

*Internet et le respect des principes
essentiels du droit du for*

Renaud BERTHOU

Maîtrise de droit des affaires
Université de Bretagne occidentale - Brest
Mémoire réalisé sous la direction de Mme PROUTIERE-MAULION

Juin 1999

Plan

Introduction

Partie I - Les problèmes juridiques soulevés par Internet

Chapitre I - L'architecture juridique de l'Internet

Section I - La culture du réseau

Section II - Le principe du respect des droits nationaux

Chapitre II - Etude du contenu de l'Internet

Section I - Analyse des domaines juridiques remis en question par le contenu de l'Internet

Section II - Identification des droits concrètement atteints

Partie II - Les solutions juridiques aux problèmes posés par l'Internet

Chapitre I - Les solutions apportées par les mécanismes Juridiques

Section I - Les solutions classiques

Section II - Les solutions prospectives

Chapitre II - Le droit en cours d'élaboration

Section I - Les solutions nationales

Section II - une réflexion insuffisante concernant un éventuel changement de civilisation

Conclusion

Bibliographie

“Le virtuel, rigoureusement défini, n’a que peu d’affinité avec le faux, l’illusoire ou l’imaginaire. Le virtuel n’est pas du tout l’opposé du réel. C’est au contraire un mode d’être fécond et puissant, qui donne du jeu aux processus de création, ouvre des avenir, creuse des puits de sens sous la platitude de la présence physique immédiate”

Pierre Lévy¹

¹ Qu’est-ce que le virtuel ?, La découverte/Poche, 1998, p10.

Introduction

Il est bien difficile, dès que l'on s'intéresse à l'Internet, de savoir de quoi l'on parle.

Notre fin de siècle s'est tant entichée de cet outil de communication, qu'il désigne désormais dans le langage commun aussi bien un outil informatique, qu'une notion. L'Internet, vulgarisé par les médias, a suscité des vagues d'inspiration dans des domaines extrêmement divers. Ainsi parler de l'Internet revient à réunir dans son discours des positions techniques, philosophiques, sociologiques, économiques, sociales, politiques... et bien sûr juridiques.

Il faut pourtant se garder de considérer tous ces écrits avec dédain. Certes, ils doivent en grande partie leur existence au phénomène de mode qui s'est emparé d'Internet. Mais certains d'entre eux, outre qu'ils sont d'une grande qualité, permettent d'apercevoir les notions fondamentales que l'Internet remet en cause et les dangers ou espérances qu'il suscite. Le droit est resté pour sa part quelque peu en retrait de ce mouvement. C'est pourquoi, en tant que juriste, il est utile et parfois nécessaire de se référer à ces auteurs, afin de comprendre au mieux les enjeux juridiques de l'Internet. Pour exemple, les réflexions sociologiques et économiques qui ont été développées permettent de comprendre au mieux les enjeux que le droit social devrait avoir à affronter.

Et ces enjeux sont multiples, il suffit d'écouter la grande messe du 20 heure pour s'en persuader. Le droit est bafoué sur le "net". Or, jour après jour des solutions naissent et les volontés étatiques se renforcent pour mettre fin à cet état de fait. Pourquoi donc l'Internet garde-t-il encore sa réputation de zone de non-droit ? La principale réponse réside dans son caractère transnational. L'Internet met en exergue les disparités des différents systèmes juridiques mondiaux. Et si les moyens de résolution des conflits de loi semblent inefficaces c'est surtout parce que l'Internet pose des problèmes qui touchent aux principes essentiels des différents droits nationaux. En effet, ces moyens de résolution peuvent conduire à une surrégulation du réseau. Or, si les Etats peuvent accepter que certaines de leurs réglementations ne s'appliquent pas dans l'ordre international, vis à vis de ces principes, aucun Etat n'est prêt à abdiquer sa compétence. Aucun Etat n'acceptera de soumettre ses citoyens au contrôle de moralité d'un autre Etat.

Une réflexion juridique sur l'Internet conduit donc, inévitablement, à s'interroger sur la possibilité de faire respecter les principes essentiels du droit du for. C'est, de plus, le sésame indispensable pour envisager qu'un jour les droits nationaux puissent s'appliquer dans leur totalité. Nous ne nous attacherons donc qu'à étudier les atteintes que l'Internet porte à ces principes. Sur un plan juridique international, ces principes sont défendus par le droit international privé à travers la notion d'ordre public international. Envisager le respect de ces principes nécessite donc de s'interroger sur l'effectivité de la notion d'ordre public international.

Mais avant d'engager une réflexion sur l'Internet, il faut encore savoir ce que c'est ! Or, paradoxalement, cet éclairage technique tant de fois ressassé pose d'emblée un des problèmes fondamentaux de l'Internet : la véracité et l'ampleur de l'information. Grâce à l'Internet il existe désormais deux types d'informations, celle disponible via le réseau (on line)² et celle

² On line : information hébergée sur le réseau, mise en ligne.

disponible hors du réseau (off line)³. S'informer n'est donc pas un problème mais obtenir des informations "sûres" devient une véritable gageure. C'est bien entendu l'information "on line" qui est la plus sujette à caution puisqu'elle n'entraîne, dans les faits, quasiment aucun coût de création et aucune responsabilité. C'est à la fois le lieu rêvé de la désinformation et la caverne d'Alibaba. Il est donc plus que jamais indispensable de confronter ses sources et ce, spécifiquement, quand il s'agit de comprendre ce qu'est l'Internet puisque c'est un des thèmes les plus développés que ce soit sur ou hors du réseau.

A cette fin nous confronterons les informations disponibles en nous posant des questions courtes, simples et claires, seul gage d'une compréhension globale honnête.

Qu'est-ce que l'Internet ?

L'Internet c'est tout d'abord le nom d'un réseau informatique. C'est à dire un ensemble d'équipements informatiques interconnectés par des télécommunications.

Mais ce n'est pas qu'un réseau classique. C'est le réseau des réseaux, soit un réseau fédérateur constitué de multiples petits réseaux informatiques.

L'Internet est ensuite un réseau multimédia. Le multimédia, comme son nom l'indique, combine différents médias. Ainsi, une œuvre multimédia regroupe sur un même support du texte, des images, de l'animation, de la narration, de la vidéo et de la musique. La singulière particularité du multimédia est qu'il est interactif. L'utilisateur ne reçoit pas l'information de manière passive comme un téléspectateur, il choisit l'information qu'il reçoit. Il dispose de différents chemins d'exploration de l'œuvre.

A l'origine le multimédia était "off line", seuls les CD-ROM contenaient des œuvres multimédias. Puis le multimédia "on line" a vu le jour, vulgarisé sous le nom d'autoroutes de l'information par le vice président des Etats-Unis Al Gore. Notons cependant que bien avant la naissance de cette métaphore, M.Delors avait parlé, devant la Commission européenne, de "l'ouverture d'un monde multimédia". Il y a deux types de multimédia "on line". Tout d'abord celui proposé par les réseaux propriétaires qui sont des opérateurs commercialisant l'accès à un contenu propre qui n'est pas disponible aux abonnés des autres réseaux (AOL, Infonie, Compuserve). On les nomme communément des services en ligne. Mais, ils peuvent donner accès, en outre, à Internet qui est l'autre type de multimédia on line, il correspond aux sites web dans l'acception commune.

Ce que n'est pas l'Internet

Ce n'est pas à proprement parler un réseau de télécommunication. La question mérite cependant d'être posée puisque la loi sur la réglementation des télécommunications⁴ a complété les dispositions de l'article L. 32 du code des postes et télécommunications par la définition suivante : "On entend par réseau de télécommunications toute installation ou tout ensemble d'installations assurant soit la transmission, soit la transmission et l'acheminement de signaux de télécommunications ainsi que l'échange des informations de commande et de gestion qui y est associé, entre les points de terminaison du réseau". Cette extension de la définition initiale ("ensemble de lignes... desservant une même unité géographique ou

³ Off line : information disponible par les moyens traditionnels d'information, qui n'a pas fait l'objet d'une mise en ligne sur le réseau.

⁴Loi.n°90-1170, 29 déc. 1990, J.O. 30 déc. modifiée par L.n°96-659, 26 juill. 1996, J.O. 27 juill.

dépendant de la même compagnie”) ne permet cependant pas d’y inclure l’Internet. L’Internet, comme nous l’avons vu n’est ni un réseau (c’est un réseau des réseaux) ni un service. En fait l’Internet est une multitude de passerelles entre réseaux n’appartenant à personne.

L’Internet n’est pas non plus un réseau audiovisuel, *sticto sensus*. Si on peut trouver sur le réseau des services, qui selon le droit français, correspondent à de la communication audiovisuelle, c’est à dire “une mise à disposition du public ou de catégories de publics, de signes ou de signaux, d’écrits, d’images, de sons ou de messages de toute nature qui n’ont pas le caractère de correspondances privées”⁵, le réseau ne se résume pas à cela.

En fait, l’Internet bouscule la distinction classique entre la régulation des services et des réseaux audiovisuels et celle des services et réseaux de télécommunications. L’Internet est l’archétype d’un phénomène nouveau : la convergence entre les mondes des réseaux informatiques, de l’audiovisuel et des télécommunications. Il donne accès à des services et des contenus transnationaux d’une grande variété, autant audiovisuel que de télécommunication. Désormais les réseaux ne sont plus dédiés à un type de service, ils permettent de véhiculer tous types de contenus et services. C’est ainsi que le Conseil d’Etat ⁶ a été amené à proposer une distinction nouvelle entre les réseaux, d’une part, et les services et contenus, d’autre part.

Ainsi l’Internet serait susceptible, selon les fonctionnalités qu’il offre, d’être soumis soit au régime de l’audiovisuel soit à celui des télécommunications, dans le droit français. Le 10 février dernier, la Cour d’Appel de Paris a ainsi estimé, par analogie avec le régime des services de communication audiovisuelle, qu’un fournisseur d’hébergement qui permet à des personnes anonymes de créer des pages web est responsable de leur contenu⁷. A cette occasion, on a donc parlé de l’entrée de l’Internet dans le droit de la communication. Mais, cette jurisprudence est fortement critiquée. De plus, elle est contraire à la position de la Commission européenne et à la tendance de la jurisprudence mondiale⁸.

D’autre part, l’Internet remet aussi en question la distinction basique entre les services de communication audiovisuelle et ceux à caractère de correspondance privée. Il permet l’émergence de services mixtes. Ainsi les services de vente à distance relève de la communication audiovisuelle (publicité et catalogues en ligne) et de la correspondance privée (prise de commande).

L’Internet n’est pas un réseau télématique. Bien qu’il soit parfois présenté comme un super Minitel, l’Internet diverge fortement de celui-ci. La télématique est anonyme : il n’y a pas

⁵ Cour d’Appel de Paris, arrêt du 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, Cour d’Appel de Paris, arrêt du 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, <http://www.altern.org/defense/jugement.html> ; pour un commentaire, voir : Lionel Thoumyre et Thibault Verbiest, « Le mannequin et l’hébergeur », Juriscom.net, 25 février 1999, <http://www.juriscom.net/espace2/resp2.htm>.

⁶ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l’Assemblée Générale du Conseil d’Etat le 2 juillet 1998, <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

⁷ Cour d’Appel de Paris, arrêt du 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, <http://www.altern.org/defense/jugement.html> ; pour un commentaire, voir : Lionel Thoumyre et Thibault Verbiest, « Le mannequin et l’hébergeur », Juriscom.net, 25 février 1999, <http://www.juriscom.net/espace2/resp2.htm>.

⁸ Ce point sera développé lors dans la deuxième partie de ce mémoire (chap II section I).

d'identifiant de connexion. Elle est passive : l'interactivité y est très faible. Elle est centralisée, normée et c'est un réseau propriétaire. Pourtant un débat doctrinal s'est élevé quant à la compétence du CST (conseil supérieur de la télématique) à l'égard de l'Internet. La télématique signifie informatique et télécommunication or, les réseaux transfrontaliers comme l'Internet unissent ces deux notions. Ainsi pour Mme Olivier et M. Barbry⁹, si le CSA est compétent pour ce qui est des messages audiovisuels transmis, le CST et le CTA (comité de la télématique anonyme) sont compétents pour les relations entre les opérateurs du réseau et les utilisateurs. Il faut, à ce sujet, remarquer que c'est le CST qui a validé le 2 juillet 1996 le contrat type intervenant entre France Télécom et les fournisseurs d'accès à Internet, document qui rappelle à ces derniers les obligations légales et déontologiques qui s'imposent à eux dans l'exercice de leur activité. En outre selon la loi adoptée le 18 juin 1996, qui devait insérer les articles 431,432 et 433 dans la loi du 30 septembre 1986 le CST devait voir son rôle prendre de l'ampleur notamment par une collaboration avec le CSA afin d'élaborer des recommandations propres à assurer le respect, par les services de communication audiovisuelle, des règles déontologiques adaptées à la nature des services proposés. Mais cette ébauche d'observatoire français de l'Internet a été rejetée par le Conseil constitutionnel¹⁰. Cependant la place du CST n'est pas pour autant fixée et risque même de connaître un regain d'intérêt puisqu'un plan de synergie entre le Minitel et l'Internet est en train de voir le jour¹¹, France Télécom préparant une offre d'accès couplant Télétel et Internet via Numéris. On pourra donc cliquer sur une adresse Internet écrite sur un écran vidéotexte et se retrouver sur une page web.

Mais ce débat risque de rester encore quelque peu stérile, et l'on peut laisser parler Mme Sédallian¹² pour qui : "le dispositif mis en place pour la télématique, critiquable au regard des principes européens et constitutionnels, ne semble en tout état de cause pas transposable à l'Internet, en l'absence d'opérateur unique et de la multiplicité des intervenants"

Comment l'Internet a-t-il été créé et comment fonctionne-t-il ?

En 1969, le département de la défense américain eut l'idée de fonder un réseau de recherche appelé Arpanet. Selon la rumeur, craignant que leurs réseaux informatiques ne soient vulnérables en cas d'attaque nucléaire, les Américains les interconnectèrent afin que si l'un d'eux venait à être détruit, les autres puissent continuer à communiquer. Mais, rien ne fonde cette vision qui est notamment remise en question par Mme Blanquet¹³. Tout ce qui est sûr c'est que l'agence de recherches avancées et de projets (ARPA) développa un ensemble de protocoles baptisés TCP/IP (transmission control protocole/Internet) permettant à tous les ordinateurs qui l'utilisent de "dialoguer" entre eux puis créa le réseau militaire Arpanet, utilisant la technologie de commutation de données "par paquets" qui présente l'avantage de ne pas nécessiter de transmission continue. Toutes les informations sont envoyées dans un

⁹ Des réseaux aux autoroutes de l'information : révolution technique ? Révolution juridique ? JCP éd.G 1996, I, n°3926 et JCP éd.G 1996, I, n°3928, n°28.

¹⁰ Conseil Constitutionnel-24 juillet 1996, déclarant contraire à la constitution les articles 43-2 et 43-3 nouveaux de la loi du 30 septembre 1986 (issus de l'amendement du 4 juin 1996 à l'article 15 de la loi sur la réglementation des télécommunications). Pour une analyse des dispositions : Lionel Thoumyre, « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques », Lex Electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm#IIB>, para. 68.

¹¹ Quand l'Internet deviendra Net, Le Monde Interactif, Mercredi 3 Mars 1999, p.III.

¹² Droit de l'Internet, éd Net Press, coll. AUI, 1996, p.74.

¹³ Autoroutes Electroniques et Téléports, éd ESF 1995, Marie-France Blanquet, introduction p 15.

“paquet” qui n’occupe et n’a besoin de la ligne de transmission que le temps de son déplacement.

En 1983, le développement du “projet Internet” étant suffisamment avancé, le département de la défense des Etats-Unis a pu adopter les nouveaux standards (TCP/IP) et y convertir l’Arpanet.

Jusqu’à 1986, le réseau “ressemblait à une marguerite avec pour cœur l’Arpanet et pour pétales, les réseaux locaux des laboratoires d’informatique participant à l’expérience”¹⁴. Puis l’expérience se transforma en un service d’échange de fichiers et messages entre les laboratoires et la défense américaine ne voyant plus d’intérêt à subventionner un service sans rapport avec la recherche militaire laissa sa place à la National Science Fondation (NSF), bras financier du ministère de la recherche des Etats-Unis. Dès 1986, le réseau NSFnet remplaçait l’Arpanet. Les choses s’accélérent. Les réseaux régionaux se connectèrent, les réseaux de campus se raccordèrent à ces réseaux régionaux, puis au niveau mondial on se connecta au réseau NSF. Mais le réseau étant encore financé par des subventions fédérales, seuls les universités et centres de recherche américains et ceux des pays amis pouvaient se connecter. Cependant, à force d’insister, les sociétés industrielles et commerciales, finirent par obtenir des connections locales et n’étant pas subventionnées elles purent accepter toutes sortes de clients. L’Internet décollait. Désormais le réseau NSFnet est démantelé et n’importe qui peut se connecter.

Pour se connecter, il suffit juste de savoir comment l’Internet fonctionne. Or ceci n’a rien de sorcier. Il faut “dire” à son ordinateur d’appeler le numéro de téléphone du prestataire d’accès que l’on a choisi (Wanadoo, AOL...), et celui-ci connectera l’ordinateur à l’Internet. Il ne reste plus qu’à “surfer” grâce à un navigateur, logiciel qui permet d’exploiter les fonctionnalités du réseau.

A quoi sert l’Internet, qu’implique-t-il ?

L’Internet n’est certes pas un outil informatique juridiquement “indolore”. Mais ce n’est pas le seul à avoir émoustillé le droit. Le Minitel, la constitution de fichiers d’information sur les personnes, la vidéo surveillance... voilà autant d’utilisations de l’informatique qui ont amené le droit à réagir. Pourquoi donc près de 30 ans après sa naissance et près de 5 ans après l’avènement de son utilisation comme “média” de masse l’Internet tourmente-t-il encore les juristes ? La réponse est bien sûr complexe mais une chose paraît tout de même évidente : ce n’est pas tant la nouveauté de l’outil qui pose problème mais bien plus ses caractéristiques. C’est pourquoi il nous faut avant toute réflexion sur le droit tenter de vulgariser son soubassement technique.

L’Internet “propose” quatre fonctions, aux enjeux juridiques différents.

L’application la plus utilisée du réseau est le courrier électronique (E-mail) : cela consiste à envoyer un texte informatique à un correspondant par l’intermédiaire d’Internet. L’E-mail est présenté, à juste cause, comme une nouvelle manière de communiquer. En effet, l’E-mail est plus rapide qu’une lettre, la transmission étant en principe instantanée et il peut être envoyé à plusieurs personnes en même temps. Il permet donc de mener des discussions de groupe.

¹⁴ C. Huitéma, Et Dieu créa l’Internet, ed @Eyrolles 1995, p 67.

Cependant, à une échelle plus restreinte, le téléphone permet aussi une communication à plusieurs. Ce que ne permet pas le téléphone, par contre, c'est d'envoyer des fichiers. Or à un E-mail, on peut attacher des tableaux de chiffres, des images, des graphiques et même de la vidéo.

Le courrier électronique ne s'apparente pas davantage au fax puisqu'il permet de modifier un document transmis avant son impression. En fait, l'E-mail est pratique. Les messages envoyés et reçus s'archivent automatiquement dans l'ordinateur, il est possible en quelques secondes de retrouver n'importe quel document échangé. Pour échanger des informations avec un pays étranger, il n'y a plus besoin de jongler avec les horaires de bureau ou de respecter les habitudes des "couche-tôt", chacun trouvera le matin dans sa boîte aux lettres électronique les réponses à ses messages de la veille. Enfin, la communication électronique s'accompagne en général d'un ton convivial et direct permettant d'échapper aux formules rituelles et autres "pertes de temps". Ce nouveau moyen de communication est donc appelé à prendre de l'essor, or rien ne permet d'assurer sa confidentialité. Le principal problème que pose L'E-mail au niveau juridique est celui du respect du secret des correspondances, c'est en effet généralement une communication "un-un". Mais l'Internet n'a pas de régime juridique et le codage des informations n'est pas suffisamment permis par les différents Etats. D'ailleurs cela est facilement compréhensible quand l'on sait que les rendez-vous entre les "criminels" de toute nature s'effectuent via un courrier électronique. C'est un moyen de surveillance du réseau.

Selon l'enquête menée par Commercenet/Nielsen Internet Demographics Survey et par Nielsen Media Research¹⁵ sur un échantillon d'habitants des Etats-Unis et du Canada ayant plus de seize ans, 48 % d'entre eux s'étaient servis d'Internet pour envoyer du courrier électronique dans les jours précédant leurs interrogations.

Le World wide web est la deuxième fonction de l'Internet : selon l'enquête précitée, 44% des personnes interrogées se seraient branchées au web. Le web ou "toile d'araignée géante", est constitué par l'ensemble des services et des documents enregistrés dans la mémoire du réseau, auxquels on accède via des pages web c'est à dire les sites Internet. Certaines études prétendent qu'en l'an 2000, 1 milliard 141 millions de pages seront disponibles sur le web. C'est sur le web que l'on "surfe". En effet le principe de l'hypertexte permet de créer des liens entre les sites et ainsi de passer de site en site à la quête d'une information ou seulement pour flâner... Le web ne connaît pas les frontières, toute adresse Internet est accessible de n'importe où. Il n'y a pas de conditions à l'obtention d'une adresse, certains serveurs proposant même un hébergement gratuit. Les seules restrictions concernent les noms de domaines où mieux vaut ne pas venir parasiter une autre marque.

Il y a deux outils servant à trouver une information. Tout d'abord les annuaires qui ressemblent à un catalogue de bibliothèque, ils classent les sites par rubriques et catégories après avoir vérifié leur existence et contenu. Puis les moteurs de recherche qui recensent eux aussi les sites mais de manière automatisée grâce à des robots indexeurs. Ces deux outils ont leurs limites. Tout d'abord ils ne peuvent repérer les dizaines de milliers de pages web qui disparaissent et apparaissent chaque jour, d'autant plus que même les meilleurs robots n'arrivent à indexer au mieux que 30% du contenu total de l'Internet. Ils ont leurs avantages : les annuaires sont plus précis et sûrs, les moteurs de recherche proposent plus de références.

¹⁵ Internet, Luciano Floridi, dominos, Flammarion 1997, p 115.

Au niveau juridique, c'est le web qui pose le plus de problèmes. C'est sur le web que l'on trouve des documents dont le sujet est parfois inimaginable. Ainsi, on peut y apprendre comment fabriquer une bombe atomique ou encore y trouver des photos de corps massacrés par les Sérials Killers.¹⁶ Il porte atteinte aux mœurs de quasiment tous les pays. Il associe, de par sa dimension multimédia, le pouvoir des images à celui de l'écrit permettant aux créateurs de sites de disposer d'une influence non négligeable. Il répond à ce qui est désigné en France par la communication audiovisuelle, c'est à dire une communication au public, une communication "un-tous". Mais bien sûr, sur le web il n'y a aucun contrôle.

Les Forums de discussion sont la troisième fonctionnalité d'Internet : 21% des personnes interrogées les avaient utilisés. Connus sous le terme générique de forums, ils cachent une réalité polymorphe. Il existe des listes de diffusion qui sont des groupes de discussion par courrier électronique. Seules les personnes abonnées à la liste reçoivent un message.

Les Forums au sens strict du terme se trouvent sur les sites web. Ici, les internautes utilisent le navigateur pour discuter. Il n'y a pas de restrictions d'accès.

Les Newsgroups, qui existaient avant le World wide web, reposent sur le même principe que les forums. Mais il s'agit d'un espace avec ses propres serveurs et règles de fonctionnement.

Le Chat désigne pour sa part tout système de discussion en direct. Ce sont des salons interactifs. On communique en direct alors que dans les Forums ou Newsgroups on vient lire les messages laissés par les internautes au fil des jours. La plus ancienne application de Chat est l'IRC. Leurs utilisateurs forment un univers particulier, fondé sur de fortes amitiés et de solides rancunes à l'origine obscure. Gare aux néophytes. Mais le plus étonnant reste les Chat graphiques qui permettent de discuter avec son interlocuteur dans un monde virtuel.

Les Forums relèvent donc de la communication "tous-tous", à décliner selon les restrictions d'accès, mais aussi de la communication "un-tous". Il pose le problème de la liberté de dire. Peut-on parler de tout ? Ce d'autant plus que l'interactivité et parfois l'utilisation du virtuel sont susceptibles de projeter l'utilisateur dans un univers où ses capacités de discernement peuvent être troublées.

La dernière fonctionnalité d'Internet est le téléchargement : 19 % des personnes interrogées l'avait utilisé. Cela permet de rapatrier sur son ordinateur des documents volumineux afin de les consulter plus tard. Mais cela permet aussi l'échange de logiciels. C'est l'outil rêvé pour le copyright. Le FTP (File Transfer Protocol) semble s'apparenter à la correspondance privée.

Reste que l'étude de ces fonctionnalités ne rend pas compte de toutes les possibilités qu'offre le réseau. Il faut pour cela comprendre que ces fonctions se combinent. Ainsi, il est possible d'aller sur un site pro-nazi, de récupérer des images des camps de concentration, de les modifier dans le sens du révisionnisme, d'aller dans les forums dissenter sur le sujet preuve à l'appui, de créer son site et enfin d'envoyer aux sceptiques ces "preuves" via un E-mail !

¹⁶ L'Internet interdit (revue), n°1,1999, p 15.

L'Internet et le droit : un casse-tête ?

L'Internet, comme nous l'avons vu, a connu différentes phases. Une phase inventive (1968-1984), une phase novatrice (1984-1995) et depuis 1995 une phase de diffusion. Bien sûr les déviances du réseau ne datent pas de 1995, il y en a toujours eu. Le réel problème n'est pas tant leur existence que leur ampleur.

Tant qu'il restait un réseau de chercheurs, l'Internet ne dérangeait pas et ses déviances restaient sans grandes conséquences. Dès lors que l'Internet devient un média de masse, les enjeux sont tout autres. Certains comportements deviennent à cette échelle inacceptables. Pour exemple les pirates "idéologiques" qui combattent les sites payants ont plutôt été bénéfiques à l'expansion du réseau, grâce à eux l'Internet a pu se développer dans une voie égalitaire, ils ont permis de restreindre la monétarisation du réseau. Mais à l'heure de la commercialisation d'Internet, ils sont intolérables. De plus, devant la taille prise par le réseau et "l'immunité" dont il bénéficie, d'autres comportements beaucoup plus dangereux se sont développés. A tel point que les Etats n'ont pas pu rester indifférents à l'existence de ce réseau, leur souveraineté devenant par trop bafouée. C'est dans ce contexte que le Premier Ministre français a notamment demandé au Conseil d'Etat¹⁷ par une lettre du 22 septembre 1997 d'analyser les questions juridiques liées au développement d'Internet et de mettre en lumière les adaptations nécessaires de notre droit, et celui-ci de conclure que "cette situation ne peut plus perdurer".

Or, l'Internet pose toujours des problèmes. A tel point que parmi les néophytes de l'Internet, il semble que la question posée le plus fréquemment est : y a-t-il des lois qui s'appliquent sur l'Internet ? Et c'est justement là que le bât blesse car des lois il y en a beaucoup trop. Chaque pays dispose de son arsenal juridique propre face aux problèmes de l'Internet et ceux-ci ne sont pas les mêmes selon les systèmes juridiques. Ce qui est indécent, criminel ou illicite dans un Etat peut être innocent ou admis dans un autre. A défaut de droit véritablement international, les modes de régulation de l'activité internationale se heurtent à cette hétérogénéité des systèmes juridiques.

En effet, l'appellation de droit international privé est trompeuse. S'il s'applique aux litiges internationaux, la condition *sine qua non* de son application étant la présence d'un élément d'extranéité, il n'en reste pas moins un droit de source nationale. Il existe donc autant de droits internationaux privés que de pays. Le cas est même accru en droit international pénal puisque celui-ci revêt en fait une simple application du droit pénal du for à l'activité internationale. Il ne dispose pas de mécanismes de résolution des conflits de loi. Mais, cette multiplicité des droits internationaux privés ou pénaux, n'est pas en soi alarmante, seuls quelques-uns s'opposent radicalement aux autres, ce sont les "paradis juridiques"¹⁸. Ainsi, bien des solutions sont semblables d'un droit à l'autre. Pour exemple, la désignation de la loi du lieu du délit comme loi compétente est un mode de désignation suivi par de nombreux droits.

Mais cette loi et, derrière elle la diversité des droits, induit un jeu pervers puisqu'elle peut déboucher sur une surrégulation du réseau. En effet, puisque l'on considère que le lieu de

¹⁷ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

¹⁸ Paradis juridique : pays hébergeant des sites que la conception mondiale tend à considérer comme immoraux.

réception d'un site est le lieu de réalisation du dommage et qu'il n'est pas possible de contrôler les lieux où le site émet, toutes les lois du monde sont en théorie susceptibles d'être compétentes. On peut donc aisément comprendre que les occasions se multiplient, où l'issue du litige relève d'un règlement conflictuel préalable des questions tenant à la détermination des ordres juridictionnels étatiques compétents et des systèmes législatifs applicables. Le droit international privé qui est censé pouvoir régler d'une manière générale les conflits de loi naissant entre les personnes privées ne répond donc pas pleinement à sa mission sur l'Internet.

En fait, le problème vient de ce que les Etats veulent que les sites reçus sur leur territoire respectent l'intégralité de leur droit du for. Alors que l'important c'est surtout que leurs principes essentiels ne soient pas violés. En effet, si un Etat peut accepter de voir certaines dispositions du droit du for d'un pays étranger s'appliquer dans son ordre juridique, il ne peut pas admettre que les principes essentiels de son droit ne soient pas respectés.

Or, les principes essentiels du droit du for sont justement protégés par l'ordre public international. En effet, si les dispositions d'une loi étrangère heurte les conceptions morales et sociales du droit français, le juge français refusera de lui laisser avoir effet, et ce, même si cette loi est désignée par la règle de conflit de loi. Par exemple, une loi étrangère autorisant la publicité sur le cannabis ne peut pas avoir d'effectivité en France, une personne voulant pratiquer cette activité en France ne pourrait pas l'invoquer. C'est le concept de l'ordre public.

L'ordre public international : un principe de solution ?

En droit international privé, l'ordre public désigne un ensemble de principes politiques, moraux et sociaux fondant une civilisation. Ce sont les principes essentiels du droit du for. C'est un moyen de procédure proche des fins-de-non-recevoir qui permet d'écarter une loi étrangère jugée inadmissible, c'est un moyen d'auto défense de la loi du for. Il nous permet de sauvegarder l'applicabilité de nos principes moraux et politiques dans un contexte international. Ce que l'on appelle l'ordre public international est en fait l'ordre public au sens international du terme, c'est à dire un instrument juridique permettant de protéger les "grands" principes du droit du for. Il se distingue de l'ordre public en droit interne qui désigne pour sa part les lois impératives d'un système juridique. Cette notion semble donc être l'outil juridique le plus apte à répondre aux déviances des réseaux

Pourquoi donc croire que la notion d'ordre public international pourrait apporter des solutions, paraît être une erreur¹⁹ ?

La première raison avancée est qu'elle entraîne aussi une surrégulation. En effet on s'aperçoit vite que son utilisation revient en fait à bloquer l'application du droit. Ainsi, dire qu'il est interdit de faire de la publicité sur le cannabis en France, c'est appliquer la notion d'ordre public international et donner primauté à la loi française et ce, même si la règle de conflit de loi ne la désignait pas. Or dès que cette publicité est faite par un site Internet néerlandais accessible de la France, la notion d'ordre public international n'a plus aucune effectivité. Il y a opposition entre deux ordres publics internationaux, aucun ne prévalant sur l'autre. L'ordre public international est en effet une exception à la règle des conflits de loi, il n'a pas pour objet de régler les conflits de loi. Ainsi, dans notre exemple, mieux vaudrait encore dire que la loi néerlandaise s'applique, puisque au moins elle peut permettre de sanctionner la publicité

¹⁹ Lamy, droit de l'informatique 1999, p 1358, n° 2295.

trompeuse! Néanmoins, cette surrégulation est moins importante que dans le cas de la compétence de la loi du lieu du délit. Et l'on peut légitimement penser que les Etats seront enclins à respecter l'ordre public international des autres Etats plus facilement que leurs droits en entier.

La deuxième raison est qu'elle implique la compétence de la loi du lieu d'origine. En effet, recourir à l'ordre public international, c'est accepter la disparité des principes essentiels des Etats, c'est accepter que des sites racistes admis par les principes essentiels des Etats-Unis existent sur le réseau. Même si, cette notion empêche, en théorie, qu'on les reçoive sur son territoire. Néanmoins, ne vaut-il pas mieux cela plutôt que de vouloir créer, comme les Etats et la doctrine y engagent, un droit à tendance internationale reposant sur des principes communs²⁰ ?

En effet, le problème de l'ordre public international c'est qu'il donne compétence aux principes essentiels du droit du for et que ceux-ci divergent au gré des systèmes juridiques. Mais, cette pluralité est nécessaire. Si les Etats n'ont pas des principes essentiels identiques c'est parce que derrière une telle disparité se dresse ce que M.Lévi-Strauss²¹ appelle le choc des cultures. Ainsi, créer un ensemble de "principes essentiels communs" équivaudrait pour certains systèmes juridiques, c'est à dire certaines nations, à abdiquer leur "être" au monde, leur vision du monde, ce qui est contraire au progrès humain pour cet auteur. De surcroît, cette abdication ne déboucherait pas sur la création de principes communs mais sur l'adoption des principes essentiels "du plus fort", les principes essentiels américains ou européens à l'heure actuelle. M.Lévi-Strauss avait dû lui-même aller expliquer les dangers de telles tentatives à l'Unesco, organisation inspirée pourtant très largement par sa théorie. Enfin, outre qu'il est utopique de croire qu'un ensemble de principes communs ou mondiaux puisse régenter tout le monde, outre que cela soit dangereux pour le "progrès", cela est néfaste pour la paix. Le colonialisme en est un triste exemple.

La notion d'ordre public international en droit international privé, qui a pour but de protéger la diversité des principes essentiels semble donc une meilleure solution que celle du droit international, elle n'entraînerait pas la perte des différences culturelles.

Cette réflexion de M.Lévi-Strauss engage donc à trouver les moyens juridiques pour permettre à la pluralité des conceptions étatiques de s'exprimer, et non pas à tenter de réglementer l'Internet par la création d'un droit international. L'enjeu d'une réflexion juridique sur l'Internet semble en effet reposer sur la question suivante : comment permettre le respect des principes fondamentaux des droits nationaux ? Or, une réponse pourrait être celle de l'applicabilité de la notion d'ordre public international.

C'est pourquoi nous étudierons les solutions apportées aux déviances de l'Internet par les mécanismes juridiques et le droit en cours d'élaboration (partie II). Notre but sera ici d'identifier les dangers de l'absence d'une réflexion plus fondamentale sur la notion d'ordre public international. Nous tenterons de montrer que ces dangers sont de deux types : tout d'abord le non-respect des principes essentiels des droits nationaux puis la modification de ces principes par l'avènement d'un changement de civilisation.

²⁰ Cette tendance sera explicitée dans la deuxième partie de ce mémoire.

²¹ Race et histoire, Folio essais n°58, 1989.

Mais il nous appartient avant tout d'apprécier en quoi l'Internet porte atteinte à ces principes (partie I). Pour cela il nous faut étudier son architecture juridique et le contenu préjudiciable qui en découle.

Partie I - Les problèmes juridiques soulevés par l'Internet

Selon le Conseil d'Etat, l'Internet est avant tout "un nouvel espace d'expression humaine"²². En effet, sur ce réseau s'est développée une communication "originale". On peut même y remarquer la présence d'une culture, la Cyberculture. Or, une culture recèle en soi "un ensemble de faits idéologiquement communs à une masse de personnes"²³. Ce constat n'est donc pas juridiquement indolore. Il implique que la Cyberculture repose sur une certaine idée du droit. Et nous verrons que cette idée du droit qui dirige le réseau ne s'inspire pas des principes juridiques prévalant dans notre pays et dans la plupart des conceptions étatiques. L'Internet n'est pas "naturellement l'espace du droit"²⁴, en ce sens que les droits nationaux n'y sont pas respectés naturellement. Ceci pourrait cependant trouver une solution dans l'expression de volontés étatiques. Mais les Etats ont déjà fait preuve de volonté et l'Internet n'est toujours pas régulé. En fait, nous verrons que ce réseau présente des spécificités remettant en question les moyens traditionnels d'application du droit.

D'autre part, le contenu qu'héberge ce réseau n'est pas toujours compatible avec les principes essentiels du droit du for. La faiblesse de l'architecture du réseau a, en effet, permis l'émergence d'un contenu remettant en cause, notamment, le droit de propriété, le droit économique et les droits des libertés publiques.

Mais, avant de mener une réflexion sur le contenu de l'Internet (Chapitre II), c'est à dire d'envisager en quoi l'Internet porte atteinte aux principes essentiels du droit du for, il est nécessaire d'étudier l'architecture juridique de ce réseau (Chapitre I), afin de comprendre pourquoi les droits du for ne s'appliquent pas correctement sur le réseau.

Chapitre I - L'architecture juridique de l'Internet

Malgré les apparences, l'Internet n'est pas une zone de non droit. En effet, un principe juridique ou plutôt une logique juridique fonde le fonctionnement de ce réseau : l'application des droits nationaux. Mais cela ne suffit pas à structurer une architecture juridique solide sur l'Internet car ce principe n'est pas respecté dans les faits.

Il y a deux raisons à ce constat. La première tient à ce que les internautes ne respectent ni leur droit national, ni aucun autre. C'est la conséquence de l'existence d'une Cyberculture (section I). La deuxième est due au fait que ce principe se heurte aux spécificités du réseau (section II).

Section I - La culture du réseau

Le réseau Internet a été le support qui a permis l'émergence d'une culture originale. Souvent désignée sous le nom de Cyberculture, celle-ci est perceptible au travers des us et coutumes utilisées dans la communication sur l'Internet. Or, elle ne se résume pas à un simple ensemble de pratiques dédiées à une technique de communication, c'est une culture de la liberté, de l'égalité, de la gratuité ; Ces notions étant envisagées d'une façon absolue. Cette culture est

²² Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée Générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, p 1, <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

²³ Définition de la culture, petit Larousse illustré, 1985.

²⁴ Conseil d'Etat, précité note n°22.

donc juridiquement problématique. Par exemple, elle n'accepte pas les limites que notre droit impose à la notion de liberté.

En effet, une culture c'est d'abord "un ensemble de structures sociales, religieuses ou encore de manifestations intellectuelles et artistiques"²⁵. Sur ce point, on peut par exemple remarquer qu'il existe un mouvement littéraire développé par des auteurs tels que M.Gibson à l'origine du concept de Cyberspace. Mais ce qu'il faut retenir juridiquement, c'est qu'une culture est aussi "un ensemble de faits idéologiquement communs à une masse de personnes considérées en dehors des distinctions de nature sociale"²⁶. Cela suppose donc que la Cyberculture, si elle est une culture, repose sur une certaine idée du droit. Or, cette idée que ce fait le réseau du droit, n'est pas celle que les Etats ont adoptée. Il y a, par conséquent, des conflits et des difficultés pour appliquer les droits du for. L'internaute accompli préférant être fidèle à cette culture que respecter les principes de son droit national sur l'Internet.

Pour déterminer l'ampleur et donc les conséquences de ce conflit, il nous faut alors nous attacher à apprécier les qualités de cette culture. Mais, nous ne pouvons cependant pas éluder la question de savoir si la Cyberculture est réellement une culture.

§ 1 - La Cyberculture est-elle une culture ?

Jusqu'à présent, aucun réseau n'avait généré de culture. Ainsi, il n'y a pas, par exemple, de minitel-culture. Mais jusqu'à présent, aucun réseau n'avait permis de créer un espace si radicalement nouveau que le Cyberspace. Or, les propriétés de celui-ci ont permis à une intelligence collective de voir le jour et cette intelligence est justement génératrice de culture, de contexte collectif.

