

DEA de Droits de l'homme et libertés publiques

UNE APPROCHE DE LA LIBERTÉ
D'EXPRESSION SUR INTERNET



ARNAUD HAMON

Sous la responsabilité

de

Madame DANIÈLE LOCHAK

Sous la direction

de

Madame SYLVIA LAUSSINOTTE

γ Remerciements p

Je tiens à remercier Madame Sylviane Lassinotte pour son aide et sa disponibilité
durant l'élaboration de mon mémoire

SOMMAIRE

INTRODUCTION

1 LE CADRE GÉNÉRAL DE LA RÉGLEMENTATION DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET

TITRE I : LA LÉGISLATION FRANÇAISE

SECTION 1 : LA DÉLICATE QUALIFICATION JURIDIQUE DU RÉSEAU INTERNET

SECTION 2 : UNE PLÉTHORE DE TEXTES APPLICABLES AUX NOMBREUSES INFRACTIONS

TITRE II : LA LÉGISLATION AMÉRICAINE

SECTION 1 : LE COMMUNICATION DECENTRY ACT DE 1996

SECTION 2 : LE CHILD ONLINE PROTECTION ACT DE 1998

2 LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET : ENTRE ESPOIR ET INQUIÉTUDE

TITRE I : L'UTILISATION D'INTERNET AU SERVICE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION POLITIQUE : "VERS UNE DÉMOCRATIE ÉLECTRONIQUE"

SECTION 1 : LES POTENTIALITÉS POLITIQUES D'INTERNET.

SECTION 2 : LES APPLICATIONS ACTUELLES

SECTION 3 : LES SIGNIFICATIONS DE CETTE UTILISATION

TITRE II : LES INQUIÉTUDES AUTOUR DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR INTERNET

SECTION 1 : LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

SECTION 2 : UNE RÉPONSE : LA RÉGULATION ?

CONCLUSION

Introduction

La planète est à l'évidence " saisie par l'Internet " ¹ : 200 millions d'internautes ? 300 millions ? Moins ? Les chiffres donnés varient. Une étude récente réalisée par un cabinet canadien a avancé le 22 mars 2000 l'énorme chiffre de 1 milliard d'internautes en l'an 2005. Le PDG du cabinet renchérit : " 300 millions de personnes sont déjà connectées, et 150 millions ont l'intention de le faire cette année " ² . Pour mémoire, le nombre d'internautes en 1996 n'était que de 40 millions. Le fait est que le réseau Internet s'étend, que les usages se multiplient et que des nouveaux services apparaissent sans arrêt. Se développe même une économie nouvelle de l'Internet : la " Net-économie ". Comment ne pas être fasciné par cette croissance phénoménale ?

Les médias ont à suffisance souligné l'avènement de " l'information superhighway ", concept que nous devons à M. Albert Gore, vice-président des Etats-Unis, alors sénateur ³ . De quoi s'agit-il ? " Les autoroutes de l'information " désignent de nouveaux " médias " au sens d'infrastructures de communication électronique, c'est-à-dire de réseaux de toute nature (câbles, fibres optiques, satellites, liaisons hertziennes) qui devraient permettre la transmission quasi infinie de tous les types d'information, de la voix à l'image et destinés à relier les différents lieux de la vie quotidienne comme le bureau, la maison ou l'école ⁴ . Ces autoroutes de l'information seraient en mesure également de se faire rencontrer les individus de toutes les nations dans un même lieu particulier, immatériel, virtuel, aussi aisément que s'ils se trouvaient au sein du même village.

Internet est un de ces réseaux : permettant l'échange planétaire de textes, d'images et de sons, il constitue un portail d'accès universel à des sources sans cesse plus riches d'informations et préfigure en cela ce que seront ces autoroutes dans l'avenir.

¹ M. Vivant, Lamy, droit de l'informatique et des réseaux n°121, janvier 2000, p 2.

² Voir F. Pisani, " Un milliard d'internautes et moi et moi ? ", Le Monde, 7 avril 2000.

³ Dès 1978 M. Al Gore utilisa le terme à propos des visions avant-gardistes du vice-président américain lire D. Pearl, " Colliding clichés and other mishaps on the Term Pike ", Wall Street journal, 1er février 1994.

⁴ Cette définition est inspirée par les réflexions évoquées dans " The message in the medium : the first amendment on the information superhighway ", note non signée, Harvard Law Revue, mars 1994, disponible sur Internet.

Internet est un espace complexe et pour cela ambivalent. Il est complexe à plus d'un titre. Il l'est d'abord comme outil technique, complexe par ses caractéristiques propres, celles qui font sa spécificité et en premier lieu le fait qu'il abolit le temps comme l'espace. Il se joue des frontières et des distances. A l'instantanéité qui est celle de la mise de tout message sur Internet répond la pérennité sinon " l'éternité " puisqu'il est de fait, par exemple, qu'il est toujours possible, en dépit des condamnations prononcées, de trouver sur le Net les photos d'Estelle Halliday ⁵.

