseau pour recueillir les avis destinés à l'Assemblée constituante. De même, la Commission européenne a organisé une consultation publique via le Web sur son projet de réseau transeuropéen de télécommunications. Un peu partout, y compris dans notre pays, des projets de « cité virtuelle » s'apprêtent à fleurir, qui permettront aux habitants d'une ville ou d'une commune d'assister et de participer sur le Net à la vie politique et administrative locale.

M. Martens a dès lors raison de souligner les « virtualités d'émancipation de la personne » qu'offrent les nouvelles technologies et leurs « vertus démocratiques », lesquelles devraient, au premier chef et de préférence au marché, guider l'élaboration de leur cadre réglementaire. Rappelons à ce propos qu'un des principaux arguments historiques en faveur des régimes représentatifs modernes, et donc à l'encontre de la démocratie directe, tenait à l'impossibilité technique de consulter l'ensemble des citoyens d'un Etat et pour ceux-ci de débattre ensemble en un même lieu. Un des mérites d'Internet consiste précisément à relativiser cette difficulté.

5.2. La problématique du droit d'auteur

La conception de l'Internet en un vaste espace de discussion ouvert éclaire également sous un jour nouveau la problématique très importante et très délicate des droits d'auteur sur le réseau. La position des auteurs présente au moins le mérite de la clarté. Ils revendiquent une protection pleine et entière de leurs droits sur les réseaux et pressent le monde politique et juridique d'en réaffirmer le principe. Pour eux, les activités sur Internet ne diffèrent pas par nature de celles qui se déroulent dans « le monde analogique ». La transmission numérique doit donc être couverte par la Convention de Berne. En particulier, le téléchargement d'une œuvre sur la mémoire RAM d'un ordinateur, même à seule fin de consultation et sans fixation sur un support durable (comme une disquette ou un disque dur), doit être considéré comme un acte de reproduction, visé par la Convention. Une fois ces principes admis, il s'agit de mettre en place et de généraliser sur le réseau des solutions techniques permettant d'assurer la rémunération des auteurs et d'éviter les contrefaçons. Ces solutions passent par l'enregistrement, la numérotation, le marquage des œuvres et l'utilisation de procédés de cryptage. Les revendications des auteurs ont été largement et rapidement entendues puisque, dès cette année, l'O.M.P.I. a proposé à la signature des Etats membres deux nouvelles conventions adaptant le droit d'auteur et le copyright aux réseaux numériques.

Quel droit pour l'Internet ?

D'un point de vue radicalement opposé, l'EFF et d'autres associations dans la même mouvance comme Blue Note ou le mouvement Copy Left, réclament, au nom de la liberté, l'abolition pure et simple des droits d'auteur. L'EFF s'est adressée, dans cet esprit, au G7 pour lui demander d'adopter comme principe fondamental la libre circulation des informations. Cette revendication ne fait aucune distinction selon le type d'utilisation (commerciale ou non), ni la qualité des utilisateurs (entreprises ou particuliers). Des auteurs plus modérés soulignent en tout cas le caractère mal adapté du droit d'auteur à un médium multimédia faisant une « utilisation massive » d'éléments protégés et préexistants.