Ce n'est donc que par une étude du Cyberspace que l'on pourra qualifier la Cyberculture de culture. Cela nous permettra de se conforter dans l'idée que la Cyberculture résulte d'une intelligence collective en œuvre dans le Cyberspace et qu'elle n'est donc pas qu'un simple accord de volonté sur des pratiques de communication. C'est bien une manière de faire intelligemment société, soit un ensemble de faits originaux idéologiquement partagés.. une culture. Et donc, un obstacle conséquent pour l'application du droit.

A. Le Cyberspace : un nouvel espace, un nouveau temps

La Cyberculture résulte de la création "d'un nouvel espace d'expression humaine" : le Cyberspace. Cet espace, aussi appelé hypermonde ou cyberpunk, est "un espace de communication navigable et transparent, centré sur les flux d'information"²⁷. Cet espace a "une réalité qui, sans être un espace physique, est perçue par l'utilisateur comme un espace virtuel dans lequel on peut naviguer à travers des parcours aussi bien linéaires qu'hypertextuels"²⁸.

Ainsi, dans le Cyberspace, "l'ordinateur n'est plus un centre, mais un fragment de la trame. C'est un ordinateur dont le centre est partout et la circonférence nulle part... un ordinateur de

²⁵ Définition de la culture, petit Larousse illustré, 1985.

²⁶ Ibid.

²⁷ Pierre Lévy, Qu'est-ce que le virtuel ?, éditions La Découverte/Poche, 1998, p 44, le Cyberspace ou la virtualisation de l'ordinateur.

²⁸ Luciano Floridi, Internet, édition Flammarion, dominos, 1997, p 21 Internet comme Cyberspace.

Babel”²⁹. Le web, qui est le support le plus expressif de cet espace, n’offre donc pas de repères géographiques à son utilisateur. Et, on peut même dire que le Cyberspace a une propriété de “semi-ubiquité”³⁰ puisqu’il permet aux internautes d’être simultanément à proximité immédiate de tout autre lieu de l’espace en question. Dans ce nouvel espace, tout lieu est égal à un autre du point de vue de la localisation. Il n’y a plus de lieu de référence stable, “la virtualisation réinvente une culture nomade”³¹.

Le Cyberspace a défini, d’autre part, un nouveau temps. Ainsi, selon Mme Blanquet, “l’installation des sociétés industrialisées dans l’âge de l’information et de la communication a permis le remplacement du temps universel défini au moyen des fuseaux horaires par un temps mondial ou planétaire déterminé par l’intensité de la circulation, la densité des échanges de l’information à travers les réseaux informatiques, sans dépendance à l’heure”³². L’internaute français commence ainsi sa “cyber-journée” généralement vers 22 heures, puisque c’est le moment auquel ses semblables du monde entier commencent à “surfer” et à envahir les forums.

Or, cet espace si radicalement nouveau et si peu structuré géographiquement et temporellement, a permis à une intelligence collective de s’exprimer. Celle-ci a créé une Cyberculture à laquelle les internautes préfèrent être fidèles, au détriment de leurs droits nationaux.

B. L’interactivité du Cyberspace a permis l’émergence d’une intelligence collective

L’interactivité en permettant le passage du “push” au “pull”, c’est à dire de la réception passive de l’information à sa recherche active ou à sa création, a offert aux internautes de pouvoir se rencontrer et s’accorder sur les règles de fonctionnement de leur espace. Mais une culture semble plus relever du “plébiscite de tous les jours” qui fonde une nation selon Ernest Ronan³³, que d’un simple accord de volonté sur des règles de fonctionnement aussi cette constatation n’est pas suffisante pour parler de culture.

En fait, le passage du push au pull aurait, selon M. Pierre Lévy³⁴, non seulement permis à un intelligence collective de s’exprimer dans le Cyberspace mais, celui-ci aurait même entraîné une mutation majeure dans les formes de l’intelligence collective donnant naissance à un contexte collectif “plus fort”, à une culture.

1. L’interactivité a entraîné une mutation majeure dans les formes de l’intelligence collective

Dans toute culture, il y a une intelligence collective en œuvre. C’est grâce à elle qu’une culture s’établit, s’enrichit et se transmet. Cette intelligence collective existe dans “la part collective ou sociale des capacités cognitives des individus” c’est à dire leurs capacités d’apprendre, de raisonner ou bien encore de percevoir. En effet, comme nous n’exerçons nos facultés mentales qu’en fonction d’une implication dans des communautés vivantes pourvues

²⁹ Pierre Lévy, précité note n°27, p 45.

³⁰ Ibid note n°28.

³¹ Pierre Lévy, précité note n°27, p18.

³² Marie-France Blanquet, Autoroutes électroniques et téléports, 1995, éd ESF, p 15.

³³ Ernest Ronan, Qu’est-ce qu’une nation ?, 1992, Ed Presses Pocket (agora), p 55.

³⁴ Pierre Lévy, , Qu’est-ce que le virtuel ?, éditions La Découverte/Poche, 1998, p110 à112, l’objectivation du contexte partagé.

d'héritages, notre intelligence possède une "dimension collective majeure". Notamment, parce que nous utilisons des langues, des langages et des systèmes de signes légués par des milliers de personnes et utilisés par des milliers. Aussi, nous pouvons jouir individuellement de l'intelligence collective qui augmente ou modifie notre propre intelligence car elle "pense en nous". Mais en retour, les individus humains de par leur singularité contribuent chacun différemment et de manière créative à la vie de cette intelligence, ils la modifient.

Or, pour M.Lévy, une telle intelligence est non seulement présente dans le Cyberespace mais, celui-ci autorise même une "communication non médiatique à grande échelle qui constitue une avancée décisive vers des formes nouvelles et plus évoluées d'intelligence collective". En effet, le Cyberespace offre des instruments de "construction coopérative d'un contexte commun" qui favorisent une plus forte interaction entre les intelligences individuelles et permet donc le développement d'une intelligence collective plus "évoluée". Ces instruments facilitent le processus de développement de cette intelligence puisqu'elle s'élabore selon le schéma interactif suivant : "l'accès au processus intellectuel du tout informe celui de chaque partie, individu ou groupe et alimente en retour celui de l'ensemble".

Le Cyberespace est donc un "opérateur d'intelligence collective". Il permet à une intelligence collective d'œuvrer en son sein. Or, cette intelligence est fondatrice de culture. De surcroît, elle est plus évoluée sur l'Internet, elle unifie plus rapidement le collectif. C'est pourquoi, lorsque l'on se connecte pour la première fois à l'Internet, on a la sensation "de plonger dans le cerveau commun et d'y participer".

Mais il faut encore, avant de parler de l'existence d'une culture du réseau, voir si cette intelligence a créé un contexte collectif ou bien si elle n'a engendré qu'une multitude de contextes communs.

2. L'interactivité a permis la naissance d'un contexte collectif sur l'Internet

L'Internet a certes créé des contextes communs. Il n'est d'ailleurs pas le seul outil à avoir permis l'émergence de tels contextes. Ainsi, par exemple, la télévision (relation un-tous) réalise une "forme grossière d'unification cognitive du collectif" et, par les messages qu'elle diffuse, elle instaure un contexte commun. Mais celui-ci est imposé, il ne résulte pas de l'activité des participants au dispositif. Le Cyberespace, lui, favorise les "synergies entre les intelligences individuelles". Il génère ainsi des "processus de reconnaissance mutuelle" des individus et des groupes via l'activité de communication. Il en résulte la formation de contextes communs plus intenses que ceux connus jusqu'alors. Ceux-ci sont perceptibles dans les Newsgroups, qui sont des sortes de clans aux règles de fonctionnement hermétiques et dont les membres ont une histoire commune. Cependant, ces contextes ne forment pas une culture, tout au plus une "culture de groupe".

C'est parce que, sur l'Internet, il y a eu une "négociation sur des significations" que l'on peut parler de Cyberculture. Le monde virtuel a ainsi été livré au partage et à la réinterprétation des participants. Il ne s'agit plus de contextes communs mais d'un contexte réfléchi et créé par tous, un contexte collectif qui concerne tout le réseau. Ce contexte est en fait, "une sorte de lien vivant tenant lieu de mémoire ou de conscience commune" au réseau. C'est une création commune, "une mémoire dynamique, commune" qui émerge du "raboutage permanent de millions d'univers subjectifs". Dès lors, le World Wide Web peut être vu comme "un tapis de sens tissé par des millions de gens et remis toujours sur le métier".

Ainsi, la Cyberculture semble être une culture, c'est un contexte collectif qui résulte de la présence d'une intelligence collective "évoluée" sur le réseau. Elle n'est pas qu'un ensemble de "règles" adopté par des internautes perdus dans l'univers du Cyberespace et seulement respecté par la suite. Ces "règles" sont la manifestation d'un "collectif intelligent", elles résultent de négociations sur des significations.

Ceci permet dès lors de mieux comprendre l'adhésion des internautes à leur Cyberculture plutôt qu'aux principes juridiques de leur droits nationaux. La Cyberculture, tout comme l'intelligence collective, "pense" dans les internautes. Elle a une force morale, un impact psychologique sur les internautes. De plus, elle combat la prédominance des droits étatiques sur le Cyberespace.

Les internautes pensent ainsi avoir inventé une manière de faire "intelligemment société" et n'hésitent pas à défendre leur originalité au mépris des lois. D'autre part, les principes de leur Cyberculture ressemblent à des principes juridiques, ils ont donc l'impression d'avoir le droit d'agir comme ils le font.

§2 - Les qualités de la Cyberculture

Qu'il y est une culture sur le réseau est déjà juridiquement problématique quant à l'application du droit du for. Mais le contenu de celle-ci l'est encore plus. En effet, la Cyberculture est une culture de la liberté, de l'égalité et de la gratuité. Or, si à priori on peut penser que ces principes sont compatibles avec les principes des droits nationaux, tout au moins occidentaux, il n'en est rien. Les internautes ne voient pas ces notions de la même façon que nos déclarations des droits de l'homme³⁵. Pour eux, ces notions sont absolues, c'est une sorte de droit imprescriptible, universel et totalement absolu de l'homme. Ceux-ci sont donc bien peu enclins à respecter leurs droits nationaux sur le réseau. D'autre part, ces notions ont empêché la création de tout organisme central de contrôle, Le réseau n'est donc, non seulement pas juridiquement maîtrisé mais encore difficilement maîtrisable.

A. Une culture de la liberté, de l'égalité et de la gratuité

1. Le culte de la liberté et de l'égalité

Il eut été surprenant que des volontés individuelles sans aucune contrainte pesant sur elles, projetées dans un univers ou l'espace et le temps ne signifient rien, s'accordent pour respecter des principes juridiques et de surcroît coercitifs. Ainsi, le droit n'a pas une grande place dans la Cyberculture, il n'a pas été le souci premier de ces volontés. L'internaute voue donc un culte à la liberté et à l'égalité. En effet, l'étude du Cyberespace laisse penser que ces deux notions sont devenues des "principes" de fonctionnement de cet espace. A tel point que l'Internet présente des aspects démocratiques évolués.

Mais la Cyberculture, comme toute culture, n'est pas qu'un "ensemble de faits idéologiquement partagés", c'est aussi "un ensemble de manifestations artistiques". C'est à dire que, non seulement les notions de liberté et d'égalité sont des principes de

³⁵ Déclaration des droits de l'homme de 1789, déclaration d'indépendance américaine de 1776, déclaration universel des droits de l'homme de 1948.

fonctionnement du réseau mais, elles sont aussi la base de l'aspect artistique de la Cyberculture. Pour comprendre pleinement pourquoi l'internaute substitue ces principes à son droit national, il faut donc entrevoir ces deux aspects de la Cyberculture.

La Cyberculture est "un ensemble de faits idéologiquement partagés"

Le contexte collectif auquel renvoie la Cyberculture est un contexte de liberté et d'égalité, toutes les fonctionnalités du réseau reposent sur ces notions.

A l'origine, le réseau était constitué d'informaticiens passionnés par les possibilités techniques envisageables et donc soucieux de n'entraver sous aucun prétexte le développement du réseau. L'Internet devait pour eux être un espace de liberté et d'égalité. Les sites web et les forums qu'ils ont créé étaient donc ouverts à tous. La censure de quelque sorte qu'elle soit était rejetée. Or, cette pratique que rien n'entravait s'est répandue, les nouveaux sites ont suivi la tendance et ces deux "principes" sont entrés dans la Cyberculture.

Par conséquent, sur l'Internet, le "surf" est libre, tous peuvent aller n'importe où. Il n'y a pas de frontières entre les sites, bien au contraire puisqu'ils sont reliés entre eux par des "liens". L'internaute est seul juge de ce qu'il doit voir. Ainsi les conditions générales d'utilisation d'Infonie se rédigent en ces termes : "vous êtes seul responsable du choix des services que vous interrogez, des questions que vous formulez et de l'emploi que vous faites des données obtenues. Votre attention est attirée sur le fait **qu'il vous appartient** de contrôler les informations diffusées sur Infonie."³⁶. L'utilisateur est donc libre et censé être responsable. Pour "surfer" il doit seulement "déclarer avoir pris connaissance des caractéristiques et des limites d'Internet"³⁷.

Sur l'Internet, les "surfeurs" sont aussi égaux. Il n'y a, en principe, aucune condition d'accès à un site si ce n'est de trouver ou d'avoir son adresse. Les sites à caractères sexuels ont cependant intégré une question préalable à la connexion. Elle s'exprime en ces termes : "avez vous plus ou moins de 18 ans ?". Mais cela n'implique aucune vérification. La seule rupture d'égalité provient de leur caractère payant. Cependant, l'internaute est tout de même libre de voir quelques images avant de s'abonner ! Les forums sont aussi ouverts à tous et au nom du principe d'égalité, la communication y est désacralisée. Les formules de politesse sont remplacées par un langage incluant le respect de l'individu d'une façon plus générale. Ce langage, presque familier, est compris de tous. Les relations y sont aussi personnifiées, c'est à un confrère que l'on s'adresse. Les caractéristiques du Cyberespace jouent un rôle non négligeable dans cette pratique de l'égalité. L'interlocuteur ne peut, en effet, être identifié que par ses idées et non sa position sociale. De plus, le Cyberespace donne une apparence de proximité. On a l'impression d'évoluer dans un village mondial mais on ne peut y être identifié que virtuellement selon son pseudonyme. Ainsi, certaines personnes parlent librement et respectueusement à un internaute alors qu'elles l'ignorerait dans la vie courante.

L'entrée des "principes" de liberté et d'égalité dans la Cyberculture a même été "formalisée" par la création d'une Nétiquette. C'est un ensemble de "règles" qui s'appliquent à toute forme de communication via l'Internet. Ces "règles de base" sont censées "faciliter la vie à tout le monde" mais, comme nous l'avons expliqué au préalable, c'est bien plus que cela. Elles

³⁶ Conditions générales de Vente, Club-Internet, article 5-Déclarations.

³⁷ Ibid.

reflètent l'intelligence collective en œuvre dans le réseau. Voici une liste non-exhaustive de ce que contient la Nétiquette³⁸ :

- 1 – indiquer clairement le thème du message dans le sujet.
- 2 – être bref, aller droit au but.
- 3 – Ne pas écrire en majuscule, c'est pénible à lire et mal vu. Cela est assimilé à un interlocuteur qui augmenterait "le ton" dans une conversation pour imposer son point de vue.
- 4 – Avant de poser une question, il faut faire l'effort de trouver la réponse par soi-même. Elle peut se trouver dans les messages du débat ou dans une "FAQ"³⁹ qui est un message posté régulièrement et contenant les réponses aux questions les plus fréquemment posées. Poser une question faisant partie d'une FAQ risque d'engendrer les sarcasmes des habitués.
- 5 – Poser une question requiert de donner tous les détails utiles à ceux qui pourraient vouloir vous aider.
- 6 – Ne pas poster un même message à cinquante groupes différents
- 7 – rester poli et n'insulter personne, la discussion dégénérerait très rapidement.
- 8 – Ne jamais expédier de message volumineux sans prévenir le destinataire.

La Nétiquette a permis d'entériner "la manière inédite de faire intelligemment société"⁴⁰ des internautes. Elle a permis une sanction pratique et dissuasive du non-respect des "principes" d'égalité et de liberté : gare à ceux qui "coupent la parole" à leurs interlocuteurs dans les forums ou tentent d'en exclure certains sans raison, leurs noms sont hués et leurs boîtes aux lettres peuvent se remplir d'E-mail de protestation à n'en plus finir.

Ainsi, le Cyberspace est un espace où les notions de liberté et d'égalité sont non seulement pratiquées mais aussi sanctionnées "naturellement", ce sont des principes de fonctionnement. L'internaute leur voue un culte, c'est l'essence du surf. Il est d'ailleurs intéressant à ce propos de noter la différence de vocabulaire au niveau du français⁴¹. En effet, les journalistes et les Français traduisent souvent le mot surfer par internaute. Or, le surf renvoie, aux Etats-Unis, à "une culture de liberté, de légèreté un peu sauvage et marginale aussi, voire louche aux yeux des autorités, mêlant haute technologie et retour à une nature immaîtrisable (la vague)". Par contre, le mot internaute, proche de l'astronaute "reprenant la notion de haute technologie, de l'exploration sous une forme extrêmement institutionnalisée", laissant apparaître la mauvaise compréhension française de ce média et la peur qu'elle suscite.

Mais, les internautes ne se sont pas contentés de ce surf, ils ont développé des pratiques démocratiques originales. On parle même de démocratie électronique.

En effet, certaines conséquences de ce culte donne à l'Internet un aspect démocratique. Ainsi, le "principe" de la liberté a permis la résurrection de pratiques démocratiques ancestrales. L'ostracisme est par exemple d'application courante, c'est le moyen de sanction de "droit commun" sur le Web. Il est pratiqué dans les forums. Celui qui ne respecte pas les règles sera exclu ou tout du moins mis de côté. D'autres pratiques démocratiques comme les votes en ligne se sont aussi multipliées. Par exemple, à l'occasion de la fête de l'Internet, l'ISOC a organisé avec le Sénat les 19 et 20 mars 1999 le vote d'une loi de l'Internet par un parlement

³⁸ Internet en une heure, Hachette.net, hors série, février/mars 1999, p 22.

³⁹ Foire Aux Questions.

⁴⁰ Pierre Lévy, Qu'est-ce que le virtuel ?, éditions La Découverte/Poche, 1998, p 127.

⁴¹ Etude, janvier 1997, Thierry Leterre, Internet et les français, p48.

virtuel⁴². Les internautes ont été invité à participer à ce projet et à voter sur le forum Club-Internet/loi de l'Internet⁴³.

Tout sur l'Internet semble donc désormais régi par ces deux maîtres mots : liberté et égalité. Ce sont des principes idéologiquement partagés. Ils sont appliqués dans toutes les fonctionnalités du réseau. Le fait de se connecter apparaît désormais, lui-même, comme un acte de liberté puisqu'il permettait de s'exprimer sans limite et un acte altruiste ou générateur d'égalité puisqu'on offre aux autres ses connaissances.

De plus, ces deux notions ne sont pas juridicisées, c'est à dire que la Cyberculture réside dans ce que l'intelligence collective considère être la liberté ou l'égalité. Ces notions ne connaissent donc pas de limite sur le Net, elles sont "revendicatrices".

La Cyberculture est aussi "un ensemble de manifestations artistiques"

Une culture n'est, en effet, pas qu'un ensemble de faits idéologiquement partagés, c'est aussi un ensemble de manifestations artistiques. Or, les principes de liberté et d'égalité de la Cyberculture régissent aussi l'aspect artistique de celle-ci. Ce sont donc non seulement des principes de fonctionnement du Cyberspace mais encore, les bases artistiques des internautes. Les surfeurs du réseau y sont, par conséquent, d'autant plus liés. Aller juridiquement contre ces principes, s'est aller contre leur art.

En effet, dans les manifestations artistiques de la Cyberculture, les notions de liberté et d'égalité sont mises en avant. Le groupe musical U2, acteur de ce mouvement artistique a ainsi défendu ces principes, notamment lors de sa tournée appelée ZOO TV-Tour. Mais, ce sont surtout les Neuromanciers qui sont l'effigie de cet art. Ce sont des écrivains dont l'univers littéraire est le Cyberspace. Ils prônent la liberté et l'égalité. C'est même un de ces Neuromanciers, M.Gibson, qui est à l'origine du mot Cybermonde. On peut aussi remarquer que ces manifestations artistiques sont basées sur l'angoisse, ce qui selon la pensée d'Heidegger⁴⁴ paraît logique. En effet, pour cet auteur, la contingence c'est l'angoisse, et sur le Net, tout semble contingent.

De surcroît, selon Hannah Arendt, ces manifestations, c'est à dire cet aspect artistique d'une culture est "lié à la politique"⁴⁵. Cela signifie que ces bases artistiques sont aussi des bases politiques. C'est ce que nous avons vu au préalable. Mais pour Nietzsche, il y a même antinomie entre cet aspect d'une culture et l'État, "l'un vivant au détriment de l'autre"⁴⁶. Le conflit entre la Cyberculture et le droit étatique est donc inévitable.

On peut ainsi conclure que ce culte de la liberté et de l'égalité est problématique pour l'application du droit. Les internautes ne sont pas prêts à céder facilement aux injonctions étatiques. Ils se sentent liés par la Cyberculture dont les principes de fonctionnement, qui "pensent" en eux, s'opposent aux principes de leur droits nationaux.

⁴² http://forums.grolier.fr :8001/clubinternet/nonmembers/index.cgi ?do=listmsgs&conf=le_Fo.Loi_d

⁴³ <http://www.loi-internet.org>

⁴⁴ Heidegger, Qu'est ce que la métaphysique ?, Nathan, les intégrales de philosophie, 1985.

⁴⁵ La crise de la culture, Folio essais, ed Gallimard 1993, p 285.

⁴⁶ Nietzsche, Crépuscule des idoles, Folio essais, 1993, p 53.

2. La Cyberculture : une culture de la gratuité ?

La gratuité revendiquée par le réseau, tout comme la liberté et l'égalité, pose des enjeux juridiques. En effet, il existe des droits patrimoniaux susceptibles d'être remis en question par ce principe. Mais, la gratuité ne semble déjà plus faire parti du noyau dur de la Cyberculture. Ce n'est pas lui qui pose les enjeux juridiques les plus complexes.

L'aspect gratuit de l'Internet a tellement fait couler d'encre, que celui-ci a fini par avoir une réputation de réseau anarchiste. En effet, à ses débuts le réseau était entièrement gratuit, ce qui se comprend aisément puisque les principaux internautes étaient des universitaires et des chercheurs. Personne n'avait intérêt à faire payer son site et tous avaient intérêt à être solidaires. C'était la seule façon de développer le réseau.

Il est vrai aussi que les premiers sites payants ont été particulièrement attaqués par les pirates de l'Internet qui ne supportaient pas que l'on porte atteinte aux "principes" régissant le réseau. Mais, sur l'Internet, Proudhon n'avait des adeptes que principalement chez les pirates idéologiques. La propriété n'était pas du vol pour tout le monde. Par contre, il est manifeste que cet état de fait originel a été adopté comme principe de la Cyberculture. C'était le pendant du principe égalitaire. Les internautes, pour éviter d'avoir recours à l'argent, ont même été jusqu'à raviver des pratiques ancestrales comme le troc⁴⁷.

On assiste donc à des critiques très fermes de la commercialisation de l'Internet, certains parlent de minitellisation. Mais, ce qui est visé n'est pas le fait qu'il y ait des sites marchands, c'est qu'on fasse de l'Internet un service marchand ou la liberté et l'égalité ne serait plus de mise. Ainsi, les actions des internautes ont surtout concerné le développement de la publicité par l'envoi d'E-mail. L'affaire la plus célèbre à ce sujet est celle des deux avocats Canter et Siegel qui décidèrent d'envoyer à tous les internautes une publicité vantant leur cabinet. En réponse, ils reçurent des E-mail contenant des millions d'octets ! Leur serveur fut saturé et ils furent priés d'aller s'inscrire ailleurs⁴⁸. En fait, ce qui est critiqué, ce sont les projets d'autoroutes de l'information avec leurs services à péage. Les internautes ont peur que l'on s'attaque à "la manière inédite de faire intelligemment société" qu'ils ont créé. La gratuité n'est pas en elle-même revendiquée. D'ailleurs rien ne prouve qu'elle doive disparaître, les entreprises n'y ayant pas même intérêt puisque leurs sites sont de la publicité et l'on voit mal les universités ou tout autre organisme en ligne se risquer dans cette voie. De plus, que les sites puissent être payant est même utile au réseau puisque généralement ces sites posent des problèmes d'éthique, c'est un moyen d'éviter d'y exposer les mineurs.

Les principes de liberté et d'égalité de la Cyberculture sont donc les deux facteurs principaux de la non application du droit du for. Ils ont même empêché toute naissance d'une autorité centrale coercitive.

⁴⁷ <http://www.letambour.com>.

⁴⁸ Christian Huitema, Et Dieu créa l'Internet, éd @Eyrolles, 1995, p165 libres et responsables.

B. Les conséquences : l'absence d'autorité centrale de régulation permettant d'appliquer des principes juridiques

La construction sauvage de l'Internet sur des principes de liberté et d'égalité "revendicateurs" n'a pas été favorable à l'instauration d'une autorité centrale. Il n'y a donc pas de vecteur pour l'application des droits nationaux sur le réseau.

La seule autorité acceptée par le réseau a été technique. Son étude permet à elle seule d'apprécier la force quasi juridique qui s'attache aux notions de liberté et d'égalité sur l'Internet. Le Léviathan de Hobbes n'apparaît pas de mise. En effet, les internautes n'ont pas accepté n'importe quelle autorité. Même si elle n'avait beau qu'être technique, celle-ci devait respecter les principes du réseau. De plus, les organismes classiques de standardisation n'ont pas pu s'imposer sur l'Internet.

1. Les organismes de l'Internet

A l'origine, le "projet Internet", issu du projet militaire Arpanet était bien sûr encadré "autoritairement", tout du moins techniquement. Il était piloté directement par le Darpa.

Mais le nombre de chercheurs augmentant, on institua un "comité de pilotage" chargé de coordonner les activités de recherche : l'ICCB (Internet Configuration Control Board). Ce n'est qu'en 1983, époque où le département de la défense des Etats-Unis commençait à se retirer du projet Internet, que l'ICCB fut réorganisé et renommé l'IAB (Internet Activities Board ou conseil des activités de l'Internet). La création de cet organisme qui avait pour but de développer l'architecture technique de l'Internet et d'organiser le développement du réseau marqua le début du développement démocratique du réseau.

En effet, pour faire face aux problèmes croissants que posait le réseau, l'IAB suscita la création de comités techniques spécialisés formés par des groupes d'étudiants ou d'ingénieurs. Mais ces groupes devaient conduire leurs travaux de manière autonome, l'IAB se contentant de dessiner les grandes lignes des actions demandées et d'évaluer les résultats. Elle publiait leurs travaux sous sa responsabilité et sous l'appellation RFC (Request for Comments ou appel aux commentaires). La publication consistait à placer les documents sur l'Internet dans des fichiers auxquels tous avaient accès. Ce système qui fonctionne encore combine contrôle éditorial et libre accès à l'information.

Or, le groupe d'ingénierie l'IETF se développa à un tel point que l'IAB fut alors dans l'incapacité de contrôler en détail ses productions. Elle accepta donc que fut créé un "comité de pilotage de l'IETF" (IESG), chargé d'organiser son fonctionnement. L'IAB n'était plus responsable que du contrôle final, elle devait donner son accord avant la publication d'une spécification comme "standard Internet". Mais, cela ne suffit pas, il y eut des retards dans les publications et la légitimité de l'IAB fut contestée. Les internautes remirent en cause la capacité de ses membres à juger incorrect un travail d'expert.

En 1992, la tension était telle qu'il fallut remplacer le gouvernement "aristocratique" de l'IAB par une démocratie électronique, partir de la base (l'IETF) au lieu du sommet (l'IAB). Désormais, les décisions de publication sont prises par l'IESG. L'IAB, rebaptisé "Internet Architecture Board" est responsable de la direction à long terme, elle veille à la cohérence de l'architecture du réseau.

La tradition de l'IETF veut que les débats menés en son sein pour élaborer un "standard Internet", le soit par E-mail. Pour chaque projet est établie une liste de distribution ouverte à tous les internautes. Il n'y a donc que des internautes dans cette organisation. Tous les documents de travail sont placés sur des serveurs accessibles à tous les internautes. Ces procédures électroniques permettent de créer un standard en quelques mois au lieu des quelques années nécessaires aux organismes traditionnels. Les propositions des experts sont connues immédiatement par tous, analysées et discutées à la vitesse du réseau. Mieux vaut être compétent pour se lancer dans de telles tentatives.

La procédure de décision au sein de l'IETF, quant à elle, repose sur le consensus. Il n'y a ni vote ni arbitre. La devise de l'IETF qui est une reprise d'un discours de Dave Clark, le premier président de l'IAB, est la suivante : "Nous rejetons les rois, les présidents et même les votes. Nous croyons aux consensus approchés et aux codes qui marchent". Le postulat de base de ce processus est l'égalité des voix, l'égalité des individus. Cette procédure a pour principal intérêt de stimuler la discussion et non de la bloquer. En effet, elle évite le piège de la technique du consensus soit l'absence de décision puisque, s'il n'y a pas de consensus, les différents standards en concurrence seront publiés. C'est le marché qui choisira. C'est d'ailleurs toujours lui qui choisit, puisque les "standards Internet" n'ont aucune force de loi, ce sont des spécifications publiées pour rendre service à la communauté. D'autre part, pour que ces standards soient validés le consensus ne constitue que la première étape, dans une deuxième étape il faut démontrer l'existence de plusieurs prototypes construits par plusieurs fournisseurs et capables de coopérer, dans une troisième étape il faut que les acheteurs aient le choix entre plusieurs produits de différents fournisseurs. Rien n'est jamais imposé. Le mode de normalisation se fait donc par "diffusion naturelle", si le produit répond à un besoin des utilisateurs, il y aura une normalisation "de fait".

Reste que pour les évolutions affectant l'ensemble du réseau, la diffusion naturelle connaît ses limites, c'est alors l'IAB qui joue un rôle de médiateur pour tenter d'obtenir le consensus.

Enfin, la procédure d'élection des membres de l'IAB et de l'IESG est copiée sur celle de la démocratie athénienne. A l'origine, les membres de l'IAB étaient cooptés, ceux de l'IESG nommés par son président. Désormais, ils sont renouvelés par moitié tous les ans. Chaque année est tirée au sort, dans une liste de volontaires, un "comité de nomination" qui va décider quels anciens membres seront reconduits et quels nouveaux seront nommés. Seuls peuvent être volontaires ceux qui ont assisté à deux assemblées plénières de l'IETF, c'est à dire ceux qui sont présumés connaître le processus. Les nominations à l'IESG sont ensuite approuvées par l'IAB et celles de l'IAB par le conseil d'administration de l'Internet Society (ISOC), société savante responsable en dernier recours de la publication des standards de l'Internet. L'ISOC est un organisme destiné à promouvoir le développement de l'Internet, tout utilisateur peut y adhérer, il fédère différents comités dont un qui examine les questions juridiques et politiques posées par le réseau.

Les "autorités techniques" de l'Internet relèvent donc bien plus d'un service rendu aux internautes que d'organisations gérant le réseau. Ces organisations n'ont en tout cas aucunement été imposées, on peut même dire qu'elles sont l'objet commun des fondateurs du réseau et des internautes. Juridiquement, cela signifie qu'il n'existe pas de structure permettant d'appliquer les droits nationaux. Même les organismes classiques de normalisation n'arrivent pas à mener leur mission sur le réseau.

2. Le rejet des organismes classiques de standardisation par le réseau

Il s'agit, au premier chef, de l'ISO soit l'organisation internationale de standardisation. Elle a à plusieurs reprises été confrontée à l'IAB et est même allée jusqu'à intimider l'ordre à l'IETF d'appliquer ses standards. Autant dire que l'antagonisme entre cette organisation et les "comités" de l'Internet est fort. Pourtant, son statut international et ses procédures s'inspirent de l'ONU. La représentation et le vote s'effectuent par pays d'une façon égalitaire. On pourrait donc penser qu'il n'y a là rien d'alarmant.

Mais les critiques fusent⁴⁹. En effet, le mode de fonctionnement de l'ISO ne peut que déplaire aux internautes. A l'inverse de l'IETF, il n'y a pas de reconnaissance des individus, la compétence technique s'efface devant la compétence politique. Le système de la majorité appelle des compromis techniques, les intérêts commerciaux influencent la qualité des normes élaborées. De telles organisations coûtent très cher, il faut se déplacer et donc disposer de locaux pour débattre et voter. Elles entraînent des pertes de temps énormes comparé aux organismes du Net. Les standards élaborés risquent d'être périmés avant même qu'ils ne soient adoptés. Enfin, la procédure de vote de l'ISO permet à l'administration de définir des positions nationales pour, en principe, protéger l'industrie française. Ce type d'organisation est, par conséquent, honni par les internautes.

L'autorité sur l'Internet ne semble donc exister que parce qu'elle est utile, légitime et acceptée. De plus une autorité ne saurait être acceptée si elle venait à restreindre la place de liberté et de l'égalité dans son fonctionnement ou sur le réseau. Le culte de la liberté et de l'égalité a donc empêché toute sanction des déviances quand elles ont commencé à se manifester, aucune entité ne disposait d'une légitimité permettant de passer outre ce principe. Personne ne pouvait dépasser les différentes conceptions morales des internautes et dire ce qui était moralement admissible. C'est encore le cas aujourd'hui puisque les tentatives pour créer une autorité centrale sur l'Internet, un conseil de l'Internet n'ont pas abouti. Il n'y a donc aucune structure permettant de forcer les internautes à respecter leurs droits sur le réseau. La liberté, sur l'Internet, est trop absolue.

C. Remise en question du culte de la liberté et de l'égalité

Malgré sa virulence, la Cyberculture est en perte de vitesse, cette culture pose donc moins d'enjeux juridiques.

La culture du réseau s'est, en effet, sensiblement modifiée. Le nombre croissant d'utilisateurs n'a pas permis de garder le cercle vertueux. La Nétiquette n'est déjà plus d'actualité. Elle ne "règne" plus sur les forums. Désormais un code de bonne conduite, développé par la "communauté des utilisateurs d'Internet" est intégré dans le contrat passé entre le fournisseur d'accès à l'Internet et l'utilisateur. L'internaute doit "déclarer connaître" ce code et est informé que sa violation peut avoir pour effet de "l'exclure de l'accès des autres services Internet"⁵⁰. De même une poignée d'alarme virtuelle en cas "d'agression", qui centralise les plaintes auprès du serveur responsable, remplace ou tout du moins accentue l'effet des protestations des interlocuteurs. Le non-respect n'est donc plus sanctionné "naturellement" par le réseau. L'égalité n'est pas en reste puisque non content de cette évolution de nombreux

⁴⁹Christian Huitema, Et Dieu créa l'Internet, éd @Eyrolles, 1995, p 78 une démocratie électronique.

⁵⁰ Conditions Générales d'utilisation d'Infonie.

internauts se sont réfugiés dans des forums accessibles qu'aux abonnés, certains nécessitant même des périodes d'initiation !

Néanmoins, la grève de l'Internet du début de l'année, menée dans le but de faire baisser les tarifs de France télécom vis à vis de l'Internet pour permettre un accès plus démocratique au réseau doit inciter à critiquer prudemment. La Cyberculture est toujours en vigueur même si elle est moins perceptible. Le droit n'est pas encore naturellement respecté sur le réseau.

La Cyberculture repose donc, malgré une baisse de son intensité, sur des principes d'égalité, de liberté et accessoirement de gratuité. Ces notions ne connaissent pas de limites sur l'Internet. Cette culture s'apparente donc plus à une sorte de droit des internautes, une sorte de "droit naturel". L'Internet rejette les lois comme "les rois".

Ces principes sont suffisamment appliqués dans le Cyberspace, ancrés dans la Cyberculture pour que l'internaute ait l'impression qu'on le prive de ses droits si, par exemple on interdisait à un de ses sites préférés de fonctionner et à fortiori si on lui interdisait d'aller sur certains sites et de parler de certains sujets. Il tentera par tous moyens de s'opposer à de telles décisions.

Sur l'Internet, l'internaute substitue donc les principes de la Cyberculture à ceux de son droit national, il n'applique pas naturellement son droit. Pourtant, le droit est censé s'appliquer sur l'Internet comme ailleurs, ce réseau ne bénéficie pas d'une immunité juridique.

Mais cette attitude de l'internaute n'est pas aisément contrôlable, le principe qui fonde l'architecture juridique de l'Internet connaît des difficultés d'application.

Section II - Le principe du respect des droits nationaux

Le droit applicable sur le réseau est le droit commun des différents Etats, ceux-ci ayant refusé de créer des "droits du Net". Ils ont rappelé les internautes à la réalité. Leur culture n'est que virtuelle par contre leur citoyenneté est étatique, aussi sont-ils tous soumis à leurs droits nationaux. Reste que ce principe trouve ses limites dans les spécificités du réseau. Son application est loin d'être évidente.

§1 - Le principe

Le "principe" est que "ce qui est interdit hors du Net, l'est sur le Net". Les droits nationaux s'appliquent donc entièrement sur l'Internet. D'une manière générale les Etats ont estimé que leurs droits positifs fournissent des moyens suffisants pour palier aux problèmes de l'Internet. Ainsi, en France, le Conseil d'Etat⁵¹ pour qui "l'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs de l'Internet" précise qu'il "n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux". Cette solution paraît logique puisqu'il est vrai que l'Internet ne pose pas de problème juridique qui n'ait déjà été envisagé.

Ainsi, la mission interministérielle mise en place le 16 mars 1996 pour étudier le cadre législatif et réglementaire applicable à l'Internet et faire des propositions d'adaptation ou

⁵¹ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/rapce98/synthese.htm>

d'élaboration de nouveaux textes, si nécessaire, a conclu que l'arsenal législatif français était suffisant⁵².

Selon le rapport de la commission, la protection civile est assurée grâce à la combinaison des articles 9, 1382 et 1383 du code civil⁵³. Avec la jurisprudence dont ils ont fait l'objet, ils permettraient de sanctionner les atteintes à la vie privée effectuées via le réseau. Le code pénal permettant (articles 226-1, 226-2, 226-8), pour sa part, de réprimer les violations de l'intimité de la vie privée résultant de l'enregistrement, de la transmission, de la conservation, de la diffusion et de la publication de paroles ou d'images sans le consentement de la personne. D'autre part, le droit pénal permet de réprimer les atteintes au secret professionnel (article 226-13) et le recel (article 321-1) ou la complicité de recel de documents et de données frauduleusement communiqué à un tiers par l'auteur de l'infraction.

La protection de la jeunesse est aussi possible. Elle repose tout d'abord sur des dispositions non pénales : article 371-2 et suivants du code civil sur l'autorité parentale, article 375 et suivants du code civil sur l'assistance éducative, réglementations spécifiques à la presse, à l'audiovisuel et à la télématique anonyme visant à protéger les mineurs, loi n° 96-299 du 10 avril 1996 relative aux expérimentations dans le domaine des technologies et des services de l'information. Elle est ensuite pénalement assurée : articles 227-24 du code pénal sur l'outrage aux bonnes mœurs, article 283 réprimant les messages présentant un caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine.

La protection des données est, elle, garantie par la loi du 6 janvier 1978 dite "loi Informatique et Liberté" et relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, ainsi que par la loi "Godfrain" du 5 janvier 1988 contre la fraude informatique.

Enfin, le consommateur peut aussi être protégé sur l'Internet. Ainsi, les principales dispositions du droit de la consommation relatives à la publicité⁵⁴, à la vente à distance⁵⁵, à l'interdiction des pratiques tendant à tromper le consommateur⁵⁶, aux règles régissant les contrats de consommation⁵⁷ s'appliquent sur l'Internet. La DGCCRF⁵⁸ est aussi présente sur l'Internet, elle y protège le Cyberconsommateur. A cette fin, elle s'est dotée d'un réseau de veille qui observe l'Internet. Or, selon Joël D'Angio, chef de service régional de la DGCCRF, chargé de mission au ministère des finances pour développer les contrôles sur le réseau Internet, "l'Internet ne représente pas une révolution pour la DGCCRF, la France pouvant, en matière de commerce électronique, se prévaloir de l'expérience du Minitel"⁵⁹. De plus la DGCCRF n'est pas seule à surveiller le réseau, elle collabore étroitement avec les organismes de surveillance de la gendarmerie, de la police, des douanes et des impôts. Seuls certains

⁵² Internet : Enjeux juridiques, Rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'Espace et au ministre de la culture, La Documentation française, Paris, 1997.