Internet n'est pas un outil de communication ordinaire. C'est un réseau polycentrique (décentralisé) et acentrique (global) ⁶, une gigantesque toile d'araignée informatique qui empêche toute possibilité de contrôle par une entité unique qui prétendrait en exercer la maîtrise. De plus, à la différence des médias classiques, Internet permet toutes sortes de modes de communication : il donne la possibilité pour chacun de " parler " à tous, de contacter n'importe quel internaute à quelque distance qu'il soit, de mettre en relation des interlocuteurs un à un, établissant ainsi un contact privé, mais il peut aussi faire transiter les messages d'un abonné vers une source d'informations, source considérée dès lors comme un lieu public auquel chacun (des internautes) peut avoir accès. En fait, ce nouveau médium permet à chacun de participer directement à la diffusion de l'information. Il rend l'internaute beaucoup plus actif que le spectateur auditeur puisque ce n'est pas l'information qui descend jusqu'à lui mais l'internaute qui part à sa recherche et remonte à elle.

Il est naturel par conséquent que cette complexité soit génératrice d'ambivalence. Comme le rappelle M. Vivant, avec Internet " nous sommes dans l'univers du Verbe, c'est-à-dire un lieu qui peut être comme la langue d'Esopé, le meilleur comme le pire " ⁷.

⁵ En février 1999, l'hébergeur Altern, prestataire technique, s'est trouvé assimilé à un éditeur et condamné pour avoir laissé en libre accès des photos du mannequin Estelle Halliday nue.

⁶ Analogie de L.Thoumyre tirée de " Science avec conscience " d'E.Morin, Paris, Fayard.Seuil 1990, page 168 : comparaison avec les systèmes complexes de nature biologique et sociale définis par le sociologue Morin " Les organisations sociales et biologiques sont complexes, parce qu'elles sont à la fois acentriques (c'est-à-dire fonctionnent de façon anarchique par interactions spontanées), polycentriques (qui ont plusieurs centres de contrôle ou d'organisation) et centriques (qui disposent en même temps d'un centre de décision. " Seulement les deux premières composantes de ces systèmes peuvent effectivement s'appliquer au réseau.

⁷ M. Vivant, op.cit.

Le meilleur. C'est l'Internet plein de vertus, conçu pour et tourné vers le " bien commun ". Cet Internet est porteur d'éducation et de formation, il peut être le relais des savoirs existants comme lorsqu'il permet l'accès direct à des bibliothèques. Cet Internet, " porteur de toutes les promesses ", est encore lieu d'échanges culturels et commerciaux. De nombreuses études font l'éloge de ce réseau de communication : " on nous parle d'une véritable cyberculture, d'une interactivité délicieuse entre l'homme et la machine, mais aussi entre les hommes, d'accès égal de tous à un savoir universel, en passant par dessus la tête de tous les médiateurs.....d'une véritable liberté d'expression marquée par l'avènement de la démocratie directe " ⁸.

Le pire. Au chapitre du pire, les exemples ne manquent pas hélas. Alors que l'ère numérique est censée améliorer le bien être des individus, l'Internet devient la proie des pédophiles ⁹, des terroristes, des révisionnistes ou le refuge des sectes prosélytiques ¹⁰. Ceux-ci utilisent le réseau pour diffuser des messages aux contenus potentiellement préjudiciables et/ou illicites comme la pornographie en ligne, des instructions pour la confection de bombes ¹¹, des messages à caractère diffamatoire, raciste ¹², appelant ou suscitant des actes criminels. Or, toutes ces atteintes à la dignité de la personne humaine semblent remettre en cause profondément la liberté d'expression.

La liberté d'expression : elle constitue le cœur de ce réseau interactif qu'est Internet. La récente " convergence technique " entre l'informatique, les télécommunications et l'audiovisuel ainsi que le développement de la numérisation ont fait exploser les carcans qui la contenaient.

⁸ L.Sfeez, " Internet et les ambassadeurs de la communication ", Le Monde diplomatique, mars 1999, pages 22/23.

⁹ Voir P. Sabatier, " Parents apeurés cherchent Net nettoyé ", Libération, 12 décembre 1997 : " Des tragédies se produisent : en septembre [1997], le jeune Eddie Werner, 11 ans, a été violé et tué par Sam Manzone, qui avait été séduit dans un groupe de discussions par un pédophile de 43 ans. " Le Net a-t-il tué Eddie ", s'était alors interrogé Newsweek. Le secrétaire-adjoint au Trésor Ray Kelly (responsable de la lutte contre la criminalité électronique) a indiqué que ses hommes ont saisi 167 banques de données d'images pornographiques enfantines.(...) Ernie Allen, directeur du Centre National pour les Enfants Maltraités ou Disparus, dit avoir connaissance de 200 affaires de sollicitation d'enfants par des pédophiles via le courrier électronique ou les groupes de discussion de l'Internet, " mais les chiffres réels sont plus élevés " assure-t-il. ". (le site du Centre est à www.missingkids.com).

¹⁰ S. Kauffman, " la guerre des sectes sur Internet ", Le Monde -Télévision-Radio-Multimédia, 7 avril 1997.

¹¹ M. Meyer, " Whose Internet ", Newsweek, 22 avril 1996, p 42 à 46. Un groupe islamiste avait mis sur Internet des informations pour mettre au point sans coûts excessifs des bombes du type de celle qui explosa dans le métro parisien. Il semble que des informations de type semblable avaient circulé et permis l'explosion le 19 avril 1996 de la bombe à Oklahoma City.

¹² C'est le cas, objet de la 1ère décision des juridictions française relative à Internet : TGI de Paris, affaire de l'UEJF contre Calvacom.

