

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*, Bruxelles, Éditions du Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp. 279-316.

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

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 monde¹. L'image moderne, forgée progressivement depuis le 17^{ème} 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 »² d'un droit postmoderne en cours d'élaboration. Dans cette réflexion, Internet fait figure de « laboratoire », selon l'heureuse expression de MM^e Doutrelepon³. Il préfigure les autoroutes de l'information, en cours de construction, tout en manifestant une réalité concrète, observable et transformable⁴, 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.

1. La *Weltaanschauung*, concept philosophique d'origine allemande, désigne l'idée globale que nous nous formons de l'univers. Nous avons forgé, par analogie, le concept de « vision du droit », défini dans B. Frydman, « Philologie et exégèse : un cas d'herméneutique comparée », *Revue interdisciplinaire d'études juridiques*, 1994-33, p. 59-83, spéc. p. 81 et largement illustré dans B. Frydman, « Y a-t-il en droit des révolutions scientifiques ? », *Journal des Tribunaux*, 1996, p. 809-813.

2. Le paradigme désigne une idée maîtresse, un concept opératoire central, autour desquels s'organise une discipline à une époque donnée. La notion est développée par Th. Kuhn, *La structure des révolutions scientifiques*, Paris, Flammarion, 1983 (trad. fr. de la 2^{ème} éd. anglaise élargie en 1970) et appliquée au droit dans B. Frydman, « Y a-t-il des révolutions scientifiques ? », o. c.

3. C. Doutrelepon, « En guise de conclusion : réflexions sur quelques aspects réglementaires de la société de l'information », *Libertés, droits et réseaux dans la société de l'information*, Paris-Bruxelles, Bruylant - L.G.D.J., 1996, p. 245.

4. J.-N. BROUIR, « La société de l'information : nouveau marché ou projet de société » in *Libertés, droits et réseaux ...*, p. 295.

Quel droit pour l'Internet ?

D'une part, les Etats n'ont pas dit leur dernier mot. Après une période de flottement relatif⁵, 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 Etats 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 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 »⁶; (2) le contrôle des activités par les gestionnaires du réseau; (3) la prise en main de leur destin par la communauté des « internautes ».

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.

I. — 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 doctrine⁷. 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 lui⁸. Il convient, dans cet esprit, non pas d'élaborer on ne sait quel nouveau droit mais seulement d'adapter

5. M. Vivant, « Cybermonde : Droit et droits des réseaux », *Semaine juridique*, 1996, I, n° 3969, p. 401.

6. A. Smith, *La richesse des nations*, 1776.

7. En ce sens : Y. Brulard et P. Demolin, « Les transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet », *Internet face au droit*, Cahiers du Crid, n° 12, Namur, Story-Scientia, 1997, p. 64 critiquant cette démarche.

8. M. Vivant, o. c., *Semaine juridique*, 1996, I, p. 402. La position de cet auteur a néanmoins changé depuis comme on peut le voir dans son article « Internet et modes de régulation », *Internet face au droit*, p. 215-230.

Benoit Frydman

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-même⁹ ? 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 immatérielles¹⁰. Malheureusement, cette solution ne présente bien souvent qu'une valeur théorique dans la mesure où elle ouvre la voie à l'application, en fonction du for saisi, 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 résidence¹¹, soit potentiellement l'ensemble des droits nationaux. A l'impossible, nul n'est tenu. Clairement ici, trop de lois tue la règle¹². Et le vendeur, s'il prend le 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'origine¹³. 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 opérations¹⁴. Le vendeur se souciera en outre

9. La notion d'*espace virtuel* désigne le milieu de la communication, lequel n'est ni clos ni même situé puisque, en raison du lien *hypertexte* notamment, il renvoie constamment à d'autres lieux à d'autres possibles (en ce sens notamment : Y. Pouillet et R. Queck, « Le droit face à Internet », *Internet face au droit*, p. 232).

10. C'est notamment la position de Vivant, o.c. in *La Semaine Juridique*, pp. 402-3.

11. Rappelons que l'article 5.1. de la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations conventionnelles fait exception au principe de l'autonomie de la volonté dans la mesure où celui-ci ne peut avoir pour résultat de « priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle » notamment « si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays (...) d'une publicité et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat » (Sur ces questions, on peut lire : O. Iteanu, *Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996, spéc. p. 40 et suiv.).

12. Dans le même sens : Brulard et Demolin, o. c., *Internet face au droit*, p. 64 et Vivant, *idem*, p. 226.

13. Telle est la position affichée notamment par une société hollandaise proposant quelques « produits miracles » sur son site Web, dans les limites prescrites par le droit des Pays-Bas mais en contravention avec le droit national des acheteurs notamment français.

14. Brulard et Demolin, o. c., *Internet face au droit*, p. 6.

Quel droit pour l'Internet ?

d'autant moins des règles nationales que le réseau lui offre d'innombrables possibilités de délocalisation¹⁵ et qu'il trouvera facilement à héberger son site dans quelque « paradis numérique¹⁶ », où il se trouvera sous-trait 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 infractions¹⁷ 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 famille¹⁸. Mais on peut aujourd'hui encore consulter l'ouvrage sur au moins 6 sites Web¹⁹.

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 contre X pour violation du secret de l'instruction et recel, qui est demeurée sans suite²⁰.

Mais l'initiative la plus intéressante est sans doute celle du Parquet de Munich, qui avait demandé, par mandat officiel, au fournisseur

15. Pouillet et Queck, o. c., *Internet face au droit*, p. 234 : « la localisation des acteurs du réseau a perdu toute stabilité ».

16. L'expression est employée par J.-J. Lavenue, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », *Droit prospectif. Revue de la recherche juridique*, 1996, p. 828, qui mentionne notamment les pays d'Amérique du sud et d'Europe orientale.