Ici encore, il nous paraît souhaitable de s'extraire d'une approche purement pécuniaire qui réduit la question à un conflit d'intérêts entre les auteurs d'une part et les diffuseurs d'informations d'autre part, à un marchandage pour le partage de la nouvelle manne céleste prodiguée par l'Internet. Cette vision marchande, de même d'ailleurs que la position conservatrice des représentants des auteurs, ne prend pas suffisamment en compte la spécificité de la communication interactive sur le réseau. Celle-ci doit, à notre avis, conduire à réexaminer à nouveaux frais, le concept d'œuvre. Cette réflexion, qu'il nous faut malheureusement ajourner, pourra s'appuyer sur les importants travaux des linguistes, sémiologues et critiques structuralistes et poststructuralistes, dont les propos sur « l'intertextualité » et « l'œuvre ouverte » ont acquis avec le temps une portée presque prophétique. Qu'il suffise de dire que la notion « d'auteur » véhicule l'idée de maîtrise par l'émetteur sur la forme et le sens du message et que « l'œuvre » implique l'intangibilité de ce message, dont l'auteur conserve les clefs. Cette conception unilatérale et figée ne convient pas à la logique interactive de la discussion, qui suppose au contraire la libre disposition du message par le destinataire ou le public en général, par le moyen de citations, références, critiques, ou même de transformations et de liens établis avec d'autres textes. Comme l'écrivait Roland Barthes il y a près de trente ans, « nous savons que pour rendre à l'écriture son avenir, il faut en renverser le mythe : la naissance du lecteur doit se payer de la mort de l'Auteur ». La prise en compte de l'espace public de discussion qu'ouvre Internet commande en tout cas de contrebalancer les droits de l'auteur avec ceux des lecteurs ou, pour mieux dire, des interlocuteurs, qui échangent sur le réseau. Cette opinion ne nous semble pas sans écho dans la jurisprudence.

Les juges sanctionnent généralement la diffusion sur le réseau d'œuvres protégées, sans le consentement de leurs auteurs. En Belgique, le Tribunal civil de Bruxelles a ainsi ordonné à la société Central Station de cesser, à peine d'astreinte, la diffusion sur son site d'articles de presse reproduits sans l'autorisation expresse des journalistes ou de leurs mandataires. Selon les représentants des auteurs, de tels faits

Benoit Frydman

ouvriraient à l'auteur des droits non seulement à l'égard du serveur, mais encore du fournisseur d'accès et même de l'opérateur du réseau.

Il en a cependant été jugé autrement aux Pays-Bas, dans une affaire concernant l'Église de scientologie, qui tente, par de nombreuses actions en justice menées dans plusieurs pays, de s'opposer à la communication sur le réseau des textes de son fondateur, R. Hubbard, qu'elle estime protégés par le copyright et le droit d'auteur. Le Président du Tribunal de La Haye rejette l'action en contrefaçon, au motif que les textes controversés constituaient des citations permises au regard de la loi néerlandaise. Le jugement ajoute, à l'égard des fournisseurs d'accès et de l'opérateur, que ceux-ci ne fournissent que le moyen de la communication publique, sans pouvoir exercer en principe d'influence sur le contenu de celle-ci, ni même sans avoir connaissance des données publiées via leur canal sur l'Internet, ce qui les décharge en règle de toute responsabilité.

M. Rosen explique cette décision par « la personnalité contestée » de l'Église. Une telle motivation *ad hominem*, à la supposer exacte, ne serait pas recevable en droit. Le paradigme de l'espace public permet néanmoins d'approuver la décision mais pour un autre motif. La doctrine diffusée par l'Église de scientologie, sur base de laquelle elle recrute des adeptes, s'inscrit en effet dans le cadre d'une communication publique. Celle-ci implique le droit pour chacun de prendre connaissance des discours des responsables de l'Église, de les discuter, de les approuver ou de les contester et de les reproduire dans la mesure utile au bon déroulement du débat public. L'Église ne peut se retrancher derrière le droit d'auteur pour faire obstacle à cette discussion ou tenter d'en maîtriser le cours. La protection de l'auteur doit céder ici devant les nécessités du débat public.

Plus délicate, l'affaire TotalNEWS montre bien l'enjeu central du droit d'auteur dans la confrontation que se livrent actuellement la logique marchande et celle de l'espace public. TotalNews a développé sur le réseau un « para-site » permettant d'accéder, par le moyen, classique sur le Web, des hyperliens, à plus de 1400 sites d'information en ligne, dont notamment CNN, le Washington Post, Newsweek, le Wall Street Journal et Time Magazine. Lorsque l'utilisateur accède à un de ces sites via le site de TotalNews, il ne quitte pas pour autant le cadre de ce dernier, qui demeure visible à l'écran, tandis que sur le bas défile une publicité, généralement pour un annonceur de renom, tel AT&T. En février dernier, un groupement de six majors en matière d'informations assigna TotalNews devant une [...]