D'un seul coup, avec la Toile, la liberté d'expression dispose d'un instrument incroyable de promotion. " Avec ses forums notamment [Internet constitue] le plus puissant moyen d'expression individuelle jamais inventé par l'homme " ¹³. Michel Elie note à ce propos dans son témoignage " aux sources du Net " que " cette liberté de parole est devenue l'un des chevaux de bataille des pionniers d'Internet : sur le Réseau tout doit pouvoir se dire, il est interdit d'interdire " ¹⁴.

Serait-il donc " interdit " de censurer le Net ? Dans quelle mesure la liberté d'expression peut-elle se voir opposer des obstacles ou limitée ? Ces questions ont été pendant longtemps au centre des débats autour de ce qu'il est possible de diffuser par le biais d'Internet.

Sans refaire un historique complet du " réseau des réseaux ", il convient néanmoins de s'y attarder un bref instant afin d'insister sur la place qu'occupait la liberté d'expression dans l'esprit de ses concepteurs. En effet, si à la fin de l'année 1969, une petite équipe de chercheurs de l'Université de Californie de Los Angeles (U.C.L.A.), " composée d'étudiants en thèse dont certains portaient des barbes hippies et n'abandonnaient leurs sabots de bois que pour des pantoufles " ¹⁵ œuvraient à la réalisation du premier réseau d'ordinateurs dans le monde, baptisé ARPANET ¹⁶, grâce au budget alloué par le Ministère de la Défense (les universités américaines travaillent facilement avec l'armée) il n'en demeure pas moins que très rapidement ils ont substitué au but militaire leur propre conception du réseau. Ainsi, l'idée selon laquelle Internet aurait été élaboré uniquement dans un but militaire (à savoir créer un réseau de communication capable de résister à une attaque nucléaire) est à nuancer " Il n'y a jamais eu de volonté délibérée de faire un réseau qui résiste à une explosion nucléaire ; il s'agissait simplement de trouver un moyen de communiquer d'ordinateur à ordinateur " ¹⁷. On comprend alors que l'idéologie à la base de l'élaboration d'Internet est plus celle de chercheurs universitaires visionnaires que de militaires soucieux, en cette période de guerre froide, de rationaliser l'utilisation des ressources informatiques.

¹³ " Les américains, Internet et la censure ", Le Monde, Editorial, 28 juin 1997.

¹⁴ M. Elie, " Aux sources du Net ", Le Monde - Télévision-Radio-Multimédia, 2-3 février 1997.

¹⁵ F. Simoneschi, " Internet fête ses trente ans ", Science et avenir cf

¹⁶ Il s'agissait de connecter l'ordinateur de U.C.L.A. avec un autre ordinateur du Stanford Research Institute (S.R.I.) à quelque 700 kilomètres de distance.

¹⁷ Ibid.

L'idée de liberté sur les réseaux dans les échanges date donc des origines. C'est sans doute pourquoi en 1980 la DARPA ¹⁸ décide de faire tomber dans le domaine public les fameux protocoles TCP/IP ¹⁹ créés quelques années plus tôt pour permettre de faire communiquer entre eux des réseaux hétérogènes. Cette décision concrétise l'esprit de liberté qui animait les chercheurs les plaçant ainsi en dehors des contraintes du marché et des pressions des grandes entreprises commerciales. Dès lors ils peuvent imposer plus fortement encore leurs idéaux basés sur le partage de l'information, sur un accès universel aux ordinateurs ainsi que sur la liberté et la gratuité attachée à cette information. Finalement, on peut dire que les premiers temps du réseau ont été l'époque des utopies. L'idée prévalait qu'un espace d'expression humain illimité s'offrait soudain.

Cette idée ne pouvait qu'encourager les défenseurs des libertés individuelles, de la non intervention étatique ou du commerce gratuit à reprendre le flambeau, dès le début des années 90, lorsque le réseau jusqu'alors réservé à la sphère scientifique et universitaire se démocratise grâce à la mise au point du Worl Wide Web, fondé sur une conception hypertexte ²⁰.

La sauvegarde de la liberté d'expression sur Internet devient un thème favori et acquiert une nouvelle dimension, beaucoup plus politique.

Pour ces " libertaires " ²¹, la totale liberté d'expression régnant sur la Toile ne doit souffrir d'aucune exception. Les arguments qu'ils avancent sont les suivants :

3 en premier lieu, ils estiment que tout ce qui transite sur le réseau appartient au monde virtuel, à l'immatériel et par conséquent ne peut ni doit être appréhendé par les normes régissant le monde physique, le monde réel.

3 en second lieu, la diffusion de la pensée, de l'opinion et plus largement l'exercice de la parole sont protégés par nombre de déclarations des Droits de l'homme ou

¹⁸ Defense Advanced Research Project Agency

¹⁹ Pour que les informations circulent sur le réseau un protocole appelé TCP/IP a été établi. TCP découpe et transmet les messages dans un ordre aléatoire. IP traite les morceaux de message (datagrammes) et leur attribue une " étiquette " (adressage) qui aiguille ces " paquets " vers le destinataire. De plus il sont numérotés afin que l'ordinateur de réception retrouve l'ordre du message originel.

²⁰ Mot ou ensemble de mots permettant de passer d'une page Web à une autre lorsque l'on clique dessus. Un lien hypertexte est le plus souvent identifié par une couleur distincte du reste du texte.

" Grâce à cela, le nombre d'ordinateurs connectés double chaque années, et celui des sites web tous les trois mois ", I. Romanet, " Internet : L'effroi et l'extase ", Le monde diplomatique, éditorial, mai 1996.