17. Lavenue, o. c., p. 824.

18. Lavenue, o. c., p. 826

19. Les références sont données par Lavenue, o. c., p. 826.

20. Lavenue, o. c., p. 826.

Benoit Frydman

d'accès *Compuserve*, le blocage en Allemagne de pas moins de 200 sites et groupes de discussion controversés, diffusant des messages à caractère négationiste, raciste ou pédophile²¹. Dans un premier temps, Compuserve obtempéra et suspendit les sites au niveau mondial. L'obstacle fut très vite contourné. La Commission européenne indique ainsi que les documents interdits furent repris sur 43 « sites miroirs » WWW et par deux groupes de discussion ainsi que diffusés sur une mailing list²². Quant à Compuserve, il leva le blocage au bout d'un mois, arguant de sa position concurrentielle, excepté pour 5 forums de discussion.

Face à la quasi impossibilité pratique de maîtriser les flux d'information, des mesures plus radicales ont été adoptées par certains régimes autoritaires. Parmi celles-ci, la mise en place d'un « proxyserveur » national oblige tous les utilisateurs du pays à passer par un serveur unique qui les met en relation avec Internet et qui peut par ce moyen contrôler les communications, notamment en conservant en mémoire les sites consultés, et faire ainsi respecter le droit national²³. L'Arabie Saoudite et les Emirats Arabes Unis utilisent ce système notamment pour filtrer tous les messages injurieux envers l'Islam²⁴. Ce type de mesures est évidemment incompatible avec les standards occidentaux en matière de démocratie et de droits de l'homme. En outre, il suffit pour les contourner de se raccorder, via le réseau téléphonique, à un serveur étranger, pratique de moins en moins onéreuse²⁵.

Ces quelques illustrations conduisent à une conclusion presque triviale : il est très difficile voire absurde²⁶ de prétendre régir le fonctionnement d'un réseau international ouvert au niveau d'un seul Etat. Il y a là une *inadéquation d'échelle* évidente. Celle-ci se double en outre d'un problème technique. Comme l'écrit Pierre Trudel, « la structure décentralisée de l'Internet, à l'origine conçue pour résister à toute tentative de destruction exclut virtuellement toute possibilité de contrôle par une autorité unique qui prétendrait exercer la maîtrise du réseau²⁷ ». En résumé, l'Internet remet en cause à la fois les notions de *territoire* et de *souveraineté*, deux piliers du droit étatique moderne,

21. Voyez la relation de cette affaire dans Lavenue, o. c., p. 827.

22. Brulard et Demolin, o. c., *Internet face au droit*, p. 5.

23. Pouillet et Queck, o. c., *Internet face au droit*, p. 235 qui réfère à un guide des proxyserveurs : <http://vms.process.com/HELP/~help.html#TOC>.

24. Lavenue, o. c., p. 840.

25. Pouillet et Queck, o. c., *Internet face au droit*, p. 235.

26. Ce qualificatif est employé par O. Francescon, « Les nouvelles techniques d'information et de communication et leur exploitation à des fins illicites. L'exemple des activités touchant à la pornographie dure dans l'Internet », *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1996, p. 61-68, spéc. p. 67.

27. P. Trudel, « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », *Revue du Barreau (Canada)*, 1995, p. 521-551, cité par E. Davio, « Questions de certification,

Quel droit pour l'Internet ?

ce qui conduit à mettre en question la vocation du droit interne à appréhender de manière satisfaisante ce phénomène nouveau.

Ce qui vaut pour le droit interne vaut d'ailleurs aussi pour le *droit européen*, dans la mesure où les communications ne connaissent bien sûr pas davantage les frontières de l'Union européenne que celles des Etats. Il est permis, par exemple d'émettre des doutes sur l'efficacité de certaines dispositions de la directive qui réglemente la circulation des données à caractère personnel²⁸. L'article 25.1 n'autorise le transfert des données vers des pays tiers que pour autant que leur législation assure un niveau de protection adéquat. Or la surveillance du respect de cette disposition sur le réseau apparaît extrêmement délicate²⁹. Et le problème est loin d'être théorique quand on sait que les Etats-Unis notamment ne disposent pas d'autorité de contrôle indépendante chargée d'assurer une protection dans ce domaine³⁰.

II. — 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 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*³¹ (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 :

signature et cryptographie », *Internet face au droit*, p. 75. - Dans le même sens, Lavenue, o. c., , p. 815.

28. Dir. 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24/10/95 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données. - Pour une analyse de la portée de cette directive, spécialement en ce qui concerne Internet, voyez M.-H. Boulanger et C. de Terwangne, « Internet et le respect de la vie privée », *Internet face au droit*, p. 189-214, spéc. p. 197 et suiv..

29. *idem*, p. 212.

30. Thomas et Boulanger, « Y a-t-il un ange gardien dans la salle ? », *Libertés, droits et réseaux...*, p. 232.

31. Cette dénomination enracine l'EFF dans la tradition américaine de la « nouvelle frontière », qui poussait les pionniers toujours plus à l'Ouest à la découverte de territoires inconnus.

Benoit Frydman

« 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 deux³² ».

Ce mouvement est généralement très mal perçu par les juristes européens qui stigmatisent « la tentation du non droit³³ » et refusent « la démission du droit³⁴ ». Il est parfois associé au mouvement contestataire « cyberpunks » d'Eric Hughes, à la piraterie informatique (les fameux *hackers*) ou tout simplement à la délinquance³⁵. 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 grandissante³⁶ » 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 communication³⁷ ».

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 1er amendement de la Constitution des Etats-Unis, qui interdit au Congrès de prendre toute loi limitant la liberté d'expression³⁸. 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 prohibée³⁹.

32. cité par Lavenue, o. c., , p. 829.

33. Vivant, o. c., *Internet face au droit*, p. 219.

34. D. Fesler, « Les aspects juridiques des réseaux de télécommunications », *Libertés, droits et réseaux...*, p.95.

35. Lavenue, o. c., p. 817-8.

36. Francescon, o.c., p. 67.

37. *ibidem*.