Après plusieurs mois de laborieuses négociations, l'affaire s'est récemment soldée par une transaction, consignée dans un document d'une vingtaine de pages, qui ne vide cependant pas la question de droit litigieuse. La transaction, révocable moyennant un préavis de 3 jours ouvrables, accorde des « licences » à TotalNews pour établir des

Quel droit pour l'Internet ?

liens hypertextes vers les sites des demandeurs. Il ne prévoit aucune compensation financière, mais interdit l'affichage par TotalNews de publicités ou de tout autre matériel audio-visuel, tandis qu'un lien est établi avec un de ces sites. Dans les faits, TotalNews avait cessé cette pratique depuis deux mois. L'accord, quoique ne créant pas formellement un précédent, inaugure une pratique qui rend incertain l'avenir du paysage sur le Web et risque, selon les observateurs, de provoquer une certaine frilosité dans l'établissement d'hyperliens, en particulier sur les sites commerciaux. On comprend bien la position des majors, qui ne souhaitent pas abandonner à TotalNews les recettes publicitaires résultant de l'exploitation de leurs propres sites. Cette pratique s'apparente à du parasitisme. Mais le remède ne risque-t-il pas de se révéler pire que le mal, comme le craignent certains experts ?

Au-delà de l'affaire, la question se pose en effet de savoir dans quelle mesure un site peut refuser d'être relié aux autres ou soumettre l'établissement d'un tel lien à licence, payante ou non. Selon B. Keller, un des conseils des majors dans cette affaire, « le fait d'entrer sur le WWW n'implique aucun consentement à être relié aux autres sites. On n'abandonne pas ses droits du seul fait de participer à ce médium ». Cette opinion laisse rêveur quand on sait que le principe même du Web (c'est-à-dire littéralement « la toile ») repose sur l'établissement d'un nombre indéfini d'hyperliens. Le Net ressemble à une vaste encyclopédie où chaque terme renvoie à d'autres articles. En cela, il imite la culture elle-même. On mesure bien, à l'occasion de cette affaire, le risque majeur que la commercialisation à marche forcée de l'Internet fait courir aux échanges d'idées et de savoirs développés jusqu'à présent dans un cadre non marchand. La question ne restera pas longtemps en l'état puisqu'elle fait l'objet d'un autre procès en cours, qui met en cause le géant Microsoft. Une solution équilibrée devrait à tout le moins sauvegarder la pratique d'établissement libre des liens entre les sites non marchands.

5.3. L'éthique de la communication et les limites de la liberté d'expression

Le concept d'espace public de discussion permet enfin d'éclairer la question des limites de la liberté d'expression sur l'Internet et en particulier d'évaluer les formes de sanctions et les procédures de contrôle des contenus mises en place sur le réseau lui-même. Il s'agit d'échapper au dilemme entre le laisser-faire absolu et un contrôle étatique difficilement praticable et parfois peu légitime, en posant en principe le respect d'une éthique de la discussion. Les règles de l'éthique de la discussion se déduisent directement de la structure de l'espace public. Elles définissent en quelque sorte le cadre normatif naturel de la communication dans sa dimension morale et politique.

Benoit Frydman

Ces règles peuvent aisément être transposées à l'Internet, considéré comme espace public global.