²¹ Un ensemble constitué d'associations et de groupes informels issus des réseaux qui mènent de véritables croisades pour préserver non seulement la liberté mais aussi la créativité, le bénévolat et la gratuité qui caractérisent Internet . Certains groupes plus particulièrement ont réussi à émerger et à s'imposer comme porte-parole de cette " nébuleuse insaisissable " : il s'agit de l'Electronic Frontier Foundation, ou de l'American Civil Liberties Union.

de constitutions. De ce fait, ils mettent en avant, à plus forte raison, le caractère fondamental de la liberté d'expression. Effectivement, les exemples ne manquent pas pour montrer " qu'on ne saurait dissocier la liberté d'expression des valeurs les plus fondamentales de la démocratie"²². Ainsi, dans son arrêt *Cohen v. California* (1971), la Cour suprême des Etats-Unis énonce que la garantie, par le Premier Amendement de la Constitution américaine ²³, de la liberté de parole et d'expression dérive de " la conviction qu'aucune autre attitude ne serait cohérente avec le principe de la dignité et de la liberté de choix de chaque individu, sur lequel repose notre système politique ". Dans la même perspective, la Commission européenne des Droits de l'Homme, dans son rapport du 30 novembre 1993, concernant l'affaire *Vogt c. Allemagne* fait de la liberté d'expression " la pierre angulaire des principes de la démocratie et des droits de l'homme protégés par la Convention ". Quant au tribunal fédéral suisse, il n'a pas hésité, en 1961²⁴, à faire de la liberté d'expression un droit constitutionnel non écrit, à partir de l'article 55 de la Constitution fédérale qui ne garantissait que la seule liberté de la presse. Il y voit en effet un élément essentiel de l'ordre démocratique et juridique de la Confédération. De telles solutions se retrouvent également en France : la jurisprudence du Conseil constitutionnel en 1984²⁵ parle " d'une liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son existence est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale ".

Cependant, le respect dû à cette liberté d'expression ne permet pas toujours de supporter l'intolérable comme l'atteinte à la dignité des déportés par des messages à caractère révisionniste ou la mise en scène pornographique d'enfants. C'est pourquoi, fondamentale, elle est néanmoins une liberté dont la proclamation s'accompagne inmanquablement de limitations, en tout cas dans la tradition juridique européenne en général, et française en particulier.

²² P. Wachsmann, " la liberté d'expression ", *Libertés et Droits fondamentaux*, DALLOZ, 2000.

²³ Amendement premier : " Le Congrès ne pourra voter aucune loi restreignant la liberté de parole et de la presse "

²⁴ RO 87, I, 117.

²⁵ C.C 10 et 11 octobre 1984, GDCC, 599.

En effet aux Etats-Unis, la liberté d'expression est protégée par le Premier Amendement de la Constitution qui lui confère une portée maximale. En revanche, aux termes de l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789, à laquelle le Préambule de la Constitution du 4 octobre 1958 confère valeur constitutionnelle, " la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ". La jurisprudence du Conseil constitutionnel a donné à cette disposition la portée la plus large, l'appliquant non seulement à la presse et à la communication audiovisuelle, mais également aux choix par chacun des termes exprimant sa pensée ²⁶ ou aux manifestations rattachées au " droit d'expression collective des idées et des opinions " ²⁷ .

L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme s'emploie également à réglementer de manière plus précise encore les ingérences étatiques dans la liberté d'expression. Au principe de liberté énoncé au paragraphe premier ²⁸, s'opposent les exceptions envisagées au second paragraphe. Celles-ci doivent être déterminées par la loi, doivent viser l'un des buts reconnus comme légitimes par l'article 10 paragraphe 2 (la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre ou la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la sauvegarde d'informations confidentielles, la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire) et doivent surtout être " nécessaires, dans une société démocratique " à la réalisation de ses buts.

On le voit, même s'il est possible d'apporter des limitations à la liberté d'expression, la Convention européenne comme de nombreuses autres constitutions européennes soumet ce type de restriction à des conditions strictes. Or, pour quelles raisons ces exceptions, au regard desquelles les médias traditionnels ont déjà été réglementés, ne s'appliqueraient-elles pas à Internet ?

²⁶ Voir C.C 29 juillet 1994, loi relative à l'emploi de la langue française.

²⁷ Voir C.C 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.

²⁸ Article 10 § 1 : " La liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques est sans considération de frontière ".

Comme tout autre moyen d'expression, la presse ou la télévision, la Toile ne doit-elle pas, elle aussi, répondre à des règles du jeu précises ? D'ailleurs, comme le souligne Michel Vivant, " il est bon de ne pas oublier que la règle, la norme sont source de liberté, pourvu, bien sûr, qu'elles soient ainsi conçues. Ce n'est jamais que retrouver les accents de Lacordaire affirmant avec force qu'entre le faible et le fort, c'est la loi qui libère et la liberté qui opprime " ²⁹.