38. « Congress shall make no law (...) abridging the freedom of speech, or of the press (...) ». On comparera le caractère absolu de ce texte à la rédaction plus nuancée de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

39. Le F.B.I. se montre peu satisfait des développements récents. Il réclame des pouvoirs étendus d'écoute pour décrypter les messages et promet à défaut « une société de

Quel droit pour l'Internet ?

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!⁴⁰ ».

Dans la foulée, EFF et ACLU⁴¹ contestèrent la loi devant un tribunal fédéral de Philadelphie pour violation du 1er amendement. Après avoir suspendu provisoirement certains articles, le Tribunal fit droit à l'action⁴² et l'affaire fut portée en appel devant la Cour Suprême. Celle-ci vient de se prononcer dans le déjà célèbre *Arrêt Reno*⁴³, qui déclare inconstitutionnels et en conséquence invalide les articles 223 (a) et 223 (d) de la loi, qui prohibaient les « messages indécents⁴⁴ » (*indecent transmission*) et les « représentations manifestement choquantes » (*patently offensive display*). Suivant les termes de l'arrêt, ces dispositions violent le 1er 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 1er

l'information invivable aux mains des barons de la drogue et des terroristes » (propos repris sur le site belge *Droit & Nouvelles technologies* <http://www.lexnet.be/Droit-Technologies/> (ASBL Droit et Technologie)).

40. cité par Lavenue, o. c., , p. 830.

41. American Civil Liberties Union (site Web : <http://www.aclu.org/>).

42. US District Court for Eastern Pennsylvania, ACLU V. Reno, 11 juin 1996. Le texte intégral de la décision est disponible sur le site précité d'ACLU.

43. US Supreme Court, 26 juin 1997, No. 96-511, Reno, Attorney General of the United States, et al. v. American Civil Liberties Union et al..

44. La Cour opère une distinction entre messages « obscènes » et « indécents ». On peut rapprocher ces derniers des « discours qui heurtent, choquent ou inquiètent » protégés par l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde aux termes de l'arrêt *Handyside* du 7 décembre 1976.

Benoit Frydman

amendement⁴⁵. 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 censure⁴⁶ ».

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 »⁴⁷.

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 Télématicque à faire des recommandations sur les contenus admissibles. Le Conseil Constitutionnel exige une disposition plus prudente et plus respectueuse de la liberté individuelle des citoyens⁴⁸.

En Belgique enfin, la Cour d'appel de Bruxelles a décidé dans au moins deux arrêts⁴⁹ 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 télécommu-

45. « The CDA differs from the various laws and orders upheld in those cases in many ways, including that it does not allow parents to consent to their children's use of restricted material ; is not limited to commercial transactions; fails to provide any definition of "indecent" and "patently offensive" ; neither limits its broad categorical prohibitions to particular times nor bases them on an evaluation by an agency

familiar with the medium's unique characteristics ; is punitive ; applies to a medium that, unlike radio, receives full First Amendment protection ; and cannot be properly analysed as a form of time, place, and manner regulation because it is content-based blanket restriction on speech."

46. "The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship".

47. Cette information a été recueillie sur le site *Web Droit & Nouvelles technologies* (précité).

48. Conseil Constitutionnel, 24 juillet 1996, censurant les articles 43-2 et 43-3 de l'article 15 de la loi sur les télécommunications, dit amendement 200 ou amendement Fillon.

49. Bxl, 19/2/85, R.W., 1985-86, p. 806 et suiv. et note et Bxl, 25 mai 1993, J.T., 1994, p. 104 et suiv. et obs. cités par Fesler, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 122. - Mais la même Cour a décidé en sens contraire dans Bxl, 14/1/94, J.L.M.B., 1994, p. 995 et suiv.

Quel droit pour l'Internet ?

nication et ne bénéficie pas à ce titre de la garantie constitutionnelle du secret des lettres⁵⁰.

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.

III. — 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 étatique⁵¹. 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 fondamental⁵². De même, les manifestations hostiles au copyright sur les réseaux sont vues d'un bon oeil par les grandes compagnies qui craignent que les droits d'auteur freinent le développement de leurs activités⁵³. 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...⁵⁴ Selon M. Petrella, l'utopie de la société de l'information conforte en réalité les véritables objectifs du capitalisme contemporain, à savoir la création d'un espace marchand unique, régi par le seul jeu spontané des forces du marché⁵⁵.

50. Felser, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 132.

51. Voy. entre autres : Vivant, o. c., *Internet face au droit*, p. 224; Doutrelepon, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 237 et suiv. se référant notamment à Petrella; Lavenue, o. c., p. 829 et suiv..

52. Lavenue, o. c., p. 836.

53. Lavenue, o. c., p. 829.

54. *ibidem*.

55. R. Petrella, « Dangers d'une techno-utopie », in *Le monde diplomatique*, mai 1996, p. 17 cité par Doutrelepon, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 237-8 et 241. - Dans le même sens, Brouir estime que le contexte internet produit « un effet d'aubaine idéologique pour les promoteurs européens du "tout au marché" » (in o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 291). M. Martens dénonce quant à lui « le projet gestionnaire » que dissimule « l'illusion lyrique du cybermonde » (« La vie privée est-elle soluble dans l'éther ? Technologies nouvelles et droits de l'homme », p. 198).

Benoit Frydman

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 »⁵⁶. Les prévisions les plus audacieuses circulent sur le développement du commerce en ligne⁵⁷. Elles sont relayées, à grand renfort médiatique⁵⁸, 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 1990⁵⁹.

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 autres⁶⁰.