La participation à une communauté de discussion démocratique est fondée sur la reconnaissance par chacun d'un droit égal de parole pour tous. Ce droit s'étend aux propos qui choquent, inquiètent ou même attaquent durement les convictions ou les croyances d'autrui. On en perd toutefois le bénéfice lorsqu'on sort du cadre de la communauté de parole, soit en quittant le terrain de la discussion pour celui de la violence, soit en déniaient à l'autre la qualité de membre de la communauté, par exemple en lui refusant la dignité d'être humain. La diffusion de photographies pédophiles entre, par exemple, dans la première catégorie puisqu'elle présuppose nécessairement la commission d'actes de violence sur des enfants, qui n'ont rien à voir avec le droit de s'exprimer. On sort ici du domaine de la communication et on retrouve la compétence classique du droit pénal interne et international. La diffusion de propos racistes participe de la seconde catégorie. Celui qui dénie à l'autre le droit égal de parole perd lui-même le bénéfice de ce droit, assorti d'une condition de réciprocité, et s'expose à des sanctions de la communauté ou à des mesures de représailles. C'est sous ce dernier angle que nous passerons rapidement en revue les mesures « d'autorégulation » organisées sur le réseau, afin d'en mesurer la légitimité.

Le « flaming » représente un premier type de mesures de représailles mis en œuvre par les utilisateurs du réseau eux-mêmes. Cette pratique consiste à inonder de messages l'émetteur d'une communication jugée inacceptable, en sorte de bloquer son site. Le flaming est parfois présenté comme une forme de justice privée. Selon nous, il s'apparente plutôt à un lynchage, médiatique pour le coup. Il viole la liberté de celui qui en fait les frais dans la mesure où le droit de s'exprimer emporte celui d'être entendu. Mais, comme on vient de le dire, la jouissance de tels droits suppose une reconnaissance mutuelle et ne peut être invoquée à l'appui d'une propagande négatrice d'autrui, dont les porte-parole prétendraient se poser en victimes.

Plus prometteuse nous paraît la pratique du référendum informel, qui peut conditionner l'admission d'un groupe de discussion nouveau sur Usenet. Ces consultations ont parfois donné lieu à de véritables campagnes de mobilisation électorale, notamment pour bloquer la création d'un groupe néonazi. Pour la petite histoire, cette campagne a d'ailleurs donné lieu à un phénomène d'écho encombrant, les internautes continuant à s'inonder d'e-mails longtemps après la fin des opérations de vote.

Plusieurs logiciels disponibles sur le marché proposent en outre un filtrage des communications. Ils fonctionnent sur le principe soit de la liste noire, qui interdit à l'utilisateur un certain nombre de sites ou d'adresses à raison du type de messages qui s'y trouvent

Quel droit pour l'Internet ?

(par exemple : violence, nudité, actes sexuels, drogue, etc.), soit de la liste blanche, qui n'autorise l'accès qu'à un certain nombre de sites présélectionnés (procédé utilisé dans les établissements scolaires), soit encore de la labellisation (rating), qui permet d'imposer de manière souple des restrictions aux utilisateurs en fonction d'une échelle de cotation des contenus. Dans la mesure où la liberté de communiquer implique celle de ne pas communiquer, le recours à ces procédés n'est pas critiquable en tant qu'il s'applique à celui qui en prend l'initiative et aux personnes dont il est responsable (enfants, élèves, etc.). Il est par contre attentatoire aux libertés dès lors qu'on l'impose d'autorité aux utilisateurs, comme dans le cas des proxyserveurs nationaux.

La mise en place d'une hot line permet aux utilisateurs de dénoncer, auprès de leur fournisseur d'accès ou d'un organisme indépendant ou même de la police, les sites illégaux. Il convient d'examiner les suites qui seront réservées à ces appels. Pour la Safety Net Fondation, mise en place à l'initiative d'industriels du réseau, ces appels servent à la classification des contenus délicats (rating) et permettent d'engager le cas échéant la responsabilité des fournisseurs d'accès qui n'auraient pas réagi. La réaction attendue du fournisseur d'accès consiste en la déconnexion de l'émetteur indélicat. Cette pratique nous paraît cependant sujette à caution, dans la mesure où elle présente des risques importants d'arbitraire. On cite ainsi l'exemple d'un utilisateur déconnecté pour avoir, dans un message, critiqué la politique de tarification de son fournisseur d'accès. Dans une société dominée par l'information et où l'accès universel au réseau est publiquement garanti, la déconnexion ne peut, à notre avis, être décidée que dans des conditions restrictives, par une autorité indépendante, sur la base de principes clairs et à l'issue d'une procédure équitable.