Quoi qu'il en soit, il semble aujourd'hui que l'unanimité soit acquise pour élaborer et adopter des formes de réglementation du contenu des informations qui sont véhiculées sur Internet ³⁰. Même aux Etats-Unis, où la Constitution ne prévoit aucune exception écrite à la liberté d'expression et où " la restriction d'une des libertés visées par le premier amendement constitue indubitablement un préjudice irrémédiable " ³¹, le débat fut récemment relancé lorsqu'à l'occasion du vote de la loi de finances pour 1999, deux textes législatifs tendant à protéger les mineurs dans le contexte d'Internet ont été adoptés. De son côté, la FTC (Commission fédérale du commerce), le 22 mai 2000, constatait dans un rapport fait au Congrès que 4/5ème des sites commerciaux ne respectait pas la vie privée des internautes et qu'en conséquence une législation était nécessaire. Même le créateur du Web, Robert Caillau, a soulevé dernièrement la nécessaire élaboration " d'une convention commune sur la libre circulation des informations, ainsi qu'une législation commune sur ce qu'il faut réprimer " ³².

Mais c'est surtout au sein de l'opinion publique que la demande est la plus forte. Ainsi, dans l'hexagone, selon une étude commandée par le CSA ³³ en novembre 1999 - qu'il convient de prendre avec prudence au regard du rôle important qu'il souhaite jouer concernant le contrôle des contenus circulant sur Internet - 9 français sur 10 sont favorables à une intervention des pouvoirs publics pour contrôler l'accès à des informations ou à des images à caractère pornographique, violent ou raciste.

²⁹ M. Vivant, op.cit.

³⁰ Ce constat a été dressé à l'issue du premier sommet mondial des régulateurs sur " Internet et les nouveaux services ", qui s'est tenu à l'UNESCO, les 30 novembre et 1er décembre derniers. Organisé à l'initiative du Conseil supérieur de l'audiovisuel et en collaboration avec le Forum des régulateurs de l'Institut international des communications, ce sommet a accueilli des délégations de plus de 60 autorités de régulation et donné lieu à près de cinquante interventions. Synthèse des travaux publiée in Lettre du CSA, décembre 1999, n°123.

³¹ Arrêt " Globe Newspaper, Cour suprême 1982, Lamy droit de l'informatique, Bulletin d'actualité, juillet 1996, n°83, p.9.

³² in E. Laumet et L. Noualhat, " le cocréateur du Web plaide pour un permis de surfer ", Libération, 12-13 août 2000.

³³ " les français et Internet ", Etude Médiangles/ Conseil supérieur de l'audiovisuel, novembre 1999, disponible sur Internet à : www.csa.fr

Les plus jeunes recommandent aussi cette intervention (82% des 15-20 ans, avec 51% répondant " oui, de façon très stricte ") ; 8 internautes sur 10 souhaitent également une réponse des pouvoirs publics à ce danger, même lorsqu'ils font partie des internautes les plus assidus. Aux Etats-Unis, 68% des parents américains, selon la revue spécialisée Family PC, citent la crainte de la pornographie et de la pédophilie comme le principale problème de l'Internet et appellent une intervention publique pour y remédier.

Ainsi, c'est véritablement aujourd'hui que l'on commence à prendre conscience de l'importance des enjeux liés aux questions de régulation et d'adaptation du droit soulevé par le réseau. L'équation paraît simple à poser : laisser jouer le principe de liberté qui caractérise le fonctionnement du " réseau des réseaux " depuis sa naissance tout en essayant d'endiguer les principales dérives constitutives d'infractions par rapport à une loi nationale. Tenter de la résoudre s'avère en revanche incroyablement complexe.

Comme l'a constaté le rapport de Monsieur Christian Paul intitulé " Du droit et des libertés d'Internet " ³⁴, remis au Premier Ministre le 29 juin 2000, " l'Internet pose au droit des problèmes nouveaux et multiples ". Le droit se heurte en effet non seulement aux caractéristiques techniques inhérentes au réseau (transfrontalisme, volatilité des contenus...) mais aussi à la diversité des conceptions de la liberté d'expression dans les différents Etats. " Le contenu d'un message transporté sur Internet peut être jugé innocent ici, indécent là et criminel ailleurs"³⁵ . Effectivement, la pornographie par exemple, interdite en Irlande, sanctionnée à coups de fouet en Arabie Saoudite, est totalement libre en Suède. Dans certains pays anglosaxons, les discours d'incitation à la haine raciale (néo-nazis) sont tolérés au nom de la liberté d'expression alors qu'ils sont poursuivis au pénal en France car attentatoires à la dignité humaine, au nom du même principe.

Or, ces différences de conception étatique de la liberté d'expression (appréhendée notamment à travers les notions " d'atteinte à l'ordre public " ou " d'atteinte à la vie privée ") découlent de disparités culturelles.

³⁴ Rapport disponible sur le site www.internet.gouv

³⁵ S.Marcellin Taupenas, Lamy droit de l'informatique, supplément n°74, octobre 1995.

La confrontation directe des valeurs morales qui en résultent pose l'essentiel des difficultés en matière de liberté d'expression sur la Toile. Entreprendre de résorber le problème relève autant de l'ordre technique (à savoir la détermination de la loi applicable et du juge compétent) que de l'ordre moral.

Comme le soulignait récemment Lionel Thoumyre ³⁶ " la véritable question qui se pose est donc la suivante : sommes-nous prêts à assumer les conséquences de la mondialisation de l'information et notamment à tolérer les valeurs de liberté des pays situés à un seul clic de distance ? " ³⁷ et, en l'occurrence, les valeurs américaines dans le litige qui a opposé la société Yahoo ! à la LICRA.