56. Article précité in *Internet face au droit*, p. 241.

57. On a avancé les chiffres d'un marché annuel de 450 milliards de dollars et de 1000 milliards pour 2010 (Lavenue, o. c., p. 814 citant un article de A. Torres, « Qui tirera profit des autoroutes de l'information ? », *Le monde diplomatique*, novembre 1994). La Commission européenne se réfère à une étude qui fixe des perspectives plus modestes. En 1996, Internet devait générer une somme de 2,2 milliards \$ seulement pour les U.S.A.. D'ici l'an 2000, l'activité sur Internet devrait représenter 45,5 milliards \$, dont 14, 2 en infrastructure et 21,9 milliards pour le commerce en ligne.

58. On se rappelle les discours de campagne du futur vic^e Président Al Gore sur les *Information Superhighways*.

59. Pour un résumé de l'histoire d'Internet, voir Lavenue, o. c., p. 813 et suiv..

60. Lavenue, o. c., , p. 816.

Quel droit pour l'Internet ?

L'Union européenne, qui prend le train en marche, s'engage résolument dans la même voie⁶¹. 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 Bangeman⁶² propose au Conseil Européen de confier l'instauration de la société de l'information au secteur privé et aux forces du marché. Il inspire le Plan d'action⁶³ 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 marché⁶⁴. 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 cablo-opérateurs au sein des Etats membres, sans se soucier d'établir au préalable un cadre réglementaire⁶⁵. 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 réglementée⁶⁶.

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 économique⁶⁷, qui complète le programme de la mondialisation économique et financière d'un volet juridique. Les principes fondamentaux de ce droit, qui se résument en

61. Pour une analyse de la politique de la Commission synthétisée dans ce paragraphe, voyez la très intéressante étude de J.N. Brouir, « La société de l'information : nouveau marché ou projet de société ? », *Libertés, droits et réseaux...*, p. 285-296.

62. « L'Europe et la société de l'information planétaire. Recommandation au Conseil européen ».

63. « Vers la société de l'information en Europe : un plan d'action ».

64. Un récent avis du Comité économique et social européen du 9 juillet 1997 intitulé "L'Europe à l'avant-plan de la société de l'information planétaire : plan d'action évolutif" souhaite néanmoins l'instauration rapide d'un cadre réglementaire pour une société de l'information européenne, pluraliste, démocratique et économiquement rentable.

65. G. Denef, « L'évolution de la réglementation belge en matière de télécommunications : d'un cadre juridique réel à un cadre juridique virtuel ? », in *Libertés, droits et réseaux...*, p. 152.

66. Brouir, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 292.

67. Pour un développement circonstancié du concept de « droit naturel économique », voyez G. Haarscher et B. Frydman, *Philosophie du droit*, Paris, Dalloz, 1998 (à paraître).

Benoit Frydman

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 néoclassique⁶⁸. 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 marchand⁶⁹. 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'autre⁷⁰. 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 contrat⁷¹ 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 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 informations⁷².

Cet arsenal minimaliste est censé garantir le fonctionnement optimal d'un « libre marché des idées », dont rêvait déjà au siècle dernier le

68. Pour un exposé des thèses de *Law & Economics* : B. Frydman, « Le calcul rationnel des droits sur le marché de la justice : l'école de l'analyse économique du droit » in *Structure, système, champ et théories du sujet*, Paris, L'harmattan, 1997 (sous presse).

69. MM^e Bouachera note également cette projection du droit économique américain sur la logique de la communication qui auparavant oscillait entre la liberté d'information et la souveraineté des Etats (in *Le Monde* du 1/2/96 cité par Lavenue, o. c., p. 833).

70. F. Simon, « Le commerce électronique mondial », in *Libertés, droits et réseaux...*, p. 297-320, spéc. p. 302.

71. Vivant, o. c., *Internet face au droit*, p. 221.

72. Ces règles concordent avec les « principes d'auto-régulation » recensés par Pouillet et Queck, o. c., *Internet face au droit*, p. 236, à savoir la concurrence, la logique contractuelle (autonomie de la volonté et convention-loi) et la responsabilité. Notons que les trois derniers de ces principes sont déjà recensés par Grotius, au 17^{ème} siècle, parmi les axiomes de base du droit naturel moderne (*De Jure Praedae Commentarius*, chapitre II).

Quel droit pour l'Internet ?

philosophe anglais John Stuart Mill⁷³ et dont le juge Holmes indiquait, dans une célèbre opinion délivrée à la Cour Suprême⁷⁴, qu'il constituait le moyen constitutionnel d'assurer le triomphe des meilleures idées dans la compétition du marché⁷⁵. 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.

IV. — LE DROIT INTERNATIONAL PUBLIC DU CYBERESPACE :

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 ?⁷⁶ ». Refusant de s'incliner devant une évolution présentée comme inéluctable⁷⁷, ces auteurs réclament de l'Etat qu'il « annonce son retour⁷⁸ » et qu'il préserve les valeurs sociales que le marché ne peut procurer⁷⁹.

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'Internet⁸⁰ dans laquelle les États s'engageraient à coopérer

73. Dans son essai *De la liberté*.

74. Dissent dans *Abrams v. United States*. Holmes obtiendra peu après le revirement dans son sens de la jurisprudence de la Cour Suprême.

75. « Mais quand les hommes ont pris conscience que le temps a contrarié beaucoup de convictions, ils peuvent en venir à croire, plus encore que dans le fondement de leur propre conduite que le bien ultimement recherché est mieux atteint par le libre échange des idées, que le meilleur critère de vérité est la capacité de la pensée à se faire accepter dans la compétition du marché (...). C'est là, à n'en pas douter la théorie de notre Constitution ».

76. Martens, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 195 et aussi p. 196 et suiv..

77. *idem*, 198.

78. Lavenue, o. c., , p. 838.

79. Doutrélepon, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 241.

80. Le texte de cette Charte était disponible sur le site web du gouvernement français : <http://www.gouv.fr/français/activ/techno/charteint.htm>.

Benoit Frydman

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 policière⁸¹. On connaît toutefois les limites d'une telle coopération intergouvernementale⁸², qui par ailleurs ne rejoint pas forcément les priorités américaines.