⁵³ L'article 9 pose le principe du droit au respect de la vie privée, les articles 1382 et 1383 posent le principe de la responsabilité civile.

⁵⁴ Par exemple : les dispositions des lois Royer (art L121-1 c. consommation) et Evin .

⁵⁵ Par exemple : les art L114-1 sur les délais de livraison et L121-16 sur le délai de réflexion.

⁵⁶ Par exemple : l'exigence de clauses claires, les procédés de réduction de prix ou les avantages en nature.

⁵⁷ Par exemple : les lois Scrivener.

⁵⁸ Direction Générale de la Concurrence, de la Consommation et de la Répression des Fraudes.

⁵⁹ Dossier la police Internet, Net@scope, numéro 16-février 1999, p 29.

domaines tels que les loteries et la fiscalité des jeux posent encore des problèmes, notamment à cause de l'existence de casinos virtuels⁶⁰.

Le rapport de la commission n'aborde pas la question des droits d'auteurs mais, si elle l'eût fait, le constat aurait été le même : le droit français peut s'appliquer sur l'Internet. Cependant, ce n'est qu'une possibilité et que dans les faits, le droit français, comme tous les droits nationaux, se heurte aux spécificités du réseau Internet.

§2 - Les droits positifs et les spécificités d'Internet

Diverses caractéristiques du réseau empêche l'application des droits nationaux. Ainsi, les Etats qui ne voulaient pas créer un droit du "Net", ont tout de même été obligé d'envisager les adaptations nécessaires de leurs droits positifs. Mais même adaptés, ces droits semblent inapplicables dans leur totalité.

A. L'Internet est empreint d'une technicité difficile à appréhender

Une approche juridique, toujours fondée sur la définition de catégories, n'est pas aisée à mener sur l'Internet. En effet, identifier des catégories d'acteurs du réseau nécessite de différencier les rôles de ces acteurs au sein du réseau et donc de comprendre les techniques qu'ils utilisent. Mais ces techniques sont nouvelles et compliquées, il n'y a donc pour l'instant aucune catégorie qui n'ait été clairement définie.

Mme Blanquet⁶¹ oppose par exemple les "industries du tuyau", c'est à dire les acteurs purement techniques du réseau, aux "industries du contenu", soit les acteurs qui ont un rapport avec l'information en ligne.

M Patrick Auvret⁶² identifie, pour sa part, à travers une recherche des responsabilités dans le droit de la presse quatre acteurs du réseau. En premier lieu, il y a les internautes, ils "se connectent en vue d'obtenir ou de diffuser des informations". Dans une deuxième catégorie, on trouve les fournisseurs d'informations et de services. Le fournisseur d'information étant "la personne qui souhaite émettre un message", il "charge sur le système des données qu'il a créé ou collecté sur un sujet déterminé" et le fournisseur de service étant un pourvoyeur d'information, un professionnel de la diffusion ou les deux. La troisième catégorie concerne les fournisseurs d'accès. Ils offrent au public "un service de connexion", ils ne fournissent pas d'information. Enfin, la quatrième catégorie est constituée par les fournisseurs d'hébergement qui assurent "un service de stockage et de gestion de contenu permettant à un fournisseur d'informations de les rendre accessibles au public".

M. Verbiest⁶³ dégage, lui, à travers une recherche de la responsabilité des acteurs du réseau face au phénomène des casinos virtuels, quatre catégories différentes.

La première est formée par les fournisseurs d'hébergement, d'accès et d'infrastructure, les fournisseurs d'infrastructure étant les "sociétés de télécommunication et les câblodistributeurs

⁶⁰ Thibault Verbiest, « Les casinos virtuels : une nouvelle Cybercriminalité ? », http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm, le 09/03/99.

⁶¹ Autoroutes électroniques et téléports, éd ESF, Marie-France Blanquet, 1995, p 73 et 88.

⁶² JCP Edition générale, 3 février 1999, I 108, p257, l'application du droit de la presse au réseau Internet.

⁶³ Thibault Verbiest, Les casinos virtuels : une nouvelle Cybercriminalité ?, http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm, le 09/03/99.

qui permettent le transport matériel des informations”. Les autres fournisseurs de cette catégorie ont la même définition que celle de M.Auvret.

La seconde catégorie concerne les outils de recherche. Elle comprend les moteurs de recherche et les annuaires qui réalisent de la publicité. Mais aussi les sites offrant de la publicité ou renvoyant à d’autres sites par des liens hypertextuels puisqu’ils offrent aussi un moyen à l’internaute de trouver des sites sur le sujet qu’il recherche. La troisième catégorie inclue les organismes financiers permettant un paiement en ligne par le biais de systèmes électroniques ou par cartes bleues. La dernière catégorie comprend les intervenants techniques dans le fonctionnement du site et les marchands de logiciels.

Les juristes ont donc des problèmes pour dire qui est responsable de quoi, quel droit doit respecter tel intervenant. De plus, toutes ces catégories peuvent se recouper : le fournisseur d’hébergement peut être fournisseur de contenu comme l’internaute peut être à la fois éditeur et serveur. Aussi, la jurisprudence française n’avance t-elle que très lentement dans la définition de catégories⁶⁴, seul le fournisseur d’hébergement a pour l’instant fait l’objet d’une réflexion juridique⁶⁵. Enfin, les techniques évoluent très vite, le droit n’a pas toujours le temps de les saisir pour clarifier les régimes juridiques qui les concernent.

B. La fugacité et la volatilité du contenu de l’Internet

Le contenu de l’Internet n’est en effet pas stable, un message litigieux peut disparaître ou se transformer à tout instant. De plus, le contenu de l’Internet n’est pas sécurisé ce qui permet à l’auteur d’un message litigieux de faire valoir que son message originel a pu être modifié par un tiers. Etablir la preuve d’une infraction n’est donc pas évident⁶⁶. L’internaute peut au mieux apporter un enregistrement de ce qu’il a vu mais en général, il ne pourra que témoigner. Les organismes de surveillance du réseau ne sont pas mieux placés pour apporter des preuves, les techniques de verbalisation n’étant pas adaptées. Les agents de la DGCCRF ne peuvent donc constater une infraction qu’en effectuant des captures d’écran qui sont imprimées ou copiées sur disquette⁶⁷. Mais cela ne constitue pas une preuve, ce sont juste des éléments de preuve.

Cette situation implique de nombreux problèmes. Par exemple, comment apporter la preuve du point de départ des délais de prescription ou de réflexion ? Ou encore, comment assurer au bénéficiaire d’un droit de réponse que sa réponse bénéficiera d’une audience identique à celle du message qui lui a porté atteinte ?

C. L’Internet est un réseau transnational

C’est la spécificité de l’Internet qui remet le plus profondément en cause le principe du respect des droits nationaux.

Sur l’Internet il n’y a pas de frontière, la notion de territoire ne signifie rien.

⁶⁴ Renvoi chap II et partie II.

⁶⁵ Cour d’Appel de Paris, arrêt du 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, <http://www.altern.org/defense/jugement.html> ; pour un commentaire, voir : Lionel Thoumyre et Thibault Verbiest, « Le mannequin et l’hébergeur », Juriscom.net, 25 février 1999, <http://www.juriscom.net/espace2/resp2.htm>

⁶⁶ Les problèmes de preuve seront développés lors de l’étude des droits concrètement remis en cause par le réseau (chap II) et dans la deuxième partie.

⁶⁷ Joel d’Angio, Dossier la police Internet, Net@scope, numéro 16-février 1999.

En effet, les faits y sont plurilocalisés. Leurs éléments constitutifs ne sont donc pas rattachables à un seul territoire, ils sont potentiellement l'objet de plusieurs systèmes juridiques. Le réseau doit donc, forcément, être envisagé juridiquement dans une logique internationale.

Il ne suffit donc pas de se demander si nos textes, nos systèmes de responsabilité trouvent à s'appliquer. Il faut préalablement savoir si le raisonnement fondant ces techniques peut être mené. En effet, un raisonnement se mène par rapport à un système juridique de référence qui, à défaut de droit international, est nécessairement un droit national. Or, dans le cas de faits plurilocalisés, il faut déterminer le système juridique qui servira de référence. L'Internet pose donc une double problématique de droit international privé et de droit pénal international.

L'application de l'intégralité des droits nationaux semble alors illusoire. Par exemple le droit pénal français, pour réussir à s'appliquer, doit faire face à la complexité technique du réseau dans la recherche de la source du délit, les sites miroir et les serveurs anonymes étant autant d'obstacles à surmonter. De plus, malgré le développement d'une entraide répressive entre les Etats, la règle de la double incrimination⁶⁸ n'autorise la poursuite que pour des infractions répondant à une qualification pénale dans les deux Etats, ainsi qu'à un minimum de gravité et n'ayant pas un caractère politique. Les enquêtes et les poursuites se trouvent donc vite bloquées puisque, par exemple, les Etats-unis n'incriminent pas les propos racistes ou révisionnistes et pour d'autres pays ces mêmes propos seront des infractions politiques. Il faut aussi compter avec les paradis de l'Internet.

Ainsi, tout en reconnaissant que l'arsenal législatif français suffit pour parer aux problèmes de l'Internet, la mission interministérielle a été amenée à faire des propositions d'adaptation du droit. Elle pose quatre convictions méthodologiques que nous envisagerons ultérieurement mais, dont la première s'énonce en ces termes : "une démarche purement nationale est illusoire". Puis, parmi ses propositions d'adaptation⁶⁹, elle met l'accent sur la nécessité de développer la coopération internationale.

L'architecture juridique de l'Internet est donc faible. Le "principe juridique" qui la fonde ne permet pas de contrôler le contenu qu'offre le réseau, il n'est pas adapté au réseau.

En effet, son application se heurte tout d'abord à la culture du réseau. Cependant, il faut préciser que c'est le principe de l'application entière des droits nationaux qui est rejetée par le réseau. En effet, les internautes eux-mêmes sont conscients que la Cyberculture est génératrice de déviance et doit être encadrée ou tout au moins aidée par le droit. Or, le principe "dégagé" par les Etats suppose une présence juridique trop forte sur le réseau. Une réglementation de l'Internet inspiré par un tel principe aurait pour conséquence de tuer son objet. L'Internet, en effet, ne doit ses caractéristiques qu'à la Cyberculture. S'il propose autant d'enjeux démocratiques cela n'est dû que pour partie à son fonctionnement technique, la communication n'y est démocratique que parce qu'elle repose sur la liberté et l'égalité. Il est à donc craindre qu'en sacrifiant la Cyberculture sur l'autel du respect des droits nationaux, on ne fasse plus de l'Internet qu'un simple service de vente de produit, sans aucun problème, certes mais, sans aucun intérêt. Il est peu probable, en effet, que si l'internaute devait obtenir une autorisation pour ouvrir son site dans chaque pays ou il veut "émettre", ou encore

⁶⁸ Article 113-6 NCP.

⁶⁹ Ces propositions seront étudiées dans la deuxième partie de ce mémoire (chap II section II).

permettre la lecture de son site dans toutes les langues, il continuerait sereinement à proposer à ses congénères un contenu aussi attractif.

D'autre part, ce principe se heurte aussi aux spécificités techniques du réseau et à son caractère transnational.

En fait, ce principe semble même critiqué dans les faits par les Etats. En effet, si en droit il reste valable, les Etats ont bien compris qu'il n'était pas encore d'actualité. La France l'a clairement montré en centrant sa réflexion juridique sur le respect des principes essentiels de son droit national et qu'accessoirement sur l'application totale de son droit. Ainsi, la proposition de M.Fillon⁷⁰ d'une initiative, à ses partenaires européens sur l'Internet, parlait essentiellement de déontologie et mettait en avant les "risques sérieux d'atteinte à l'ordre public" qu'offre le réseau. Aussi, pour M.Fillon, "le caractère transnational d'Internet appelle une coopération internationale appropriée" qui "n'aurait pas vocation à établir une réglementation contraignante d'Internet". "il s'agit bien plus de faire en sorte que les pays s'accordent sur un minimum de principes communs pouvant former le socle d'un code de bonne conduite sur l'Internet". Cette réflexion, qui a partiellement aboutie, est toujours d'actualité. Le souci premier et déjà problématique des Etats est donc de s'attaquer aux déviances de l'Internet portant atteinte à leurs principes essentiels, quitte à "reconnaître" ou tout du moins à "prendre en compte" la Cyberculture puisque des solutions d'autorégulation du réseau par ses acteurs ont été dégagés.

Tout l'enjeu d'une réflexion juridique sur l'Internet consiste donc, nous l'avons déjà dit, à assurer le respect des principes essentiels du droit du for. Mais, avant d'envisager comment faire respecter ces principes essentiels sur l'Internet, il convient d'étudier en quoi le contenu proposé par celui-ci les remet en cause.

Chapitre II - Etude du contenu de l'Internet

Nous avons vu précédemment que les droits nationaux ne s'appliquent pas sur l'Internet. C'est pourquoi le contenu qu'héberge ce réseau ne peut pas être contrôlé. Mais, l'inapplicabilité des droits nationaux sur l'Internet n'est pas en soi un problème juridique si le contenu de ce réseau n'est préjudiciable à aucun droit. On ne peut donc pas éluder une étude de ce contenu. Bien sûr le résultat de celle-ci ne sera pas surprenant. Les déviances de l'Internet ont été suffisamment médiatisées pour que notre étude puisse surprendre. Mais, il est toujours dangereux de s'appuyer sur des postulats, en effet, même si l'affirmation est correcte, c'est prendre le risque de sous-évaluer ses enjeux.

D'autre part, nous avons pris le parti de dire que l'enjeu d'une réflexion juridique sur l'Internet était de permettre aux principes essentiels des différents droits nationaux de s'appliquer. Cela signifie donc que notre postulat est en fait le caractère préjudiciable du contenu de l'Internet aux principes essentiels des différents droits nationaux. Or, à part quelques cas de pédophilie, rien ne permet de se conforter dans cette affirmation, tout au contraire, il nous faut prouver que l'Internet remet en cause de tels principes. C'est ce que nous ferons en centrant notre étude sur le droit français.

⁷⁰ Communiqué du 24 avril 1996, secrétariat d'Etat à l'industrie-France,
<http://www.telecom.gouv.fr/francais/comdis/cp240496.htm>

Enfin, si cette étude n'a pas été menée préalablement à l'étude de l'architecture juridique de l'Internet, ceci s'explique par le fait qu'il paraissait plus logique de comprendre d'abord comment un tel contenu avait pu se développer sur le réseau.

Reste donc, avant d'entamer cette étude, à définir ce que sont les principes essentiels des différents droits nationaux. A cette fin, il faut préciser la notion d'ordre public international. En droit français, celle-ci permet à un juge "de s'abriter derrière l'ordre public pour écarter une loi étrangère normalement applicable lorsque l'application de cette loi porterait atteinte aux règles constituant les fondements politiques, juridiques, économiques et sociaux de la société française"⁷¹.

Or, ces règles constituant les fondements de notre société sont contenues dans la déclaration de 1789 qui a valeur constitutionnelle et dans le préambule de la constitution française de 1946⁷². Le législateur est tenu de les respecter. Ces principes⁷³ font partie du bloc de constitutionnalité qui sert au conseil constitutionnel à apprécier la légalité des actes du pouvoir législatif. Si une loi est en désaccord avec ces principes juridiques, elle sera déclarée inconstitutionnelle. Ce sont donc des principes essentiels de notre droit.

Cependant, la déclaration de 1789 et le préambule de la constitution de 1946 n'ont pas défini des règles assez précises pour que les juges puissent garantir efficacement les fondements de notre société. Ils avaient besoin d'outils plus précis. A cette fin ont été dégagés des principes généraux du droit. Ce sont des principes qui, bien que n'étant pas explicitement énoncés dans les textes constitutionnels, s'imposent au législateur. C'est par exemple la liberté du commerce et de l'industrie, le respect des droits de la défense, l'indépendance des professeurs de l'université ou bien encore l'égalité des justiciables devant la justice⁷⁴. Or, puisqu'ils "jouent un rôle important"⁷⁵ en droit privé nous les considérons au même titre que les textes constitutionnels précités comme des principes essentiels de notre droit.

Mais en fait, ni les fondements constitutionnels, ni les principes généraux du droit ne suffisent à définir ces principes essentiels. Il paraît ainsi nécessaire d'inclure dans la définition de ces principes essentiels tous les principes juridiques garantissant les fondements de notre société dans les différentes branches de notre droit. En effet, on peut considérer qu'il est nécessaire, pour que la liberté⁷⁶ ne soit pas violée sur le réseau que, par exemple, le Cyberconsommateur bénéficie de la théorie des vices du consentement du droit français qui garantit la liberté de contracter. Or, les règles posées par cette théorie, qui garantissent les fondements de notre société, ne sont pas dans la constitution et ne sont pas des principes généraux du droit à proprement parler. Pourtant, la nullité du consentement donné sous la violence, par dol ou erreur paraît être au même titre que la liberté des individus, un principe essentiel de notre droit.

Pour apprécier si les principes essentiels de notre droit sont respectés sur le réseau, nous délimiterons tout d'abord les domaines de notre droit où l'Internet porte atteinte à ces principes (section I). Puis nous identifierons concrètement les droits appartenant aux

⁷¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz 1995 p 389.

⁷² Textes constitutionnels français et étrangers, Dominique Colas, Larousse, 1994 p 611 et p 776.

⁷³ Parmi ces principes on peut citer le droit de propriété, le droit pour les travailleurs d'être protégé socialement...

⁷⁴ Morand Deviller, Cours de droit administratif, Montchrestien 1995 p 244.

⁷⁵ Lexique des termes juridiques, Dalloz 1995 p 433.

⁷⁶ Fondement de notre société posé par l'article 2 de la déclaration de 1789.

personnes qui sont remis en cause par l'Internet(section II). C'est à ce prix que l'on pourra apprécier l'ampleur de l'atteinte portée à nos principes essentiels par ce réseau.

Section I - Analyse des domaines juridiques remis en question par le contenu de l'Internet

Le contenu de l'Internet pose deux problématiques juridiques distinctes. Le contenu non marchand de l'Internet appelle une réflexion juridique basée essentiellement sur les domaines des libertés publiques et du droit de propriété⁷⁷. Le contenu marchand du réseau remet, lui, plutôt en cause les droits régissant l'activité économique⁷⁸.

En effet, réduire les domaines juridiques d'une réflexion sur l'Internet au droit d'auteur, au droit à la vie privée, au droit de la consommation et à la protection des mineurs risque de la condamner. Elle serait trop partielle⁷⁹ et ne pourrait donc prendre en considération toutes les atteintes que subissent nos principes essentiels. De plus, il ne faut pas limiter la réflexion au contenu actuel du réseau, il faut l'inscrire dans le long terme et donc envisager le contenu prévisible du réseau. Celui-ci n'étant, pour l'instant, ni contrôlé, ni arrivé à maturation, il peut encore développer un contenu préjudiciable inconnu.

Reste qu'il peut sembler quelque peu utopique de vouloir saisir le contenu de l'Internet. En effet, celui-ci est partiellement obscur, il n'est pas possible d'appréhender tout ce qui se dit dans les forums ni tout ce qui transmet via le téléchargement. Seul le contenu du web peut donc être saisi. Mais là encore il n'est pas envisageable de mener une description détaillée. Le contenu du web est non seulement pléthorique mais de surcroît instable. Seule une analyse des tendances de ce contenu et de ses enjeux est donc possible.

Notre réflexion juridique suivra une analyse différenciant le contenu actuel de l'Internet de son contenu prévisible.

§ 1 - Le contenu actuel de l'Internet

Selon le rapport de la mission interministérielle⁸⁰, le contenu non marchand de l'Internet poserait des questions relatives aux atteintes à la vie privée par l'enregistrement et la diffusion de l'intimité de la personne et il impliquerait une réflexion sur la protection de la jeunesse et la protection des données. Le contenu marchand, lui, développerait des interrogations sur le droit de la consommation. Pourtant, il semble que le contenu actuel du réseau appelle une réflexion juridique sur des domaines plus larges.

A. Le contenu non marchand de l'Internet

Selon le Conseil d'Etat⁸¹, le contenu non marchand du réseau pose déjà des problèmes plus conséquents. Il soulèverait des questions relatives aux droits intellectuels, aux données personnelles et à la vie privée ainsi qu'à la présence de comportements illicites. Cette analyse

⁷⁷ Article 2 de la déclaration de 1789.

⁷⁸ Préambule de la constitution de 1946 posant le principe du droit de grève, du droit syndical, du droit à la protection sociale.. Textes constitutionnels français et étrangers, Larousse,1994, p 776.

⁷⁹ Rapport de la mission interministérielle, Internet : Enjeux juridiques, Rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunications et à l'Espace et au ministre de la culture, La Documentation française, Paris, 1997.

⁸⁰ Ibid.

⁸¹ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998 <http://www.internet.gouv.fr/français/textesref/rapce98/synthese.htm>

semble déjà plus élaborée que celle de la mission interministérielle. Mais nous verrons que ces domaines de réflexion sont encore réducteurs, ils ne permettent pas d'englober toutes les questions liées à ce contenu. L'Internet non marchand pose en fait une problématique plus large de liberté publique et de droit de propriété qui est accentuée par l'arrivée de services publics sur le réseau.

1. L'Internet pose une problématique de liberté publique et de droit de propriété

Le contenu du réseau Internet a beaucoup évolué depuis sa création. A l'origine, les acteurs du réseau qui étaient des universitaires et des chercheurs avaient créé un contenu essentiellement savant, ils avaient ranimé le mythe de l'encyclopédie⁸². Pour eux, les médias électroniques devaient permettre une "radicalisation de l'idée chère au XVIII Siècle d'un savoir partagé, accessible en droit sinon de fait au plus grand nombre"⁸³. Ainsi fut même lancé en 1986 un projet d'encyclopédie électronique par l'éditeur Microsoft. Mais cette tendance du contenu initial de l'Internet ne rend plus compte de la réalité. Il y a bien eu des réalisations d'encyclopédies électroniques, mais elles sont désormais intégrées dans les mémoires des ordinateurs au lieu de remplir le Cyberspace. Seul le réseau des universités (le wave) propose un contenu de cette sorte. Le Cyberspace est désormais un espace dont le contenu dévoile "l'intériorité chaotique, le ronronnement inlassable, les banales futilités et les fulgurations planétaires de l'intelligence collective"⁸⁴, il est donc extrêmement difficile de le cerner et de dégager tous les enjeux juridiques qu'il suscite.

Néanmoins, le contenu non marchand de l'Internet peut être appréhendé selon les catégories proposées par les moteurs de recherche, les annuaires ou Les navigateurs. Ainsi le moteur de recherche hachette.net⁸⁵ propose les 14 domaines de recherche suivants : culture, divertissement, économie, formation - emploi, boutiques, voyages, musique, presse - média, sciences, société, informatique - Internet, sports, France, vie quotidienne. Ce classement, qui est à peu près le même sur tous les moteurs de recherche, permet de se "faire une idée" de la diversité du contenu non marchand du réseau puisque seules deux rubriques de ce classement renvoient à un contenu clairement commercial (boutiques, voyage). Pourtant, il est loin de donner une idée exacte de la cette diversité. En effet, à ce premier classement il faut ajouter un deuxième classement en sous catégories. Prenons par exemple la catégorie société dans hachette.net et la sous division débats, dès lors il faut savoir ce que l'on veut. On peut en effet accéder en moins de trois minutes à des sites pirates, des sites sur la guerre en Serbie ou bien encore à des sites sur la cuisine diététique. Mais en fait, c'est en "surfant" à l'aide des liens proposés dans les sites que l'on se rend compte des divers sujets abordés.

Pour exemple AOL⁸⁶ vante les ressources du contenu en ces termes : " vous trouverez un choix français et international complet de journaux, magazines et télévisions ; vous aurez accès aux Sharewares, Freewares⁸⁷ et autres jeux mais aussi à la bourse... la liste est sans fin ". En fait, il est désormais difficile de savoir ce que l'on ne peut pas trouver sur le réseau, de quoi l'on ne peut pas parler, ce que l'on ne peut pas s'échanger !

⁸² Communication & Langages, ed RETZ n°116, 2° trimestre 1998, la navigation et le retour au projet encyclopédique ; Franck Cormerais et Alain Milon, p 76.

⁸³ Ibid p 80.

⁸⁴ Pierre Lévy, qu'est ce que le virtuel ? Ed La Découverte & Syros, Paris, 1998, p 114.

⁸⁵ <http://www.hachette.net/>

⁸⁶ Correspondance privée.

⁸⁷ Logiciels de jeux gratuits.

Dès lors, les domaines de la réflexion juridique du Conseil d'Etat semblent plus appropriés que ceux de la mission interministérielle. On peut en effet trouver sur le réseau des informations privées sur une personne, des comportements illicites et des atteintes aux droits intellectuels notamment en raison de l'aspect gratuit du réseau. Mais, le conseil lui-même soulève l'aspect réducteur de cette interrogation⁸⁸. En dégagant une réflexion sur la notion d'identité virtuelle donnant à la personne virtuelle des droits distincts de la personne physique, il raisonne en des termes plus larges que ceux de vie privée et de données personnelles. Il semble donc que ce contenu soit préjudiciable à d'autres domaines juridiques. En effet, dès lors que l'on peut parler de tout et voir de tout il faut considérer que le domaine juridique approprié pour raisonner est celui des libertés publiques. De même, quand l'on peut tout voir et tout s'échanger c'est sur le domaine du droit de propriété qu'il faut réfléchir. Une réflexion juridique menée sur une telle délimitation permettrait d'incorporer toutes les questions soulevées par la mission et le Conseil d'Etat (droits à la vie privée, protection des données, protection de la jeunesse, comportements illicites, droits intellectuels) et d'en envisager de nouvelles. Par exemple, dans le domaine des libertés publiques, le droit de la personnalité permettrait de s'interroger non seulement sur le droit au respect de la vie privée mais aussi sur le droit à l'image, le droit à l'honneur, le droit au secret. De même le domaine du droit de la propriété permettrait de parer aux atteintes aux droits intellectuels mais aussi aux atteintes au droit de propriété sur des objets corporels dans les cas d'atteintes à l'ordinateur. Ce n'est donc que sous cette délimitation qu'une réflexion juridique sur l'Internet peut cerner tous les principes essentiels atteints par le contenu non marchand de l'Internet.

2. L'arrivée des services publics

La mise en ligne des données personnelles que possède l'Etat sur ses citoyens laisse perplexe. Cela donne notamment une toute autre dimension aux problèmes d'atteinte aux droits de la personnalité. Mais ce sont en fait tous les droits garantis par l'Etat qui peuvent être touchés. Mettre en ligne l'administration des impôts ou la sécurité sociale peut singulièrement augmenter le nombre de comportements illicites qui ont lieu sur le réseau. Les principes essentiels de notre droit risquent d'être sérieusement atteints. Par exemple, comment garantir la protection de la santé si un piratage a eu pour conséquence d'effacer toute une partie des numéros de sécurité sociale ? Mais, un pirate pénétrant dans le serveur de cette administration pourrait aussi bien s'amuser à constituer un annuaire des malades du sida⁸⁹...

Jusqu'à peu cette question ne se posait pas, les services publics n'étaient pas présents sur le réseau. Seules quelques collectivités publiques s'étaient intéressées aux nouvelles technologies. Ainsi, le département du Rhône⁹⁰ prévoyait par exemple d'attribuer 5% des capacités de transport de son réseau aux services publics afin que soient développés via l'Internet des services de téléenseignement (duplication dans une classe virtuelle des cours magistraux donnés dans un lycée maître) des services de télémédecine ou pour que soit améliorés les services publics, les services d'urgence et de secours.

⁸⁸ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, page 6 sur 13,

<http://www.internet.gouv.fr/français/textesref/rapce98/synthese.htm>

⁸⁹ Les réponses que la loi informatique et liberté peut apporter à de telles tentatives seront examinées dans la deuxième partie de ce mémoire (Chap II).

⁹⁰ Conseil Général du Rhône, Les autoroutes de l'information, <http://www.cg69.fr/page4.html>

Mais, cette lacune est en train d'être comblée, des rubriques "enseignement et formation" et "institutions et politiques" viennent ainsi s'insérer dans yahoo⁹¹ montrant que de nombreux sites gouvernementaux sont désormais présents sur le réseau. C'est la résultante d'une volonté politique. En France, cette volonté a été explicitée le 16 janvier 1998 par M Jospin⁹². Dans son discours, le premier ministre annonçait la mise en réseau prochaine de l'administration ("l'Internet doit devenir une norme pour l'administration⁹³"). C'est ainsi qu'il est désormais possible d'obtenir des formulaires administratifs comme les déclarations d'impôt par le réseau, d'écrire directement au Premier Ministre sur son site ou bien encore pour les professeurs de l'éducation nationale d'obtenir des informations nécessaires à la préparation d'un cours et de partager des expériences professionnelles via l'Internet. Le gouvernement a lancé des appels à proposition. A terme, le but est de retenir une liste de projets labélisés d'intérêt public servant de base à un programme d'action. Certains de ces projets prévoient ainsi que des procédures d'attribution d'aides aux entreprises passent par le réseau. Si les enjeux ne sont donc pas encore dangereux en France, l'exemple américain incite à la prudence. En effet dans l'Etat de Californie, les assurés sociaux peuvent eux-mêmes saisir leurs feuilles d'assurance maladie. Des centaines de numéros de sécurité sociale transitent donc sur le réseau Internet. Or, si tels services se développent et font l'objet de piratage, les droits de la personnalité risquent d'être balayés.

Le contenu non marchand de l'Internet est donc problématique. On voit de tout sur le réseau, on y parle de tout, on y échange tout, c'est le contenu qui paraît le plus directement remettre en cause les principes fondamentaux des droits nationaux. Afin de résoudre tous les problèmes qu'il pose il paraît nécessaire de raisonner sur le plan des libertés publiques et du droit de propriété.

B. Le contenu marchand de l'Internet.

Si certains sites marchands ne respectent pas les libertés publiques tout comme certains sites non marchands, les commerces de ce type sont marginaux sur le réseau. En effet, il existe des sites de pédophilie marchands mais, le réseau étant surveillé, ces sites doivent se cacher et dans ce domaine il existe peu d'Etats qui acceptent que soient hébergés de tels sites sur leur territoire national. Ces sites à double problématique sont donc une exception. En fait, le contenu marchand du réseau est essentiellement créé par des entreprises commerciales traditionnelles ou des commerçants.

Ce contenu ne soulève donc qu'une interrogation touchant au respect des principes essentiels du droit visant l'activité économique. C'est pour cette raison que la mission interministérielle s'est interrogée sur le respect du droit de la consommation. Le Conseil d'Etat a pour sa part étendu le débat au droit de la concurrence, notamment au droit des marques. Mais cette fois ci, il faut reconnaître que leur réflexion semble en avance sur les enjeux actuels de ce contenu marchand. En effet, si l'Internet pose des questions juridiques face au droit de la consommation et au droit de la concurrence, ceux-ci ne sont pas encore dans les faits remis en question.

⁹¹ <http://www.yahoo.fr/>

⁹² Intervention de Monsieur Lionel Jospin, Premier ministre, à l'issue du comité interministérielle pour la société d'information, <http://www.premier-ministre.gouv.fr/PM/D160198.HTM>

⁹³ Ibid page 5 sur 10.

1. La consommation sur l'Internet

Les entreprises ont investi le Cyberespace⁹⁴. Auchan, Canal +, Carrefour, Danone, La Lyonnaise des eaux, Séphora, Nike et bien d'autres possèdent un site web. Le réseau donne ainsi, à première vue, l'image d'une énorme galerie commerçante. On serait donc légitimement porté à croire que certains principes fondamentaux et notamment ceux protégeant les consommateurs sont bafoués sur réseau tel que l'Internet. Ainsi, dans le droit français, la législation sur la protection du consommateur⁹⁵ qui, par exemple, régit la publicité trompeuse ou encadre l'expression du consentement semble inapplicable sur l'Internet. Dès lors que la vente s'effectue en réseau ces formalités sont difficilement contrôlables. De plus, le commerce électronique est du commerce international il paraîtrait donc plutôt relever de la convention de Rome du 19 juin 1980⁹⁶. Mais, dans les faits, le droit de la consommation ne subit pas d'atteintes significatives. Il y a deux raisons à cela⁹⁷.

Tout d'abord, le contenu non marchand de l'Internet n'attire pas les Cyberconsommateurs en masse, ce n'est pas actuellement l'information la plus consultée sur le réseau⁹⁸. Si les statistiques d'achat ne rendent pas compte de la fréquentation du site, il apparaît évident qu'avec un pourcentage de 10 à 14% d'internautes achetant en ligne, ces sites ne constituent encore qu'une infime partie des sites visités sur l'Internet. Or, n'y ayant pas d'enjeux économiques importants, les entreprises n'ont pas intérêt à tenter d'éviter le droit, ni à se risquer pécuniairement à développer des stratégies élaborées d'endoctrinement des consommateurs.

Ensuite, les entreprises ne savent pas vendre sur le réseau, tout au plus savent-elles créer un contenu publicitaire. Le résultat d'une étude menée sur 35 sites institutionnels par des étudiants de l'Essec âgés de 21 à 25 ans, c'est à dire dans la tranche d'âge visée par les entreprises du web, est à ce sujet révélateur. Cette étude révèle que les entreprises n'ont pas su cibler les caractéristiques spécifiques du Cyberconsommateur.

Leurs sites n'établissent pas de relation client-vendeur suffisamment forte pour attirer le consommateur à une découverte plus poussée.

De plus, le consommateur se sent frustré, les entreprises font preuve de "nombrilisme". Nike, Carrefour ou Casino ne propose aucuns liens vers d'autres sites et si des liens existent, ils ne renvoient qu'aux filiales du groupe (Bouygues est relié à Bouygues Telecom et à TF1 !), ou à des entreprises "amies" (Séphora est relié au Monde et à Libération). Le consommateur ne peut donc pas "surfer" et faire du shopping, il lui faut relancer une recherche.

⁹⁴ Communication & Langages, ed Retz n°116-2° trimestre 1998, Les entreprises sur l'Internet : rêve et réalité, par Maud Tixier, page 58.

⁹⁵ La publicité trompeuse est régie par la loi Royer (art L121-1 du code de la consommation), l'expression de son consentement est notamment protégée par l'exigence de clauses claires dans les contrats de consommation (art L133-2).

⁹⁶ Convention 80/934 CEE de Rome du 19 juin 1980 (j. off. Des Communautés européennes, n° L 266 du 9 octobre 1980).

⁹⁷ Communication & Langages, ed Retz n°116-2° trimestre 1998, Les entreprises sur l'Internet : rêve et réalité, par Maud Tixier, page 58.

⁹⁸ Communication & Langages, ed Retz n°111-1° trimestre 1997, Internet : les opportunités de développement, Christian Grellier, Que consomme-t-on ?, page 54.

En outre, il n'y a pas de transparence de l'information, celle-ci n'est ni neutre ni objective, Shell ignore ainsi ses activités au Nigéria et vante une exploitation modèle d'Amérique et la Lyonnaise des Eaux met en avant les valeurs du groupe au premier rang desquelles on trouve l'éthique ! Or, ces omissions sont trop flagrantes, elles enlèvent du crédit à la société plutôt qu'à augmenter ses ventes.

Enfin, il n'y a pas non plus de réelle volonté de dialogue : dans le forum EDF abritant un débat avec les antinucléaires, Greenpeace n'est pas admise. Le sujet des forums est orienté selon les souhaits de l'entreprise. Le courrier électronique est même souvent rejeté comme mode de communication (la SNCF répond à un tel courrier par la poste) et quand il est utilisé, le ton des E-mail est jugé trop strict et conventionnel.

Les entreprises considèrent donc trop le Cyberespace sous un aspect publicitaire et leurs tentatives "d'endoctrinement" les desservent. Il s'est ainsi développé une multitude de contre sites parallèles appelant au boycott des produits. Cela a eu pour conséquence d'assurer le respect du droit de la consommation, les entreprises préférant désormais sauvegarder leur image de marque.

Néanmoins, ces sites institutionnels ne doivent pas faire oublier la présence de sites marchands qui eux, ont su comprendre les attentes des internautes et vendent parfois trop bien un contenu dangereux. Il en va ainsi d'un site épinglé en 1998 par la DGCCRF car il proposait à ses clients un vaccin miracle contre le sida⁹⁹. Mais là encore, le constat n'est pas inquiétant. Pour M.D'Angio, le Cyberconsommateur est "plus averti que le consommateur moyen traditionnel...il saura bien flairer l'arnaque"¹⁰⁰. De plus, il pourra très rapidement se renseigner via les forums et aller consulter d'autres offres sur le même produit. Enfin, il ne faut pas partir "du principe que les gens qui font du commerce électronique seraient moins honnêtes que les commerçants traditionnels.. ce sont dans la plupart des cas des commerçants comme les autres, qui obéissent à une déontologie"¹⁰¹.

2. La concurrence sur l'Internet

Les atteintes au droit de la concurrence concernent essentiellement le droit des marques, le contenu marchand de l'Internet n'est pas encore assez étoffé pour avoir entraîné le développement d'autres pratiques préjudiciables. En effet, sur l'Internet sont présentes des entreprises du monde entier. Or, si au niveau national une entreprise ira faire valoir en justice ses intérêts si on utilise son nom, il est déjà moins sûr qu'elle le fasse dans un autre pays ou elle ne vend pas. Il faudrait déjà qu'elle connaisse l'existence de l'entreprise qui l'utilise. Ainsi, on peut se retrouver avec des entreprises aux noms identiques ou portant à confusion sur le réseau. La question du droit des marques est donc pertinente. Reste que sur l'Internet, l'ISOC dispose d'un comité gérant l'attribution des noms de domaines, ce n'est pas le vide absolu. Dans la majorité des cas la question trouvera une solution. Le constat est donc le même que pour le droit de la consommation, "le stade actuel du développement du commerce électronique ne présente pas encore une activité suffisamment importante pour que l'on mobilise toute son attention dessus"¹⁰².

⁹⁹ Net@scope, n°16, février 1999, page 29.

¹⁰⁰ Ibid page 31.

¹⁰¹ Ibid page 28.

¹⁰² Ibidem.

C'est donc actuellement le contenu non marchand de l'Internet qui semble remettre en cause le plus profondément les principes fondamentaux des droits nationaux. Il appelle une réflexion sur deux domaines juridiques : les libertés publiques et le droit de propriété. Le contenu marchand de l'Internet ne propose pour l'instant que d'engager la réflexion sur des atteintes partielles au droit de la concurrence et de la consommation. Pourtant, s'en tenir juridiquement à cette constatation serait faire preuve d'une vision à court terme, le contenu prévisible de l'Internet risque d'ouvrir singulièrement le débat.

§ 2 - Le contenu prévisible de l'Internet et les aléas qui l'entourent

Le futur contenu de l'Internet est promis à une commercialisation intense. Or, celle-ci devrait entraîner des bouleversements dans des domaines juridiques qui jusqu'à maintenant semblaient épargnés. Le futur contenu de l'Internet risque, en effet, de remettre en cause l'ensemble du droit économique. Ainsi, ce n'est plus uniquement le droit de la consommation ou de la concurrence qu'il faut intégrer à la réflexion juridique mais aussi le droit du travail, le droit commercial, le droit des sociétés, le droit des obligations et même le droit fiscal des affaires. Le contenu non marchand de l'Internet ne devant pas nécessiter d'envisager de nouveaux domaines de réflexion, nous ne centrerons notre analyse que sur le contenu marchand que le réseau devrait développer à l'avenir.