A cet égard, les travaux concernant l'installation d'un cybertribunal et le développement d'autres modes de règlement de conflits sur le Net nous paraissent particulièrement dignes d'intérêt.

6. La « Netiquette » et le droit des gestionnaires du réseau

Un autre mode encore d'autorégulation des contenus diffusés sur l'Internet est fourni par la « Netiquette ». Ce terme désigne, de manière très générale, un ensemble de règles de bon usage du réseau, qui se structurent souvent sous la forme de « codes de bonne conduite ». Certains auteurs pensent que de tels codes sont en train de fixer des « règles de l'art » auxquelles les juges se référeront pour apprécier les responsabilités éventuelles des différents acteurs du réseau. La question de la valeur juridique de ces règles et de leur opposabilité aux différents utilisateurs mérite toutefois un examen attentif et prudent.

Benoit Frydman

Quant à leur contenu, les règles de la netiquette sont de nature extrêmement variable. Par exemple, dans le code du Usenet (forums de discussion), on trouve pêle-mêle des conseils d'utilisation efficace et des règles de bon usage (« soyez brefs », « n'envoyez jamais deux fois le même message », etc.), des prescriptions éthiques (« n'oubliez jamais que de l'autre côté se trouve un être humain ») et déontologiques (« n'utilisez pas Usenet comme un médium publicitaire »), des avertissements juridiques (« soyez attentifs aux licences et droits d'auteur »), des sortes de clauses d'exonération de responsabilité au profit des administrateurs du réseau (« ne rendez pas les administrateurs du système responsables des comportements des utilisateurs ») et des normes de communication, qui frisent le « politiquement correct » (« prenez garde à l'humour et au sarcasme »).

Ces codes sont, pour la plupart, rédigés et diffusés à l'initiative, non pas des « internautes » eux-mêmes, malgré quelques exceptions sympathiques mais de peu de portée, mais bien des industriels qui opèrent sur le réseau. Ils répondent, de même que « Safety Net », au souci d'éviter autant que possible l'engagement de la responsabilité des opérateurs et fournisseurs d'accès du fait des contenus diffusés. L'identité du rédacteur est cependant singulièrement occultée dans les codes, qui sont fréquemment présentés, de manière ambiguë, voire trompeuse, comme émanant des utilisateurs eux-mêmes. Ainsi, l'article 6 du contrat Wanadoo, proposé par France Télécom, stipule que « la communauté des utilisateurs a développé un code de conduite dont la violation peut avoir pour effet d'exclure le contrevenant de l'accès à Internet », alors que le code auquel il est fait référence a été mis en forme par France Télécom elle-même. De même, le Groupement des éditeurs de service en ligne (GESTE) n'hésite pas dans son code à s'exprimer au nom des « utilisateurs », alors qu'il représente, comme son nom l'indique, les éditeurs de service.

Ces indications empêchent, selon nous, d'attribuer aux dispositions de ces codes une valeur juridique équivalente à celle des « usages honnêtes » en matière commerciale. Comme telles, les règles de la netiquette ne nous paraissent pas opposables aux utilisateurs du réseau. Elles ne reflètent pas forcément leurs pratiques et ne bénéficient pas de leur consentement. Bien entendu, ceux-ci peuvent s'engager contractuellement, à l'égard de leur fournisseur d'accès, à respecter les dispositions de tel ou tel code. Ces dispositions jouiront en principe de la valeur accordée aux stipulations inscrites dans les contrats d'adhésion. Elles ne peuvent toutefois, à notre avis, porter atteinte aux droits fondamentaux des utilisateurs du réseau et en particulier à leur liberté d'expression.