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 membres⁸³.

La directive européenne du 13 décembre 1995⁸⁴ 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'Internet⁸⁵. L'adoption de la directive répond partiellement au souci de garantir une jouissance égalitaire des libertés nouvelles ouvertes en matière de communication⁸⁶ et de mettre à la disposition du public le plus large les informations circulant sur le réseau⁸⁷, 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 paraétatique 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 communica-

81. Voyez Ph. Gérard et V. Willems, « Prévention et répression de la criminalité sur Internet », *Internet face au droit*, p. 139-172, spéc. p. 167.- Sur la nécessité d'approfondir une telle coopération, voir l'article précité d'O. Francescon.

82. En ce sens, sceptiques, Gérard et Willems, loc. cit.

83. Voir *supra* 1 *in fine*.

84. Directive 95/62/CE du Parlement Européen et du Conseil JOCE 30/12/1995 N°L321 p.6. - Voyez notamment à propos de cette directive l'article de MM^e N. Risacher, « Le service public des télécommunications et l'échéance de 1998 : entre libéralisation et service », *Les Cahiers du GERSE n° 1 : Les services publics de réseaux dans le cadre du droit communautaire* (<http://interlex.droit-eco.u-nancy.fr/CEU/GERSE/Cahiers1/index.html>).

85. N. Risacher, o. c., 2.1.1..

86. Souci exprimé notamment par Martens, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 196.

87. Souci exprimé par le Ministre belge de l'économie et des télécommunications : Di Rupo, « La société de l'information », o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 3-11, spéc. p. 9.

Quel droit pour l'Internet ?

tions a été introduit par la loi-programme du 20 décembre 1995⁸⁸.

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 copyright⁸⁹. Certains réclament en outre la consécration internationale de normes techniques uniformes sur le réseau, notamment en matière de signature électronique ou d'enregistrement des oeuvres protégées⁹⁰.

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 remarquable⁹¹, 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 entière⁹² » (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 Etats⁹³.

V. — 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

88. modifiant la loi du 21 mars 1991 relative aux entreprises publiques économiques.

89. Deux conventions ont été négociées au début de l'année 1997 et sont actuellement soumises à la signature des Etats.

90. En ce sens, notamment Pouillet et Queck, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 238. La signature électronique répond à des besoins d'identification et de validation des engagements. Le système généralement proposé recourt à des autorités de certification, les fameux cybernotaires ou notaires électroniques (Sur cette question : E. Davio, *o. c.*, *Libertés, droits et réseaux...*, p. 80 et suiv.). Quant aux droits d'auteur, il s'agit d'une part de concevoir un système universel d'enregistrement et d'identification des oeuvres et d'autre part d'officialiser des procédures de marquage, permettant de tracer les chemins empruntés par les oeuvres protégées sur le réseau, afin de garantir le respect des droits de leurs auteurs (Sur cette question : T. Rosen, « L'identification des oeuvres et la communication en ligne » in *o. c.*, *Libertés, droits et réseaux...*, p. 75-92). Certaines législations étatiques consacrent déjà de telles solutions (Pouillet et Queck, *o. c.*, p. 238).

91. « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », *Revue de la Recherche Juridique - Droit Prospectif*, 1996, p. 811-844, spéc. p. 834 et suiv.

92. *idem*, p. 836.

93. *idem*, p. 838-9.

Benoit Frydman

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 réductrice⁹⁴ 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 économique⁹⁵. 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 réseaux⁹⁶. Tous les Etats qui composent la commu-

94. Sur ce point : Guy Vanthemsche, *Les paradoxes de l'Etat. L'Etat face à l'économie de marché 19^{ème} et 20^{ème} siècles*, Bruxelles, Labor, 1997, spéc. ch. 1er.

95. Pour une puissante analyse de la logique de la communication, voyez J. Habermas, *Théorie de l'agir communicationnel* (2 vol.), Paris, Fayard, 1987 ainsi que J.M. Ferry, *Philosophie de la communication* (2 vol.), Paris, Ed. du Cerf, collection «Humanités», 1994.

96. Cette position est cependant défendue par Lavenue, o. c., p. 839, qui présente l'Etat comme «l'agent de l'expression normative au service des destinataires ultimes du droit international : les individus».

Quel droit pour l'Internet ?

nauté 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, notamment en ce que le réseau offre une tribune aux opposants et aux résistants de tous ordres⁹⁷.

VI. — 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 indications⁹⁸. 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*⁹⁹, 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-

97. sans exclure bien sûr les discours extrémistes, terroristes et manipulateurs. Voyez par exemple Lavenue, o. c., p. 822-3 à propos de « Digital Jihad ».

98. Voyez les références ci-dessus à Habermas et Ferry. La philosophie de la communication a débouché récemment sur une philosophie du droit. On lira à ce propos le dernier ouvrage en date de J. Habermas, *Droit et démocratie* (trad. fr.), Paris, Gallimard, 1997. On suivra également le *Débat sur la justice politique* entre Habermas et Rawls, publié aux éditions du Cerf, 1997, dans la collection « Humanités ».

99. L'expression de Richard Falk dans « Vers une domination mondiale d'un nouveau type ? », *Le monde diplomatique*, mai 1996, p. 16-7, est reprise par Lavenue, o. c., p. 839 et par Doutrelepon, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 257.

Benoit Frydman

mêmes¹⁰⁰.

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 »¹⁰¹ ? 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 *interne*. Aux Etats-Unis, au Canada et en Espagne, Internet est utilisé pour diffuser les textes publics sans coût pour les citoyens¹⁰². 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 constituante¹⁰³. De même, la Commission européenne a organisé une consultation publique via le Web sur son projet de réseau transeuropéen de télécommunications¹⁰⁴. Un peu partout, y compris dans notre pays, des projets de « cité virtuelle » s'apprêtent à fleurir, qui permettront aux habitants d'une VILL^e ou d'une commune d'assister et de participer sur le Net à vr^e 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

100. *Contra* : Lavenue, loc. cit. et Dautrelepoint, loc. cit., qui estiment tous deux que les Etats ont un rôle décisif à jouer et doivent être parties en ordre principal à ce nouveau contrat social.