On peut tenter de définir ce contenu en analysant les stratégies des pays. Ainsi, selon la pyramide de Mayer¹⁰³, l'Europe tenterait de développer un contenu relatif à la recherche fondamentale, les Etats-Unis développeraient plutôt un contenu dirigé vers l'entreprise et l'éducation, le Japon miserait sur les jeux et les distractions. Cette approche n'est pas fautive mais elle a le désavantage d'être trop publique et nationale dans un contexte international. Il apparaît plus judicieux de s'attacher à l'identification des marchés futurs. Or, l'Internet devrait voir son contenu marchand se développer dans deux directions. Tout d'abord les entreprises réussiront à mieux vendre sur le réseau et à proposer un contenu plus large aux consommateurs. D'autre part, le marché inter-entreprises, qui est déjà le premier marché commercial de l'Internet, proposera à terme des services commerciaux novateurs pour les entreprises. Autrement dit le marché des foyers devrait se développer ainsi que celui des entreprises. Mais, ce futur contenu marchand du réseau comporte les aléas.

A. Le développement du marché des foyers

Ce marché, s'il se développe, remettra totalement en cause le droit de la consommation et de la concurrence. En effet, dans un marché aussi international, toute démarche de réglementation unilatérale serait vaine. Le droit français de la consommation risque d'être totalement refondu. La France étant très en retard dans l'équipement informatique des foyers, les Cyberconsommateurs seront essentiellement américains. Le seul droit de la consommation susceptible d'être respecté sera donc américain ou au mieux international dans l'hypothèse où une convention vienne à régir ce type de commerce. Il en va de même pour le droit de la concurrence. A ceci près que le phénomène mondial de déréglementation laisse présager que le droit de la concurrence régissant ce futur marché ne sera pas coercitif.

¹⁰³ Autoroutes Electroniques et Téléports, Ed ESF, Marie-France Blanquet, 1995, page 181.

Dès lors, le Conseil d'Etat¹⁰⁴ semble avoir choisi le bon cadre de réflexion en retenant l'étude de ce droit. Pourtant, c'est désormais encore un choix qui apparaît trop restrictif, une réflexion sur le droit de la consommation et de la concurrence semble en effet devoir impérativement se combiner avec une réflexion sur le droit commercial, le droit des obligations et le droit fiscal.

Ainsi, malgré leurs maladroites actuelles, les entreprises seront "naturellement" appelées à commercer d'avantage sur le réseau. La tendance est d'ailleurs affirmée par l'ouverture du site Peugeot où l'on pourra à terme proposer des visites virtuelles des véhicules et la création du billet d'avion virtuel par air France c'est à dire d'un billet immatériel modifiable à volonté par tous les supports de communication dont l'Internet. En fait, les entreprises vont bénéficier de circonstances et d'atouts technologiques qui promettent un développement exponentiel de la commercialité du réseau.

1. Le Push Data

Les entreprises bénéficieront tout d'abord d'un contexte porteur puisqu'il s'opère actuellement un retournement du modèle Internet¹⁰⁵. La démarche volontariste de l'internaute semble s'essouffler. De plus en plus d'internautes deviennent sédentaires, ils reviennent sans cesse sur les mêmes sites et finissent, grâce aux technologies de Push Data, à s'abonner à ces sites. Ces applications permettent à l'internaute de recevoir automatiquement des informations correspondant à ses centres d'intérêts. Ainsi il peut créer une liste de chaînes d'information (TF1, les échos..) ou modifier celle préalablement intégrée au navigateur et demander à l'ordinateur d'aller vérifier tout seul et régulièrement si le site à fait l'objet d'une mise à jour. Or, ces technologies dévoilent une inversion du sens de la relation avec l'information, l'utilisateur ne recherche pas l'information, c'est elle qui remonte jusqu'à lui. On passe du pull (aller chercher) au push (recevoir), l'Internet perd donc son originalité interactive et se rapproche du modèle économique des médias traditionnels. Les ventes des entreprises devraient en bénéficier. Plusieurs entreprises américaines se sont d'ailleurs centrées sur ce secteur (Pointcast, Marimba..), le marché du Push Data promettant de réaliser 30% du chiffre d'affaire généré par le réseau à court terme soit 5,7 Milliards de dollars. Les applications commerciales probables du Pusch Data seront : la télévision à péage, la vidéo à la demande, les journaux, les quotidiens, les jeux vidéo, les services financiers électroniques, les systèmes d'alarme et de surveillance... Mais, le développement de ce marché dépend de l'évolution technologique du réseau, en effet, ces services nécessitent une augmentation des capacités de transmission des réseaux et une sécurisation du transfert d'argent.

2. L'évolution technologique

Les entreprises devraient profiter à court terme d'outils pour sécuriser le paiement et pour augmenter la quantité de l'information.

Ainsi, Le paiement en ligne devrait être plus fortement sécurisé par l'incrustation d'une puce électronique dans les ordinateurs. C'est le même principe que pour les cartes bleues, on pourra ainsi identifier l'ordinateur qui a payé, ou savoir s'il a été volé. Même si ce système

¹⁰⁴ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998, page 6 sur 13

<http://www.internet.gouv.fr/français/textesref/rapce98/synthese.htm>

¹⁰⁵ Communication & Langues, ed RETZ, n°111-1^{er} trimestre 1997, Internet : les opportunités de développement, Christian Grellier, page 56.

n'aboutit pas, d'autres idées pourraient s'imposer comme celle des portes monnaies virtuels qui permettent de payer en Cyberbucks¹⁰⁶ (Microsoft, Netscape...).

Mais c'est surtout le développement des réseaux à grand débit qui promet le plus, ils permettraient notamment d'accéder à de véritables magasins virtuels grâce à l'Internet. En effet, le débit actuel du réseau limite l'utilisation d'image ou de vidéo sur les sites Internet. De nombreuses recherches ont donc été lancées pour améliorer la capacité du réseau et ont abouti.

Les Etats s'y sont même fortement impliqués en s'engageant à créer des autoroutes de l'information et à déréglementer le marché des télécommunications puisque la création de ses réseaux impliquait le concours financier de toutes les industries nationales. Dans ces projets¹⁰⁷, les Etats ne devaient être que coordonnateurs, ces réseaux étaient destinés avant tout aux entreprises, c'était un moyen de relancer la consommation. Ainsi, les Etats-Unis ont lancé en 1993 le programme NII (National Information Infrastructure). Le but aujourd'hui atteint était de développer un super réseau Internet au contenu public et commercial fortement contrôlé. Le Japon a réagi de même au début de l'année 1994, le marché des communications interurbaines a été ouvert à la concurrence et un programme de construction d'autoroutes électroniques censées relier par fibres optiques tous les foyers et tous les bâtiments publics a été adopté. L'Europe a réagi dans une voie identique grâce au "Delors-net"¹⁰⁸ qui prévoyait un important développement des infrastructures de communication et au "rapport Bangeman"¹⁰⁹ qui préconisait notamment un assouplissement réglementaire et légal sur le plan des infrastructures et des services de télécommunication pour permettre un développement des réseaux transeuropéens par les acteurs privés. En France, c'est sur la base du rapport Théry¹¹⁰ que le gouvernement a défini un vaste programme d'action

Pour leur part, les entreprises ont développé les techniques afférentes à ces réseaux. La pénétration de ces autoroutes dans les foyers devrait ainsi être assurée par le PC-TV ou le web TV, sorte de boîtier se branchant à la télévision et donnant accès à l'Internet et par conséquent aux autoroutes de l'information.

Or, avec ces réseaux à large bande, le contenu commercial de l'Internet devrait considérablement se développer. En effet, ces réseaux sont destinés à un contenu marchand produit non seulement par les acteurs privés mais aussi produit par les Etats ou encouragés par eux. En effet la Commission européenne¹¹¹ considère par exemple que l'Internet devrait proposer des services d'intérêt général. Pour elle, ces services contribuent à la solidarité et à l'égalité de traitement dans une économie de marché ouvert et dynamique. Ces services seront "des activités de services marchands ou non considérés comme d'intérêt général par les autorités publiques et soumises pour cette raison à des obligations spécifiques de service public". Mais ce contenu est en fait, malgré son intitulé publiciste, largement commercial. Il ne s'agit pas de mettre l'administration en ligne mais d'assurer la présence de services professionnels en ligne (avocats, psychologues, boursiers), de services de divertissements interactifs (vidéo à la demande, jeux vidéo...), de centres commerciaux virtuels ou encore de

¹⁰⁶ Ibid page 55.

¹⁰⁷ Lamy, droit de l'informatique 1998, p 997, multimédia et autoroutes de l'information n°1639.

¹⁰⁸ Ibid p999, n°1646.

¹⁰⁹ Ibid p999, n°1647.

¹¹⁰ Rapport Théry, Les autoroutes de l'information, Documentation française, 1994.

¹¹¹ Communication & Langues, ed RETZ, n°113, 3° trimestre 1997, p 35, Pierre-Ami Chevalier, Les instances européennes veulent réglementer le multimédia.

services d'assurances, d'agents immobiliers et de tourisme. Seuls quelques services semblent ne pas avoir pour vocation d'être commercial : services d'information (bibliothèques électroniques, météo en ligne, informations financières..), journaux électroniques, services éducatifs. A ce contenu il faudra ajouter tout le contenu produit par les entreprises. Il est extrêmement diversifié. En effet, aujourd'hui, toutes les entreprises semblent décidé à investir le Cyberspace. De plus, il faut préciser que de tels réseaux peuvent accueillir tous les médias traditionnels, c'est à dire de nouvelles radios, de nouvelles chaînes de télévision, de nouveaux réseaux téléphoniques.

La consommation devrait donc se développer et il semble que le futur marché des foyers doive apporter des modifications dans les différents droits nationaux de la consommation et de la concurrence. On ne peut pas affirmer que ces droits deviendront inapplicables par contre, on peut douter du maintien d'une définition nationale ou régionale de ces droits. Le droit français, pour bonne partie européen, risque ainsi de se trouver balayer au profit du droit américain plus libéral et ce même en France. En effet, on imagine mal que le droit français impose pour toujours aux sites français de respecter le droit de la consommation français sachant que sur l'Internet, les consommateurs Français risquent d'être très minoritaires et de plus ne seront pas identifiables. Ce serait préjudicier fortement au commerce et ce serait de plus totalement inutile puisqu'il suffirait aux commerçants de faire établir leurs sites aux Etats-Unis et de les contrôler de la France.

Or, si pour des entreprises classiques on pourrait tenter d'imaginer un recours au lieu de l'activité principale de la société pour sanctionner les atteintes au droit français de la consommation. Dans l'hypothèse d'entreprises dont l'activité n'est que virtuelle¹¹² il faudrait avoir recours pour qualifier la nationalité de l'entreprise à la situation du domicile des associés. C'est un pas à franchir puisque actuellement, seul ce domicile est considéré comme un siège social pendant les trois premiers mois de la formation de la personnalité morale à peine de nullité de celle-ci. Enfin, l'Internet risque de générer une nouvelle catégorie de commerçants que l'on pourrait appeler commerçants à temps partiel. Des personnes pourraient ainsi vouloir créer un site de vente en plus de leur activité, ils leur suffiraient de l'installer sur un serveur hors du territoire français ce qui ne nécessite aucune pièce justificative, aucune inscription au RCS... Avant de leur appliquer le droit de la consommation il faudrait donc les qualifier de commerçants, ce qui peut être envisagé, mais il faudrait encore savoir s'ils ne font pas du commerce international ou s'ils ne sont pas des commerçants américains...

Il paraît donc évident qu'une réflexion sur le droit de la consommation ne suffit pas à elle seule à palier aux problèmes juridiques que dégagera le futur marché des foyers du réseau, elle ne fait que révéler l'ampleur des droits économiques qui seront touchés. Au premier rang de ces droits se trouvera le droit commercial qui a pour but de définir en premier lieu qui est commerçant mais aussi le droit fiscal des affaires. Ainsi les règles de territorialité de la TVA devront par exemple certainement faire l'objet d'une harmonisation. Enfin le droit des obligations risque aussi d'être atteint, on peut se demander quel droit régira les futurs contrats de consommation ou les futurs contrats commerciaux.

¹¹² Pierre Lévy, Qu'est ce que le virtuel ?, L'entreprise virtuelle, La Découverte/Poche 1998, p 16.

B. Le développement du marché des entreprises

C'est peut être le développement de ce marché qui remettra le plus en cause les principes essentiels de l'activité économique. En effet, l'entreprise risque de se trouver largement modifiée par l'avènement d'un tel marché et donc ce sont tous les droits gravitant autour de cette structure économique qui deviendront inapplicables. Le droit social et notamment le droit du travail risque d'être atteint mais aussi, le droit des sociétés...

En effet, les applications novatrices proposées via le réseau répondent aux besoins stratégiques de l'entreprise toute entière notamment en matière de communication à l'intérieur de l'entreprise et entre les entreprises, elles sont un avantage décisif dans un contexte concurrentiel. A terme, des services Internet devraient donc être totalement intégrés dans l'entreprise entraînant un bouleversement de son fonctionnement. On peut identifier deux modifications essentielles que les entreprises seront appelées à subir¹¹³.

1. La modification de l'entreprise dans son intériorité.

Tout d'abord, l'entreprise devra se restructurer en installant des infrastructures de télécommunication (câblage) et en créant des services de sécurité (contrôle des accès, sauvegarde des fichiers) mais cela n'a pas de conséquence juridique.

Par contre, les applications internes de l'Internet vont modifier radicalement l'entreprise dans son intériorité. L'Internet devra d'abord être intégré à l'architecture des systèmes d'information dans l'entreprise. C'est déjà le cas, de plus en plus d'entreprises ont en effet recours à l'Intranet c'est à dire à l'Internet dans l'entreprise. C'est un réseau interne à l'entreprise qui dispose de ses serveurs et des mêmes fonctions que l'Internet, il est seulement séparé de ce réseau par une porte d'accès qui n'est franchissable que par les employés de l'entreprise. Or, cet outil modifie l'organisation verticale hiérarchique au profit d'une organisation transversale. "les agences conseils spécialistes de l'Intranet le savent bien : quand elles arrivent en mission, leur travail les conduit souvent à modifier certains fonctionnements et certaines positions hiérarchiques dans l'entreprise cliente. Cette situation est toujours délicate mais également à l'origine de transformations salutaires"¹¹⁴. La culture d'entreprise devrait ainsi être amenée à changer, notamment la culture managériale devrait quelque peu relâcher le culte du secret et le principe de hiérarchisation¹¹⁵. Les styles de management sont promis à évoluer vers plus de liberté et de transparence. Néanmoins si cela laisse présager quelques évolutions dans le droit du travail ce n'est pas une révolution.

En fait, ce sont surtout les services proposés via L'Internet, les téléservices¹¹⁶, qui risquent de bouleverser le droit du travail et le droit des sociétés. Ils permettraient d'accentuer le recours à une sous-traitance des activités de l'entreprise. L'entreprise sera amenée à se servir "d'applications externes". Une entreprise peut ainsi déléguer, via le réseau, différentes tâches à des prestataires de services. L'exemple en est donné par les facilities management ou infogérance¹¹⁷. Elles désignent la gestion externe en sous-traitance d'un système

¹¹³ Autoroutes Electroniques et Téléports, ed ESF, Marie-France Blanquet, 1995, Entreprises et téléports, p162.

¹¹⁴ Communication & Langage, Ed RETZ, n°116, 2° trimestre, les entreprises sur l'Internet, Styles de management vs nouveau média p 74.

¹¹⁵ Ibid p 75, vers un changement dans le management.

¹¹⁶ Autoroutes Electroniques et Téléports, Ed ESF, Marie-France Blanquet, Les téléservices p178.

¹¹⁷ Ibid p 179.

d'information, dans le cadre de services de réseaux de télécommunication. C'est une offre de services ou de ressources dédiée à une entreprise faite par des réseaux privés virtuels. Par exemple, l'opérateur anglais BT propose à ses clients internationaux un éventail de produits et de services qui va des composantes de base permettant la mise en œuvre des réseaux privés jusqu'à la prise en charge complète des besoins en matière de télécommunication d'entreprise. Parmi les services proposés par ces prestataires on trouve : la téléréservation (réservation des titres de transport ou d'hôte), la télétransaction (transaction entre banques, télépaiement, téléachat), l'accès à des bandes de données amis encore la télétraduction, le télésecrétariat, la téléconsultation...

L'unité de production que représente l'entreprise dans le droit du travail peut dès lors sembler passer de mode. On peut imaginer des entreprises virtuelles dont l'activité de secrétariat sera située à New York, l'activité de production à Singapour, l'activité de gestion nulle part puisqu'elle sera effectuée en réseau par des gérants du monde entier. Comment dès lors désigner la nationalité de l'entreprise ? Faudra-t-il créer un statut d'entreprise virtuelle ? Bien sûr, ce schéma est encore peu probable mais il permet de se rendre compte du bouleversement que peuvent apporter ces téléservices dans le droit des sociétés. Mais le droit du travail est aussi visé. Quel droit du travail pourrait s'appliquer à un télétravailleur chinois résidant en Belgique et employés par une société française ou virtuelle ? Ou tout simplement : comment définir la subordination dans le cadre d'un contrat de télétravail¹¹⁸ ?

2. La modification de l'entreprise dans son extériorité

Paradoxalement, cette décentralisation des activités devrait déboucher sur une concentration géographique des entreprises. En effet, pour accéder aux téléservices, les entreprises sont invitées à s'installer dans un téléport¹¹⁹. C'est une zone de télécommunications avancées ou sont regroupés des moyens d'accès à des systèmes de communication et de traitement de l'information de grande capacité. Cette conséquence soulève d'énormes enjeux juridiques¹²⁰. Derrière de telles concentrations resurgit l'image des cités ouvrières, le droit social devra donc être envisagé. Mais elle soulève aussi des questions d'aménagement du territoire.

Le contenu du marché des entreprises est donc à ne pas négliger. Il remet notamment en cause le droit commercial et le droit du travail.

C. Les aléas

Si le contenu marchand prévisible de l'Internet semble devoir toucher le droit économique dans sa globalité, on ne peut néanmoins se permettre de centrer une réflexion juridique sur ces prévisions. En effet, il existe des aléas importants concernant l'avènement d'un tel contenu.

Tout d'abord la présence d'un contenu susceptible d'engendrer de tels bouleversements est aléatoire. Les téléservices aujourd'hui proposés ne suffisent pas à modifier les entreprises. Pour cela, il faudrait que les services proposés procurent un avantage indispensable aux entreprises, il faudrait des centres de comptabilité virtuels ou des cabinets d'avocats virtuels pour déstructurer profondément l'entreprise et par la même le droit économique. Mais, même avec de telles inventions la dimension humaine de la culture d'entreprise peut être un contre

¹¹⁸ Cet aspect sera développé dans la deuxième section de ce chapitre.

¹¹⁹ Autoroutes Electroniques et Téléports, Ed ESF, Marie-France Blanquet, Entreprises et téléports, p162.

¹²⁰ Sur les enjeux soulevés par les téléports, se référer à l'ouvrage très complet de Mme Blanquet précité.

poids important. Ainsi, la vidéoconférence existe depuis les années 1970 mais n'a pas révolutionné pour autant les modes de fonctionnement de l'entreprise comme on l'avait présagé.

De plus, la volonté des Etats de développer un contenu n'est pas assurée, les projets de création de services sur les autoroutes de l'information sont singulièrement revus à la baisse. Désormais, les Etats parlent de société de l'information, terme moins commercial.

Ensuite, la présence de consommateurs est aléatoire. Si les moyens de vente vont s'accroître, rien ne prouve qu'ils arriveront en masse. Or, sans consommation de masse, le droit de la consommation ne risque pas de se modifier. De plus le prix élevé des micro-ordinateurs et de la connexion sont encore un obstacle au développement du commerce électronique. Enfin, la Cyberculture ne doit pas non plus être oubliée, si jusqu'à présent le réseau ne répond pas aux enjeux commerciaux qu'il propose c'est pour bonne partie grâce à elle. La très grande majorité des internautes ne se connecte pas pour acheter mais justement pour profiter d'un espace gratuit.

D'autre part, il risque d'y avoir des actions syndicales et des protestations de la part des internautes. Le droit du travail sera défendu par les syndicats, ils "sont méfiants vis à vis de ces nouveaux outils"¹²¹. Mais cela ne les empêche pas d'y voir un formidable moyen de communication pour des actions revendicatives. C'est pourquoi les directions de ressources humaines leur en refusent l'accès. Les protestations des internautes risquent pour leur part d'avoir moins d'effet, mais constituent tout de même un frein à la commercialisation du réseau.

Enfin, le développement des technologies n'est pas encore un problème réglé. Pour être efficace, les réseaux à grands débits ont encore besoin que soit totalement développée les techniques d'ATM et de SDH¹²².

Les conséquences de ce futur contenu marchand de l'Internet si elles semblent donc être de taille sont encore aléatoires. Néanmoins, notre réflexion juridique doit prendre en considération que c'est le mode de consommation et de production qui peut être directement remis en cause, que les principes fondamentaux du droit "économique" risquent d'être largement atteints.

Ainsi, le contenu marchand de l'Internet remet en cause nos principes essentiels dans le domaine du droit économique et le contenu non marchand dans celui des libertés publiques et du droit de la propriété. En effet, dans ces domaines juridiques, ce sont des catégories de droits extrêmement diverses qui sont touchés. Sont sujets à subir des modifications : les droits de la personnalité, les droits intellectuels, le droit de la consommation et de la concurrence, le droit des obligations, le droit du travail, le droit des sociétés, le droit commercial mais aussi le droit fiscal... Il paraît donc nécessaire d'ouvrir le champ de la réflexion sur ces domaines juridiques et non de la réduire à des droits spécifiques. En effet, c'est par exemple l'ensemble des atteintes à la notion de propriété qu'il faut envisager et pas seulement les atteintes au droit d'auteur. L'Internet est susceptible de bouleverser l'ensemble de notre droit.

¹²¹ Communication & Langage, Ed RETZ, n°116, 2° trimestre 1998, les publics difficiles, p 64.

¹²² Autoroutes Electroniques et Téléports, Ed ESF, Marie-France Blanquet, ATM et SDH p 134, techniques permettant un routage des données, soit permettant de les orienter vers leur objectif.

Mais avant de voir si les solutions dégagées à propos des problèmes de l'Internet permettent d'inclure la totalité des domaines atteints, il nous faut nous attacher à identifier plus précisément en quoi l'Internet porte actuellement atteinte aux principes essentiels des différents droits nationaux, quels sont concrètement les droits qui sont atteints. Après seulement, nous engagerons l'établissement d'un constat sur l'efficacité des réponses juridiques apportées à ces déviances.

Section II - Identification des droits concrètement atteints par l'Internet

L'Internet remet en cause l'exercice de nombreux droit appartenant aux personnes. Réciproquement, il permet à certaines personnes d'abuser de leur droit. Notre identification risque donc d'être ardue à mener. C'est pourquoi nous la centrerons sur les droits atteints de façon significative dans le système juridique français.

Pour identifier ces droits, nous les classerons selon leur nature réelle ou personnelle, tout en séparant le domaine des libertés publiques.

§1 - Identification des atteintes portées aux droits réels.

Le droit réel est "le pouvoir juridique qu'à une personne de retirer directement tout ou partie des utilités économiques d'une chose"¹²³. Dans ce rapport de droit "le contact est immédiat, la chose est comme assujettie à la personne, obligée de lui obéir"¹²⁴. C'est un droit sur la chose.

Il y a deux grandes catégories de droits réels, les droits réels principaux et les droits réels accessoires qui sont des sûretés réelles. Le droit de propriété est un droit réel principal, il confère à son titulaire le droit d'user de la chose (usus), le droit d'en disposer (abusus) et le droit d'en percevoir les fruits (fructus). Il peut concerner des objets corporels tels que des biens meubles mais aussi des objets incorporels tel que les œuvres de l'esprit. Or, sur l'Internet le droit de propriété est malmené dans ses deux objets.

En effet, les internautes n'hésitent pas à placer sur le réseau les documents qui leur plaisent et ainsi à violer les droits d'exploitation de ces œuvres. Mais, il existe aussi une société de pirates dont les agissements radicalisent les atteintes que connaît le droit. Il est ainsi porté atteinte aux droits de propriété sur les choses corporelles et incorporelles.

A. Les atteintes au droit de propriété sur les choses corporelles

Si le Cyberspace est virtuel, les ordinateurs qui permettent de s'y connecter sont eux réels. Ce sont des biens meubles, corporels. Or, ceux-ci sont la proie des pirates de l'Internet et un propriétaire dont l'ordinateur est visé peut voir ses droits à l'usus, au fructus et même à l'abusus paralysés dans les faits.

Il existe deux catégories de pirates qui portent atteinte au droit de propriété sur les choses corporelles. Ce sont les crackers qui "craquent" des logiciels et les carders qui eux piratent les cartes bleues. Bien que les agissements de ces pirates ne visent pas en réalité des objets corporels, ils n'en portent pas moins atteinte aux ordinateurs. En effet, ces pirates se servent

¹²³ J. Carbonier, *Thémis droit, Les Biens, droit civil Tome III*, 1991, p 69.

¹²⁴ *Ibid.*

de la capacité de calcul des ordinateurs qui sont connectés au réseau pour y héberger des sortes de sites temporaires permettant de s'échanger les logiciels et les numéros de cartes bleues piratées. L'utilisateur ne peut alors plus user de la chose durant cet hébergement involontaire, il peut même être passible des peines sanctionnant une infraction de recel !

D'autre part, le cracker est aussi un vandale, il ne supporte pas de voir des fichiers sans virus. Aussi, en distribue t-il. Or, si un virus infecte un ordinateur, il peut le rendre totalement inutilisable. Le propriétaire ne pourra plus l'utiliser, il n'en retirera donc aucun fruit et ne pourra en disposer puisque, le bien n'aura plus aucune valeur.

B. Les atteintes au droit de propriété sur les choses incorporelles

Sur le réseau, tous les droits de propriété à objet incorporel sont susceptibles d'être violés mais on peut néanmoins identifier trois catégories de droits incorporels plus spécifiquement atteints.

1. Les atteintes aux droits protégeant une œuvre de l'esprit.

Les droits intellectuels protègent les œuvres de l'esprit. On peut identifier trois types d'œuvres : scientifique, littéraire ou artistique. L'auteur de ces œuvres dispose d'un droit d'exploitation exclusive de l'œuvre et d'un droit moral (droit de défendre l'œuvre, de la modifier, de la détruire, de la diffuser ou non). Le droit de propriété d'une œuvre scientifique renvoie à une problématique de copyright et celui d'une œuvre littéraire et artistique au droit d'auteur. Les pirates et la Cyberculture se moquent de ces droits¹²⁵.

Ainsi, l'internaute publie sur son site des documents sans verser aucune rémunération (droit d'auteur) au créateur de l'œuvre et à fortiori sans respecter son droit moral, ses œuvres sont donc consultées gratuitement par tous les internautes. Ce fut notamment le cas du livre du docteur Gubler¹²⁶. Il n'est pas possible actuellement de sanctionner efficacement ces atteintes. La technique du référé ne s'applique pas, elle est même remise en cause par le réseau. De plus la présence de hackers sur le réseau radicalisent ces atteintes. Ceux-ci sont une catégorie de pirates prônant une philosophie libertaire et égalitaire. Leur but est de permettre que le maximum d'information gratuite soit présente sur le réseau. A cette fin, ils pillent tout le contenu payant du réseau et mettent en ligne tous les documents qu'ils peuvent.

Le copyright n'est pas mieux respecté. Cette fois-ci ce sont les crackers qui posent problème. Ils ont pour but de craquer le plus de logiciels possibles. Par conséquent tous les droits découlant des brevets d'invention protégeant les œuvres mises en ligne (outils techniques, les jeux...) peuvent être violés

D'autre part, il existe désormais grâce au réseau, des œuvres collectives notamment picturales créées par des multitudes de participants. Or, rien ne permet dans notre droit de les qualifier d'œuvre collective, les auteurs n'ont donc pas de droits dessus. Quant au développement de catégories d'auteurs salariés pour la création d'œuvre multimédia, il n'y a pas encore de statut

¹²⁵ Sur le droit d'auteur ; Multimédia et réseaux : l'influence des technologies numériques sur les pratiques contractuelles en droit d'auteur, Recueil Dalloz, 41° cahier, Chronique.

¹²⁶ Livre traitant de la maladie du président de la République M. François Mitterrand, pas de référence disponible car le livre a été interdit à la publication.

fixé qui soit approprié. Ils sont considérés comme de simples salariés alors que ce sont aussi des créateurs d'œuvres de l'esprit.

2. Les atteintes aux droits de clientèle

Il s'agit du droit d'exploiter une clientèle commerciale ou non. Or, ce droit intellectuel n'est pas respecté sur le réseau. Il y a des atteintes au droit des marques, la gestion des noms de domaine ne permet pas toujours de palier aux problèmes de confusion. Certains vendeurs arrivent ainsi à bénéficier indûment de la clientèle de leurs concurrents. D'autre part, la contrefaçon est plus aisée, un site peut sembler appartenir à une société connue mais être en fait un site ou ne se vendent que des articles contrefaits. La clientèle est alors extorquée.

Derrière ces aspects pratiques, il reste aussi un fort aléa sur la possibilité de pouvoir reconnaître aux commerçants du web une clientèle. En effet, la clientèle est un élément du fond de commerce, elle appartient au commerçant. Mais, si on ne peut identifier cette clientèle, peut-elle exister ? De même, un site peut-il être considéré comme un fonds commerce ? De plus une telle clientèle serait très fluctuante, ce qui pose un problème pour la céder. En effet, un autre site peut s'ouvrir en quelques heures et attirer en un temps record la clientèle du site vendu, il ne suffit plus de s'assurer qu'aucune demande d'ouverture de commerce transite par la mairie de sa commune. Même les clauses de non concurrence seraient inefficaces dans un tel cas.

3. Les atteintes aux droits de propriété portant sur des comptes bancaires et téléphoniques

Ces droits sont sujets à de grandes atteintes. Ainsi, les freakers ont pour but de pirater les lignes téléphoniques, cela leur permet de "surfer" gratuitement des heures durant en utilisant le numéro de téléphone d'un abonné, il s'agit donc d'une utilisation frauduleuse d'un identifiant sur lequel la personne, contractuellement engagée, a un droit de propriété temporaire. Les carders utilisent pour leur part les numéros de cartes bleues. Or, l'utilisation de ces identifiants a des répercussions immédiates sur les patrimoines, le droit bancaire devra y palier. Il paraîtrait judicieux de ne pas relier la détention du numéro à l'imputation sur le patrimoine (sur le réseau il n'est en effet pas possible de se servir des codes confidentiels). Les conséquences de cette détention sont d'autant plus problématiques depuis que les banques mettent les comptes courants de leurs clients en ligne. Ceux-ci sont, en effet, de plus en plus accessibles par l'Internet et donc sujets à être piratés. D'autre part, avec l'arrivée des administrations sur le réseau, ce sont tous les identifiants des personnes qui sont remis en cause.

Les droits réels connaissent donc concrètement de multiples atteintes sur le réseau. Les droits réels de propriété sur les choses corporelles et incorporelles ne sont pas assurés. Par exemple, les droits intellectuels, les droits de clientèle et les droits de propriété portant sur les identifiants bancaires et téléphoniques sont sujets à être atteints. Ce sont donc les principes essentiels fondant la propriété qui sont remis en cause. De plus, les droits personnels sont aussi touchés.

§2 - Identification des atteintes portées aux droits personnels

Le droit personnel est appelé droit de créance quand il est envisagé du côté actif et obligation sous son côté passif. Le droit de créance est "le pouvoir juridique qui permet à un créancier

d'exiger de son débiteur une prestation, un service, consistant à donner, à faire ou à ne pas faire quelque chose"¹²⁷. L'obligation est "le lien de droit par lequel le débiteur est astreint à fournir une prestation au créancier"¹²⁸. Le droit personnel est donc un "assujettissement de la personne à la personne". Mais c'est toujours derrière cette apparence un assujettissement du patrimoine puisque la prestation à fournir, même si elle n'a pas un objet patrimonial mais porte sur une activité personnelle, se résoudra toujours en cas d'inexécution par le versement d'une somme d'argent"¹²⁹.

Or, l'Internet remet en question cet assujettissement, il empêche son identification. Il rend inapplicable le droit de créance car il complique la constatation des obligations. Nous verrons que les droits personnels nés à l'occasion de créances contractuelles posent plutôt un problème de validité de l'engagement et donc d'application du droit de créance tandis que les droits personnels nés à l'occasion d'une activité personnelle renvoient plutôt au problème de la constatation des obligations.

A. Les droits personnels nés d'une créance contractuelle

Dans le domaine contractuel, pour qu'un créancier puisse exiger quelque chose, il est nécessaire qu'un acte juridique soit intervenu. Sur l'Internet, c'est le contrat, acte juridique conventionnel, qui donne le plus souvent naissance à un droit de créance. Or, le contrat nécessite pour avoir des effets juridiques au moins une condition, la présence d'un consentement. Cependant, il requiert le plus souvent quatre conditions. Mais, aucune de ces quatre conditions de formation et donc de validité d'un contrat ne peut être appréciée dès lors que le contrat s'effectue en ligne.

En effet, la majorité des internautes qui passent des contrats en ligne ne reçoivent aucun document écrit chez eux. En pratique, ils donnent leurs numéros de cartes bleues et c'est tout. Ainsi, l'accord de volonté ne peut pas être constaté, il n'y a ni signature ni mention manuscrite sur le contrat. Or, ceci est d'autant plus gênant que les contrats passés en ligne sont la plupart du temps des contrats nommés (vente), d'adhésion et toujours des contrats entre absents. Ils sont formalistes. D'autre part, la capacité de la personne n'est pas toujours contrôlable, l'internaute peut contracter en passant par un serveur d'anonymat. L'objet et la cause risquent aussi d'être très difficile à établir. En fait le contrat électronique ne peut se combiner avec les exigences de la preuve définies dans le cadre des contrats hors ligne ! Dès lors la question de l'application du droit de créance se pose puisque sans contrat valable, il n'y a pas de droit de créance valide.

Par exemple : comment un consommateur pourra-t-il faire valoir son droit de créance contre le vendeur sachant que s'il va en justice son contrat risque d'être annulé ? Donc, si les garanties qui sont transmises avec un contrat (les garanties légales comme la conformité des produits vendus ou les garanties contractuelles comme la satisfaction) ne sont pas respectées, le titulaire d'un droit de créance semble désarmé.

Mais le contrat est à la base de bon nombre d'autres activités que la consommation sur le réseau. En effet sur le réseau, sont notamment conclus des contrats de travail pour bénéficier

¹²⁷ J. Carbonier, *Thémis droit*, Les Biens, droit civil Tome III, 1991, p 70-71.

¹²⁸ *Ibid.*

¹²⁹ Article 1142 du code civil.

de services comme la télétraduction. Or, comment prouver la rémunération due, si le contrat de travail ne vaut rien ? D'autre part, l'Internet risque d'entraîner des requalifications, même si le contrat est valable. Ainsi, peut-on définir un lien de subordination dès lors que le salarié effectue son activité chez lui via le réseau, le télétravailleur n'est-il pas un travailleur indépendant ?

Les droits personnels nés d'une créance contractuelle sont donc largement atteints, l'application des règles de la responsabilité contractuelle n'est pas aisée. Elle requiert que la loi jugeant de la validité du contrat soit désignée et après, que le contrat puisse être considéré comme valide.

B. Les droits personnels nés à l'occasion de l'activité personnelle

Ici le problème est toujours le même, mais cette fois ci il faut constater un fait juridique, un fait de l'homme sans intention de nuire (quasi-délit) ou une infraction (délit). La constatation est encore plus ardue que pour les contrats, il n'y a aucun document de référence. Bien souvent, ces faits sont insaisissables et même quand ils sont enregistrés sur un disque dur, ces preuves ne valent que comme éléments de preuve. Aussi est-il très difficile d'astreindre un débiteur à fournir une prestation pour réparer les conséquences de ses agissements. Les règles de la responsabilité civile connaissent donc leurs limites sur le réseau.

Tant bien même le préjudice serait établi et le débiteur de l'obligation identifié. Le droit applicable devrait être défini, ce qui renvoie à la plurilocalisation des faits. Mais, d'autres questions demeurent. Doit-on appliquer la responsabilité civile sans cadre de référence spécifique c'est à dire avec le texte général de l'article 1382 ou doit-elle être réintroduite dans un cadre particulier si, par exemple, l'information fournie semble relever d'une presse électronique ? Utiliser des cadres particuliers permettrait notamment d'unifier la définition des responsabilités au niveau international. En effet, l'article 1382 ne peut pas prétendre à un tel résultat, sa généralité est un frein à sa reconnaissance dans l'ordre international. Mais alors, qui dira quand on bascule dans le régime de la presse ? De plus, au vu de la portée désormais mondiale de l'information ne faudrait t-il pas envisager une responsabilité mondiale pour des informations tout simplement erronées, sans intention de nuire¹³⁰?

Les droits personnels sont donc globalement remis en question sur le réseau. Les actes ou faits juridiques leur donnant naissance ne sont que difficilement identifiables. Aussi les créances de responsabilité civile ou contractuelle sont difficilement établies.

§3 - Une problématique de libertés publiques

Les libertés publiques sont "des droits de l'homme reconnus, définis et protégés juridiquement"¹³¹. On peut les classer en trois catégories¹³². Il y a des droits individuels qui assurent à l'individu une certaine autonomie en face du pouvoir dans les domaines de l'activité physique¹³³ de l'activité intellectuelle et spirituelle¹³⁴, de l'activité économique¹³⁵. Il

¹³⁰ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p 1352, n°2280.

¹³¹ Lexique des termes juridiques, Dalloz 1995.

¹³² Ibid.

¹³³ Les sûretés personnelles.

¹³⁴ Liberté d'opinion et d'expression.

¹³⁵ Liberté du commerce.

Il y a des droits politiques qui permettent à l'individu de participer à l'exercice du pouvoir, on peut y inclure les libertés d'opposition comme le droit de la presse. Enfin, il y a des droits sociaux et économiques qui sont le droit pour l'individu d'exiger de l'Etat certaines prestations¹³⁶ et des droits collectifs¹³⁷. Les libertés publiques s'opposent à l'ordre public qui, en droit général, s'entend comme une conception d'ensemble de la vie en commun et a pour effet de créer en droit civil des règles à caractère d'ordre public qui s'impose pour des raisons de moralité ou de sécurité impérative dans les rapports sociaux. C'est la limite des libertés publiques.

Or, sur l'Internet, s'il est porté atteinte aux droits découlant des libertés publiques, il est aussi porté atteinte aux droits fondant les limites de celle-ci. Ce sont ces atteintes "aux limites" qui remettent en question l'ordre public et donc le droit des individus à la protection, à la sûreté¹³⁸.

A. Identification des atteintes portées aux libertés publiques

1. Les droits de la personnalité

Dans les droits individuels protégés par la notion de liberté publique, il y a les droits de la personnalité. Ce sont des droits à valeur morale attachés à la personne du titulaire. Il y a notamment le droit à l'intégrité morale qui regroupe le droit à l'image, le droit à l'honneur, le droit au respect de la vie privée, le droit au secret...

Mais tous ces droits de la "confidentialité" ne sont pas mondialement adouls par les Etats, et même les citoyens qui y sont soumis les violent sur le réseau, la "privacy"¹³⁹ est une problématique majeure de l'Internet. L'esprit des lois informatiques et libertés est souvent violé.

L'Internet démultiplie tout d'abord les moyens traditionnels d'atteinte à ces droits en leur donnant une autre ampleur. Par exemple, une image touchant à la vie privée d'une personne peut désormais faire le tour du monde. De plus les techniques de modifications des images permettent désormais de créer toutes sortes d'images truquées, dans un but de diffamation. C'est dès lors le droit à l'image qui est en jeu.

D'autre part, le réseau permet de recueillir des informations sur un correspondant. Il permet d'identifier les demandes, les centres d'intérêt, les désirs des personnes. Il existe même des renifleurs conçus pour pénétrer dans la mémoire des ordinateurs en réseau. C'est une aubaine pour les entreprises qui peuvent constituer des fichiers clients très précis. De plus, il ne faut pas oublier que le réseau permet de pénétrer dans les bases de données des organismes ou société travaillant sur les données personnelles tels que dossiers crédit et médicaux. C'est pourquoi, sur ce point, a été soulevée la question de la reconnaissance de la notion de domicile virtuel¹⁴⁰.