Le juge français, quant à lui, ne semble pas encore totalement prêt : le 22 mai 2000 il a en effet rendu une décision ordonnant au géant américain Yahoo ! de " rendre impossible " l'accès, pour les internautes français, à son site de ventes aux enchères d'objets nazis. Cette décision marque la conviction des juridictions françaises de voir le droit national s'appliquer dès lors que le contenu d'une information peut être accessible sur le territoire de la République et être illicite au regard des lois françaises et des valeurs qui y sont protégées. Plus spécialement encore, cette décision va même jusqu'à appliquer la loi nationale à une organisation étrangère, établie à l'étranger, dont les activités sont pourtant légales vis-à-vis de la législation de son pays.

Avec l'affaire Yahoo ! on passe à l'une des modalités de régulation du réseau qui a sans conteste entraîné le plus d'effervescence médiatique, qui a généré l'essentiel du contentieux judiciaire et produit le plus d'hésitation et de confusion au niveau législatif. Il s'agit de la détermination de la responsabilité juridique des acteurs présents sur la Toile. Effectivement, l'une des difficultés majeures soulevée par Internet concerne le rôle respectif et les responsabilités de ces nouveaux acteurs que sont les fournisseurs de services, les fournisseurs d'accès, les fournisseurs d'hébergement, les opérateurs...qui interviennent dans la chaîne informationnelle du réseau.

³⁶ Chercheur en droit public à l'Université de Montréal et Directeur du site juriscom.net

³⁷ L.Thoumyre, " Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ? ", Le Monde, 13-14 août 2000.

Alors que certains préconisent la transposition des règles issues de la responsabilité éditoriale dégagées tant en matière de presse qu'en matière d'audiovisuel, comme en France, d'autres optent pour le système du droit commun de la responsabilité. Toujours est-il que parmi cette catégorie d'acteurs que l'on désigne sous le nom de " prestataires techniques ", les hébergeurs³⁸ de services Internet et les obligations juridiques auxquelles ils sont tenus ont focalisé toute l'attention.

A ce sujet, la jurisprudence en France depuis 1996 est plutôt confuse et hétérogène³⁹ : adoptant des solutions pour le moins contradictoires, elle s'avère génératrice de nombreuses incertitudes et source de dangers pour la liberté d'expression. Les dernières avancées législatives (au premier rang desquelles la loi du 28 juin 2000 sur la liberté de communication) n'ont en outre pas éclairci totalement certaines difficultés et en particulier celle très délicate de l'obligation de diligence dont l'hébergeur doit faire preuve, en supprimant de son propre chef un contenu porté à son attention comme illégal ou nocif par une quelconque tierce partie.

L'Allemagne a d'ailleurs adopté une législation dans ce sens et la directive proposée par la Commission européenne sur le commerce électronique comprend une telle disposition. Selon la porte-parole de l'association IRIS (Imaginons un réseau Internet solidaire), " accepter cette disposition, reconnaître au fournisseur [d'hébergement] une capacité à juger du caractère illégal ou nocif d'une information reviendrait à renier les principes fondamentaux de notre société..., à permettre une justice privée qui serait rendue par le fournisseur décidant de supprimer ou non une information qu'il héberge, mais dont il n'est pas l'auteur " ⁴⁰.

Nous le voyons, les aspects purement juridiques occupent une place primordiale dans le sujet que nous nous proposons d'étudier, et à ce titre rassembleront l'essentiel des développements de l'étude. Néanmoins, polariser l'analyse uniquement sur la manière dont le droit (droit positif et jurisprudence) peut appréhender le contenu des informations circulant sur le réseau conduit inmanquablement à adopter une vision parcellaire de l'exercice de la liberté d'expression sur le Net.

³⁸ Les hébergeurs stockent sur leurs serveurs les applications informatiques et les fichiers de leurs clients ; ils fournissent les ressources techniques et informatiques permettant aux utilisateurs d'accéder par Internet à ces données.

³⁹ M.Marzouki, présidente de l'association IRIS, va même jusqu'à la qualifier de " ballottante ", " Arrêtons le ping-pong jurisprudentiel et législatif ", IRIS, 26 mai 2000, disponible sur le site de l'association à l'adresse www.iris.sgdg.org/

⁴⁰ M.Marzouki, " Altern, ou la double injustice ", Libération, débats, 5 mars 1999.

D'une part, parce que le droit n'est pas le seul facteur de limites, d'obstacles ou d'incertitudes. D'autres facteurs entrent en jeu qui sont, pour leur part, économiques et sociaux.

Il s'agit en **premier lieu** du phénomène que nul ne conteste et auquel nous assistons depuis quelque temps : l'envahissement sur Internet du commerce électronique qui pourrait bien, à terme, le faire basculer rapidement dans un espace exclusivement marchand, le transformant par la même en un gigantesque supermarché planétaire, après avoir été le lieu privilégié des échanges désintéressés entre pionniers ⁴¹. Toutefois, la crainte de voir disparaître le monde où toutes les informations s'échangeraient gratuitement pour le plus grand bien de la communauté ne doit pas être exagéré. Comme le remarque C.Huitéma " En fait, les utilisations classiques de l'Internet vont sans aucun doute continuer à prospérer à côté des utilisations commerciales " ⁴². D'ailleurs, face à ces dérives marchandes, les internautes s'organisent à l'image de la communauté universitaire aux Etats-Unis qui est en train de jeter les bases d'un autre réseau que celui du web nommé " Internet 2 ". Néanmoins, les conséquences de ce déferlement d'activités mercantiles sur la Toile a inévitablement des répercussions sur la liberté d'expression et plus spécialement ici, sur l'une de ses facettes, la liberté d'information. Effectivement, avec les grandes concentrations et fusions qui se sont récemment opérées dans le secteur des nouvelles technologies de l'information et de la communication, se développe sur le réseau la crainte de voir remis en cause le pluralisme de l'information ⁴³ et la diversité culturelle. Il est de fait aujourd'hui que " les leaders incontestables de la diffusion d'informations sur Internet sont les sites " portails " des moteurs de recherche, annuaires et fournisseurs d'accès à Internet : Yahoo !, Altavista, Wanadoo, Voilà, ... " ⁴⁴. C'est pourquoi certains n'hésitent plus à tirer la sonnette d'alarme sur une accélération de la dérive marchande de l'information soulignant des risques d'appauvrissement de son écriture comme de ses capacités d'analyse.