101. La « Nation » n'a pas précédé le serment du jeu de paume qui s'en réclame ni le « Peuple des Etats-Unis d'Amérique » sa déclaration d'indépendance. La constitution d'un « espace public universel » ne peut sans doute également se concevoir qu'à la manière d'un surgissement déclaratif et volontariste. On lira sur cette question, spécialement à propos de la Déclaration américaine d'indépendance, l'article de J. Derrida, « Déclarations d'indépendance » in *Otobiographies, L'enseignement de Nietzsche et la politique du nom propre*, Paris, Gallilée, 1984, p. 13-32.

102. Lavenue, o. c., p. 819.

103. Lavenue, o. c., p. 819.

104. *idem*, p. 820.

Quel droit pour l'Internet ?

réglementaire¹⁰⁵. 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.

VII. — 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 clarté¹⁰⁶. Ils revendiquent une protection pleine et entière de leurs droits sur les réseaux et pressent le monde politique et juridique d'en réaffirmer le principe¹⁰⁷. Pour eux, les activités sur Internet ne diffèrent pas par nature de celles qui se déroulent dans « le monde analogique »¹⁰⁸. La transmission numérique doit donc être couverte par la Convention de Berne. En particulier, le téléchargement d'une oeuvre 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 Convention¹⁰⁹. 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 oeuvres et l'utilisation de procédés de cryptage¹¹⁰. 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 numériques¹¹¹.

105. Martens, o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 200.

106. T. Rosen, Conseiller juridique à la délégation belge de la société des auteurs et compositeurs dramatiques, en donne un très bon exposé dans son article : « Le droit d'auteur sur les réseaux numériques : droit réel ou droit virtuel ? », *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1996, pp. 81-111.

107. *idem*, p. 111.

108. *ibidem*.

109. *idem*, p. 90.

110. Sur cet aspect de la question, voyez un autre article bien informé de M. T. Rosen : « L'identification des oeuvres et la communication en ligne », in *Libertés, droits et réseaux...*, p. 75-92.

111. Voyez *supra* le rapport de MM^e Doutrelepon.

Benoit Frydman

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)¹¹². 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 préexistants¹¹³.

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'Internet¹¹⁴. 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 nouveau frais, le concept d'*oeuvre*. 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'oeuvre ouverte » ont acquis avec le temps une portée presque prophétique¹¹⁵. 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'oeuvre » implique l'intangibilité de ce message, dont l'auteur conserve les clefs¹¹⁶. 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,

112. Lavenue, o. c., p. 829-830. - Adde : Rosen, o. c., in *Revue de droit de l'U.L.B.*, p. 81.

113. Triaille, o. c., *Internet face au droit*, p. 187-8.

114. C'est pourtant l'approche que privilégie une fois encore l'Union européenne. Rejetant la jurisprudence allemande, qui conditionne le droit d'auteur à la qualité ou à la valeur esthétique de l'oeuvre, la directive relative aux banques de données précise que « le droit d'auteur communautaire ne se limite pas aux créations élitistes mais doit garantir notamment une protection des droits économiques, à savoir des droits patrimoniaux » (J.L. Gaster, « La protection juridique des bases de données à la lumière de la discussion concernant le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *Libertés, droits et réseaux...*, p. 27-51, spéc. p. 35 et les références citées).

115. On pense notamment aux travaux de Barthes, Foucault, Eco, Genette, Derrida, etc., dont on renonce ici, faute de place, à dresser la liste. On trouvera quelques indications bibliographiques dans notre article précité « Philologie et exégèse : un cas d'herméneutique comparée ».

116. Le terme « auteur » est emprunté au vocabulaire juridique et désigne la personne dont on tient ses droits. L'auteur implique une autorité, mais ce n'est pas avant l'époque moderne que celle-ci s'attache à la personne de l'écrivain. Les droits de celui-ci ne sont d'ailleurs reconnus qu'à partir de la Révolution française. Voyez, pour plus de détails, mon article précité « Philologie et exégèse... », spéc. p. 45-48, 69-70, 73 et 77-79.

Quel droit pour l'Internet ?

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'Auteur¹¹⁷ ». 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 mandataires¹¹⁸. Selon les représentants des auteurs, de tels faits 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 réseau¹¹⁹.

Il en a cependant été jugé autrement aux Pays-Bas, dans une affaire concernant *l'Eglise 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'auteur¹²⁰. 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 responsabilité¹²¹.

M. Rosen explique cette décision par « la personnalité contestée » de l'Eglise. Une telle motivation *ad hominem*, à la supposer exacte,

117. R. Barthes, « La mort de l'auteur » (Mantéa, 1968), repris in *Le Bruissement de la langue*, Essais critiques IV, Paris, Seuil, 1984, p. 61-67. Outre cet article célèbre, l'ouvrage recense des textes magnifiques sur les relations entre l'auteur, l'œuvre et la lecture, qui sont plus que jamais d'actualité.

118. Civ. Bxl (cessation), 16 octobre 1996, AGJPB et consorts c. SCRL Central Station, cité par Triaille, o. c., *Internet face au droit*, p. 179.

119. Rosen, o. c., *Revue de droit de l'U.L.B.*, 1996, p. 105 et suiv.

120. L'affaire est résumée par Rosen, *loc. cit.*, p. 107-9, qui reproduit les motifs essentiels du jugement.

121. Deux décisions américaines, rendues dans procédures proches d'un référé, ont également rejeté la demande de l'Eglise de scientologie à l'égard de l'opérateur et du fournisseur d'accès mais, semble-t-il, pour des raisons de pur fait (Rosen, *loc. cit.*, p. 110).