¹³⁶ Droit à l'instruction.

¹³⁷ Droit syndical.

¹³⁸ Article 2 de la déclaration de 1789.

¹³⁹ Lamy droit de l'informatique 1998, p 1351 n°2279.

¹⁴⁰ Cette notion n'a cependant pas été reconnue. Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1383, n°2401.

La problématique posée ne se résume donc pas qu'à la vie privée mais relève du domaine de l'intimité de la personne, qui peut même englober les personnes morales puisqu'elles aussi ont une "vie" intérieure à protéger dans un contexte concurrentiel. Ce sont tous les droits de la personnalité qui sont atteints.

2. Les droits assurant une certaine autonomie en face du pouvoir

En refusant le codage, l'Etat peut violer la correspondance privée qu'est l'E-mail. Celle-ci est un moyen d'identification des citoyens pour l'Etat. Mais rien que la consultation des sites ou l'accès à l'historique de connexion des individus permet une identification des individus. On peut considérer que les droits assurant une certaine autonomie de l'individu face à l'Etat ne sont pas correctement protégés sur l'Internet. La liberté d'opinion, notamment, nécessite que les citoyens ne soient pas identifiés.

3. Les droits économiques, sociaux et collectifs

Parmi ces droits reconnus aux individus, se trouvent atteints ceux protégés par le droit de la consommation, et ceux de la concurrence à certains points de vue puisque, par exemple, les réglementations des ententes ou des abus de position dominante visent au final à protéger le consommateur.

Les droits protégeant le travailleur peuvent aussi être atteints dans le cadre télétravail. Celui-ci est une forme de travail exécuté au moyen de l'outil informatique et/ou des télécommunications et effectué à domicile ou sur des sites délocalisés¹⁴¹. Or, si ce travail présente des avantages pour les deux parties, ses inconvénients semblent ne concerner que le télétravailleur¹⁴². La situation de celui-ci rappelle celle des canuts de Lyon. En effet, si le télétravail peut libérer des assujettissements de la vie professionnelle il fait néanmoins naître une nouvelle subordination difficile à qualifier. Le télétravailleur peut être privé de nombreux droits sociaux. On peut notamment remarquer une nouvelle disponibilité de ce travailleur, son temps de travail pouvant difficilement être contrôlé. Enfin, on peut noter l'émergence d'une nouvelle forme d'exploitation ne permettant pas à ses victimes de lutter et de s'organiser.

Reste que le statut du télétravailleur semble devoir être celui de droit commun, il devrait ainsi bénéficier des droits individuels et collectifs de "droit commun". Mais cette tendance n'est pas assurée, il peut être assimilé à un travailleur à domicile. Dans ce cas, il aurait les mêmes droits qu'un salarié ordinaire. Il bénéficierait des règles légales du licenciement et des droits collectifs tel que le droit syndical, le droit de grève et le droit de représentation. Il disposerait aussi des droits provenant du contrat travail et des conventions collectives. Mais alors, ses obligations seraient accrues. Il aurait une obligation de discrétion sur les données reçues, une responsabilité sur le matériel prêté et un devoir de non concurrence accru. Il peut enfin être assimilé à un travailleur indépendant. Il aurait alors une obligation au secret encore plus accru et mènerait son activité à ses risques et périls.

Si donc pour l'instant les télétravailleurs sont des salariés volontaires qui disposent d'un avenant à leur contrat de travail initial qui les assimile à de véritable salarié de droit commun, avec le développement du télétravail cette situation peut changer. Des 16000 télétravailleurs

¹⁴¹ Les petites affiches, 2 février 1996, n°15, p 11, Le télétravailleur est-il un travailleur comme les autres ?

¹⁴² Voir sur ce point, De Germinal à Internet : une nécessaire évolution du critère du contrat de travail, M. RAY, Droit social, n°7/8 Juillet-Août 1995.

recensés on devrait passer à 500000. Or, les employeurs peuvent jouer avec ces qualifications en l'absence d'intervention législative plus élaborée. De nombreux droits sociaux et collectifs peuvent ainsi être atteints.

Enfin, si l'administration vient à être mise en ligne, le droit à la sécurité sociale pourrait être atteint par la piraterie.

Mais en fait, derrière ces droits violés se cache un non-respect plus général des droits encadrant l'activité économique de la personne privée. On peut inclure les violations du droit commercial, du droit des sociétés.. Cependant ces droits n'étant pas encore significativement atteints, il n'est pas utile de s'attarder sur ce point.

B. Les atteintes réalisées par l'utilisation des libertés publiques

La liberté "consiste à faire tout ce qui ne nuit pas autrui". C'est pourquoi il est nécessaire de poser des limites. Mais sur le réseau certains utilisent les libertés publiques sans respecter les limites, que l'ordre public impose. Il y a deux libertés dont l'abus remet en cause l'ordre public et donc les droits des individus qu'il protège. Ce sont les libertés d'expression et de recevoir, elles renvoient aux deux modes d'utilisation du Cyberspace.

1. L'abus de la liberté d'expression ou liberté du "pull"

L'Internet permet une expression sur des domaines qui au, niveau national, peuvent être inacceptables. En effet sur le réseau il y a des sites fascistes et pédophiles¹⁴³. Or, dans notre conception de la vie en commun, on ne doit en parler que pour les dénoncer, sinon c'est qu'on en parle parce qu'on le fait. C'est pourquoi en droit français ces déviances sont sanctionnées. En elles même elles portent atteinte au droit d'autrui à l'intégrité physique.

Mais d'autres sujets posent des problèmes d'expression différents. Ainsi, sur les sites traitant d'anarchisme, du paranormal, de Sérial Killers, des ovnis ou les sites des sectes les sujets abordés ne sont pas illégaux¹⁴⁴. Mais ils peuvent être choquants de par leur contenu (site sur les accidents de la route) ou permettre des actes d'endoctrinements (secte, anarchisme). Or, une fois ces endoctrinements réalisés, c'est à la personne ou à l'Etat qu'il peut être porté atteinte (attentats anarchistes). Ils permettent la réalisation d'actes illégaux tels que la confection de bombes, le suicide pour les sectes...

L'abus de la liberté d'expression pose donc un double problème, elle permet d'endoctriner et de parler de l'interdit. Il peut être porté atteinte à l'intégrité physique directement ou indirectement grâce au réseau. De plus, c'est l'abus de cette liberté qui porte atteinte aux droits de la personnalité.

2. L'abus de la liberté de "recevoir" ou liberté du "push"

Sur le réseau, on peut voir, acheter, s'échanger sans contrainte. Or, cela permet de violer de nombreux droits protégeant les individus.

¹⁴³ L'Internet interdit (revue), n°1, 1999, p 13.

¹⁴⁴ Ibid p 6 à 15.

Ainsi, les objets vendus sur le Net peuvent remettre en cause la liberté de disposition du corps. Ce sont tout d'abord les sites proposant de la drogue et des armes qui posent cette problématique. S'ils ne portent pas en eux même atteinte aux corps, ils permettent d'atteindre l'intégrité physique de la personne les achetant ou celle d'autrui.

D'autre part, les sites de prostitution mettent en cause la salubrité publique, ils portent ainsi atteinte au droit des mineurs à être protégés. Mais ils ne sont pas les seuls, à ce sujet il faut remarquer la dérive que connaissent les jeux vidéo. Ils font de plus en plus appelle à la violence et l'immoralité (tuer des policiers) alors que c'est une des informations les plus demandées en réseau.

Dans une autre logique il faut inclure les sites hébergeant des conférences électroniques de pirates, en permettant l'échange de données ils entraînent des atteintes plus radicales aux organismes de défense ou organismes politiques (Interpole, CIA, Conseil Européen). Ils permettent à des gangs de se constituer. Mais cela ne concerne pas que les Etats, les droits des personnes sont largement menacés par ce développement de la piraterie notamment les droits de propriété.

3. Une problématique de responsabilité pénale

Sous les atteintes réalisées par l'utilisation de ces libertés, c'est la responsabilité pénale qui est en jeu. Sur le réseau s'est en effet développé un Cyberterrorisme qui menace les Etats comme les personnes. L'Internet est un réseau au secours d'une criminalité extérieure, c'est un moyen de communication pour la mafia notamment. Mais c'est surtout, d'une manière plus générale, un réseau de fraude informatique. En permettant de s'introduire dans n'importe quel système informatique, il permet de commettre bon nombre d'actions pénales. Or, celles-ci ne sont pas sanctionnées en pratique. On bascule d'une logique de droit international privé à une logique de droit pénal international.

Les droits atteints sont donc pléthore. Certains droits réels, quasiment tous les droits personnels nés du réseau, une bonne partie des droits reconnus par les libertés publiques et tous les droits touchés par l'abus des libertés publiques. Dès lors, ce sont bon nombre des fondements juridiques de notre société qui sont remis en cause. A fortiori, les principes essentiels de notre droit sont donc atteints, c'est à dire par exemple, toutes les règles garantissant la propriété sur les objets incorporels. Mais ce sont, comme nous l'avons identifié, les principes essentiels des domaines du droit de la propriété, du droit des libertés publiques et du droit de l'activité économique qui sont globalement remis en question.

L'architecture juridique de l'Internet est, par conséquent, trop faible pour permettre de contrôler le contenu du réseau. Les spécificités d'Internet empêchent les droits nationaux de s'appliquer correctement sur le réseau. Or, ce contenu remet en cause les principes essentiels des différents droits nationaux. En effet, l'identification des atteintes, menée sur le droit français, sera valable sous peine d'adaptation à la plupart des autres droits nationaux, notamment ceux des pays où se trouvent les principaux utilisateurs du réseau. La tâche apparaît donc énorme et urgente pour le droit. C'est pourquoi les Etats sont en train de réfléchir activement à des solutions.

Notre but est d'apprécier si ces solutions sont appropriées, si elles peuvent permettre de répondre à toutes les atteintes. Il s'agira d'apprécier si les carences de ces solutions

n'appellent pas à changer le cadre de réflexion, ne plus raisonner contextuellement, au cas par cas, mais raisonner selon des mécanismes juridiques et sur un outil juridique inexploité jusqu'ici : l'ordre public international.

Partie II - Les solutions juridiques aux problèmes posés par l'Internet

S'il nous appartient de remarquer l'ampleur des enjeux juridiques de l'Internet, notre but n'est pas de répondre aux atteintes subies par notre droit en donnant des solutions concrètes. Nous nous contenterons seulement d'apprécier si des solutions peuvent être dégagées par les mécanismes juridiques réglant l'activité internationale et si elles sont efficaces. Nous proposerons, à cette occasion, de recourir à un outil juridique inexploité jusqu'ici et qui permet de répondre aux atteintes de l'Internet à nos principes essentiels : la notion d'ordre public international. Puis, nous apprécierons les solutions concrètes qui ont été dégagées par les Etats afin de justifier notre proposition.

D'après l'étude que nous avons menée, il existe deux gros écueils pour le droit face à l'Internet. Ce sont les questions de la sécurité et de la transnationalité du réseau. Si la question de la sécurité était résolue, la réflexion pourrait s'arrêter. En effet, si l'on pouvait identifier la position du contenu, de l'émetteur ou du connecté et prouver les actes ou faits juridiques auxquels le réseau donne naissance, alors on pourrait créer des espaces nationaux dans le Cyberspace. On reviendrait à une logique classique de droit international privé. Mais ce n'est pas le cas et, dès lors, il faut voir si des solutions aux problèmes découlant du caractère transnational du réseau peuvent être trouvées.

A cette fin, il nous faut tout d'abord envisager les solutions que peuvent apporter les mécanismes juridiques (chapitre I). Ensuite seulement nous nous attacherons à apprécier si les solutions concrètes dégagées par les Etats permettent de résoudre ces problèmes (chapitre II).

Chapitre I - Les solutions apportées par les mécanismes juridiques

Les mécanismes traditionnels permettent d'apporter des solutions. En général ils désignent une loi et un juge compétent. Mais ils sont encore insuffisants pour résoudre les problèmes de l'Internet. En fait, ils achoppent sur le problème de la preuve et les règles de conflit de loi ne mènent pas à une régulation efficace du réseau. Aussi, il paraît nécessaire de s'attarder à rechercher l'existence d'autres mécanismes aptes à palier aux problèmes du réseau. C'est dans cette recherche que notre divergence critique s'exprimera puisque nous conclurons en nous opposant aux modes de solutions originaux dégagés par la doctrine et formulerons notre proposition de recourir à la notion d'ordre public international.

Nous apprécierons donc dans un premier temps les solutions apportées par les mécanismes juridiques classiques (section I). Ensuite nous verrons si des adaptations de ces mécanismes pourraient suppléer à leurs carences (section II).

Section I - Les solutions classiques

L'étude que nous avons menée sur le contenu du réseau a permis de voir que celui-ci touche autant le domaine contractuel, qu'extra contractuel ou encore pénal. Le contenu du réseau renvoie donc à trois problématiques de responsabilité contractuelle, extracontractuelle et pénale. En effet, la responsabilité, c'est la sanction des actes ou des faits juridiques, c'est le pendant des droits. Or, si on veut faire respecter des droits sur l'Internet, et donc à fortiori les principes essentiels qui les fondent, il faut que les mécanismes juridiques internationaux permettent aux responsabilités nationales de s'appliquer.

La responsabilité contractuelle est l'obligation de réparer le préjudice résultant de l'inexécution d'un contrat¹⁴⁵. La responsabilité délictuelle et quasi-délictuelle est l'obligation de réparer le préjudice résultant de la violation du devoir général de ne causer aucun dommage à autrui par son fait personnel, ou du fait des choses dont on a la garde, ou du fait des personnes dont on répond¹⁴⁶. La responsabilité pénale, c'est l'obligation de répondre de ses actes délictueux en subissant une sanction pénale¹⁴⁷. Or, il n'y a pas de responsabilité sans établissement des faits ou actes générateurs de responsabilité, c'est à dire sans preuve de la violation des droits.

L'Internet pose donc ces deux questions : Comment établir l'acte ou le fait juridique donnant naissance à une responsabilité ? Comment appliquer les mécanismes nationaux de responsabilité contractuelle, extracontractuelle et pénale ?

Derrière la première question se cache un conflit de loi sur l'établissement de l'acte ou du fait générateur. Quelle loi jugera de la validité de la forme du contrat ? Quelle loi jugera de la validité d'une saisie de propos raciste dans le Cyberspace ? Derrière la deuxième question se cache un conflit de loi sur la définition de la responsabilité applicable. Par exemple, des propos racistes doivent-ils être jugés selon la loi française ou américaine ? Cette question implique celle du juge compétent. Est-ce au juge du domicile du demandeur d'appliquer la loi définie ou au juge du domicile du défendeur ?

Nous répondrons à ces interrogations en distinguant les solutions apportées par le droit pénal international qui permet une sanction des faits à caractère pénal au niveau international. Puis nous fractionnerons de l'étude du droit international privé, l'analyse des solutions apportées par le droit du commerce international. Cette scission permettra de dégager la spécificité des problèmes engendrés par l'application de la responsabilité contractuelle au niveau de la personne privée. Nous identifierons l'inefficacité partielle de ces solutions en remarquant qu'elles débouchent sur un surrégulation pour la responsabilité extracontractuelle et pénale et sur une inapplicabilité de responsabilité ou un viol de la liberté de la loi d'autonomie pour la responsabilité contractuelle. Ces responsabilités sont en effet souvent remises en question par la difficulté de la preuve.

§1 - Les solutions apportées par le droit du commerce international

L'Internet développe un contenu commercial de plus en plus important. Les litiges contractuels seront donc appelés à augmenter de façon exponentielle. Mais les contrats électroniques en cause sont généralement des contrats internationaux. Aussi, faut-il désigner une loi et un juge pour apprécier ces litiges. Or, s'il existe des règles de conflit de loi permettant la désignation du tribunal compétent et de la loi applicable aux relations contractuelles, cela ne suffit pas pour que les principes essentiels des droits nationaux "économiques" soient suffisamment protégés par les mécanismes du commerce international.

Il peut tout d'abord être impossible de prouver un contrat. Ensuite, le contrat peut ne pas être reconnu comme valide par la loi désignée. Les droits issus du contrat électronique risquent ainsi de ne pas avoir d'effet et n'entraîner aucune obligation contractuelle. Mais les règles de

¹⁴⁵ Lexique des termes juridiques, Editions Dalloz-1995, p483.

¹⁴⁶ Ibid.

¹⁴⁷ Lexique des termes juridiques, Editions Dalloz-1995, p484.

conflit de loi peuvent aussi bloquer l'expression de la volonté des parties, ce qui va à l'encontre des principes essentiels de la matière

A. La loi applicable à la relation contractuelle

Il existe des conflits de loi quant aux règles régissant la formation des contrats puis quant aux lois s'appliquant aux effets des obligations contractuelles. Or, les règles de conflits de loi dégagées dans ces deux cas ne permettent pas d'assurer un respect suffisant des droits découlant des contrats électroniques. D'autre part, la protection assurée par les lois de police ne semble pas pouvoir être effective.

1. La loi applicable à la formation du contrat

Le droit du commerce international a tenté d'unifier les règles de conflit de loi. Ainsi, le droit commun est contenu dans la convention de Rome¹⁴⁸, elle a adopté une conception dualiste. La loi applicable sera choisie par les parties, c'est la loi d'autonomie¹⁴⁹, ou à défaut de choix express le contrat sera régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits¹⁵⁰. Il est présumé que le contrat a les liens les plus étroits avec le pays ou la partie fournissant la prestation caractéristique à sa résidence habituelle¹⁵¹.

Aussi les conditions de formes, si le contrat est conclu entre des personnes présentes dans le même pays au moment de la conclusion, seront celles de la loi du lieu de conclusion du contrat ou celle de la loi régissant le fond du contrat¹⁵². Dans le cas de contrat entre absents c'est la loi du pays où se trouve l'un ou l'autre des co-contractants qui sera applicable ou la loi régissant le fond du contrat¹⁵³. A ce sujet, il est utile de noter que le problème classique, au contrat entre absent, du défaut de simultanéité de la rencontre des volontés des parties est résolu. Ainsi les questions relatives à la date ou au lieu de formation du contrat entre absent (transfert des risques) sont résolues par la jurisprudence en recourant à la théorie de l'émission de l'acceptation ou de sa réception, si celui-ci ne comporte pas de clauses expresses. De plus la transmission instantanée du réseau remet en cause le caractère de contrat entre absent, cette question perd donc de l'intérêt.

Néanmoins ces conditions de forme du contrat sont un des problèmes majeurs de l'interrogation contractuelle sur l'Internet. En effet, si sur le réseau transite des contrats formels (contrat kiosque pour l'accès à Internet...¹⁵⁴), bon nombre sont aussi des contrats informels. Or, dans ce cas la question de la qualification est cruciale, certains échanges d'information sur le réseau relevant même de la catégorie des "engagements de non-droit"¹⁵⁵.

¹⁴⁸ Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, convention 80/934 CEE, j.off. des communautés européennes, n° L266 du 9 octobre 1980.

¹⁴⁹ Article 3 de la convention de Rome précitée.

¹⁵⁰ Article 4 de la convention de Rome précitée.

¹⁵¹ Article 4 – 2 de la convention de Rome précitée.

¹⁵² Article 9 – 1 de la convention de Rome précitée.

¹⁵³ Article 9 – 2 de la convention de Rome précitée.

¹⁵⁴ Lamy droit de l'informatique 1998 p 1293 n° 2181 à 2254.

¹⁵⁵ Lamy droit de l'informatique 1998 p 1295 n° 2049, actes dont les obligations relèvent de l'accord de volontés et donc de la convention sans que les parties ne soient liées (actes de courtoisie...).

Les conditions de fond sur le consentement, l'objet, la cause du contrat relèvent aussi, en principe, de la loi contractuelle ou à défaut de la loi du lieu de conclusion¹⁵⁶. Par contre la capacité à contracter échappe à loi contractuelle, elle est régie par la loi nationale car elle relève du statut personnel. Mais la convention de Rome protège le cocontractant de bonne foi¹⁵⁷, l'étranger ne pourra invoquer son incapacité que si le cocontractant français connaissait cette incapacité. Reste que dans le cas des contrats électroniques, ces conditions de fond risquent d'être difficile à apprécier, comme nous l'avons déjà remarqué¹⁵⁸.

La sanction des conditions de formation est celle de la loi compétente pour régir ces conditions¹⁵⁹.

Il existe donc des règles de conflit de lois permettant de désigner la loi applicable à la formation du contrat, mais elles n'assurent pas pour autant suffisamment les droits découlant du contrat. En effet, le contrat électronique fait face à un problème de preuve.

Tout d'abord, rien ne permet de dire que tel document contractuel électronique n'est pas un faux, rien ne permet de prouver efficacement l'existence d'un tel contrat, même si celui-ci a fait l'objet d'un envoi écrit.

Ensuite, il peut ne pas être considéré comme valide. Une signature électronique, par exemple, ne permet pas de rendre compte du consentement dans de nombreux systèmes juridiques. Or, donner compétence à la loi du lieu où le consommateur a sa résidence habituelle¹⁶⁰ quand les règles de conflit de lois ont pour effet de mener à une "appréciation déraisonnable" de cette validité ne résout pas les problèmes liés à la validité du contrat. Aucune loi ne semble aujourd'hui avoir définie les conditions de validité d'un contrat électronique qui, ne peuvent certes pas être les mêmes que celle du contrat "de droit commun". Aussi, le contrat électronique peut être facilement remis en question, il peut être annulé.

De plus, la volonté des parties ou loi d'autonomie peut ne pas être clairement exprimée, surtout dans le cadre de ces contrats qui sont en général d'adhésion. On sera donc de plus en plus appelé à retenir comme applicable la loi du lieu de conclusion des contrats en ligne. Si donc on peut définir la loi régissant la formation du contrat, c'est au prix de ne pas respecter la volonté des parties. D'autre part, ce n'est qu'au prix d'une fiction que l'on détermine le lieu de conclusion ; en effet, le contrat ne sera jamais conclu à proprement parler sur un territoire mais toujours dans le Cyberspace et dans celui-ci, parler de localisation, s'est déjà pour partie se fourvoyer.

Reste que s'il s'avère impossible de désigner une loi applicable selon ces mécanismes, la loi du for (la loi du juge saisi) doit être appliquée par le juge sous peine de dénis de justice. Mais cela ne change rien aux problèmes exposés.

¹⁵⁶ Article 8 de la convention de Rome précitée.

¹⁵⁷ Article 11 de la convention de Rome précitée.

¹⁵⁸ Confère partie I.

¹⁵⁹ Article 10 – 1 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁰ Article 8 – 2 de la convention de Rome précitée.

2. La loi régissant les effets du contrat

Le “droit commun” découle encore de la convention de Vienne. Mais celle-ci, qui se préoccupe surtout du contrat d’entreprise et de la vente de biens incorporels, n’empêche pas l’application d’autres conventions¹⁶¹. Ainsi, la convention de la Haye¹⁶², de Vienne¹⁶³ et d’autres accords distincts trouvent à s’appliquer.

Néanmoins, dans la majorité des cas ce sera la solution des conventions de Rome et la Haye qui s’appliquera c’est à dire, rappelons le, l’application de la loi choisie par les parties si ce choix est express ou découle de certaines dispositions du contrat¹⁶⁴. Mais, en absence de choix régulier, ces conventions désignent des lois compétentes. Il s’agit en général de la loi du pays de résidence habituelle de la partie ayant fournie la prestation caractéristique, c’est à dire celle du vendeur ou de son établissement principal au moment ou il reçoit la commande.

Cette solution concerne l’interprétation des contrats, l’exécution des obligations contractuelles, l’inexécution du contrat, les modes d’extinction des obligations, les conséquences de la nullité du contrat¹⁶⁵. Néanmoins, pour l’exécution du contrat, on a égard à la loi du pays d’exécution¹⁶⁶ si la loi contractuelle est retenue.

Nous avons donc là aussi la possibilité de définir une loi compétente. Reste que cette désignation conventionnelle en principe supplétive de la loi d’autonomie est amenée à supplanter la volonté des parties qui fréquemment ne pourra être établie dans le cadre de contrats électroniques. Les règles de conflits de loi en commerce international sur les effets des obligations contractuelles peuvent donc remettre en cause la liberté contractuelle dans le cadre de contrats électroniques.

3. Le jeu des lois de police

Les lois de police ont pour but de protéger l’organisation politique, sociale et économique de notre système juridique. Elles s’imposent aux règles de conflit de loi¹⁶⁷. Ce sont des lois impératives. Aussi, la loi choisie par les parties ne doit pas, par exemple, priver les consommateurs des dispositions impératives de protection de la loi de sa résidence habituelle¹⁶⁸. Il en va de même pour la protection du travailleur dans les contrats de travail¹⁶⁹. Le juge d’un Etat doit appliquer les lois de police de son Etat¹⁷⁰ et désormais celle des autres¹⁷¹.

¹⁶¹ Article 21 de la convention de Rome précitée.

¹⁶² Convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d’objets mobiliers corporels.

¹⁶³ Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne).

¹⁶⁴ Article 3 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁵ Article 10 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁶ Article 10 – 2 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁷ Article 7 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁸ Article 5 – 2 de la convention de Rome précitée.

¹⁶⁹ Article 6 – 1 de la convention de Rome précitée.

¹⁷⁰ Article 7 – 2 de la convention de Rome précitée.

¹⁷¹ Dans ce sens, un arrêt de la chambre sociale de la cour de Cassation du 31/05/1972 RC 73. P683, et l’article 7-1 de la convention de Rome précitée.

Mais il paraît peu probable en effet qu'un consommateur soit en mesure de rapporter la preuve de son contrat et donc de bénéficier des lois de police. L'aménagement des règles de conflit de loi prévu à leur effet par la convention de Rome perd donc aussi de l'intérêt sur le réseau¹⁷².

Ainsi, les règles de conflit de loi du droit du commerce international ne résolvent pas les problèmes contractuels de l'Internet. Le caractère du contrat électronique est trop problématique. Même si le contrat international n'est pas toujours formaliste, un écrit n'étant pas forcément nécessaire, le droit du commerce international ne peut donner des solutions aux atteintes subies par les droits issus des contrats électroniques. Excepté le cas où la validité du contrat est reconnue. Mais, le risque est grand que cette solution se fasse au dépend de la loi d'autonomie.

B. L'ordre juridictionnel compétent

Tout d'abord, le tribunal compétent peut être désigné par les parties. Les parties peuvent même aller contre les règles françaises internes de compétence. Ainsi, la Cour de Cassation, en matière de contrats internationaux, a reconnu la validité, même entre non-commerçants, des clauses compromissoires¹⁷³ et des clauses attributives de juridiction¹⁷⁴. Celles-ci sont aussi validées sous certaines réserves par la convention de Bruxelles¹⁷⁵. D'autre part une prorogation de compétence peut résulter de la comparution du défendeur devant le tribunal où il est appelé s'il ne conteste pas sa compétence¹⁷⁶. Ce ne sont donc pas les conséquences de la volonté des parties qui sont un problème mais, encore, la preuve de la volonté des parties. Il faut prouver qu'il y a eu désignation conventionnelle.

Ensuite, s'il n'y a pas eu de choix régulier, les règles classiques des conflits de juridiction s'appliqueront et sera attribué compétence aux tribunaux du domicile du défendeur ou du lieu où l'obligation principale qui sert de base à l'action aura été ou devra être exécutée¹⁷⁷. Enfin les articles 14 et 15 du code civil pourront jouer, donnant compétence aux tribunaux français si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire des pays ayants signés la convention de Bruxelles dès lors que le demandeur, victime du manquement contractuel, sera français ou domicilié en France ou que le défendeur sera français. Quant au choix de la juridiction compétente on regrettera donc, là encore, l'atteinte portée à la liberté contractuelle.

Il existe donc des solutions apportées par les règles de conflit de loi des mécanismes juridiques classiques quant à la désignation de la loi et du juge dans le domaine contractuel. Reste qu'elles sont soit inapplicables, le contrat pouvant n'être pas prouvé ou validé et donc n'emporter aucune obligation ou protection contractuelle, soit trop autoritaires et bafouer alors la loi d'autonomie. Or, dans les deux cas, les principes essentiels de la matière sont remis en cause.

¹⁷² Articles 5, 6 et 7 de la convention de Rome précitée .

¹⁷³ Civ. 4 juillet 1972 Hecht Rev. Crit. 1974 - 82 note Level.

<http://www.grolier.fr/cyberlexnet/COM/A970428.htm>

¹⁷⁴ Civ. 1^{ère} 7 décembre 1985 D.86 IR 265 obs. Audit , <http://www.grolier.fr/cyberlexnet/COM/A970428.htm>

¹⁷⁵ Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, article 17 ; sous réserve des articles 12, 15 et 16.

¹⁷⁶ Article 18 de la convention de Bruxelles précitée.

¹⁷⁷ Article 2 alinéa 5 et 5-1 de la convention de Bruxelles.

En fait, le problème de la preuve est vital, il ne permet pas de protéger les cocontractants notamment par les lois de police. Il faudrait donc adapter le droit du commerce international au contrat électronique, lui reconnaître un statut.

§2 - Les solutions apportées par le droit international privé

Les questions développées à propos de l'étude du droit international privé concernent les faits juridiques et donc la responsabilité extracontractuelle des individus. Or, nous verrons que le droit international privé tout comme le droit du commerce international permet de définir une loi et un juge compétent. Cependant, ces solutions n'en sont pas pour autant satisfaisantes. La preuve reste encore un problème majeur mais il est couplé cette fois avec un problème de surrégulation du réseau qui complique l'application du droit. Les principes essentiels régissant l'activité civile des personnes privées ne sont donc pas correctement protégés.

A. La loi applicable

La loi du lieu du délit est la loi compétente. Mais cette solution nécessite des aménagements puisque si le droit international privé permet de désigner une loi compétente, en fait, plusieurs lois risquent de se retrouver compétentes.

1. La détermination de la loi applicable au réseau

Le principe est que la loi du délit, la *lex loci delicti*, est compétente. Le délit s'entendant dans son acceptation la plus large, c'est à dire toute infraction si le délit est pénal et tout fait de l'homme illicite si le délit est civil¹⁷⁸. Il existe bien d'autres solutions pratiquées ou pensées mais ce ne sont que des exceptions¹⁷⁹.

Dans le cas de faits "territoriaux", cette solution ne pose aucun problème. En effet, si un Français lit un message créé par un Français et posté sur un prestataire français, on se retrouve dans le cas du Minitel, la loi française est la seule compétente. Mais, cela est une exception, voir impossible. On voit mal comment un message ne pourrait concerner que des Français dès lors qu'il est accessible du monde entier.

Or, dès que les faits sont plurilocalisés, la solution est beaucoup moins évidente. Toutes les lois nationales peuvent alors prétendre régir le litige au moins pour partie. Néanmoins, le droit international privé a déjà eu à résoudre des cas de faits plurilocalisés notamment dans le domaine de la pollution¹⁸⁰. La solution retenue est le morcellement du dommage. La "partie" du dommage réalisé en France sera ainsi jugée selon le droit français. Mais, sur l'Internet, la plurilocalisation est totale. Aussi, la solution classique du morcellement législatif des faits, qui consiste à rendre compétente une loi avec laquelle un des éléments constitutifs du fait présente un lien, est désormais problématique. Selon cette solution, la loi française peut par exemple être compétente dans tous les cas puisque si le lieu d'où provient le message n'est pas en France, le site hébergeant ce message litigieux peut toujours être accessible depuis la France. Or, selon une fiction juridique, le lieu de diffusion de l'information devient le lieu de réalisation du dommage. Un dommage est donc réalisé en France, il y a un lien.

¹⁷⁸ Lexique des termes juridiques, Dalloz-1995, p191.

¹⁷⁹ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1357, n°2292.

¹⁸⁰ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1357, n°2294.

Donc, si une loi peut toujours être désignée, en fait, toutes les lois peuvent être désignées, il y a cumul de compétence. Il y a autant de lois compétentes que de dommages. Par exemple, la publicité comparative peut être interdite ici, l'utilisation de la langue du pays obligatoire là bas. Le sujet qui veut obtenir une réparation intégrale devra donc envisager l'application de toutes ces lois, les tribunaux devront appliquer "distributivement la loi de leur pays et celles de multiples autres lois"¹⁸¹.

Ainsi, une atteinte au droit à la vie privée réalisée par un site peut être sanctionnée en France selon l'article général 1382 ou par des textes spécifiques tel que l'article 9 puisque la vision du site depuis la France est vu comme un point de contact avec le territoire français. Mais aussi par la loi informatique et liberté si le traitement de l'information est au moins partiellement réalisé en France. Alors que dans le pays où a été émis l'information cela n'existe pas.

Ce conflit de compétence est accru en matière de propriété intellectuelle et surtout pour le droit d'auteur et le copyright puisque ces lois sont d'application territoriale¹⁸². Les droits intellectuels sont, en effet, appréciés par référence au territoire national. C'est à dire que l'introduction en réseau d'une œuvre sans droits emporte l'application de tous les droits où il y a consultation, qui sont tous des lieux d'exploitation de l'œuvre. Ce sont tous les droits de la planète qui peuvent s'appliquer. Par exemple, s'il est sûr qu'il y a contrefaçon en droit français, il en ira de même en droit allemand.

Cette solution n'est donc pas la panacée, et pour éviter cet état de fait, de nombreuses réflexions doctrinales ont tenté de définir l'élément constitutif le plus approprié pour emporter la compétence d'une loi. Dans cette optique a été débattu l'élection de la loi du fait générateur ou la loi du dommage avant que l'on propose à la victime d'avoir le choix puisqu'il paraissait "sans inconvénient d'appliquer distributivement plusieurs lois aux divers préjudices résultant d'un même acte"¹⁸³. Mais, au-delà de ces réflexions sur la loi applicable, il existe des possibilités d'adaptation plus touffues.

2. Les possibilités d'adaptation

La compétence de *lex loci delicti* peut être aménagée. Il existe différentes modulations pouvant venir atténuer la surrégulation engendrée par la compétence de cette loi¹⁸⁴. Ainsi, la technique du bouquet de loi permettrait d'offrir le choix entre la loi du serveur, la loi du pays où est le prestataire de service et la loi la plus appropriée des législations des pays où les faits sont ressentis. La formule de la loi du dommage et des rattachements subsidiaires permettrait d'appliquer la loi du dommage où le lésé à sa résidence habituelle ou son principal établissement d'affaire (c'est le point d'ancrage) et des rattachements subsidiaires renforcerait cet ancrage. Enfin, la formule de la loi adéquate et du point de contact privilégié rendrait compétente la loi ayant le plus de liens réels avec la situation de fait. C'est à dire la loi la plus apte à déployer les moyens les plus appropriés à effacer les séquelles. On s'attacherait au résultat. Mais ces aménagements ne font que réduire le nombre de lois applicables. Ce n'est pas un principe de solution. Il y a toujours surrégulation.

¹⁸¹ Ibid.

¹⁸² Raynard j, Droit d'auteur et conflits de lois, Litec, 1990.

¹⁸³ Mayer P, Droit international privé, éd Montchrétien, 1994, n°685. dans ce sens Cass. 1^{er} civ, 14 janv. 1997, jur, p 177.

¹⁸⁴ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1360, n°2298.

B. Le juge compétent

Si la loi applicable peut être définie, Il s'agit désormais de voir quel juge est compétent pour appliquer la loi désignée par les règles de conflit de loi. La désignation du juge compétent pour régir les faits réalisés sur le réseau est une question de poids. En effet, un juge étranger appliquant la loi française risque de ne pas bien la maîtriser et d'être en plus peu attentif au litige, la sanction du fait peut donc être insuffisante. S'il existe des juges en ligne¹⁸⁵ qui ressemblent à un arbitre, la règle est cependant le recours à un juge traditionnel.

1. La désignation du juge

Selon le droit commun français, repris par la plupart des pays, le juge compétent est le juge du domicile ou du siège social du défendeur mais, pour les délits *lato sensu*, c'est le juge du lieu du délit qui est compétent¹⁸⁶. Ainsi c'est en France le lieu de diffusion autrement dit de réception de l'information qui est retenu.

Il existe aussi des cas spécifiques où le juge français fera valoir sa compétence. Il y en va ainsi pour la loi dite "informatique et liberté" de 1978 ou pour les privilèges de juridiction des articles 14 et 15 du code civil qui permettent à un Français de plaider en France en tant que demandeur ou défendeur. L'article 14 concerne le demandeur français et la jurisprudence l'interprète de façon large, ne le cantonnant pas aux seules obligations à l'inverse de ce que le texte laisse à penser¹⁸⁷. Néanmoins, ces privilèges risquent de n'être pas acceptés à l'étranger et entraîner un refus d'exequatur. S'il y a donc des solutions techniques, la réalité risque d'être plus compliquée. Il peut y avoir conflit de compétence.

Cependant, le droit européen en reprenant ces solutions leur donne une meilleure effectivité. Selon l'article 2 de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 et la convention de Lugano du 16 septembre, les juges de l'Etat du domicile ou du siège social du défendeur ont compétence générale. Le juge spécialement compétent dans ces Etats est désigné par le droit de cet Etat. Selon la cour de justice qui a compétence pour interpréter la convention de Bruxelles, la victime en cas de faits plurilocalisés peut s'adresser au juge du lieu du fait source de dommage, celui-ci réparera l'entier préjudice, ou au juge où le dommage est ressenti, celui-ci connaîtra alors du seul dommage causé dans son Etat. Ces solutions ne sont donc pas différentes du droit français.

Ainsi, la victime dispose d'une option. Elle peut porter son action soit devant la juridiction du lieu où demeure le défendeur ou devant celle du lieu du fait dommageable, c'est à dire devant la juridiction dans le ressort de laquelle le dommage aura été subi. Alors, les tribunaux français, même si l'information est hébergée à l'étranger, peuvent être saisis par un Français victime dès que l'information est accessible depuis la France. La victime française ou domiciliée en France¹⁸⁸ n'a pas à saisir les tribunaux étrangers. Mais, seul le tribunal du domicile du défendeur étant compétent pour réparer l'intégralité du préjudice, l'avantage est relatif. La victime n'est pas mieux placée. Non seulement le juge du domicile du défendeur

¹⁸⁵ <http://www.cybertribunal.org/>, Cyberjustice et cybertribunaux, tentative d'arbitrage on line.

¹⁸⁶ Article 46 – 3 NCPC et articles 2 alinéa 1 et 5-3 de la convention de Bruxelles.

¹⁸⁷ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1361, n°2300.

¹⁸⁸ Article 14 du Code Civil.

aura des difficultés à appliquer toutes les lois où un dommage est ressenti mais la victime ne pourra pas non plus engager des actions devant tous les tribunaux des pays d'où le message peut être accessible.

2. Le problème de l'exequatur

Juger, c'est bien, mais il faut encore que la décision rendue soit appliquée. Or, si les conventions précitées améliorent l'exequatur des décisions rendues, autrement dit, leur exécution dans un autre Etat que celui qui l'a rendue, le cadre d'application reste européen. Néanmoins, elles peuvent influencer sur un plaideur d'un pays tiers. Tout d'abord le bénéfice des divers privilèges est étendu aux personnes domiciliées sur le territoire d'un Etat européen signataire des conventions. Ceci permet à l'article 14 du code civil d'être reconnu au niveau européen, même un non Français peut l'invoquer. Si le défendeur domicilié hors CEE possède des biens en Europe, une décision d'un pays européen peut trouver à s'appliquer.