Il en va autrement des usages qui régissent les relations entre opérateurs du réseau ou les échanges de données informatisées entre professionnels. Ces derniers font de plus en plus l'objet d'accords modèles dits « d'interchange », dont l'adoption généralisée est encour-

Quel droit pour l'Internet ?

ragée notamment par la Commission européenne et la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI). Ces accords n'ont pas à s'appliquer aux particuliers.

De manière plus générale, la volonté affichée par certains initiateurs ou gestionnaires du réseau, ou plus discrètement par un club fermé de quelques grands groupes privés, de conserver ou d'acquérir un « droit de regard » sur les activités menées sur Internet appelle de notre part les plus grandes réserves. Ces tentatives, qualifiées un peu rapidement « d'autocontrôle », sont d'autant plus discutables qu'elles prétendent substituer un droit du réseau aux droits défaillants des Etats, sans pouvoir prétendre à une quelconque légitimité politique et en particulier à aucune forme de représentativité démocratique. Si le contrôle par les Etats du contenu des messages diffusés sur l'Internet est discutable, leur contrôle par les propriétaires et opérateurs du réseau apparaît totalement inacceptable. C'est un peu comme si Belgacom prétendait dicter aux résidents belges la manière de mener leurs conversations téléphoniques, sous le prétexte que leurs communications empruntent son réseau. La célèbre formule de Mc Luhan, « le message, c'est le médium » marque ici ses limites. Sur le plan juridique à tout le moins, le message doit être indépendant de son canal de diffusion. Sauf à tomber dans la pire des dérives technocratiques, il ne peut être question, à notre avis, de reconnaître aux propriétaires des infrastructures des droits sur les messages diffusés par leur entremise.

Le rapport américain Cook adopte une position similaire à la nôtre à propos de l'Internet Law & Policy Forum (ILPF). Ce forum, lancé en 1995, à l'initiative de trois juristes américains, se présente comme une structure autoproclamée de régulation de l'Internet. Les sièges sont attribués au sein du forum à ceux qui en financent les travaux. Le rapport Cook juge les activités de l'ILPF « étranges et peut-être même inquiétantes » et ces auteurs ajoutent : « Nous croyons que la Communauté Internet devrait surveiller l'ILPF plus étroitement depuis que l'ILPF met en avant un modèle de gestion (governance model) qui est essentiellement fermé et vraisemblablement contrôlé par les plus importantes sociétés sur le Net. Nous le croyons un modèle entièrement contraire aux principes sur lesquels Internet a été bâti ».

7. Un modèle complexe et incertain

Quel droit donc pour l'Internet ? Quel modèle pour assurer la régulation juridique des activités menées sur le réseau ? Au terme de ce tour d'horizon, on ne peut apporter qu'une réponse nuancée et prudente. Nous l'avons vu, plusieurs logiques divergentes et concurrentes se livrent actuellement une lutte d'influence dont l'issue, encore incertaine, contribuera à déterminer les principes et les règles applicables sur le réseau. On peut néanmoins tirer de cette étude quelques obser-

Benoit Frydman

vations, qui n'ont d'autre ambition que de contribuer au débat en cours :

1° La réduction fréquente du débat sur la régulation d'Internet à un face-à-face entre, d'une part, la « loi du marché », qui permet tout et consacre le droit du plus fort, et, d'autre part, le « droit de l'Etat », garant de la protection des libertés individuelles, nous paraît datée, inadéquate et réductrice. Elle tient peu compte de l'originalité du fait de société que représente l'émergence d'un espace public de discussion à l'échelle mondiale.