Benoit Frydman

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'Eglise 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 l'Eglise, 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'Eglise 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 public¹²².

Plus délicate, *l'affaire TotalNEWS* montre bien l'enjeu central du droit d'auteur dans la confrontation que se livre actuellement la logique marchande et celle de l'espace public¹²³. TotalNews a développé sur le réseau un « para-site » permettant d'accéder, par le moyen, classique sur le Web, des *hyperliens* à plus de 1.400 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'informations¹²⁴ assigna TotalNews devant une juridiction fédérale de New-York arguant que cette pratique de lien (*linking*) constituait « l'équivalent Internet du piratage d'une oeuvre protégée¹²⁵ ».

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 15 jours ouvrables, accorde des « licences » à TotalNews pour établir des 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

122. Dans le même esprit mais étranger cette fois à l'Internet, on peut mentionner le litige qui opposa au printemps dernier M. J.M. Le Pen à France Télévision, à propos de la diffusion sur les antennes d'un portrait critique du Président du Front National. Le Tribunal de Grande Instance de Paris, saisi en référé, rejeta l'action de M. Le Pen, qui prétendait interdire la diffusion de l'émission en arguant notamment de ces prétendus droits d'auteur sur les discours reproduits.

123. Les éléments de l'affaire sont exposés dans l'article de MM^e M.L. Stone, « TotalNEWS case ends with

out-of-court deal » (5 juin 1997), publiée sur le site de ZDNN.

124. Il s'agit de Dow Jones & co. Inc., Cable News Network Inc., Times Mirror Co., The Washington Post Co., Time Inc. et Reuters New Media Inc..

125. "the Internet equivalent of pirating copyright material". Le texte intégral de la citation est publié à l'adresse : <http://www.ljx.com/internet/complain.html>.

Quel droit pour l'Internet ?

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-même¹²⁶. 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 Microsoft¹²⁷. Une solution équilibrée devrait à tout le moins sauvegarder la pratique d'établissement libre des liens entre les sites non marchands.

VIII. — 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

126. Sur le concept d'encyclopédie appliqué à la culture, voyez U. Eco, *Les limites de l'interprétation* (tr. fr), Paris, Grasset, 1992.

127. La société de B. Gates est assignée par la billetterie Ticketmaster à propos de l'exploitation de « cyberguides » *Sidewalk*, qui proposent des hyperliens avec ses propres sites, tout en se livrant directement à la vente de billets. Pour un exposé des enjeux juridiques de l'affaire, voyez le compte-rendu de D. Tysver sur <http://www.bitlaw.com/hot/ticketmaster.html>.

Benoit Frydman

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 public¹²⁸. Elles définissent en quelque sorte le cadre normatif naturel de la communication dans sa dimension morale et politique. 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'autrui¹²⁹. 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 humain¹³⁰. 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 oeuvre 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 site¹³¹. 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

128. Sur l'éthique de la discussion : J. Habermas, *De l'éthique de la discussion* (tr. fr.), Paris, Cerf, 1992. - J.M. Ferry, *Habermas. L'éthique de la communication*, PUF, Paris, 1987. - Pour une présentation synthétique des règles de l'éthique de la discussion et sur leur application en droit positif : B. Frydman, « Négociation ou marchandage? De l'éthique de la discussion au droit de la négociation », in *Droit négocié, droit imposé ?*, sous la direction de Ph. Gérard, F. Ost et M. van de Kerchove, Bruxelles, Publications des Facultés Universitaires Saint Louis, 1997, p. 231-252. - Adde sur l'éthique de la discussion en procédure pénale : B. Frydman, « La philosophie de l'arrêt Connerotte », *Journal des Procès*, 1997, p. 10-14.

129. Cette position est entérinée à la fois par la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour Suprême des Etats-Unis, quoiqu'en des termes différents (voir *supra* 2).

130. Ces principes sont exposés et illustrés de manière très convaincante par G. Haarscher, « Le blasphémateur et le raciste », *Rev. Trim. des droits de l'homme*, 1995, p. 418-422, à propos de deux arrêts controversés de la Cour de Strasbourg (Affaires Otto Preminger Institut c. Autriche et Jersild c. Danemark).

131. Pouillet et Queck, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 237.

Quel droit pour l'Internet ?

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 victimes¹³².

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 néonazi¹³³. 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 (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 préselectionnés (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 contenus¹³⁴. 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 nationaux¹³⁵.

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 illégaux¹³⁶. 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

132. Lavenue (o. c., p. 820-1) montre, textes à l'appui, comment l'Internet est considéré comme une véritable arme de combat par des organisations nazies ou terroristes.

133. Pour le détail des opérations de vote, voyez Th. Piette-Coudol et A. Bertrand, *Internet et la loi*, Paris, Dalloz, 1997, p. 133-4.

134. Gérard et Willems, o. c., *Internet face au droit*, p. 170.

135. *Supra* I.

136. En Belgique, plusieurs hot lines ont été mises en place pour dénoncer la pornographie infantile sur le réseau. La police judiciaire a également ouvert un site (Gérard et Willems, o. c., *Internet face au droit*, p. 169 et note 438).

Benoit Frydman

n'auraient pas réagi¹³⁷. 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'intérêt¹³⁸.

IX. — 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 » auxquels les juges se référeront pour apprécier les responsabilités éventuelles des différents acteurs de réseau¹³⁹. La question de la valeur juridique de ces règles et de leur opposabilité aux différents utilisateurs mérite toutefois un examen attentif et prudent.

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 »)

137. Gérard et Willems, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 168-9.

138. On peut contacter un cybertribunal au Centre de droit public de Montréal à l'adresse : <http://www.cybertribunal.org/> cité par Poulet et Queck, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 238, note 545.