Ainsi, un juge et une loi peuvent être désigné. De plus, les décisions judiciaires peuvent être exécutées au moins d'un point de vue européen. La responsabilité extra contractuelle peut donc être engagée. Les principes essentiels du droit du for semblent alors pouvoir être protégés. Reste que les solutions sont loin d'être efficaces et sont parfois même irréalisables, comme l'application de toutes les lois où le dommage est ressenti. D'autre part, les faits juridiques sont difficiles à prouver. Si l'on peut imaginer un constat d'huissier ou d'un agent assermenté pendant que l'information est encore en ligne, il reste à établir l'ampleur et la provenance des consultations de l'information dont dépendra l'appréciation souveraine du préjudice et de sa réparation par les magistrats. Les statistiques de connexion des serveurs peuvent y aider mais c'est insuffisant. D'autre part, l'identification de l'auteur des délits peut être impossible dès qu'un serveur anonyme est utilisé. Les outils de la procédure civile¹⁸⁹ seront insuffisants. On voit donc tout l'intérêt pour la victime de recourir, dès que le délit est une infraction pénale, à l'exercice de l'action civile devant les juridictions répressives. Les moyens utilisés pour constater étant plus amples dans le cadre d'une infraction pénale.

§3 - Les solutions du droit international pénal

Les faits qui ont cours sur l'Internet ont une dimension pénale. La Cybercriminalité a même amené une réflexion dans le cadre du G8¹⁹⁰. Ces faits transnationaux soulèvent donc une interrogation sur le droit pénal international.

Mais, le droit pénal international est en fait un droit unilatéral. Il n'y a pas de règles de conflit de loi, toutes les lois pénales nationales s'appliquent au réseau. De plus L'effectivité des décisions est ici un problème crucial En effet, derrière ce droit se cache la souveraineté des Etats et leur conception de la vie en commun. Tel comportement peut être illicite dans un Etat et permis dans un autre, il en va ainsi pour les propos racistes permis aux Etats-Unis et sanctionnés en France. Aussi les Etats n'acceptent ils pas facilement de donner exequatur à une décision étrangère Mais ils n'acceptent pas d'avantage qu'on porte atteinte à leur souveraineté dans le cadre d'investigations transfrontalières. Le droit international pénal pose

¹⁸⁹ Notamment le référé de l'article 145 NCPC, qui cependant s'apparente plus à un détournement de procédure comparé à l'esprit de la loi de 1881 sur la presse.

¹⁹⁰ Sabatier p, crimes sur le Net, Libération, 12 déc. 1997, suppl Multimédia, p 1.

donc un problème de détermination de la loi applicable et un problème pratique de coopération policière. De plus, la question de la preuve des faits est toujours latente.

A. L'application de la loi pénale française

Puisqu'il y a solidarité des compétences judiciaires et législatives pénales, l'intérêt est de déterminer si la loi pénale française est applicable à une infraction à caractère international commise sur l'Internet. Or, le principe est que les lois pénales nationales sont compétentes dès que le délit est réalisé dans l'Etat. Par exemple, si un texte protégé par un droit d'auteur est copié et utilisé en France, la reproduction est un élément constitutif de l'infraction de contrefaçon et cet élément étant localisé en France, le droit pénal français jouera et sera appliqué par le juge français.

Mais en droit français, si la loi française est compétente dès que l'infraction est commise en France, elle l'est aussi quand un des éléments constitutifs de cette infraction a eu lieu sur le territoire français¹⁹¹. Ainsi, la loi française peut trouver à s'appliquer à des infractions dont les éléments matériels sont réalisés à l'étranger mais dont les effets se font sentir en France. C'est l'interprétation du principe de territorialité sous l'angle de la théorie de l'ubiquité. Par exemple, un photographe n'ayant fait que prendre des photos pornographiques en France mais ayant commercialisé et développé les clichés à l'étranger sera condamné pour outrage aux bonnes mœurs en droit français¹⁹². Inversement, la diffusion en France d'images pédophiles étrangères sera passible de la loi pénale¹⁹³.

Or, ceci crée des conflits de loi que le principe de territorialité permettait d'éviter. D'autant plus que l'ubiquité est la règle sur l'Internet. Ainsi, un même fait peut se voir appliquer tous les droits pénaux du monde et inversement un droit national à vocation à régir tous les faits illicites du Cyberspace. De plus, il y a une diversité des qualifications pénales. Non seulement les mêmes faits ne sont pas toujours sanctionnés d'un système juridique à l'autre mais ils ne sont pas non plus qualifiés de la même façon. Certains éléments peuvent être requis dans un Etat et pas dans un autre. On comprend mieux dès lors les tentatives d'extension de l'application du droit pénal. Mais c'est une extension déraisonnable du champ d'application des infractions. Cela va à l'encontre des principes essentiels de la matière pénale et notamment celui de l'application stricte de la loi pénale.

De plus, cette solution va à l'encontre de la règle non bis in idem¹⁹⁴ qui a pour but d'éviter qu'un même fait fasse l'objet de deux condamnations pénales, à l'étranger et en France. Or, cette règle qui fait notamment l'objet d'une reconnaissance européenne¹⁹⁵, a une vocation au moins régionale. Cependant, outre les difficultés de mise en œuvre comme l'interprétation de la formule "le même fait", cette règle n'est pas obligatoire. Les Etats ne l'appliquent donc pas. Pourtant c'est un principe général du droit et même d'équité.

D'autre part, la loi pénale française serait compétente pour des infractions commises hors du territoire national. Ainsi, pour les crimes commis par un Français hors du territoire et pour les

¹⁹¹ Article 113-2 du code pénal.

¹⁹² Crim 4 juin 1969 Bull Crim n° 190.

¹⁹³ Communiqué de Francenet du 13 mai 1996 "Internet ou comment devenir pédophile en 24 heures ?", <http://www.francenet.fr/comment/comment.html>

¹⁹⁴ Articles 113-9 NCP et 692 CPP.

¹⁹⁵ Convention de Bruxelles du 25 mai 1987, convention de Schengen du 19 juin 1990, article 53 de la convention de la Haye du 28 mai 1970.

délits si les faits sont punis par la législation du pays où ils ont été commis¹⁹⁶. Mais aussi pour les crimes et les délits punis d'emprisonnement commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la république lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction. Mais cette compétence est soumise à un certain nombre de restrictions. La mise en mouvement de l'action publique requiert une plainte ou une dénonciation préalable par la victime ou par l'autorité du pays dans lequel le fait a été commis et ne peut être engagé qu'à la requête du ministère public. La règle non bis in idem empêche en principe des poursuites contre une personne déjà condamnée à l'étranger. De plus, il faut une double incrimination. Il en va ainsi pour les délits commis par des Français hors de la France, punissables en France que s'ils le sont dans le pays où ils ont été commis¹⁹⁷. De même, un Français victime d'un délit commis à l'étranger ne pourra demander au parquet d'exercer des poursuites que si le délit est puni en France de peines d'emprisonnement. Enfin, le complice en France d'un crime ou délit commis à l'étranger n'est punissable que si l'infraction fait l'objet d'une double incrimination et qu'elle est constatée par une décision définitive de la juridiction étrangère¹⁹⁸. Toutes ces formalités risquent de compliquer l'application de cette compétence. On serait tenter de s'en réjouir puisque cette application extensive de la loi pénale n'est pas limitée à la France. Toutes les lois pénales y tendent, entraînant une surrégulation extrêmement forte.

En effet, sur le réseau toutes les droits pénaux s'appliquent, tous sont susceptibles de régir tous les délits du réseau. Si donc la loi applicable aux faits illicites est définissable, toutes les lois pénales sont susceptibles d'appréhender le même fait. Il y a surrégulation. Celle-ci est d'autant plus développée qu'il y a une diversité des faits sanctionnés.

Il faut, de plus, prendre en compte les difficultés liées à l'exécution de la décision à l'étranger. En effet, l'exécution d'une décision de justice à l'étranger dépend de l'accord et du concours de cet Etat, c'est à dire de sa bonne volonté dès lors qu'il s'agit de droit pénal. Le problème est donc de taille même si une convention du Conseil de l'Europe apporte un instrument d'atténuation de ces conflits d'exécution¹⁹⁹.

B. Le problème de la recherche et de la preuve des infractions

Deux points juridiques accentuent le problème de la preuve des faits juridiques. Il s'agit de l'inadaptation des procédures d'investigations policières et de saisie.

Tout d'abord, les enquêtes qui dans le Cyberespace devraient pouvoir être déclenchées très rapidement sont bloquées par la présence de procédures trop lourdes et trop lentes. En effet, les autorités du pays voulant saisir devront avertir le pays où se trouve l'information pour respecter les principes de bonne foi et de courtoisie qui valent entre Etats. Mais cette formalité n'implique pas qu'ils obtiendront un feu vert. Les efforts de coopération policière au niveau international ne sont pas assez efficaces.

D'autre part, peu de droits admettent la perquisition électronique, l'utilisation des données sera alors souvent impossible selon le droit national.

¹⁹⁶ Article 113-6 du code pénal.

¹⁹⁷ Ibid.

¹⁹⁸ Article 113-5 du code pénal.

¹⁹⁹ Convention du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements répressifs, signée à la Haye le 28 mai 1970 Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1364, n°2310.

Aux problèmes classiques de la preuve des faits dans le Cyberspace s'ajoutent donc des difficultés politiques de respect des souverainetés.

Les mécanismes juridiques traditionnels permettent, par conséquent, de désigner une loi et un juge, l'Internet n'échappe donc pas au droit et nos principes essentiels semblent pouvoir être protégés. Reste qu'il existe au niveau international une disparité d'appréciation des faits et actes juridiques. Les problèmes découlant de la transnationalité du réseau ne sont pas résolus par les mécanismes traditionnels.

Dans le domaine pénal et extracontractuel, il y a surrégulation du réseau, les mêmes choses ne sont pas permises ou interdites selon le droit du for et tous ces droits peuvent s'appliquer au même fait. Ainsi, les acteurs du réseau qui en théorie devraient se soumettre dans leur diffusion aux droits des pays où le message sera perçu se trouvent dans l'incertitude. Il se trouve virtuellement soumis à tous les droits de la planète et à leur contradiction. La seule solution serait de s'aligner sur le standard le plus sévère ! Mais c'est un raisonnement que n'a guère intégré la Cyberculture.

D'autre part, dans le domaine contractuel, les droits issus des contrats sont susceptibles de n'être pas reconnus faute de validité du contrat et la protection des lois de police est peu efficace. Les règles de conflits de lois peuvent, de plus, remettre en cause la liberté contractuelle.

En fait, c'est la question de la preuve qui remet en cause les règles de conflits de loi applicables en théorie. Les mécanismes traditionnels s'ils permettent de répondre au caractère transnational du réseau sont impuissants à cause de cette insécurité du réseau. Il paraît donc nécessaire d'apprécier s'il existe d'autres moyens de répondre aux atteintes du réseau à nos principes essentiels.

Section II - Les solutions prospectives

La doctrine n'a, dans un premier temps, fait qu'appeler de ses souhaits une volonté politique de résolution des conflits et proposer que trois voies de solutions sans envergure²⁰⁰ (la sécurisation, l'autorégulation ou la résignation). Mais, désormais son approche est plus approfondie. Il faut donc s'attacher à voir les nouvelles propositions formulées²⁰¹. Néanmoins, nous les rejeterons pour partie en préférant proposer le recours à la notion d'ordre public international.

§1 - Les voies exploitées par la doctrine

La recrudescence de la doctrine en droit international privé paraissait nécessaire face aux problèmes de l'Internet. Ce d'autant plus que le droit international privé, exceptionnellement légiféré, est massivement jurisprudentiel et porté par la doctrine. "Il ignore la contrainte des textes, il est flexible et adaptable"²⁰². Ce droit appelle donc le juriste à être imaginatif. Si le mécanisme désignant la loi du lieu du délit comme compétente n'apporte pas de résultat intéressant, le juriste se doit d'envisager de nouvelles voies. Pour autant sa réflexion doit être utile. Or, les mécanismes de substitution dégagés ne semblent pas encore répondre aux

²⁰⁰ Lamy, droit de l'informatique, 1997, p1960 à 1962.

²⁰¹ Lamy, droit de l'informatique, 1998, p1365 – 1370.

²⁰² Ibid.

problèmes de l'Internet. Ils sont trop empreints de la volonté de créer un droit véritablement international. En effet, la doctrine appelle "un droit qui, comme les réseaux, transcende les frontières, un droit vraiment international qui réponde à une situation proprement internationale"²⁰³. Le droit envisagé devrait ainsi surtout assurer une "harmonisation minimale de la police des réseaux et rechercher l'adoption de normes au moins communes aux Etats avancés"²⁰⁴.

A. La voie des traités internationaux

C'est cette solution qui bien sûr répondrait au mieux à la création d'un droit transcendant les frontières. Plusieurs initiatives ont d'ailleurs été tentées dans cette voie. Mais, c'est un mécanisme qui, à terme, achoppa sur la diversité des conceptions étatiques de la vie en commun.

Néanmoins, il existe des instruments à vocation générale tel que des traités sur le droit de la propriété intellectuelle qui permettent d'assurer une application du droit. D'autre part, "des instruments spécifiques" à l'Internet sont en train d'être développés. Ainsi, il faut remarquer les appels à de grands traités lancés par la Commission européenne quant aux questions à caractère pénal, du G8 pour la criminalité transnationale et la création d'un comité sur la Cybercriminalité dans le cadre du Conseil de l'Europe²⁰⁵. Certains projets de traités intégrant la dimension du réseau ont déjà vu le jour comme ceux de l'OMPI adoptés par la conférence diplomatique de Genève en décembre 1996 et concernant le champ du droit d'auteur²⁰⁶. Il résulte de la volonté de l'OMPI d'intégrer les nouvelles technologies au champ de la convention de Berne. Mais l'UNESCO, l'OCDE, la CCI réfléchissent aussi aux questions juridiques posées par ces technologies²⁰⁷. L'Union européenne, quant à elle, mène depuis 1991 d'importants travaux d'harmonisation dans le domaine du droit d'auteur, une directive concernant la protection juridique des bases de données a été adoptée et un livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information a été présenté en 1995 par la commission aux milieux intéressés²⁰⁸. Enfin, dans le cycle de l'Uruguay round a été négocié ADPIC²⁰⁹ dont le but est l'instauration d'une concurrence loyale dans le domaine de la propriété intellectuelle.

La doctrine propose ainsi de persévérer dans la voie des instruments spécifiques en n'hésitant pas à "s'avancer dans la voie d'accords régionaux, faute de pouvoir parvenir à des accords universels"²¹⁰. Mais elle propose aussi de rester modeste, d'envisager d'abord de régler les problèmes de compétence pour éviter la surrégulation et seulement accessoirement de régler au fond les problèmes.

Cependant, cette voie de solution renvoie trop à l'utopie du droit international pour en faire un principe de solution. Les auteurs qui la proposent sont d'ailleurs conscients de la "très relative

²⁰³ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1366, n°2314.

²⁰⁴ Ibid.

²⁰⁵ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1366, n°2316.

²⁰⁶ Ibid.

²⁰⁷ Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques, les petites affiches 2 février 1996 n°15 p 9.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques, les petites affiches 2 février 1996 n°15 p 9.

²¹⁰ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1366, n°2316.

faisabilité”²¹¹ de cette voie. Pourtant, on ne peut qu’être d’accord avec l’idée d’un traité de droit international privé sur la loi applicable ou le juge compétent puisque cela permettrait de donner un tremplin quant à l’idée de recourir à la notion d’ordre public international. Ce, même s’il n’est nul besoin de tenter d’adapter par un traité un droit d’origine nationale puisqu’une doctrine éveillée devrait suffire à mettre l’accent sur l’importance de cette notion au niveau national.

B. La voie de la Lex Mercatoria

Soulignant l’utopie de trouver “une règle unique” entre Etats, c’est la voie de la Lex Mercatoria (loi des marchands) qui selon nos auteurs pourrait apporter des solutions²¹². Résultant de la pratique, celle-ci pourrait être appliquée par les acteurs du réseau. Mais il n’y a pas un moyen unique d’autoréguler, ce sont tous les mécanismes de soft law (usages, déontologie, autorégulation) qui peuvent être utilisés. Cette voie est déjà beaucoup plus viable que la précédente mais elle ne saurait suffire. C’est d’ailleurs le constat qu’en tire les auteurs qui la proposent. Selon eux, l’autorégulation n’est qu’une voie limitée. Elle n’aurait que “vocation à jouer dans les interstices d’un droit contraignant”²¹³ ; puisque bon nombre de règles telle que l’interdiction de la pédophilie ne se négocient pas et ne peuvent donc faire l’objet d’autorégulation. L’autorégulation serait au final “la mise en lumière par les acteurs eux même de règles de bon comportement ”.

Ainsi, l’autorégulation pourrait se faire en utilisant les usages. Ils peuvent constituer une solution en instaurant une norme internationale. En effet, la Lex Mercatoria désigne en premier lieu les usages, c’est à dire “l’émergence progressive de normes peu à peu admises et reconnues par les acteurs puis par les tribunaux”²¹⁴. Ces usages proviennent en premier lieu d’acteurs marchands mais la Netiquette laisse à penser qu’il existe des usages non marchands. Or, ces solutions apportées par les usages si elles sont imprécises et lentes à élaborer, présentent l’avantage d’être adaptées à la réalité et d’être souples. De plus, il n’est pas nécessaire de recourir à une codification pour leur donner un contenu, mécanisme qui a toujours tendance à édicter des règles démodées et à réduire la souplesse des solutions, puisqu’une normalisation contractuelle, c’est à dire la répétition de certaines obligations dans les contrats, peut y parvenir.

D’autre part, l’autorégulation peut se faire en utilisant des règles déontologiques. Celle-ci peut être menée par un groupe de professionnels, c’est le cas du code de déontologie du GFII²¹⁵. Ce code impose le respect de la loi et, comme c’est un mécanisme professionnel, il organise un contrôle et une sanction. Elle peut aussi être menée par un groupe d’acteurs placés dans la même situation. Ainsi, des professionnels dont le seul point commun est d’être des annonceurs pourraient développer des codes. On peut, par exemple, imaginer un code des normes publicitaires sur l’Internet.

Enfin, l’autorégulation peut être assurée par une charte de l’Internet englobant tous les acteurs du réseau. Mais, une telle charte regrouperait des acteurs trop nombreux pour obtenir un consensus, elle risque de ne pas arriver à formaliser des usages trop disparates. De plus, cette

²¹¹ Ibid.

²¹² Lamy, Droit de l’informatique, 1998, p1367, n°2317.

²¹³ Ibid.

²¹⁴ Ibidem.

²¹⁵ Lamy, Droit de l’informatique, 1998, p1367, n°2319.

solution serait critiquée pour n'avoir pas reçu l'investiture étatique, ce qui est un beau paradoxe. Mais la régulation peut aussi emprunter la voie d'une charte des acteurs et proposer une investiture étatique. Ainsi, une proposition de réflexion dans le cadre de l'OCDE²¹⁶, menée dans le souci de voir les Etats adapter leur législation, appelle à l'élaboration d'une déontologie et d'un code de bonne conduite permettant de protéger des principes directeurs communs aux différents Etats.

Il y a donc différents moyens d'entrevoir une régulation du réseau. Mais dans tous les cas de figure, l'autorégulation du réseau ne saurait seule résoudre les problèmes de l'Internet. Dès que les atteintes sur l'Internet dépasse un certain seuil de gravité, celle-ci n'a plus aucune efficacité, la Netiquette en a donné l'exemple. La solution de l'autorégulation ne peut qu'être combinée avec des solutions légales sous peine de mettre les acteurs à l'abri de certaines des responsabilités qui pèsent sur eux. Enfin, derrière l'autorégulation se dresse le danger de la censure privée.

C. Une régulation du réseau par la combinaison de normes diverses

La solution consiste ici à combiner les divers instruments de régulation qui a eux seuls ne peuvent assurer le succès, il s'agit de combiner hard et soft law²¹⁷. Or, pour définir quels modes de régulation sont applicables, il faut retenir deux propositions²¹⁸.

Il faudrait miser sur la liberté des individus ou "souveraineté de l'utilisateur". En fait, ce serait miser sur le contrat, il permettrait "d'assurer à une échelle internationale une prohibition qui dans l'ordre légal n'est pas universelle"²¹⁹. Ces règles seraient ainsi légitimes puisqu'acceptées, et façonneraient à terme les usages des opérateurs et des utilisateurs. En fait, il s'agirait de remplacer la Cyberculture par une coutume de légalité.

Cette solution si elle paraît la plus appropriée pose néanmoins deux problèmes. Ce serait tout d'abord faire perdre à l'Internet sa spécificité, à culture différente, contenu différent. D'autre part, le contrat n'est pas l'instrument le plus approprié pour réguler l'Internet. Il faudrait au moins lui assurer préalablement les moyens d'être reconnu. Comment engager la responsabilité contractuelle pour non-respect d'un code de conduite inséré dans un contrat si ce contrat peut être invalidé ? De plus, cette régulation contractuelle déjà en vigueur n'a pas encore eu de résultats concrets.

Mais la proposition consiste à miser sur la liberté des individus sans abdication de la souveraineté des Etats. Le règne du contrat ne devrait donc pas être absolu. Cependant, les Etats ne devraient intervenir "qu'avec mesure". Ils devraient se garder de créer des droits du Net à partir d'exemples de déviations marginales. Ils devraient aussi opter pour la collaboration internationale. D'autre part, ils devraient assurer une intervention mesurée du droit, c'est à dire apprécier avec prudence l'opportunité des poursuites au pénal, mettre en avant la règle de raison dans toutes les branches du droit !

²¹⁶ Proposition française " pour une charte de coopération internationale sur l'Internet " 23 oct 1996. Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1368, n°2321.

²¹⁷ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1369, n°2322.

²¹⁸ Ibid, reprenant un rapport présenté à Namur : Vivant M, Internet et modes de régulation, Rapport au colloque de Namur sur l'Internet, nov 1996, Cahiers du CRID 1997, n°12, p 215.

²¹⁹ Ibid.

Ce mode de régulation se veut donc “multisource”, il s’appuie sur un recours aux contrats, aux usages (créés par les contrats) et à la loi. Reste qu’il risque d’être “multiproblématique”. Il est notamment utopique de croire que l’on puisse cantonner la compétence étatique sur l’Internet alors que cet outil remet en question toute la souveraineté des Etats.

Ces propositions ne sont donc pas satisfaisantes. Si elles apportent quelques éléments de réponse, cela est insuffisant. Il nous faut envisager une autre solution.

§2 - Une voie inexploitée

Devant l’inefficacité des mécanismes traditionnels et la faiblesse des solutions prospectives avancées, il paraît nécessaire de se rallier à cette citation : “de l’audace, toujours de l’audace”²²⁰. C’est pourquoi, sans présenter des solutions précises, il convient de proposer une nouvelle voie de réflexion. En effet, il semble que l’utilisation de l’ordre public international puisse constituer un outil juridique approprié pour résoudre les problèmes de l’Internet liés à la violation des principes essentiels.

L’usage de cette notion pourrait être développé dans les mécanismes traditionnels de résolution des conflits de lois sur le réseau pour éviter les solutions inapplicables que les règles traditionnelles appellent. Cela reviendrait tout simplement à utiliser toutes les ressources du droit international privé. En droit du commerce international, cela ne ferait que renforcer l’application des lois de police dès que le problème de la reconnaissance de la validité du contrat électronique aura été réglé. Par contre, ce serait une révolution pour le droit international pénal mais largement justifiée.

L’ordre public international est, en effet, un mécanisme de résolution des conflits loi. Cette notion permet de résoudre les conflits de lois dès que des principes essentiels sont en jeu. Or, c’est le respect de ces principes essentiels qui constitue tout l’enjeu du Net. En effet, toutes les réflexions menées sur l’Internet portent dessus. Ainsi, quand la proposition faite à l’OCDE²²¹ d’adopter un code de bonne conduite propose d’assurer le respect du principe de dignité de la personne humaine, de protection de la vie privée, d’honnêteté et de loyauté entre les entreprises, de protection des consommateurs... ce sont des principes essentiels qu’elle propose de faire respecter. Les différentes réflexions sur l’Internet visent justement ce que l’ordre public international est censé protéger.

On est donc en droit de s’étonner de l’absence totale de cette notion dans les réflexions menées. Elle s’explique de par le fait que l’utilisation de l’ordre public international suppose que l’on recourt à la solution de la compétence de la loi du lieu du pays d’origine de l’information. Ce qui n’est pas sans soulever de nombreux dangers. Pourtant, cette solution semble beaucoup mieux appréhender le problème de la transnationalité. C’est une voie vers, non pas un droit international, mais l’adaptation de l’international au droit du for. Or ceci, rappelons le, est peut être la meilleure voie pour assurer le progrès²²². De plus, elle permettrait de déboucher sur un respect concret du droit.

²²⁰ Danton, discours du 2 septembre 1792, pour la levée en masse, classique Larousse, les orateurs de la révolution française, p100.

²²¹ Accords sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce, Autoroutes de l’information : les grandes manœuvres juridiques, Les petites affiches 2 février 1996 n°15 p 9.

²²² Lévi-Strauss, Race et histoire, Folio essai n°58, 1987.

A. La raison de l'absence de la notion d'ordre public international dans les réflexions doctrinales

Cette notion n'est pas abordée car elle ne suit pas la mode du droit international et soulève les spectres des dangers de la loi du lieu d'émission.

1. La tentation du droit international

Les solutions prospectives envisagées relèvent toutes pour partie de l'utopie d'un droit international, de la création d'une règle unique. Cette règle devrait assurer une "harmonisation minimale, rechercher l'adoption de normes au moins communes aux Etats avancés"²²³. En fait, ce que proposent ces solutions ce n'est pas d'assurer les principes essentiels des différents Etats mais, d'harmoniser les principes essentiels des différents Etats. Or, cette harmonisation, qui est l'inverse de ce à quoi tend l'ordre public international, est soit dangereuse soit impossible.

En effet, ces normes qui sont les principes essentiels du droit du for, sont généralement, dans le cas de pays avancés, identiques à l'origine. La France a la déclaration des droits de l'homme de 1789, les Etats-Unis celle de 1776, la Grande Bretagne a l'Habéas Corpus.. Or, ce sont des textes somme toute très proches. Ce qui varie, c'est la vision des principes contenus dans ces textes, ce sont les modalités d'application. Développer un droit international n'aurait donc pour effet que de tuer cette spécificité nationale, les ordres publics nationaux, pour créer une conception unique de la vie en commun. Ce qui, selon la pensée de M.Lévi-Strauss, va à l'encontre de la diversité nécessaire au progrès²²⁴.

De plus, si l'on peut encore imaginer un tel raisonnement dans le cadre des droits occidentaux, dès que l'on prend en compte les pays "moins avancés"²²⁵, la solution est impraticable. Ils n'ont pas toujours les mêmes fondements juridiques que les pays occidentaux. On peut même parler de "droits de l'homme islamique"²²⁶. Or, dans ce cas un droit international est inenvisageable.

C'est pourquoi le recours à l'ordre public international paraît plus judicieux. Les voies du droit international, de la Lex Mercatoria ou de la combinaison de normes ne semblent être que des palliatifs. Il paraît plus censé d'assurer le respect des spécificités des conceptions étatiques de la vie en commun plutôt que chercher des voies internationales qui, outre leurs dangers, seront limitées. Ce choix implique une autre approche du problème de la transnationalité du réseau cependant, il n'empêche pas d'aboutir au même résultat, la régulation du réseau.

2. Le refus de la compétence de la loi du lieu d'origine

Recourir à l'ordre public international, c'est donner compétence à la loi du lieu d'origine de l'information. Mais, la compétence de la loi du lieu d'origine est contestée pour diverses raisons²²⁷.

²²³ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1366, n°2314.

²²⁴ Race et histoire, précité note n° 78.

²²⁵ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1358, n°2295.

²²⁶ Ibid, p1351, n°2279.

²²⁷ Lamy, Droit de l'informatique, 1998, p1358, n°2295.

On reproche à cette compétence de méconnaître la fonction de régulation sociale du droit. La question est ici de savoir si on accepte qu'un message pédophile soit mis sur le réseau peu importe qu'il soit adressé à quelqu'un ou seulement consultable. Mais cette remarque est peu pertinente, il y aura toujours des déviances sur le réseau qu'importe la solution choisie.

D'autre part, cette solution serait la porte ouverte à tous les abus. Des paradis informationnels pourraient développer des sites sur les sujets les plus odieux qui seraient accessibles du monde entier. Ces paradis pourraient mettre gratuitement en ligne tous les documents protégés par des droits d'auteur. Il faut cependant remarquer que la compétence de la loi du lieu du délit en droit international privé n'empêche pas non plus l'existence de paradis informationnels, il y en aura toujours. La peur tient en fait à ce que les Etats ne puissent plus contrôler ce que voit leurs citoyens, le CSA n'a plus de pouvoir. Ce ne serait plus à l'Etat de faire le tri, *a priori*, de ce que l'on doit voir mais au citoyen.

Mais il ne faut pas non plus sombrer dans le cliché du citoyen immoral. Ce n'est pas l'Etat qui créé l'ordre public, celui-ci est une conception de la vie en commun, c'est une œuvre collective que l'Etat ne fait que protéger. Aussi ne faut-il pas penser que tout le monde ira sur des sites interdits parce que l'Etat ne peut pas techniquement interdire leur vision. Et même si cela était, rappelons que voir n'est pas faire.

De plus, cela est démocratiquement justifiable, l'accès à des informations jugées interdites n'est pas en soi un crime. On peut notamment dire qu'interdire de voir une chose n'est pas expliquer les raisons de cette interdiction. Il est même contestable que l'on condamne des personnes pour avoir voulu se faire une idée de ce qu'il y a d'odieux dans les sites pédophiles. En effet, l'assimilation entre l'information ou la curiosité et la pratique est injustifiée. On notera à ce propos l'attendu de l'arrêt du 20 janvier 1999 qui relève que M.X a eu "plus qu'une curiosité malsaine"²²⁸. Certes, regarder des images pédophiles ou autres horreurs n'implique pas dans les faits que l'on soit pédophile. Si l'on sanctionne ceux qui tentent de s'informer sur les déviances sans intention malsaine pourquoi alors ne pas sanctionner ceux qui vont sur des sites fascistes, même s'ils s'opposent aux propos tenus.

On reproche encore à ce principe de compétence le fait que l'utilisateur devrait "se plier à une loi"²²⁹. Ce qui, permettrait une américanisation du monde puisque les sites sont essentiellement américains. La peur est certes fondée quant à l'américanisation mais il ne tient qu'à la France de rattraper son retard face à ce média. De plus, l'ordre public international, nous allons le voir, empêchera que l'utilisateur doive se plier à une loi.

Cependant, il est vrai que cette solution n'est pas une panacée. Par exemple, si un Français se rend sur un site nazi toléré à l'étranger et contribue au négationnisme, le droit semble être en carence. Selon la compétence de la loi du lieu d'origine, son message peut être hébergé sur ce site. Pourtant, il faut remarquer que cela n'est pas un problème. Si la loi française ne peut être compétente pour sanctionner le dommage réalisé par l'hébergement de propos ou d'images à l'étranger, elle est compétente pour les faits commis par un Français. Si le site où se rend notre négationniste ne pourra pas être appréhendé par la loi française alors que notre individu le sera puisqu'il est tenu de respecter ses principes essentiels. Il n'y a pas lieu de faire jouer la

²²⁸ JCP, ed générale, 20 janv 1999, II 10011, p 151.

²²⁹ Ibid note n°83.

double incrimination du droit pénal car le lieu d'origine du message de ce négationniste est la France, peu importe qu'il soit reçu à l'étranger.

Par contre, le danger de cette solution réside en ce qu'elle confond les cas où le message est seulement accessible, c'est à dire recherché par l'internaute (pull) de celui où il est expédié comme de la publicité (push). Le pull suppose que l'utilisateur ait recherché l'information et donc qu'il accepte de se soumettre à la loi du pays d'origine, qu'il a voulu aller sur tel site, y parler ou échanger et violer nos principes essentiels. Il peut permettre de sanctionner l'élément intentionnel. Or, dans le cas du push, c'est impossible, la sanction de l'élément intentionnel de l'infraction n'est plus possible. C'est un réel viol des fondements du droit français qui est opéré, on ne peut pas admettre que des E-mail de publicité sur des pratiques pédophiles soit impunément envoyées, ou que des œuvres sans droits soient expédiées dans un ordre juridique qui n'accepte pas ces pratiques. Mais des solutions techniques sont possibles notamment en utilisant des logiciels de filtrage.

Si cette compétence est donc encore rejetée comme trop dangereuse, elle n'en présente pas moins des avantages dont celui du respect des différentes conceptions étatiques de la vie en commun. D'autre part, ses aspects les plus effrayants, comme l'accès qu'elle procure à des paradis informationnels, peuvent être paradoxalement palliés par l'utilisation de l'ordre public international.

B. L'intérêt de la notion d'ordre public international

Cette notion, si elle donne compétence à la loi du lieu d'origine, résout aussi paradoxalement les dangers de cette compétence. On peut dire qu'elle donne compétence à cette loi pour la combattre.

En effet, son intérêt principal est d'éviter les conflits de loi et de permettre une protection des principes essentiels de tous les Etats. La notion d'ordre public international, en droit international privé, loin de vouloir unifier les principes essentiels du droit du for, permet leur défense dans un contexte international puisqu'elle résout clairement les conflits de loi en désignant la loi du for compétente dès que les principes essentiels du droit du for sont atteints. Elle permet au droit du for de sauvegarder sa conception de la vie en commun, chaque Etat ne subira donc pas d'atteinte dans ses principes essentiels de la part des autres Etats. Cette notion reconnaît et combat donc les différents principes essentiels du droit du for. Cette approche, qui est philosophiquement approuvée permettrait de mieux assurer la régulation du réseau.

Ainsi, imaginons qu'un site américain parle de racisme, il sera passible de la loi américaine et donc légal. Mais, si l'auteur de ce site décide d'émettre en France en invoquant le premier amendement de la constitution américaine, la France opposera l'ordre public international. Elle lui refusera le droit d'émettre en France. De même, ne pourra pas être invoqué une loi ne respectant pas le principe de la protection du consommateur pour les contrats. Il n'y a plus surrégulation du réseau.

Mais, cette solution suppose d'empêcher l'émission dans les pays la refusant. C'est donc tout d'abord un problème politique. Cependant, on peut envisager que les Etats s'accordent sur ce point, il s'agit en effet de respecter les principes essentiels des autres Etats et non pas leurs lois entières, pour assurer la protection des siens. On peut envisager que les Etats acceptent de

coopérer en interdisant à un éditeur d'émettre sur un territoire qui n'accepte pas. Ils pourraient mettre au point un mécanisme d'information des Etats quand un site tente d'émettre dans tel système juridique. Bien sûr cela paraît irréalisable car il n'y a pas de frontière sur le Net.

Néanmoins, ce n'est pas impossible. Ainsi, on pourrait recourir à l'utilisation de "drapeaux". Ces drapeaux sont déjà en vigueur dans le nommage²³⁰. Un Français a par exemple une adresse électronique selon son lieu d'émission, les adresses Internet se terminent en effet en France par les lettres fr. La reconnaissance des internautes par ces marques de pays permettrait de les responsabiliser. Ainsi, un site américain contraire aux principes essentiels de la France ne devrait pas accepter les utilisateurs avec des drapeaux français, dont l'adresse finirait pas fr. Il n'émettrait donc pas en France. De même un Français allant sur un site interdit par son Etat verrait un drapeau prévenant que ce site est contraire à ses principes essentiels. Dans ce cas à défaut de sanctionner l'auteur du site qui respecte ses principes essentiels, on sanctionnera l'individu qui viole ses principes essentiels. Reste que dans le push, il faudrait que l'Etat intervienne avec mesure, on ne sait pas si l'individu a demandé l'information interdite ou si elle a été envoyée comme une publicité. Cependant, le problème du push est techniquement résoluble. Il suffit d'utiliser des logiciels de filtrage au niveau des individus qui empêcherait les messages interdits d'arriver à bon port. De plus, le contrôle de l'Etat sur l'individu qui s'abonne à des sites via le push est possible, il peut notamment vérifier ces abonnements, seul l'E-mail qui est une correspondance privée ne doit pas être surveillé. On est dans le même cas que hors ligne. L'Etat ne peut pas empêcher qu'on attente à ses principes essentiels, en parole, dans le domaine de la vie privée. Néanmoins, cette absence de vérification de l'E-mail ne permet pas de contrôler les échanges de fichiers. Mais là encore on peut noter des solutions techniques comme le contrôle automatique des fichiers. Ainsi les Anglais ont mis au point un logiciel contrôlant automatiquement que les fichiers d'un ordinateur ne contiennent pas de données pédophiles.²³¹

Cette solution suppose néanmoins un organisme classifiant les sites au niveau juridique, la classification ne se fait aujourd'hui que par catégorie. De plus, cela suppose qu'un intervenant technique, soit les routeurs ou les serveurs identifient les adresses électroniques des utilisateurs pour déterminer leurs pays et ainsi leur bloquer l'accès. Reste des failles comme les serveurs anonymes mais c'est inévitable pour l'instant.

Un autre intérêt de la notion d'ordre public international est d'être compatible avec la Cyberculture. En effet, la base de cette notion est le respect des visions des autres. Or, ceci ne peut que plaire à des internautes qui ont bien compris la nécessité de faire appel au droit mais ont peur d'une réglementation trop dure. Cette notion entraîne certes une coercition, elle réduit donc fortement la liberté d'émission de l'auteur d'un site dans de nombreux Etats. Mais, cette limitation s'effectue à un niveau fondamental qui pourrait être mieux accepté. D'autre part, tout dépend de la coercition que décideront de mettre en place les Etats. Ils peuvent faire confiance à l'individu et n'interdire que les atteintes graves. Par exemple, interdire la fréquentation régulière de sites fascistes et pas la curiosité. De même, le recours à un contrat sans protection du consommateur pourrait être accepté si l'utilisateur l'a sciemment voulu et n'en fait pas un mode de consommation.

L'ordre public international permettrait ainsi de protéger nos principes essentiels sur les sites accessibles depuis notre territoire. Il permettrait aussi d'éviter qu'un Français doive respecter

²³⁰ Procédure d'attribution des adresses Internet.

²³¹ <http://www.open.gov.uk/index/./customs/c & ehome.htm>

tous les droits du monde dès lors que ses actes sur le Net touchent des principes essentiels. Au lieu d'être passible de tous les droits du monde, l'internaute n'aurait plus qu'à être conforme à ses principes essentiels. Cette solution, qui centre la réflexion juridique sur le respect des principes essentiels du droit du for, permettrait une entente internationale. C'est un principe de solution. C'est le meilleur cadre juridique pour assurer le respect des principes essentiels du droit du for sur le Net. Les solutions prospectives sont trop empreintes d'utopie et les solutions classiques sont trop générales et appellent trop de conflits de loi. La solution n'est donc pas miraculeuse, elle revient à utiliser un outil classique oublié dans la réflexion sur l'Internet. Mais, n'est ce pas en copiant qu'on invente ²³²?

Pour permettre une utilisation de cet outil, on pourrait faire un traité de droit international privé. Les Etats pourraient ainsi s'accorder sur l'effectivité à donner à cette notion. Le reste des problèmes dégagés par le réseau peut être résolu par la voie des contrats ou de l'autorégulation, pour l'instant ils ne présentent pas un intérêt primordial. L'intérêt d'une réflexion sur l'Internet est en effet dans l'immédiat d'instaurer au niveau international un noyau de droit contraignant, un noyau constitué des principes essentiels du droit du for. Reste que cette notion se heurte toujours au problème de la sécurité dans le Cyberspace mais au moins, elle est une solution plus appropriée que droit international ou que celle de la compétence de la loi du lieu du délit. C'est un système rodé qui pourrait, avec un minimum d'entente, résoudre le problème le plus grave du Net : le respect des principes essentiels des Etats.

Donc, "les mécanismes juridiques créés pour réseaux", c'est à dire les solutions proposées par la doctrine, ne répondent pas aux carences des mécanismes traditionnels, ils n'apportent que des éléments d'amélioration. Seul le recours à la notion d'ordre public international peut permettre de résoudre les carences des règles traditionnelles en vigueur. Cette notion assurerait le respect des principes essentiels du droit du for or, c'est tout enjeu du Net.

Pourtant, les Etats ne recourent pas à cette notion, alors même, que les solutions mises en œuvre ne semblent pas suffisantes pour pallier les problèmes que pose le réseau.