2° Pour l'Etat, une analyse juridique d'Internet dans une perspective purement interne, même appuyée sur les règles de conflits de lois et de juridictions, s'avère peu réaliste. Elle se heurte à un problème d'échelle incontournable. On ne peut régler au niveau national une entreprise essentiellement planétaire. On ne peut régler au niveau du territoire de l'Etat des activités qui, en raison de leur nature même, ne se déroulent sur aucun territoire déterminé. Si les Etats entendent exercer un contrôle effectif sur le réseau, ils seront très vraisemblablement contraints de passer par la voie de la coopération internationale.

3° En outre, nous ne sommes pas totalement convaincus par la présentation de l'Etat en champion des libertés individuelles. Bon nombre d'Etats composant la communauté internationale ne sont pas des parangons de la démocratie. Nous avons vécu jusqu'à présent dans une certaine tension — pas forcément négative — entre d'un côté la revendication individuelle de liberté, notamment d'expression, et de l'autre la souveraineté de l'Etat. Le développement de l'Internet crée sans doute une situation de fait nouvelle, plus favorable à la liberté individuelle. Pour autant, la caricature des thèses des partisans de la liberté d'expression, parfois dépeints en dangereux anarchistes, couvrant des activités criminelles ou voulant faire du réseau un « espace de non droit », ne nous paraît absolument pas pertinente. Le récent arrêt *Reno* de la Cour Suprême des Etats-Unis, qui invalide, au nom de la liberté d'expression et de la démocratie, certaines dispositions du *Communication Decency Act*, donne, à notre avis, une plus juste mesure de la légitimité des revendications en faveur de la liberté.

4° D'autre part, l'application pure et simple de la logique marchande aux échanges sur Internet, l'assimilation du réseau des réseaux à une modalité technique de la mondialisation économique ne nous semblent pas davantage pertinentes. L'échange des savoirs et la discussion publique ont leur logique et leur éthique propres, distinctes des règles de l'échange commercial. Certes, de forum d'idées, l'Internet se transforme de plus en plus en marché d'informations. Mais il est souhaitable que les deux logiques puissent coexister et fonctionner chacune selon un régime spécifique. Cette coexistence autonome du marché et du débat public se trouve d'ailleurs inscrite au cœur même du contrat social moderne. L'économie ne doit pas

Quel droit pour l'Internet ?

absorber le politique. Du reste, la commercialisation à outrance pose d'importants problèmes d'adaptation à un réseau qui n'a pas été conçu dans cet esprit. On pense notamment aux droits d'auteur qui, poussés au bout de leur logique, risquent de compromettre la liberté des échanges et l'établissement des hyperliens, qui sont le cœur du Web.

5° On préférera dès lors substituer au couple antagoniste Marché-Etat, la distinction entre logique marchande et éthique de la communication. Cette dernière distinction se révèle utile, en particulier pour faire le tri entre différentes formes « d'autocontrôle » ou « d'autorégulation » pratiquées sur le réseau. On se gardera à cet égard de confondre les initiatives qui mobilisent véritablement les utilisateurs et qui recourent au principe démocratique avec les tentatives de certains industriels d'imposer leur propre réglementation à tous les usagers. Sur ce point, nous ne partageons pas l'engouement manifesté pour la « netiquette », qui, dans l'état actuel des choses, ne présente pas les caractéristiques et les garanties nécessaires pour prétendre codifier les « usages honnêtes » du réseau, ni les « règles de l'art » de communiquer en ligne.

L'Internet est en train de modifier non seulement la conception que nous nous faisons de notre droit, mais encore la manière que les juristes ont de le pratiquer au quotidien. Cette évolution se fera-t-elle pour le meilleur ou pour le pire ? Il nous appartient à chacun, dans une certaine mesure, d'en décider, tant il est vrai que toute entreprise présente *a priori* un caractère indécidable et que ce sont les participants et donc ici les utilisateurs qui lui confèrent un sens, d'ailleurs révisable, d'après l'usage qu'ils en ont et l'idée qu'ils s'en font.