⁴¹ M. Alberganti, " le commerce électronique s'apprête à envahir le Net ", Le Monde, 8 décembre 1998.

⁴² C.Huitéma, " Et Dieu créa l'Internet ", Paris, Eyrolles, 1995.

⁴³ Reconnu comme un droit fondamental à l'article 11 de La Charte des droits fondamentaux de l'Union approuvée le samedi 14 octobre 2000 lors du sommet informel des Quinze.

⁴⁴ M. Laime, " les journaux face à la concurrence d'Internet ", Le Monde diplomatique, juillet 1999.

Il s'agit en **second lieu** de l'accès à Internet proprement dit . Pour pouvoir s'exprimer, encore faut-il être " branché ". Le président du Conseil supérieur de l'audiovisuel, Hervé Bourges l'a d'ailleurs rappelé avec force lors de son discours de clôture du premier sommet mondial des régulateurs sur " Internet et les nouveaux services " : " les ressources intellectuelles et universitaires du monde entier, bibliothèques, musées, enseignements, sont désormais accessibles de partout. A condition toutefois qu'une possibilité de branchement existe "⁴⁵ . On nous dit souvent que grâce aux nouvelles technologies et en particulier Internet, nous atteignons " les rivages de la communication totale ". L'expression est en réalité trompeuse car elle laisse croire que la totalité des être humains de la planète peuvent maintenant communiquer, s'exprimer et échanger leurs opinions. Malheureusement, ce n'est pas vrai. Plusieurs milliards d'habitants vivent en dessous du seuil de pauvreté et il y a des pays où il faut un mois de salaire de professeur d'université pour acheter un PC ⁴⁶ . " A peine 3% de la population mondiale du globe a accès à un ordinateur ; et ceux qui utilisent Internet sont encore moins nombreux " ⁴⁷ . Actuellement, 88% des utilisateurs vivent dans les nations industrialisées qui représente à peine 17% de la population mondiale contre 0,3% dans les pays déshérités ⁴⁸ . Le constat s'impose de lui-même : Internet ne bénéficie qu'aux personnes relativement instruites et aisées et demeure encore une affaire de privilégiés. Dès lors on parle déjà de fracture numérique entre les pays " inforiches " et les pays " infopauvres ". On mesure donc à la fois l'urgence de prendre des mesures en matière de choix d'accès à Internet et le chemin qu'il reste à parcourir pour bâtir une véritable société de l'information pour tous. Réduire cette inégalité est une affaire d'éducation et d'équipement ; c'est aussi lever des obstacles tant techniques qu'administratifs et financiers ; mais c'est surtout une affaire de volonté politique ⁴⁹ .

D'autre part, toutes ces questions qui menacent à des degrés de gravité différents la liberté d'expression sur Internet ne doit pas nous faire oublier que le " Réseau des réseaux " a avant tout un impact extraordinairement positif sur cette liberté.

⁴⁵ Discours du président Bourges, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°121, janvier 2000, p.18.

⁴⁶ Personnal Computer désigne la famille des micro-ordinateurs IBM et compatibles.

⁴⁷ J. Saramago, " A quoi sert la communication ", Le Monde diplomatique, décembre 1998.

⁴⁸ Voir S. Mandrard, " Voyage au cœur de la fracture numérique ", Le Monde interactif, 13 septembre 2000.

⁴⁹ Certains ont pu soutenir l'idée que l'accès à Internet devra être au nombre des " Droits de l'homme ", allocution H.Bourges lors du sommet international sur les régulateurs mondiaux de décembre 1999, disponible sur le site du CSA : <http://www.csa.fr>

L'objectif de cette étude n'est pas à proprement parler de réaliser un bilan ou un état des lieux de l'exercice de la liberté d'expression sur Internet. La tâche serait gigantesque. Il consiste plutôt à faire ressortir les aspects fondamentaux et premiers du sujet à partir des multiples débats et discussions et d'une actualité sans cesse toujours plus riche et mouvante. Notre propos ne s'attachera pas uniquement à en décrire le cadre juridique général ainsi que les limites et les menaces ; nous examinerons également comment Internet permet la promotion de certaines formes d'expression.