Chapitre II - Le droit en cours d'élaboration

Les Etats n'ont pas choisi de s'orienter vers un débat international de fond sur l'ordre public international. Excepté un appel à l'élaboration d'une forme de droit international, ils ont préféré privilégier des solutions contextuelles et techniques en éludant la recherche d'un principe de solution. Or, les voies de réflexion qu'ils ont poursuivies ne semblent pas résoudre tous les problèmes, nos principes essentiels risquent encore de sérieuses atteintes. De plus, ces solutions sont dangereuses car elles ne permettent pas de prendre en compte l'éventualité d'un changement de civilisation qui risque de bouleverser tout notre droit, tous nos principes essentiels. Nous rappellerons donc qu'il vaut mieux prévenir que guérir, qu'au lieu de solutions contextuelles il paraît urgent d'engager une réflexion sur la défense de nos principes essentiels, un débat de fond sur l'ordre public international.

²³² Paul Valéry, Variété, Gallimard, 1924.

Section I - Les solutions nationales

Les Etats ont pris des solutions elliptiques qui ne concernent que quelques problèmes. La jurisprudence n'a pas non plus donné de solution à l'Internet. Elles ne dégagent pas de solution en cas de conflit de compétence. Or, avec le développement de l'Internet, les litiges relèveront de plus en plus d'un règlement conflictuel préalable des questions tenant à déterminer les ordres juridiques compétents et les lois applicables. Les solutions actuelles sont donc insuffisantes et il paraît plus que jamais nécessaire d'ouvrir un débat de fond sur l'aspect transnational du réseau qui, selon nous, devrait permettre d'assurer le respect des principes essentiels des Etats. Mais, avant de justifier la nécessité d'un tel débat nous apprécierons les carences des solutions légales et législatives apportées par les Etats.

§1 - les lois multimédias

Il s'agit de tracer les grandes lignes des actions des Etats dans le domaine du multimédia on line et d'apprécier les carences de ces lois.

Nous verrons, en effet, que différents pays ont mené une réflexion sur les problèmes juridiques de l'Internet et que les solutions nationales dégagées varient d'un pays à l'autre. Mais, toutes ces réflexions reconnaissent leurs limites et admettent qu'un débat international de fond est nécessaire. En effet, l'Internet ne saurait se contenter de solutions techniques et contextuelles. Nous verrons, de plus, qu'il existe des impasses juridiques tel que le codage.

A. Les lois américaines

Les Etats-Unis ont pris des dispositions législatives dans le cadre du Communication Decency Act pour réguler l'Internet²³³. Le but est de donner aux parents la possibilité de choisir les programmes destinés à leurs enfants en utilisant par exemple le brouillage individuel de programmes pornographiques, obscènes ou indécents. D'autre part, ces dispositions ont tenté de définir le régime de responsabilité applicable aux différents acteurs du réseau. Or, ces dispositions sont, comme nous l'avons montré, entravées par les spécificités du réseau et de plus se heurtent aux dispositions constitutionnelles relatives aux libertés de parole, de culte, d'expression, de rassemblement et de manifestation contre l'autorité publique. Aussi, c'est vers la voie de l'autorégulation par l'utilisation de codes de bonne conduite, de solutions techniques et de sensibilisation du public aux risques du réseau que les Etats-Unis se sont repliés. Si les professionnels sont enclins à l'ouverture de discussions supranationales sur des questions touchant aux mécanismes juridiques internationaux (loi applicable, partage de responsabilité), les institutionnels américains ne sont enclins qu'à aborder la protection des droits d'auteur et la coopération judiciaire, perspective somme toute limitée.

Le Canada, pour sa part, mise sur des incitations au développement au mépris de toute censure²³⁴. L'autorégulation est mise en avant. L'approche est de type audiovisuel, elle consiste tout d'abord à utiliser des codes de déontologie et une classification des programmes par les producteurs. Puis, en une utilisation de puces électroniques permettant de classer les programmes selon leur nature et d'en bloquer l'accès. Une sensibilisation du public est aussi prévue. Mais, le Canada appelle, au vu des spécificités du net, des solutions internationales d'harmonisation sous la forme d'une structure de réflexion et non pas de surveillance.

²³³ Les enjeux juridiques d'internet, Regards sur l'actualité, janvier 1998, p 49.

²³⁴ Les enjeux juridiques de l'Internet, Regards sur l'actualité, janvier 1998, p 49.

B. Les lois européennes

1. Les Directives

En Europe, la communauté européenne a déjà pris des directives sur la publicité trompeuse, les contrats à distance, la protection de la propriété intellectuelle et la protection des personnes physiques à l'égard du traitement et de la circulation des données à caractère personnel²³⁵. Mais, ce sont les réponses aux livres verts qui lui permettront de prendre une plus ample position face aux problèmes de l'Internet.

2. Les lois allemande, anglaise et française

Certains Etats n'ont pas attendu la réflexion européenne pour réagir.

Ainsi, en l'Allemagne le ministre fédéral a proposé l'adoption d'une loi multimédia²³⁶ visant à protéger le citoyen, le consommateur et les données, à adapter le droit d'auteur et à créer un cadre juridique pour permettre la reconnaissance d'une signature électronique. Néanmoins, si l'Etat fédéral pense que la loi doit clarifier les responsabilités des acteurs pour palier aux carences de l'autocontrôle et pour cela recourir à un accord au niveau international, les Landers désirent pour leur part appliquer au réseau un modèle de radiodiffusion plus contraignant.

Pour sa part la Grande Bretagne²³⁷ prône l'autorégulation en partant du principe que son droit commun suffit si les acteurs du réseau acceptent de coopérer.

Enfin, en France, les propositions de la mission pour la France devraient définir les grands traits d'une loi multimédia²³⁸.

Ces propositions consistent tout d'abord à mettre en place un contrôle *a posteriori* de droit commun efficace tel que celui existant en matière de presse. Pour cela il faut une justice plus rapide, plus au fait de la spécificité d'Internet et une procédure nouvelle d'injonction à l'encontre des serveurs. Mais aussi des gendarmes spécialisés, des Cybergendarmes.

La voie de l'autocontrôle des acteurs est privilégiée. Ainsi pourraient être utilisés des dispositifs de filtrage, des codes de déontologie et des clauses types garantissant le respect de la personne et du consommateur dans les contrats conclus entre fournisseurs d'accès et abonnés ou entre éditeurs et serveurs d'hébergement.

La clarification des responsabilités des acteurs est préconisée. La mission qui retient en premier lieu la responsabilité du créateur de l'information et qui, dans un deuxième temps, accorde une exonération à l'acteur ne pouvant pas contrôler l'information, propose de recourir à un système de droit commun plutôt qu'au système de la cascade applicable à la presse ou à l'audiovisuel²³⁹. En effet le système de la cascade risquerait de faire fuir les serveurs

²³⁵ Ibid, p 50.

²³⁶ Ibidem.

²³⁷ Les enjeux juridiques de l'Internet, Regards sur l'actualité, janvier 1998, p 49.

²³⁸ Ibid p 51.

²³⁹ Position non respectée par l'arrêt Valentin.

d'hébergement à l'étranger puisqu'ils seraient condamnés alors qu'ils n'ont aucune responsabilité éditoriale réelle sur les informations. De plus, il suppose une identification des fonctions des acteurs, ce qui n'est pas évident. Le système de droit commun ne suppose, pour sa part, que des poursuites contre l'acteur ayant sciemment mis à disposition du public des services contraire à l'ordre public.

Dans le domaine commercial, la mission préconise aussi l'adoption d'une charte commerciale sur les droits et les obligations des commerçants face aux consommateurs, l'instauration de contrats types voir la création d'un label garantissant l'honorabilité du commerçant. Mais elle invite aussi à envisager l'adaptation du contrat et notamment la reconnaissance de la signature électronique. D'autre part, une Salestax devrait être instaurée par une convention internationale pour palier à l'évasion fiscale, elle serait prélevée sur le pays de destination. Enfin, on pourrait utiliser des Cybernotaires pour garantir la solvabilité de l'acheteur et la responsabilité commerciale du vendeur. Ils permettraient d'assurer une confidentialité et une sécurisation des transactions puisqu'ils garderaient les traces de l'opération.

La mission préconise aussi de créer un organisme de veille, d'analyse des mesures à prendre et de médiation avec les acteurs et les pays. Il serait coordonné avec le CST et le CSA. De même, un organisme national serait utile. Il faudrait ainsi créer un outil interministériel de coordination et d'impulsion. Le secteur privé devant lui aussi se mobiliser pour permettre une prise de conscience des changements à venir. Le but est de favoriser la présence française et francophone sur le réseau. A cette fin, l'expérience du Minitel devrait être réinvestie dans l'Internet, on pourrait créer des espaces francophones et dépasser le taux de 2% des échanges en français actuellement constaté.

Enfin, la mission propose de mettre en place une pédagogie grand public pour inviter les personnes à développer leur esprit critique face au réseau.

Mais si le programme est vaste, la mission reconnaît qu'il ne pourra se faire sans une coopération internationale. Si elle relève que le droit international privé et le droit pénal international apportent de nombreuses solutions, elle reconnaît qu'il reste des difficultés. Elle propose donc une négociation internationale sur l'édition électronique. Mais elle préconise surtout de développer la coopération au sein de l'Europe par l'adoption d'une directive fixant la déontologie minimale à respecter, au sein d'instances internationales tel que l'OCDE ou le G7 et enfin au sein des instances même de l'Internet.

Une réflexion internationale apparaît donc inévitable, les lois des Etats ne proposent que des solutions contextuelles d'autant que l'on rencontre des impasses législatives.

C. Les impasses législatives

Il faut essentiellement relever le refus par les Etats de laisser leurs citoyens utiliser le codage. Or, celui-ci permettrait d'assurer une certaine sécurité à l'Internet. On pourrait contrôler les diffusions et empêcher la capture de l'information. Mais pour les Etats occidentaux, l'utilisation du codage est assimilée à l'utilisation d'armes, ils font prévaloir le maintien de l'ordre et du secret défense contre la protection de la vie privée, du commerce, de la liberté individuelle. En effet, grâce à l'absence de cet outil, la police peut à loisir écouter le Net. Mais cela suppose aussi que les gangsters qui disposent de tels logiciels via les sites pirates peuvent eux aussi écouter l'Internet. Selon la législation de 1996, le cryptage ne pouvait se faire

qu'avec des moyens cassables et il fallait donner son mot de passe à un tiers de confiance. Cependant, le Premier Ministre qui s'était engagé à assouplir cette réglementation vient à l'occasion de la fête de l'Internet de rappeler l'augmentation prévue de la puissance des logiciels de codages autorisés. Même si ces logiciels sont encore inefficaces, les critiques des internautes ont été entendues. Selon eux, si les gens "n'ont rien à se reprocher, ils ont tous quelque chose à cacher : leur vie privée"²⁴⁰.

D'autre part, les Etats n'ont pas encore précisé les définitions des régimes juridiques des services en ligne qui devraient être fondées sur une distinction entre la nature des services par opposition entre correspondances privées et communication audiovisuelle. Ils n'ont pas non plus résorbé les disparités existantes entre les modes de diffusion (câble, hertz...)

De même, on remarquera l'absence de solution sur les noms de domaines qui suscitent tout de même un risque d'atteinte à la propriété industrielle. Et l'absence de réflexion sur certains concepts de la propriété littéraire et artistique (restreindre l'usage privé du copiste, ou assouplir le régime de la courte citation, voir du droit moral).

Par conséquent, les solutions ne sont que partielles et les Etats reconnaissent malgré les adaptations de leur droit qu'ils essayent de mener, qu'un débat de fond au niveau international est nécessaire pour résoudre les problèmes de l'Internet. Mais pour ce débat, ils appellent des organismes tel que l'OCDE, à réfléchir sur l'élaboration de principes communs.

Or, la divergence des solutions retenues laisse penser que ce n'est pas tant l'adoption de principes communs qu'il faut rechercher, que le moyen de permettre à ces solutions nationales, reflétant la diversité des principes essentiels du droit du for, d'être effectives. En effet, les Etats développent une approche nationale du Net et c'est compréhensible puisque les problèmes du Net mettent en jeu les principes essentiels de certains pays et pas d'autres. Ainsi pour les Etats-Unis, il n'y a pas lieu de trouver des solutions à l'hébergement de sites racistes puisque la constitution les protège. Mais, pour permettre à ces approches nationales d'être effectives, il faut recourir à la notion d'ordre public international. La jurisprudence sur l'Internet s'inscrit dans le même schéma.

§2 - Les apports de la jurisprudence

Tout comme la loi, la jurisprudence s'adapte à l'Internet. Les nombreuses décisions sur le sujet permettent de se conforter dans l'idée que l'Internet n'a pas besoin de solutions plus avancées. Certaines décisions prouvent que les mécanismes traditionnels de résolution des conflits de loi apportent des solutions et, même la définition des responsabilités des acteurs du réseau semble en bonne voie.

Pourtant, cela n'est qu'une apparence. L'étude des décisions françaises laisse voir que le droit connaît des problèmes d'application. De plus, la transnationalité du réseau n'est pas résolue. Il n'y a pas, dans les décisions rendues, d'élément d'extranéité insurmontable. Par exemple, aucune décision iranienne ne semble encore avoir essayée de condamner l'auteur d'un site français s'exprimant sur le droit à la liberté d'expression ou la liberté de la femme.

²⁴⁰ Conférence de M.Cavanet, membre de l'association Iris, Brest, décembre 1998.

Or, avec le développement du réseau, de tels problèmes risquent d'augmenter. Les règles de conflit de loi seront de plus en plus appelées à jouer et, nous avons vu que la compétence de la loi du délit amène une surrégulation rendant la réglementation du réseau illusoire.

D'autre part, la jurisprudence n'est pas unanime, il y a déjà des divergences mondiales notables. Il nous faut donc étudier autant la jurisprudence française que mondiale pour cerner les insuffisances des solutions jurisprudentielles face à l'Internet.

A. La jurisprudence française

La jurisprudence française sanctionne le racisme, le révisionnisme, la pédophilie, l'atteinte au droit d'auteur, l'atteinte au droit des marques, le non-respect de la loi Toubon et même la publicité mensongère²⁴¹. Pourtant, ce constat est vite mené. En effet, dès que l'on analyse les décisions rendues plus profondément, on s'aperçoit que s'il existe des solutions positives, elles ne sont pas toujours valables. En effet, ces décisions utilisent trop souvent la voie de l'équité et de surcroît ont peu de valeur puisqu'elles sont essentiellement rendues dans le cadre de procédure de référés ou de première instance. D'autre part des solutions négatives ont été rendues.

1. Les solutions positives

1.1. La responsabilité pénale de l'utilisateur

La responsabilité pénale de l'utilisateur est sanctionnée. Un usager des réseaux de pédophilie a ainsi été sanctionné²⁴². En l'espèce, MX, directeur de cabinet du Président du Conseil général de la Sarthe, a utilisé un ordinateur mis à sa disposition par son employeur pour un usage professionnel, afin de se connecter le soir à des sites professionnels de caractère pédophile.. Il faut d'ailleurs noter que les juges ont donc su éviter des assimilations regrettables entre vision et pratique puisque, le tribunal relève que les images étaient particulièrement repoussantes et que M x avait eu plus qu'une "curiosité malsaine". Les juges ont relevé le critère intentionnel ce qui dans le cas du Net, où l'on peut tomber n'importe où sans le vouloir, est judicieux.

Si cette décision semble durable, il faut remarquer que le tribunal sanctionne M.X pour recel d'images virtuelles. Ceci permettrait ainsi de condamner l'utilisateur d'un ordinateur comportant sur son disque dur des logiciels contrefaits et des bases de données illégalement utilisées. Ce serait un pas considérable pour l'application du droit. Mais, cet arrêt prend une position fragile sur le statut du bien informationnel. Celui-ci n'est pas encore fixé et la Cour de Cassation refuse toujours d'admettre le vol de l'information. La solution de cet arrêt n'est donc pas assurée.

Néanmoins, une loi nouvelle du 17/06/98²⁴³ concernant la protection des mineurs pourrait apporter une confirmation de cette solution si le cas se reproduisait. Cette loi intègre en effet, dans le code pénal, différents articles et donne une nouvelle rédaction à l'article 227-23. Les sites web sont spécialement visés par l'alinéa 3. Mais c'est son article 2 qui dans le cas

²⁴¹ les technologies de l'information, revue de presse,

<http://www.telecom.gouv.fr/francais/activ/techno/rdp/rdpres 17.htm>

²⁴² JCP, 20 janvier 1999,II 10011,p151.

²⁴³ J.O, 18 juin 1998, p 9255.

d'espèce apporte une confirmation. En effet, il permet une sanction pénale directe de l'utilisateur d'un site pédophile puisque outre, le fait de diffuser et d'exporter des images pornographiques pédophiles, est sanctionné le fait d'en importer sans distinguer selon que l'importateur est un fournisseur ou un utilisateur. Cela permet donc de ne pas recourir à l'infraction de recel et d'éviter la question consistant à savoir si l'image est une chose recelable. Cette jurisprudence, bien que fragile, est donc une solution "positive".

1.2. L'applicabilité de la loi du 6 janvier 1978²⁴⁴

Après la reconnaissance de la qualité de service de communication audiovisuelle à une homepage sur l'Internet, le tribunal de Privas vient de reconnaître l'applicabilité de la loi informatique, fichiers et liberté aux images numérisées²⁴⁵. En effet, cette loi sanctionne la constitution de fichiers nominatifs en retenant (art4) que "sont réputées nominatives au sens de la présente loi les informations qui permettent, sous quelque forme que soit, directement ou non, l'identification des personnes physiques auxquelles elles s'appliquent". Cette décision poursuit la réflexion sur l'admission des images dans le champs d'application de cette loi. Admission préconisée par un rapport de la CNIL "voix, images et protection des données personnels" et reconnue par la loi du 21 janvier 1995²⁴⁶.

En l'espèce, un étudiant en informatique avait voulu se venger de sa petite amie et avait diffusé sur le réseau des photos pornographique de celle-ci, retouchées numériquement et accompagnées de commentaires de ses mœurs. Le tribunal a considéré qu'il avait mis et conservé en mémoire informatique des données nominatives faisant apparaître "directement ou indirectement" les mœurs de l'intéressé sans son accord express. Il a condamné l'auteur du délit avec une sentence exemplaire sur la base de l'article 226-19 c. pénal en relevant qu'il était un pirate reconnu ce qui, illustre le recours croissant à l'équité dans les décisions concernant l'Internet. Si la sentence n'est donc qu'un cas d'espèce, cette solution est fondée et devrait se confirmer.

De plus la directive de 25 octobre 1995 "coule dans le marbre les règles de protection des citoyens à l'égard des fichiers de personnes"²⁴⁷. Ainsi, aucun fichier n'est théoriquement tenu de quitter l'Union Européenne s'il est destiné à un pays n'offrant pas un dispositif de protection des citoyens adéquat. L'Europe semble donc être en train "de dicter sa loi informatique et libertés au reste du monde". Cette question avait déjà fait l'objet d'une réflexion dans le cadre de l'OCDE menant à "d'après discussions entre Européens et Américains"²⁴⁸.

²⁴⁴ Jacqueline Morand-Deville, Cours de droit administratif, Montchrétien, 1995, p 103 et p 125.

²⁴⁵ commentaire-jugement correctionnel - TGI Privas-septembre 1997, G. Haas et O. de Tissot, « Photographies coquines et propos licencieux sur Internet », Juriscom.net, 20 novembre 1998, <http://www.juriscom.net/chronique/privas.htm>

²⁴⁶ Cette loi en donnant un cadre juridique à la vidéosurveillance avait refusé de reconnaître aux enregistrements vidéo le caractère d'informations nominatives mais avait admis la compétence de la loi de 1978 pour la constitution de fichiers nominatifs.

²⁴⁷ "Informatique et libertés : l'Europe donne le ton", Libération, 26 octobre 1998, <http://www.internet.gouv.fr/français/synthese/synthese.htm>

²⁴⁸ "Déclaration sur les flux transfrontaliers de données", Lamy, Droit de l'informatique 1998 p468, n°730.

1.3. Des décisions apparemment négatives

On peut noter que certaines décisions ne sont qu'apparemment négatives. Par exemple, si "l'homme qui a mis Gubler sur l'Internet" n'a pas été condamné c'est parce que les auteurs n'ont pas voulu agir contre la diffusion du livre²⁴⁹. S'ils avaient entendu le condamner, il l'aurait été pour contrefaçon. Le droit de propriété littéraire et artistique comme la propriété industrielle est le domaine où les tribunaux français et étrangers assurent la protection la plus efficace.

De même, l'impasse de la décision UEJF²⁵⁰ n'est qu'apparente, la justice n'a pas été impuissante, l'UEJF s'est en effet vu confirmer qu'elle pouvait légitimement lutter contre la diffusion de propos révisionnistes. Le juge a seulement refusé de prendre des mesures qui n'étaient pas de sa compétence. En effet, en l'espèce, l'Union des Etudiants Juifs de France demandait à ce que soit "ordonné sous astreinte d'empêcher toute connexion à partir des serveurs d'accès et, plus généralement, par leurs intermédiaires directs ou indirectes, à tout service ou message diffusé sur le réseau Internet, qu'elle qu'en soit la provenance, méconnaissant ostensiblement par sa présentation, son objet ou son contenu, les dispositions de l'article 24 bis²⁵¹ de la loi du 24 juillet 1881". Or, cette demande nécessitait que le juge des référés prononce une interdiction générale et absolue, c'est à dire prononce un arrêt de règlement, ce qu'il ne peut faire. De plus, cela aurait porté atteinte à la liberté d'expression alors même que l'ordre judiciaire est gardien de la liberté d'expression.

En fait, ce qui était en jeu, c'était la responsabilité des fournisseurs d'accès, ce que le juge ne pouvait pas prononcer. Celui-ci a donc respecté la voie du droit et refusé la tentation de l'équité, c'est une heureuse décision. Mais cette responsabilité a été reconnue par la jurisprudence française dans l'arrêt Valentin²⁵². L'IEJF ne serait donc plus déboutée.

2. Les solutions négatives

2.1. Les lézardes

On peut noter quelques lézardes à l'application du droit. Ainsi, le respect du droit d'auteur qui semblait assuré vient d'être remis en question²⁵³. En effet, la jurisprudence avait ainsi jugé que la numérisation ressortissait du droit de reproduction. De même, la diffusion sur le réseau ressortissait du droit sur la représentation et elle ne pouvait bénéficier de l'exception de copie privée. D'autre part, l'autorisation de l'auteur même salarié était requise pour la mise en ligne et le public du réseau voyait ses contours circonscrits²⁵⁴. Tout semblait donc se préciser, mais l'ordonnance du 10/06/97 a décidé qu'une œuvre illicite diffusée sur l'Intranet pouvait

²⁴⁹ les technologies de l'information, revue de presse, à propos du livre du docteur Gubler révélant la vie privée de M.Mitterrand http://www.telecom.gouv.fr/francais/activ/techno/rdp/rdpres_17.htm

²⁵⁰ Les technologies de l'information, revue de presse, http://www.telecom.gouv.fr/francais/activ/techno/rdp/rdpres_17.htm et commentaire de l'ordonnance de référé du TGI de Paris du 9 juin 1998, Lionel Thoumyre, « Les hébergeurs dans les filets de la justice », Netsurf, n°30, janvier 1999, disponible également sur Juriscom.net, <http://www.juriscom.net/espace1/chrojur2.htm> ; commentaire sur Legalis.net : http://www.legalis.net/jnet/commentaires/estelle_100299.htm

²⁵¹ Cet article résulte de la loi Gayssot réprimant les thèses négationnistes, contestant un ou plusieurs crimes contre l'humanité ; et notamment l'existence des camps de concentration et des chambres à gaz.

²⁵² Cette décision étant à apprécier par rapport à la jurisprudence mondiale, nous l'envisagerons ultérieurement.

²⁵³ Recueil Dalloz 1998, 10 juin 1997, p 621.

²⁵⁴ Sur tous ces points, <http://www.juriscom.net/jurisfr/dauteur.htm>

bénéficiaire de l'exception de copie privée et de l'exception de cercle de famille. La protection du droit d'auteur, domaine pourtant où les solutions sont les plus efficaces, présente donc des brèches.

De même, dans une ordonnance de référé du tribunal de Paris²⁵⁵, la diffamation n'a pas pu être sanctionnée faute d'une prescription dépassée. L'Express avait en effet publié un article consacré à l'ESIG intitulé "carambouille à l'école". Or, si la publication de l'article sur le Net constitue un acte de publicité distinct de la mise en vente du journal et commis dès que l'information a été mise en ligne, en l'espèce la prescription de trois mois était dépassée. Cet arrêt illustre l'inadaptation des délais de prescription. Il est en effet difficile de savoir si un article est mis en ligne sur le Net, il ne s'agit pas de feuilleter les journaux d'un kiosque pour s'en apercevoir mais, en théorie, de consulter les milliard de pages web existantes. Cependant le site diffusant l'information peut ne pas être secret et même s'en vanter. Néanmoins, il peut faire une diffusion occasionnelle et sporadique laissant croire à la personne concernée que l'information a disparue.

La jurisprudence française s'ébrèche donc quelque peu. Elle ne semble plus aussi apte à répondre au réseau. L'arrêt "Faurisson" précise ce constat.

2.2. Le problème de la preuve

Dans une espèce du 13 novembre 1998²⁵⁶, des textes à caractère révisionniste présentés sous le nom de Robert Faurisson avaient été découverts sur un site intitulé Aaargh, hébergé aux Etats-Unis.

Les juges avaient à trancher sur trois points soulevés par l'auteur du message : l'exception d'incompétence, l'exception de prescription et l'imputabilité des faits.

Le tribunal a rejeté l'exception d'incompétence en se référant à l'article 113-2 c pénal et en rappelant qu'en matière de presse, il est constant que le délit est réputé commis partout où l'écrit est diffusé, l'émission entendue ou vue. Or, ayant été diffusé dans le ressort du tribunal, celui-ci était compétent. Le caractère transnational de l'affaire ne semble donc pas gênant.

Le tribunal rejette de même l'exception de prescription consistant à faire valoir que la mise en ligne du message n'ayant pu être datée, la prescription doit être considérée comme acquise. En effet, les juges opèrent tout simplement un renversement de la charge de la preuve en considérant la date de constatation comme la date de mise à disposition du public du message. Ils concluent qu'il appartient "au prévenu de faire la preuve d'une publication antérieure" de ce même texte, ce qui n'est pas fait en l'espèce.

En fait, c'est sur la preuve de l'imputabilité que le tribunal échoue. En effet, "en absence de toute présomption légale de responsabilité applicable à une publication étrangère" le tribunal doit se servir du droit commun. Or, les indices manquent pour affirmer que M.Faurisson était l'auteur des faits. L'indication de son nom ne suffit pas car elle ne présente pas de caractère d'authenticité, le rapprochement avec ses écrits antérieurs serait "un procès d'intention", la

²⁵⁵ Ordonnance de référé du TGI de Paris, 30 avril 1997,

http://www.legalis.net/jnet/decisions/diffamation/ord_esig.htm

²⁵⁶ Jugement correctionnel, TGI 13 novembre 1998,

http://www.legalis.net/jnet/decisions/illicite_divers/correc_paris_1198.htm

publication ayant pu être effectuée par n'importe qui. De plus, aucune investigation sur les conditions de fonctionnement du site Aarg, sur ses relations avec le serveur, sur les contraintes techniques d'accès aux informations, sur les contraintes techniques liées à leur modification ou à leur diffusion n'ayant été effectué, le site ne peut pas être vu comme la propriété du prévenu. Enfin, l'absence de suppression du nom du prévenu sur le texte incriminé n'est pas un aveu implicite de culpabilité.

La jurisprudence a donc échoué en l'espèce à engager la responsabilité de l'auteur de pages personnelles révisionnistes hébergées à l'étranger. Cependant, si la transnationalité du réseau semble d'après cet arrêt ne pas poser de problème, il s'agit en l'espèce d'un Français qui publie aux Etats-Unis. Or, si cet Etat aurait pu accepter d'appliquer cette décision, il paraît déjà moins sûr qu'il aurait permis à une décision analogue de sanctionner un de ses ressortissants.

La jurisprudence française s'applique donc au réseau. Reste qu'elle n'en éprouve pas moins des difficultés à condamner. Ces solutions sont en effet parfois fragiles au niveau juridique et la sanction impossible. De surcroît, si elles ne semblent pas gênées par le caractère transnational du réseau, ce n'est qu'une apparence. Les décisions ici développées ne font pas face à des problèmes de transnationalité insurmontables. D'autre part, même quand elles tentent de passer les frontières, ces décisions rentrent dans le cadre des principes communs aux Etats occidentaux, c'est le cas de la jurisprudence relative au droit d'auteur. L'extranéité n'y est donc pas problématique. Par contre, le barrage de la transnationalité du réseau est beaucoup plus visible dans le cas de la définition jurisprudentielle mondiale des responsabilités des acteurs du réseau.

B. La jurisprudence mondiale sur la responsabilité des acteurs du réseau

Dans les cas où l'auteur d'un fait n'a pas pu être sanctionné, les jurisprudences mondiales ne sont attachées à sanctionner l'intervenant technique du réseau. Elles ont entamé une clarification de la responsabilité des acteurs du réseau. Mais celle-ci se heurte aux diversités des systèmes juridiques. Ces jurisprudences sont déjà contradictoires alors même qu'elles ne sont encore qu'occidentales. Au niveau mondial, ses divergences sont appelées à s'intensifier.

1. Les fournisseurs d'accès

Ainsi, d'après un courant majoritaire à l'échelle mondiale, le fournisseur d'accès qui n'assume aucune responsabilité éditoriale du contenu des sites et dont l'intervention est purement technique ne sera tenu pour co-responsable des contenus illégaux ou dommageables qu'il permet de relayer que s'il avait ou devait avoir connaissance de la présence de tels contenus sur son réseau²⁵⁷. S'il acquiert la connaissance de l'existence de pareils contenus, il lui incombe de faire le nécessaire pour y mettre fin dans la mesure de ses moyens sous peine d'engager sa responsabilité²⁵⁸. Néanmoins, la Cour Suprême des Etats-Unis a jugé le 22 juin

²⁵⁷ Dans ce sens jugement d'un tribunal néerlandais du 12 mars 1996, cité par Y. Bréban, "la responsabilité des acteurs de l'Internet", *Gaz Pal* (Gazette du droit des technologies avancées), 25-26 octobre 1996, p23, repris par Verbiest http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm

²⁵⁸ Dans ce sens, l'affaire *Cuby aux Etats unis, Cubby inc v. Compuserve inc*, 776F supp 135 (SDNY 1991) mais aussi une décision d'un tribunal allemand en 1986, *E. Wery JT*, 1997, p. 424 *Voy*, et l'affaire *Prodigy*, *E Wéry op. cit.* p. 424, citées par M Verbiest http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm ; Lionel Thoumyre, « Abuses in the Cyberspace : The Regulation of Illicit Messages Diffused on the Internet », *Thesis – Masters of Arts ESST, Namur-Strasbourg*, 1996, <http://www.juriscom.net/universite/memoire1/abuses.htm#II->

1998 que AOL n'était pas responsable des informations diffamatoires publiées sur son serveur commercial et émanant de tiers même si elle en avait eu connaissance²⁵⁹. Elle reconnaît aux fournisseurs d'accès un régime d'immunité.

Or, cette décision est contraire aux principes élémentaires applicables en Europe en matière de complicité pénale et de responsabilité civile. La disposition fédérale appliquée en l'espèce n'a pas d'équivalent dans les législations européennes. Il y a donc une scission qui posera inévitablement des difficultés quant à l'application du droit. Il n'y a pas de principes communs dans cette matière.

2. Les fournisseurs d'infrastructures

Les fournisseurs d'infrastructures qui sont des intervenants techniques peuvent avoir une responsabilité s'ils ont eu connaissance de certaines informations litigieuses ayant transité par leur système. Ainsi, un fonctionnaire des PTT a été condamné pour n'avoir pas mis fin aux activités d'un infokiosque rose alors que le ministère public lui avait signalé ces pratiques illégales²⁶⁰. Cette jurisprudence n'est, cependant, pas encore établie et devrait poser à terme les mêmes difficultés que celle relative aux fournisseurs d'accès.

3. Les fournisseurs d'hébergement

Ce sont les fournisseurs d'hébergements qui posent le plus de problèmes. La tendance est à leur reconnaître la même responsabilité que le fournisseur d'accès.

C'est la position de la Cour de Cassation dans un arrêt de 1990²⁶¹ et de la Commission européenne dans sa proposition de directive du 18 novembre 1998²⁶² relative au commerce international et qui s'inspire elle-même de la législation américaine relative au droit d'auteur. La commission y défend l'exonération de responsabilité du fournisseur d'hébergement et d'accès sous certaines conditions (méconnaissance et absence de contrôle du contenu illicite, stockage temporaire et non permanent des informations...). D'autre part, son article 15 exonère expressément, comme la loi américaine, les fournisseurs de toute obligation en matière de surveillance ou de recherche active des infractions. En effet, comme un bailleur, ils ne font que louer un emplacement ou le locataire peut publier ce qu'il veut. Ils ne contrôlent pas le contenu qu'ils hébergent et à ce titre sont assimilables aux fournisseurs d'accès. Sauf lorsqu'ils attribuent une adresse à un nouveau site puisqu'ils peuvent contrôler le contenu des fichiers qui leur sont remis.

Section II, para. 1.2.1. et 1.2.2. et Lionel Thoumyre, « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques », *Lex Electronica*, vol. 6, n°1, printemps 2000, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm#IB>

²⁵⁹ N. Boulevard, "Etats-Unis- Dérives sur Internet : immunité des fournisseurs d'accès", *Verbiest* http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm

²⁶⁰ Jugement d'un tribunal fédéral suisse du 17 février 1995 cité par O. VANDEMEULEBROEKE, "le droit pénal et la procédure pénale confrontés à Internet", in *Internet sous le regard du droit*, Ed. jeune Barreau de Bruxelles, 1997, p233.

²⁶¹ Arrêt rendu en matière d'hébergement d'un service Minitel, Cass crim 15 nov 1990, GP 91, P 179 et note Doucet.

²⁶² Article 12 et suivant de la proposition s'inspirant de la législation américaine relative au droit d'auteur, "Digital Millenium Copyright Act du 21 octobre 1998", pour les commentaires voir Lutzker, « The Digital Millenium Copyright Act », ALA, 18 novembre 1998 disponible sur <http://www.ala.org/washoff/osp.html>

Mais la jurisprudence française vient de prendre une voie beaucoup plus sévère. Le 10 février 1999²⁶³, la Cour d'Appel de Paris a condamné Altern, fournisseur d'hébergement, à payer 405 000 francs de dommages et provisions pour avoir hébergé un site proposant des photos d'Estelle Hallyday nue, sans son consentement. Cet arrêt a infirmé l'ordonnance de référé du tribunal de grande instance de Paris en date du 9 juin 1998 en ce qu'elle avait prescrit des mesures d'interdiction puisque les photographies litigieuses avaient été retirées du site. Mais, la Cour d'Appel a réformé l'ordonnance en ce qu'elle a rejeté la demande d'indemnité provisionnelle formulée. Selon elle, "en hébergeant de façon anonyme sur le site Altern.org qu'il a créé et qu'il gère, toute personne qui, sous quelque dénomination que ce soit, en fait la demande aux fins de mise à disposition du public ou de catégories de publics, de signes ou de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère de correspondances privées, Valentin Lacambre excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'information et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique". Donc, pour la première fois en France, la responsabilité civile du fournisseur d'hébergement est explicitement engagée par une Cour d'Appel.

Reste que les juges ont été très sensibles au cas d'espèce. Ainsi, l'acceptation de l'anonymat du site par le fournisseur est source à lui seul de responsabilité, c'est la simple application de la théorie du risque développé sous l'influence de Josserand. L'hébergeur, entreprise commerciale, exerce, pour en tirer profit, une activité qui fait naître un risque pour autrui, il est donc responsable des préjudices qu'il peut causer aux tiers.

De surcroît, cet arrêt a été rendu dans le cadre d'une procédure de référé et seul sa responsabilité quasi-délictuelle a été engagée, non pas sa responsabilité pénale qui requiert plus qu'une simple faute et négligence²⁶⁴. Mais, s'il faut remarquer que cette jurisprudence ne peut être vue pleinement comme posant un principe général de responsabilité de l'hébergeur à raison des sites qu'il héberge, le fournisseur peut se voir reconnaître une obligation permanente de contrôle éditorial particulièrement difficile à appliquer sur un plan technique. Or, le gouvernement qui n'a pas encore légiféré en la matière, et veut apporter son soutien au développement de l'Internet, a pris position contre cet arrêt par la voix de Dominique Straus Kahn²⁶⁵.

En effet, cet arrêt est critiquable à plusieurs titres. Tout d'abord, il érige en censeur des libertés des acteurs privés. Ceux-ci seraient censés se substituer au procureur, juge d'instruction et juge du siège ! De plus, cela amène une régulation contractuelle des libertés d'opinion et d'expression. Même si, le texte adopté le 18 juin 1998 a inséré dans ces contrats une présence légale²⁶⁶.

²⁶³ Cour d'Appel de Paris, arrêt du 10 février 1999, Estelle Hallyday c/ Valentin Lacambre, et Lionel Thoumyre, « Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques », Lex Electronica, vol. 6, n°1, printemps 2000, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm#IB>, para. 46 et suivants.

²⁶⁴ G. Hass et O. de Tissot, "Remarques sur les problèmes posés par les atteintes aux droits individuels sur les forums Internet !", Juriscom.net, 20 décembre 1998, <http://www.juriscom.net/chronique/forum.htm>

²⁶⁵ Le Monde, 26/03/1999, p 23, La responsabilité des contenus publiés sur Internet crée un casse-tête juridique.

²⁶⁶ Selon cette loi les fournisseurs sont tenus de proposer à leurs usagers des moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains serveurs sous peine de voir leur responsabilité pénale engagée.

D'autre part, cet arrêt n'applique pas le système de responsabilité de droit commun, normalement applicable²⁶⁷, puisqu'il condamne le fournisseur par substitution à l'auteur. Il laisse ainsi les professionnels français du réseau dans l'incertitude. Ils risquent donc de vouloir se délocaliser alors que de tels cas de figure ne représente que 0,01 % de l'activité et que des mécanismes de médiation efficaces permettent d'y répondre²⁶⁸. De même, les usagers seront amenés à partir sur des serveurs étrangers.

Mais, le plus dangereux est l'effet "boule de neige" qu'entraîne cette décision. Ainsi, la RATP et la CNT, à l'annonce de cette décision, ont assigné Altern en raison de la nature satirique de sites les concernant !²⁶⁹ De plus les tribunaux français qui ont suivi la position de la Cour d'Appel de Paris, n'ont pas rendu des décisions "compréhensives" à l'égard des fournisseurs d'hébergement. En l'espèce²⁷⁰ des policiers bretons avaient reçus l'ordre de débrancher le serveur de la société Cybertrain au motif que des images de film d'horreur choquantes pour les mineurs étaient hébergées par ce serveur. Le gérant refusant d'obtempérer aux motifs que cette déconnexion couperait tous les services professionnels hébergés par sa société et que la machine concernée se trouvait aux Etats-Unis, fut tout simplement menotté et emmené avec sa femme enceinte de 7 mois. Il fut relâché après avoir été contraint de mettre en place des fichiers permettant de remonter jusqu'aux messages incriminés, c'est à dire après avoir été forcé de pratiquer des écoutes téléphoniques !!!

Cette intervention du droit est donc fortement critiquable. S'il faut défendre nos spécificités et nos principes essentiels, ce n'est bien sûr pas n'importe comment. Mais cela n'empêche pas que cette décision est légalement fondée. Or, elle est en opposition directe avec la tendance mondiale. Elle préfigure les difficultés d'application transnationales du droit que le réseau devrait soulever.