139. En ce sens : Poulet et Queck, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 237.

Quel droit pour l'Internet ?

et des normes de communication, qui frisent le « politiquement correct » (« prenez garde à l'humour et au sarcasme »)¹⁴⁰.

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 portée¹⁴¹, mais bien des industriels qui opèrent sur le réseau¹⁴². 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 Internet¹⁴³ » alors que le code auquel il est fait référence a été mis en forme par France Télécom elle-même¹⁴⁴. 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 service¹⁴⁵.

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. Ils 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

140. Les passages cités sont des titres et donnent lieu à de plus amples développements. On trouvera ces textes notamment sur http://nice.ethz.ch/Usenet/netiquette_engl.html, sous le titre « The Netiquette Based on "A Primer on How to Work With the Usenet Community" » et une version française en annexe du livre d'O. Iteanu, *Internet et le droit. Aspects juridiques du commerce électronique*, Paris, Eyrolles, 1996, annexe 1.

141. Nous avons pu consulter, par exemple, un code mis au point, à titre privé, par un rabbin américain, qui s'appuie, non sans humour, sur les principes du Talmud, à l'adresse suivante : <http://www.ctstateu.edu/internet/roadmap/lesson07.html>.

142. Gérard et Willems, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 169, qui citent comme une exception « Initia », une initiative australienne au sein de laquelle siège un (!) représentant des utilisateurs.

143. Vivant, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 227, note 528 qui cite des clauses similaires dans le contrat « Grolier Interactive Entreprises ».

144. Pour plus d'informations sur ce Code, voir Brulard et Demolin, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 62 et les références citées.

145. « Les utilisateurs de l'Internet estiment que, compte tenu de la multiplicité des règles de droit ayant vocation à s'y appliquer, ils doivent affirmer leurs droits et clarifier leurs responsabilités dans le cadre d'un code d'autorégulation » (cité par Vivant, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 228).

Benoit Frydman

droits fondamentaux des utilisateurs du réseau et en particulier à leur liberté d'expression¹⁴⁶.

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 encouragée notamment par la Commission européenne et la Commission des Nations-Unies pour le droit du commerce international (CNUDCI)¹⁴⁷. Ces accords n'ont pas vocation à s'appliquer aux particuliers.

De manière plus générale, la volonté affichée par certains initiateurs et gestionnaires du réseau, ou plus discrètement par un club fermé de quelques grands groupes privés, de conserver ou d'acquiescer un « droit de regard » sur les activités menées sur Internet¹⁴⁸ 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 États, sans pouvoir prétendre à une quelconque légitimité politique et en particulier à aucune forme de représentativité démocratique. Si le contrôle par les États 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 diffusion¹⁴⁹. 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 Cook¹⁵⁰ adopte une position similaire à la nôtre à propos de l'Internet Law & Policy Forum (ILFP). Ce forum, lancé en 1995, à l'initiative de trois juristes américains, se présente comme une structure autoproclamée de régulation de l'Internet. Les

146. Il s'agit d'un cas d'application potentiel de « l'effet horizontal » des droits de l'homme.

147. Brulard et Demolin, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 61.

148. A ce sujet, Fesler, *o. c.*, *Libertés, droits et réseaux...*, p. 133-5.

149. Notez cependant qu'en droit belge, comme dans beaucoup d'autres droits, notamment américain, les messages sont soumis à des régimes différents suivant le médium de diffusion (presse écrite, radio-télévision, téléphone,...). Le développement des réseaux numériques nous imposera probablement la révision de cette approche, à notre avis problématique.

150. Il s'agit en réalité d'une lettre d'information mensuelle indépendante, établie sous la direction d'un ancien directeur du bureau du Congrès chargé de l'évaluation des technologies nouvelles.

Quel droit pour l'Internet ?

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 lequel Internet a été bâti¹⁵¹ ».

X. — CONCLUSION : 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 observations, 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

151. Ce texte est cité par Piette-Coudol et Bertrand, *op. cit.*, p. 18-9. Le rapport Cook est disponible sur le Net (<http://pobox.com/cook/>). On y lira également un nouveau rapport daté d'août 97 intitulé « Internet Governance at the Crossroads ».

Benoit Frydman

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 spécifique¹⁵². Cette coexistence autonome du marché et du débat public se trouve d'ailleurs inscrite au cœur même du contrat social moderne¹⁵³. L'économie ne doit pas 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

152. Sur la coexistence actuelle de ces deux logiques : Pouillet et Queck, *o. c.*, *Internet face au droit*, p. 241.

153. La logique marchande est protégée par le droit de propriété, la liberté d'entreprendre et l'autonomie de la volonté contractuelle. Le débat public, considéré comme le corollaire de la démocratie, est protégé par la liberté d'expression, d'association, de réunion et le droit de pétition notamment. Les deux groupes sont associés dans les écrits des jurnaturalistes modernes et les constitutions libérales. Ils relèvent respectivement de la sphère privée et de la sphère publique.

Quel droit pour l'Internet ?

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 indécidable¹⁵⁴ et que ce sont les participants et donc ici les utilisateurs qui lui confèrent un sens¹⁵⁵, d'ailleurs révisable, d'après l'usage qu'ils en ont et l'idée qu'ils s'en font.

154. Sur la notion d'indécidabilité et le caractère révisable de toute entreprise de coopération : P. Livet, *La communauté virtuelle. Action et communication*, Combas, éd. de l'éclat, 1994.

155. J. Moriau, « Usages des réseaux, réseau d'usages », *Libertés, droits et réseaux...*, p.280 citant Akrich, « La construction d'un système socio-technique », in *Anthropologie et sociétés*, vol. 13, 1989, 31-54. - Brouir pense aussi que « les utilisateurs actuels des technologies de réseaux joueront à coup sûr un rôle déterminant quant au contenu et au succès des services que les autoroutes de l'information rendront accessibles » (o. c., *Libertés, droits et réseaux...*, p. 295).