4. Les autres intervenants

Si le principe de l'arrêt de la Cour d'Appel de Paris se répandait la responsabilité des outils de recherche tel que les annuaires ou répertoires de recherche, les moteurs de recherche ou les sites offrant de la publicité pourrait être engagée²⁷¹. Mais, si tout ceux qui ont sciemment concourus ou prêté une assistance quelconque à la commission des délits doivent être poursuivis, tout les intervenants techniques dans le fonctionnement d'un site, de l'organisme de paiement au marchand de logiciels sont susceptibles d'être condamnés. Les dissensions de la jurisprudence occidentale sont donc d'importance.

C. Les réactions à ces jurisprudences

Que la jurisprudence tente de trouver des solutions aux problèmes du réseau est nécessaire. Mais il est clair que la multiplication des solutions nationales, sans cadre de compétence tel que l'ordre public international, ne fait que jeter le trouble sur le réseau. On ne sait plus ce qu'un prestataire français peut héberger. Sera t-il condamné pour quelques déviances réglementaires des sites qu'il héberge ou seulement pour de grandes atteintes au droit ? De plus, les internautes n'hésitent pas devant cet état de fait à faire jouer ces disparités. Ils iront

²⁶⁷ Le Monde, 26/03/1999, p 23, La responsabilité des contenus publiés sur Internet crée un casse-tête juridique.

²⁶⁸ Ibid (propos de M Valentin).

²⁶⁹ Ibidem.

²⁷⁰ Verbiest, 2/03/1999, http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?actu_id=64568791&month=3&year=1999

²⁷¹ Verbiest, http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm

ainsi faire héberger leur messages litigieux à l'étranger. Aussi, une entente internationale sur les problèmes de compétence apparaît nécessaire. Or, il est utile de remarquer que les réactions à propos des solutions rendues renforcent l'idée que l'ordre public pourrait être un moyen de solution.

En effet, tout d'abord les professionnels se plaignent des incertitudes juridiques dans lesquels on les laisse. Une obligation de respecter leurs principes essentiels et uniquement ceux-ci ne peut donc que les réjouir, ils sauraient quoi vérifier. Ils pourraient aider à moraliser le réseau sans endosser toutes les responsabilités des multiples acteurs de la toile²⁷².

D'autre part, les internautes ont, quant à eux, pour revendication qu'on les écoute. Ils reprochent aux Etats de les considérer comme des consommateurs²⁷³. Ils sont prêts au débat sur les problèmes juridiques et veulent bien respecter leurs principes essentiels. Par exemple, Iris²⁷⁴ ne réclame pas la liberté absolue mais seulement une reconnaissance de la liberté telle qu'elle est définie par nos lois françaises. En effet, en réclamant le droit au codage, elle demande le respect de la vie privée tel qu'il est défini par l'article 9 du code civil. C'est dans ce cadre que le boycott de la fête de l'Internet a été décidé par les internautes après l'arrêt *Valentin*²⁷⁵. Il n'est nullement question, pour eux, de cautionner les déviances du net. Mais, il n'est pas question, non plus, de laisser entrer l'Internet dans les cortèges de sinistre de la communication française²⁷⁶. Aussi, l'ordre public international, à l'inverse d'un organisme international de coercition, paraît la meilleure voie de les satisfaire et par la même d'aider au respect du droit.

Ces jurisprudences ne révèlent donc pas tant l'aptitude du droit à sanctionner le réseau que la nécessité d'une réflexion à dimension internationale. Celle-ci est en effet contradictoire au niveau mondial et juridiquement faible au niveau national. La jurisprudence et les lois multimédias n'ont pas résolu les problèmes s'attachant au caractère transnational du réseau. Il paraît donc nécessaire d'avoir un débat de fond, une réflexion sur les mécanismes juridiques internationaux. En effet, Les occasions de conflit de lois vont se développer. On peut sur ce point remarquer qu'une loi Serbe sur l'Internet se propose de condamner tous les sites dont l'information ne serait pas exacte et, selon les règles de conflit de loi (compétence de la loi du délit) elle devrait être appliquée. Il ne faut, en effet, pas se contenter d'un constat sur des décisions relatives à des domaines régis par des principes communs tel que le droit d'auteur. De même, le précédent *Compuserve* où une requête initiée par les autorités judiciaire allemande avait abouti à la fermeture par *Compuserve* de plus de 200 forums pornographiques et frappés un million d'utilisateurs du réseau est une exception²⁷⁷.

Le droit international privé sera donc sollicité et devra s'adapter, la surrégulation n'est pas viable. Il en ira de même pour le commerce international et le droit pénal international. Or, nous avons justifié que c'est dans le sens de l'ordre public international qu'il faut engager ces réflexions. La voie du droit international amène une harmonisation qui est dangereuse et impossible. Il vaut mieux créer des "espaces nationaux" au niveau des principes essentiels en reconnaissant une effectivité à la notion d'ordre public international. Chacun sauvegardera

²⁷² Le Monde diplomatique janvier 1995, <http://www.monde-diplomatique.fr/md/1995/01/A/1138.html>

²⁷³ Ibid.

²⁷⁴ Association française d'internautes.

²⁷⁵ L'humanité hebdo, samedi 20 et dimanche 21 mars 1999, p 136.

²⁷⁶ Internet et les Français, Etude, janvier 1997, p 49 (référence au câble, bull...).

²⁷⁷ Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques, Les petites affiches 2 février 1996 n°15 p 9.

ainsi sur son territoire ses principes essentiels et les violations des citoyens seront sanctionnées comme en droit commun. Les problèmes de preuve ne sont pas plus problématiques dans cette voie que dans l'autre.

Mais avant de conclure cette étude il paraît utile de justifier pleinement cette réflexion. En effet, si nous avons vu que nos principes essentiels sont déjà susceptibles d'atteinte, nous n'avons parlé qu'à moyen terme. Or, à plus longue échéance c'est une révolution qui s'annonce, l'Internet pourrait entraîner un changement de civilisation ou nos principes essentiels risquent d'être tout simplement balayés. Précisons tout de même que l'intérêt de cette remarque n'est pas de justifier un repli national, mais d'adapter progressivement notre droit aux changements. Une révolution ne se maîtrise pas, une adaptation permet de garder un cap.

Section II - Une réflexion insuffisante concernant un éventuel changement de civilisation

Envisager le futur devrait appeler les Etats à considérer que la solution du droit international est trop longue et trop incertaine pour maîtriser les dangers, il vaut mieux protéger d'abord les principes essentiels des Etats quitte à plus tard développer un droit international. En effet, le raz de marée du multimédia ne pourra pas être contrôlé au niveau mondial. Il est trop important. Pour affirmation de la puissance de ces changements nous nous référerons à une étude de la Commission européenne. Mais nous montrerons l'inquiétante absence de prise de conscience des changements possibles qui, à notre avis, est la raison du doux rêve des Etats sur la protection apportée par un droit à tendance internationale.

§ 1 - Une prise en compte timorée au niveau européen

La Commission européenne a envisagé certains changements susceptibles de résulter de l'utilisation du réseau Internet²⁷⁸. Mais cette prise en considération est largement insuffisante.

La Commission européenne, outre le développement de services d'intérêt général, s'est intéressée à la naissance de la société de l'information. Ainsi, a vu le jour le rapport Bangeman I et II visant quatre domaines : améliorer l'environnement économique, la concrétisation du principe de l'apprentissage tout au long de la vie, l'amélioration de la qualité de la vie, et les défis planétaires²⁷⁹. Elle a aussi lancé divers livres verts dont un sur la question de la protection des mineurs et de la dignité de la personne humaine.

Mais elle s'est aussi intéressée aux changements apportés par le multimédia. Ainsi, en 1996 elle a publié un livre blanc sur l'éducation et la formation intitulée : Enseigner et apprendre – vers la société cognitive. Rédigé à l'occasion de "l'année européenne de l'éducation et de la formation tout au long de la vie" il constate que le monde traverse une période de transition et de profonds changements et que cette ère de transformation est une chance pour l'Europe. La commission propose deux réponses à ses changements dans ce rapport. Mais dans une communication au conseil²⁸⁰ en 1996 la commission préconise aussi d'adapter les systèmes éducatifs au multimédia.

²⁷⁸ Les instances européennes veulent réglementer le multimédia, Pierre Ami Chevalier, Communication & langages, éditions Retz, n°113-3ème trimestre 1997, p 28-48.

²⁷⁹ Ibid, p 38.

²⁸⁰ Les instances Européennes veulent réglementer le multimédia, Pierre Ami Chevalier, Communication & langages, éditions Retz, n°113-3ème trimestre 1997, p 47.

A. Les réponses du livre blanc au défi de la société cognitive

La société du futur sera cognitive. Aussi, les potentialités nouvelles offertes aux individus requièrent un effort d'adaptation. Ils devront construire eux même leur qualification en recomposant leurs connaissances élémentaires. La commission propose deux moyens d'y arriver²⁸¹.

1. La réponse de la culture générale

A l'avenir, l'individu devra comprendre des situations complexes et imprévisibles. La Commission conseille donc d'apprendre à apprendre tout au long de la vie pour que la société cognitive n'amène pas une différenciation encore plus forte entre ceux qui savent et ceux qui ne savent pas. Il faut acquérir une base culturelle solide et large, littéraire et philosophique, scientifique et technique. Or, ceci ne peut pas être le fait d'une formation initiale, il faut tout au long de sa vie développer sa culture générale. Les centres de formation professionnelle montre l'intérêt de cette solution puisque de plus en plus avant d'apprendre un nouveau métier, dans les cas de reconversion, ils redonnent une culture générale à leurs "élèves".

2. La réponse du développement de l'aptitude à l'emploi

Les aptitudes requises pour disposer d'une aptitude individuelle à l'emploi incluent la possession de savoirs fondamentaux, de savoirs techniques et une aptitude sociale, c'est une combinaison équilibrée de savoirs acquis dans le système d'enseignement formel, de la famille et de l'entreprise. La commission recommande donc de démarrer l'éducation de l'écriture, de la lecture, du calcul et des langues dès le jardin d'enfant. Mais aussi d'assurer un accès à la formation tout au long de la vie. D'autre part, dans la société cognitive, le diplôme perdra de l'importance, chaque individu devra posséder une carte personnelle de compétence ou seront indiquées les compétences validées mais pas en terme de diplôme.

A partir de ces deux réponses, des solutions concrètes pour faire face aux changements seront prises. La commission a adopté cinq objectifs : encourager l'acquisition de connaissances nouvelles, rapprocher l'école de l'entreprise, lutter contre l'exclusion, maîtriser trois langues communautaires, traiter sur un plan d'égalité l'investissement physique et celui en formation. Mais elle a aussi défini un plan d'action dans le domaine éducatif.

B. Le plan d'action pour une initiative européenne dans l'éducation

Puisque la société de l'information nécessite de renouveler ses compétences tout au long de la vie, les ministres européens de l'éducation ont adopté une résolution en faveur de la promotion de l'utilisation des technologies éducatives en partenariat avec le secteur privé²⁸². En effet, ces technologies multimédias ont montré qu'elles facilitaient l'acquisition de connaissances nouvelles et suscitaient le développement de nouveaux modes d'apprentissages, flexibles, personnalisés et interactifs. Elles multiplient les points d'accès à l'information et à l'éducation ce qui permet d'éviter que le multimédia ne bénéficie qu'aux plus riches.

²⁸¹ Ibid, p 45.

²⁸² Les instances européennes veulent réglementer le multimédia, Pierre Ami Chevalier, Communication & langages, éditions Retz, n°113-3ème trimestre 1997, p 47.

Ainsi, la commission qui veut que le multimédia trouve sa place dans le cadre général de la mutation des systèmes éducatifs retient quatre lignes d'actions : favoriser l'interconnexion au niveau communautaire des réseaux d'écoles, stimuler le développement et la diffusion des contenus, promouvoir la formation et le soutien des enseignants et des formateurs à l'intégration des nouvelles technologies dans les pratiques pédagogiques, informer les acteurs sur les opportunités pédagogiques offertes par les nouvelles technologies.

C. La faiblesse de la prise de conscience

La commission constate donc que les Européens devront maîtriser les nouveaux outils d'information afin de trouver leur place dans une société qui sera de plus en plus basée sur la connaissance. Mais le constat est faible. La commission ne s'est pas intéressée à de nombreux points que le rapport de la faculté de droit de Glasgow avait abordés afin d'éclairer les experts du Conseil de l'Europe²⁸³.

Ainsi, ne sont pas appréhendés les changements résultant de la destruction des chaînes de valeurs comme par exemple la suppression des points de vente au détail pour les journaux et la suppression des flots de camions servant à la distribution des magazines et journaux.

Les enjeux posés par la création d'alliances dans le secteur économique en raison du réseau n'ont pas donné lieu à réflexion. Pourtant, il existe déjà un certain degré d'intégration verticale entre des sociétés cumulant des intérêts et, à terme, la convergence des technologies pourrait conduire à une convergence des industries et ainsi à une diminution du nombre d'acteurs économiques.

De même, le changement du rôle des intermédiaires qui gardent les portes de l'information des citoyens n'est pas pris en compte. Pourtant, les portiers professionnels comme les éditeurs, les journalistes mais aussi les enseignants ou les partis politiques qui servent d'intermédiaires pour le passage de l'information entre la base et le sommet risquent de voir leur rôle changer. Le pouvoir sera transféré aux individus. Ceux-ci deviendront des acteurs de l'information. La presse électronique²⁸⁴ préfigure ce changement, tout le monde peut être journaliste sur le Net. Reste qu'il faut rappeler qu'aucun nouveau média n'a jamais supprimé les anciens médias, aussi, il ne faut pas condamner ces intermédiaires.

Enfin, n'a pas été envisagé l'accroissement de l'indépendance des individus vis à vis de l'Etat. Pourtant, le multimédia va permettre une plus grande liberté d'expression en facilitant la circulation de l'information, une plus grande liberté d'association, les personnes pouvant plus facilement se rencontrer. Mais aussi une plus grande liberté d'action puisque les individus seront mieux placés pour saisir les occasions qui s'offrent à eux d'organiser des événements et de se rencontrer.

Ainsi, la réflexion européenne qu'il faut néanmoins saluer est insuffisante. Elle ne prend pas en compte nombre de changements sur lesquels son attention a été attirée. Mais, s'il faut noter cette carence de la réflexion européenne, il est encore plus important de remarquer qu'aucune

²⁸³ Les instances européennes veulent réglementer le multimédia, Pierre Ami Chevalier, Communication & langages, éditions Retz, n°113-3ème trimestre 1997, p 31 à 34.

²⁸⁴ Sur la presse électronique : L'application du droit de la presse au réseau Internet, P. Auvret, JCP éd générale, 3 février 1999, doctrine I 108.

réflexion sur le réseau Internet ne fait allusion à un éventuel changement de civilisation. Pourtant déjà depuis 1924 “nous savons que nous civilisations nous sommes mortelles”²⁸⁵.

C'est peut être parce que ce cri d'alarme s'est perdu dans le cours de l'histoire que, n'a pas encore été lancée de réflexion sur l'ordre public international. En effet, se rendre compte des possibilités qu'offre le multimédia, c'est se rendre compte du bouleversement que les fondements de notre système juridique devraient subir. C'est se rendre compte qu'un système juridique n'est pas immuable, qu'il appelle une protection de ses principes essentiels. Or, une adaptation de la compétence de la loi du lieu du délit ou l'élaboration d'un droit international ne saurait maîtriser le raz de marée qui se profile sur ces principes.

§2 - L'inquiétante absence de réflexion sur un changement de civilisation

L'appel qui est ici lancé a pour but de prévenir. En effet, si la défense de nos principes essentiels n'est pas assurée, ceux-ci risquent d'être balayés. Il faut néanmoins préciser qu'il n'est nullement question de cautionner un quelconque repli sur la dimension nationale. Il n'est pas question de recourir à l'ordre public international pour empêcher une évolution mais pour encadrer les bouleversements à venir. Aucune autre solution ne permet en effet aujourd'hui de pouvoir efficacement encadrer les évolutions à venir. Mais, afin de ne pas sembler tomber dans les travers français de la dramatisation en matière de communication²⁸⁶, il faut montrer quel est le contenu possible que le réseau pourrait développer et les conséquences qu'il pourrait avoir.

A. Le monde possible

La réalité virtuelle, couplée aux progrès techniques des ordinateurs devrait créer des applications juridiquement problématiques. Le réseau devrait en fait remettre en cause nos modes de vie. Même s'il est vrai que l'Internet éveille l'imaginaire²⁸⁷, il n'en reste pas moins que ses possibilités risquent de bouleverser la famille, le travail... En fait, tous les domaines de l'activité humaine.

1. Vers la réalité virtuelle

Les possibilités du réseau sont impressionnantes. Le multimédia ne devrait en effet pas s'arrêter à la transmission de sons et d'images classiques. L'ordinateur va voir son rôle et ses capacités évoluer.

Tout d'abord, l'ordinateur devrait intervenir à tous les stades de l'activité humaine. Par exemple, ont été développés des projets où l'ordinateur contrôle le fonctionnement global d'une voiture, d'une maison ou encore d'un train. Mais, l'évolution technique du réseau et des ordinateurs permettent ainsi d'envisager que l'ordinateur va devenir un objet personnel aussi intégré à la vie de tous les jours qu'une montre. L'ordinateur devrait devenir de plus en plus convivial et facile d'utilisation. Ont ainsi été développés des systèmes permettant d'intégrer de petits projecteurs vidéo dans des lunettes classiques qui à eux seuls suffisent pour faire

²⁸⁵ Paul Valéry, Variété, p 11, librairie Gallimard 1924, phrase proclamée après la première guerre mondiale et étant considérée par les historiens comme annonçant la césure de deux mondes dans l'entre deux guerres.

Stéphan Zweig a dressé un saisissant tableau de ce changement de civilisation dans “le monde d'hier”.

²⁸⁶ Internet et les Français, Etude, janvier 1997, p 47.

²⁸⁷ Blanquet, éd ESF 1995, Autoroutes Electroniques et Teleports, p 30.

apparaître un écran d'ordinateur. On pourrait par exemple développer un système de visioconférence ou de téléphonie via ce procédé. L'odeur devrait aussi faire son apparition²⁸⁸. Il serait possible de reconstruire des odeurs et des parfums à partir de petites quantités de molécule simple intégrées dans les ordinateurs, il suffirait juste de coupler un nez électronique à un ordinateur qui identifierait l'odeur de la personne et transmettrait les données de sa composition aux ordinateurs connectés.

Mais ceci ne prend un sens que lorsque l'on intègre l'utilisation de la réalité virtuelle²⁸⁹. Le principe de cette technique est d'immerger l'utilisateur dans un monde virtuel. Développer pour les jeux vidéo à l'origine, l'utilisateur peut s'identifier à un héros ou un monstre. Il sent physiquement les actions qu'il effectue. En effet, les sensations nerveuses au niveau de la main sont par exemple transmises par l'intermédiaire d'un gant équipé de senseurs qui permettent de numériser les mouvements des doigts. Dotés d'un mécanisme de feed-back, on peut en faire varier la raideur en fonction de la nature de l'objet dont on simule le contact. La vue est quant à elle prise en charge par l'ordinateur à l'aide d'un casque posé sur la tête de l'utilisateur. Or, cette technique a déjà créé de nouvelles façons de communiquer très en vogue. Ainsi, le système de l'avatar est en pleine expansion. Il permet des rencontres virtuelles dans des espaces en trois dimensions extrêmement réalistes. Mais ce système est promis à d'autres avènements. Il peut ainsi permettre de se rendre dans des bibliothèques virtuelles. L'utilisateur pourrait se diriger vers des rayons virtuels dont la fantôme s'affiche sous ses yeux, en tendant la main il saisirait un livre le poserait sur son bureau et le lirait. A chaque étape le réseau lui envoie davantage d'information, la couleur de la couverture, le contenu de la page. Des visites de musées sont aussi prévues, ainsi que des vacances virtuelles. On peut même imaginer des amoureux, que les voyages ont momentanément éloigné s'échanger des embrassades virtuelles. L'utilisation de la réalité virtuelle dans l'entreprise est aussi prévue, elle permettrait des conférences virtuelles ou l'on pourrait par exemple s'échanger des poignées de mains virtuelles, on est loin des visioconférences statiques et peu conviviales. La réalité virtuelle peut aussi trouver un avenir dans la formation des travailleurs et le télétravail. Il faut donc noter que le réseau permettra de voir ses partenaires en trois dimensions, de les toucher et même de les sentir, tout ça à travers une paire de lunettes !!!

Ce contenu a donc des enjeux très élevés. Il devient même impossible d'évaluer les droits remis en question. Par exemple, la réalité virtuelle peut permettre des viols virtuels. On peut imaginer la numérisation des spécificités techniques d'un individu et leur mise en réseau. Cela permettrait via la réalité virtuelle de procurer aux personnes connectées la sensation d'utiliser ce corps. Or, ceci ne relève pas de l'atteinte à l'intégrité physique, ni même de la vie privée à proprement parler. Mais le réseau ne se résume pas à cela. En fait, il devrait aussi modifier nos modes de vie. Il ne faut plus raisonner en terme de droits atteints mais en terme de systèmes juridiques, de fondements du droit.

2. Vers la maison de demain

Selon les prévisions, la maison de demain serait centrée sur le multimédia en réseau²⁹⁰. Ainsi, il y aurait un bureau au sens propre du terme puisque les parents y travailleront via le télétravail. La salle de jeu serait une salle de réalité virtuelle et la télévision serait un genre de

²⁸⁸ Et Dieu créa l'Internet, ed @ Eyrolles, Huitema, son-lumière-odeur, p 141.

²⁸⁹ Multimédia guide complet, France loisirs, 1996, La réalité virtuelle, p 141.

²⁹⁰ Multimédia guide complet, France Loisirs, 1996, chap IV les Inforoutes p160.

WEB-TV, avec laquelle on pourrait accéder à des programmes du monde entier. La maison serait en fait un espace fonctionnel et pour partie public. Beaucoup d'autres applications peuvent être développées dont le livre électronique²⁹¹ qui, à lui seul, remplace une bibliothèque. Tout serait donc contrôlé par un ordinateur. Or, cela suppose que tout soit enregistré et donc violable. L'ombre de Big Brother²⁹² se profile.

Mais, c'est aussi l'emplacement de la maison qui devrait évoluer. Avec la concentration des entreprises dans les téléports²⁹³, ce sont les individus qui devraient suivre. L'utilisation du télétravail si elle permet d'habiter n'importe où nécessite néanmoins d'avoir des réseaux à large bande à proximité. Aussi, on peut supposer qu'il faudra habiter près de ces lieux d'équipement pour pouvoir disposer de leur infrastructure.

3. Le travail de demain

Dans l'institution classique du travail, l'ouvrier vend sa force de travail. Mais le travailleur contemporain tend désormais à vendre non plus cette force mais sa compétence, "une capacité continuellement entretenue et améliorée à apprendre et à innover"²⁹⁴. A la force de travail du salariat classique qui est un potentiel, succède donc "une compétence, un savoir être, voir un savoir devenir, qui relève du virtuel"²⁹⁵. Or, cela est beaucoup plus difficile à mesurer que la réalisation d'une force de travail. Il n'est plus possible de se servir de l'heure ou du diplôme. Dès lors les nouveaux contrats de travail devront "récompenser l'actuel au lieu du potentiel"²⁹⁶. Les systèmes de mesure qui accompagnent cette mutation devront évoluer.

Désormais, avec le passage de la société industrielle à la société de l'information²⁹⁷, il faudra être riche en information pour réussir. Mais ce n'est pas la possession d'information primaire qui est récompensée, c'est la capacité à transformer des données primaires (telles que celles données dans les diplômes) en informations primaires et celles-ci en informations dérivées. En gros, mieux vaut "apprendre à pêcher que d'avoir un gros poisson"²⁹⁸. Il est donc urgent de repenser le travail, la réflexion européenne n'y suffit pas.

Le monde possible risque donc d'entraîner une modification profonde des modes de vie. La vie professionnelle et extra-professionnelle va connaître des changements notables. Or, ces évolutions techniques ne sont pas juridiquement indolores.

B. Les conséquences de ce nouveau monde

Au niveau juridique, ces évolutions devraient entraîner des conséquences multiples et dont on ne peut rendre compte de façon exhaustive. Aussi, nous identifierons quatre niveaux de réflexion. Nous ne reprendrons pas les résultats de l'étude de l'Université de Glasgow précédemment étudiés et bien sûr valables.

²⁹¹ Il peut afficher le texte de n'importe quelle œuvre sur un support unique puisque l'encre dont il dispose est modifiable.

²⁹² George Orwell, "1984", Folio 1993.

²⁹³ Marie France Blanquet, Autoroutes électroniques et Téléports, Ed ESF 1995, p 163.

²⁹⁴ Pierre Lévy, Qu'est ce que le virtuel ?, La Découverte/Poche 1998, p 58, "Le travail".

²⁹⁵ Ibid.

²⁹⁶ Ibidem.

²⁹⁷ Internet, Luciano Floridi, Flammarion, dominos 1997, p46.

²⁹⁸ Internet, Luciano Floridi, Flammarion, dominos 1997, p46.

1. Les conséquences au niveau politique

La démocratie a toujours été d'autant plus développée que le recours à l'écriture augmentait²⁹⁹. Néanmoins, si le Cyberspace est un monde de l'écrit et de l'image, il peut autant appeler une démocratie électronique que mettre la démocratie en péril.

Le Net peut en effet être un excellent moyen de surveiller les individus. Il permet une invasion de la "privacy", sans mesure³⁰⁰. Chacune de nos actions peut être enregistrée. Un être statique représentant à travers nos actions nos centres d'intérêt, nos tendances politiques ou autre peut être élaboré. C'est une voie merveilleuse pour les systèmes politiques autoritaires.

Une autre utilisation totalitaire du réseau est illustrée par la guerre en Serbie³⁰¹. L'Internet est une arme en cas de guerre. Le gouvernement de Belgrade a en effet multiplié les émissions sur le web en dénonçant les "allégations fausses de l'ouest" et les Serbes pro-Milosevic ont inondés l'OTAN à coup de messages électroniques dénonçant les frappes. Parallèlement, les médias indépendants de Serbie ont été exclus du web, le Kosovo faiblement équipé a même vu ses lignes téléphoniques coupées. Le réseau a aussi été intégré à la loi serbe sur la liberté d'information qui condamne les publications sur le web convaincues de tromperies ! On peut même s'étonner que le gouvernement n'est pas encore trouvé des pirates pour attaquer les sites stratégiques du Pentagone. Néanmoins, cette utilisation politique totalitaire du réseau met en avant ses conséquences démocratiques. A la désinformation, le réseau oppose la contre information. Cela joue dans les deux camps. CNN qui disposait de l'exclusivité de l'accès au théâtre des opérations dans la guerre du Golfe voit donc sa vision remise en question tout comme le gouvernement serbe par les témoignages kosovars rendus via l'E-mail.

Le Net ouvre donc aussi une voie démocratique. Elle est sans précédent. Loin de la tendance française à tout voir en noir³⁰², cet outil peut permettre un rapprochement des institutions et des citoyens. Une nouvelle citoyenneté peut se créer³⁰³, un nouveau lien social. Les internautes pourraient être des citoyens du monde³⁰⁴. Cependant un renouveau à un niveau local peut aussi être généré. Ainsi, les vies et débats de quartiers, symboles avant tout de la démocratie, revivent grâce au réseau³⁰⁵. Les citoyens handicapés peuvent aussi sur le Net redevenir des citoyens à part entière, par exemple des navigateurs en braille ont vu le jour et des logiciels pour handicapés moteurs existent. Reste que certains voient dans cette surabondance de l'information une censure démocratique³⁰⁶, pour eux, trop d'information cache l'information.

Mais dans tous les cas de figure, le monde politique et ses fondements seront transformés. Par exemple, on imagine mal que les principes du secret d'état et de la représentation nationale des citoyens rester aussi vivace. Comment justifier cette représentation si des débats et votes

²⁹⁹ Pierre Lévy précité note 150, p 99 " texte et démocratie ".

³⁰⁰ Invasion of privacy, Time p 34, august 25,1997.

³⁰¹ Le Monde, mercredi 14 avril 1999, p 24, Internet est utilisé massivement dans la guerre au Kosovo.

³⁰² Mme Nora, interview sur AOL, mardi 10 novembre, plus de référence possible, l'information n'est plus en ligne.

³⁰³ Internet et les Français, Thierry Leterre, Etudes, janvier 1997, 3861.

³⁰⁴ Courrier international, n°379, du 5 au 11 février 1998.

³⁰⁵ Expérience menée dans le vingtième arrondissement de Paris où tous les citoyens et associations du quartier s'informent de la vie de l'arrondissement et y participe via Internet, <http://www.internet.gouv.fr/francais/synthese/synthese.htm>, p 5 sur 6.

³⁰⁶ La tyrannie de la communication, ed Gallimard, Ignacio Ramonet.

en ligne, sécurisés, sont possibles ? Notre constitution pourra et devra certainement faire des efforts pour permettre aux citoyens d'exprimer leur volonté nationale.

2. Les conséquences au niveau humain

Le réseau devrait tout d'abord être à l'origine d'une nouvelle culture mais aussi créer une nouvelle identité à l'homme.

Il est sûr que l'Internet développera une culture plus universelle. Il ne s'agit plus de Cyberculture mais d'une universalisation des cultures nationales. Or, un sombre nuage d'abêtissement des populations plane sur cette réalité³⁰⁷. Les critiques acerbes de Marc Fumaroli et d'Alain Finkielkraut³⁰⁸ contre les aspects dévastateurs de la culture de masse vont trouver un nouvel objet. En effet, la tendance à l'augmentation des jeux vidéo en ligne ne permet certes pas de rêver à la chimère des Lumières. L'américanisation du monde et sa ludicité devrait se développer. L'Internet prend peu à peu le relais de la télévision et de la radio. En théorie il donne accès à toute l'information mondiale. Or, celle-ci est à 80% américaine³⁰⁹. Ce schéma de développement est d'ailleurs assez paradoxal pour un média qui à l'origine promettait un nouvel essor de la culture du texte³¹⁰.

Il faut donc protéger notre spécificité française. En effet, les Français semblent désirer un Internet culturel, c'est tout du moins ce que laisse penser l'excellente santé des ventes de CD-ROM culturels en France. Le gouvernement à d'ailleurs décidé de poursuivre le développement d'espaces francophones sur le Net. La France semble ainsi ne pas être tombée dans ses travers traditionnels³¹¹. L'Internet n'a pas été pensé en terme de censure et de risque. Reste encore à rattraper le défaut d'équipement que le Minitel a pour partie généré.

Enfin, les dangers de cette culture du jeu sont à apprécier avec l'effet addictif du net. Celui-ci développerait comme les drogues un phénomène de dépendance. Certain envisage un monde drogué au multimédia³¹².

D'autre part, le réseau pourrait amener la création d'une identité virtuelle, où la personne virtuelle serait dotée de droits distincts de la personne physique, le Conseil d'Etat a même relevé cette possibilité³¹³. L'Internet pose en fait des questions philosophiques que l'on pouvait penser résolues. Notamment celle qui se posait aux prisonniers de la caverne de Platon, à savoir les dangers de la représentation. La "lumière" de l'Internet ne va t-elle pas déformer les droits comme la lumière de la caverne déformait la perception des objets pour les prisonniers ? C'est peut être le signe tangible d'un changement de civilisation. Dans cette logique, il faut s'inquiéter des problèmes de sécurité que connaît le réseau. En effet, on peut

³⁰⁷ Blanquet, Autoroutes électroniques et téléports précités.

³⁰⁸ Fumaroli, l'Etat culturel, le livre de poche, biblio, essai, Finkielkraut, La défaite de la pensée, Folio, essais

³⁰⁹ Vocabulaire n°336 du 18 février au 3 mars 1999, A Brave New World, p18.

³¹⁰ Pierre Lévy précité note 150, p 47, "nouvel essor de la culture du texte".

³¹¹ Nora, précité note n°158.

³¹² Kimberly Young, Caught in the Net : how to recognize the signs to Internet addiction and a winning strategy for recovery, ed John Wiley & Sons, 1998, <http://www.netaddiction.com>

³¹³ Section du rapport et des études, Internet et les réseaux numériques, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998 précité.

imaginer l'effacement de cet être virtuel créé. L'idée a d'ailleurs été médiatisée par le cinéma³¹⁴.

3. Les conséquences au niveau social

Notre principe d'égalité risque d'être largement chamboulé par les possibilités du réseau. Cette société de l'information malgré les efforts et les tentatives³¹⁵ faits pour la rendre plus accessible à tous va développer les inégalités. Il y aura tout d'abord une ségrégation entre les pays équipés ou non, puis entre les citoyens équipés ou non et enfin, entre les citoyens riches en information ou non.

Mais on peut aussi noter les dangers de l'augmentation de la violence que pose le réseau. L'exemple en est donné par les meurtriers de Littleton sur qui le virtuel semble avoir eu des effets néfastes. En effet, ceux-ci disposaient d'un site web en trois dimensions où l'on voyait Léonardo Di Caprio massacrer des étudiants. On peut donc s'interroger sur l'influence de la perception de la réalité que le virtuel leur a donné. Mais le plus important dans ce fait divers est l'influence que le réseau peut procurer à des gens comme Marilyn Manson puisque c'est dans une référence précise à cet "artiste" que le crime a été commis. Les jeux vidéos de plus en plus en plus violents sont aussi inquiétants et il faut remarquer la carence du législateur français qui ne les abordent pas dans sa loi sur la protection des mineurs face aux images à caractère violent³¹⁶.

4. Les conséquences au niveau économique

Il n'est pas besoin de revenir longuement sur les enjeux du développement économique du réseau. Sauf à dire que la probable voie de la concentration peut n'être pas la seule solution. En effet, on peut imaginer le développement du commerce à des niveaux qui jusqu'ici n'était pas envisageable. Par exemple, un habitant du fin fond du Niger pourrait aussi bien vendre sur le Net que celui de New York. Ainsi, un chef de village qui en dotant son domaine d'un ordinateur permet à tous ses sujets de vendre. Le réseau peut donc aussi réduire les différences dans l'accès à la richesse mais c'est une voie bien tenue. De plus, il faut rappeler le développement d'entreprises virtuelles³¹⁷ où le critère de localisation n'a plus aucune valeur, où le télétravail est la condition de travail et dont la coordination est le maître mot. De même, il faut rappeler que la consommation va se transformer, de la consommation de masse on va passer à la consommation personnalisée, le consommateur sera identifié. Cela permettra de mieux le cerner et mieux le convaincre.

Dans un tel contexte, on voit mieux l'intérêt d'une défense de nos fondements, de l'utilisation de l'ordre public international.

L'Internet semble donc susceptible d'être l'aune d'une nouvelle civilisation. Bill Gates parlait d'ailleurs du multimédia, à sa naissance, comme d'un nouveau papyrus. Or, il n'y a pas de consensus sur les limites du contenu et il n'y a pas juridiquement de réflexion ayant

³¹⁴ Film intitulé : Traque sur Internet, où l'héroïne voit son existence bureaucratique détruite et sa vie menacée par le réseau.

³¹⁵ Le monde interactif, 21 avril 1999, page VI sur la création d'un Cyberbus pour les exclus.

³¹⁶ Loi du 17 juin 1998, JO 18 juin 1998, p 9255.

³¹⁷ Pierre Lévy précité note 150, p 16.

atteint cette ampleur. Pourtant, les questions sont de poids : Doit-on permettre l'avènement d'un monde virtuel réel, juridiquement peut-on prendre le risque de changer de civilisation sans y être mieux préparé ?

Conclusion

Internet est donc un “objet” que le droit ne semble pas encore avoir suffisamment appréhendé.

En effet, le principe qui fonde l’architecture juridique de l’Internet, le respect du droit du for, ne s’applique pas en raison des spécificités que présente ce réseau. En fait, les mécanismes juridiques traditionnels réglant l’activité internationale sont inadaptés dans la majorité des cas. De plus, les solutions d’adaptation de ces mécanismes et les solutions prospectives proposées par la doctrine semblent insuffisantes. Enfin, les réponses nationales face aux problèmes posés par l’Internet sont inefficaces. L’Internet continue donc de bafouer les principes essentiels du droit du for.

Par conséquent, les réflexions juridiques sur l’Internet doivent s’attacher, avant tout, à protéger ces principes essentiels. Si les Etats peuvent accepter des atteintes mineures à leur droit, ils ne peuvent admettre que leurs principes essentiels ne soient pas respectés. Le respect de ces principes constitue tout l’enjeu d’une réflexion sur l’Internet.

Or, nous avons montré qu’il existait une voie inexploitée de réflexion. En effet, L’ordre public international semble pouvoir protéger, même sur l’Internet, nos principes essentiels. Cette solution paraît la plus adaptée à l’ampleur de la tâche, même si cet outil n’est pas une panacée et n’a rien de révolutionnaire. L’ordre public international a tout du moins l’avantage, à l’inverse des solutions actuellement développées, d’être un outil déjà “rodé”. Cette solution n’appelle donc pas l’élaboration de constructions juridiques nouvelles. Elle ne requiert qu’une entente étatique et les Etats ont déjà fait preuve d’une telle volonté. Enfin, l’utilisation de l’ordre public international est la seule solution susceptible de permettre aux Etats de maîtriser les conséquences juridiques du changement de civilisation que l’Internet peut entraîner.

L’ordre public international peut donc permettre de sauvegarder efficacement les principes essentiels du droit du for. Ce n’est pas “une solution qui de toute façon sera appelée à être contournée”³¹⁸, elle mérite un peu plus d’attention.

Et quand bien même cette solution serait un peu folle, j’ose espérer alors, comme Erasme³¹⁹, avoir loué la Folie d’une manière qui n’est pas tout à fait folle.

³¹⁸ Lamy, Droit de l’informatique 1998, p1358, n°1195.

³¹⁹ Erasme, Éloge de la Folie, GF-Flamarion.

Bibliographie sommaire

OUVRAGES JURIDIQUES

- Pierre Mayer, Droit International Privé, Montchrestien, 1998, 6° édition.
- J. Carbonier, droit civil Tome III. Les Biens, Thémis droit, 1991.
- Marie France Blanquet, Autoroutes électroniques et téléports, ESF, 1995.
- Droit de l'informatique, Lamy, 1998 et 1999.

DOCUMENTS JURIDIQUES

- Internet : Enjeux juridiques, Rapport au ministre délégué à la poste, aux télécommunication et à l'Espace et au ministre de la culture, La Documentation française, Paris, 1997.
- Thibault Verbiest, Les casinos virtuels : une nouvelle Cybercriminalité ?
http://www.legalis.net/legalnet/articles/casinos_virtuels.htm.
- Les autoroutes de l'information, Rapport Théry, Documentation française, 1994.
- Internet et les réseaux numériques, Section du rapport et des études, Etude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'Etat le 2 juillet 1998,
<http://www.internet.gouv.fr/français/textesref/rapce98/synthese.htm>

OUVRAGES DIVERS

- Pierre Lévy, Qu'est ce que le virtuel ?, La Decouverte/Poche 1998.
- Luciano Floridi, Internet, Flammarion, dominos 1997.
- Lévi-Strauss, Race et histoire, Folio essai n°58, 1987.

OUVRAGES TECHNIQUES

- Le multimédia guide complet, France Loisirs, 1996.
- Huitema, Et dieu créa l'Internet, @ Eyrolles, 1995.

REVUES

- Thierry Leterre, Internet et les Français, Etudes, janvier 1997.
- Autoroutes de l'information : les grandes manœuvres juridiques, Les petites affiches, n°15, 2 février 1996.
- Les enjeux juridiques de l'Internet, Regards sur l'actualité, janvier 1998.

- L'Internet interdit, n°1, 1999.
- Le télétravailleur est-il un travailleur comme les autres ?, Les petites affiches n°15, 2 février 1996.
- Joel d'Angio, La police Internet, Net@scope, numéro 16-février1999.
- Les entreprises sur l'Internet : rêve et réalité, par Maud Tixier, Communication & Langages n°116, Retz, 1998.
- Internet : les opportunités de développement, par Chistian Grellier, Communication & Langages n°111, Retz, 1997.
- Les instances Européennes veulent réglementer le multimédia, par Pierre Ami Chevalier, Communication & langages n°113, Retz, 1997.
- Internet en une heure, Hachette.net, hors série, février/mars 1999.