En effet, grâce à la diffusion planétaire, instantanée et facile des messages disponibles sur la Toile, la culture et le débat public trouvent un nouvel espace d'expression aux potentialités sans précédent. Comme l'a récemment rappelé le Premier ministre, Lionel Jospin, " Désormais, grâce à l'Internet, chacun a, potentiellement, les moyens de publier ses opinions sans aucun intermédiaire. C'est l'une des ruptures les plus importantes que cet outil technologique a introduites dans notre vie de tous les jours. De nouveaux champs s'ouvrent à " la libre communication des pensées et des opinions ", l'" un des droits les plus précieux de l'Homme", comme le proclame depuis 1789 la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Il est même possible de mesurer cette rupture : le nombre de sites internet français dits "personnels", c'est-à-dire ne relevant ni d'un organisme public ni d'une entreprise, est passé de 500.000 en 1999 à plus de 750.000 cette année "⁵⁰ . Internet n'est donc pas qu'une " affaire de gros sous " et de commerce électronique. Les citoyens entendent, eux aussi, faire résonner leurs voix dans le cyberspace.

Nous laisserons volontairement de côté les aspects relatifs à la culture et à la création artistique pour nous focaliser sur l'utilisation de la Toile comme caisse de résonance pour la diffusion des idées politiques qui déjà ne s'exposent plus seulement sur les murs mais également sur les écrans, où elles peuvent passer les frontières et la censure. Internet de ce point de vue, représente une véritable révolution : construire un site Web est financièrement accessible à toutes les bourses ; il est, en outre, impossible techniquement d'interdire une expression politique sur la Toile ; le Net fournit donc une capacité d'action mondiale et une puissance d'information qui n'existent pas dans le monde réel par le biais des médias traditionnels.

⁵⁰ Intervention du Premier ministre lors des secondes Assises parlementaires de l'Internet , Assemblée nationale, 10 octobre 2000, disponible à l'adresse www.internet.gouv

Par ailleurs, Internet, forum ouvert aux multiples groupes de discussion, donne la possibilité aux citoyens de dialoguer plus facilement avec les représentants publics, d'être consultés et d'intervenir plus directement dans le processus de décision (notamment par l'intermédiaire du vote électronique, ce qui n'est pas sans poser d'innombrables difficultés). C'est en ce sens que certains voient en lui une réplique de l'agora athénienne qui annoncerait une démocratie " revitalisée " ⁵¹ : la démocratie électronique.

Ainsi, notre étude se divisera en deux parties. La première fera un exposé du régime juridique de la liberté d'expression sur Internet à travers d'une part l'analyse de la législation française (Titre I) qui dispose d'une pléthore de textes pour limiter les abus de la liberté d'expression et donc appréhender les infractions possibles sur le Net notamment vis-à-vis de l'ordre public, de la protection des droits d'autrui ou de la vie privée, et d'autre part l'examen de la législation américaine (Titre II) qui, en revanche, laisse une marge de manoeuvre beaucoup plus importante quant à la teneur du contenu du message disponible sur Internet .

La seconde partie aura pour objectif de montrer que si la liberté d'expression se voit offrir grâce à Internet un nouveau champ d'épanouissement, spécialement pour la parole du citoyen (Titre I), de nombreuses inquiétudes pèsent néanmoins sur elle (Titre II). Celles-ci seront examinées au regard de deux thèmes qui connaissent une évolution permanente : le problème de la responsabilité juridique des prestataires techniques et la question des modalités de régulation.

⁵¹ cette idée de revitalisation de la démocratie est présent chez de nombreux auteurs. Voir par exemple les travaux de Thierry Vedel, chercheur au Centre d'Etude de la vie politique française (CEVIPOF) ou ceux de Stefano Rodotà, auteur d'un ouvrage sur " la démocratie électronique ".

Le cadre général de la réglementation de la liberté d'expression sur Internet

Comme cité précédemment, les nouvelles technologies de l'information et de la communication et en particulier le réseau Internet ont un impact sur la mise en œuvre de la liberté d'expression : elles rendent difficile, a priori, la détermination du régime juridique, ou des régimes juridiques, applicables aux nouveaux services de ces technologies interactives.

Nous allons tenter de clarifier cette question en retraçant le cadre général de la liberté d'expression sur Internet. Face à Internet, le juriste n'est pas désarmé, loin de là. Il a même à sa disposition pléthore de réglementations. Le professeur Vivant a d'ailleurs fait remarquer que " dans le cybermonde, le droit n'a aucune vocation à être virtuel " ⁵² .

En France, l'auteur d'un contenu accessible par le Net exerce sa liberté d'expression en produisant certaines informations, liberté qui lui est garantie par les Droits de l'homme. Cette liberté ne doit toutefois pas choquer les droits et les libertés de ceux qui sont susceptibles de prendre connaissance du message (article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789). A cet égard, la justice s'intéresse déjà aux contenus illégaux (pédophilie, racisme, négationnisme..), aux droits d'auteur ou à la diffamation.

Néanmoins, comme le relève le rapport de M. C. Paul " Du droit et des libertés sur l'Internet " remis au Premier ministre le 29 juin 2000, le réseau " bouscule les principes républicains fondamentaux. Il pose chaque jour de nouveaux défis à l'application du droit. Cela tient au caractère mondial du réseau : les sites Web sont implantés dans les pays de cultures juridiques différentes ". Et s'il demeure ardu d'y débusquer des substances ou des discours prohibés par la majorité des Etats (comme les drogues ou les images pédophiles), de nombreux sites avec " pignon sur Web " exposent ou vendent des choses au monde entier en parfait accord

⁵² M. Vivant, " Cybermonde : droit et droits des réseaux ", in dossier de la journée d'étude : "Internet en toute sécurité ", éd. Juris-Classeur ", 1er septembre 1996, page 1 et s.

avec la législation de leur pays d'origine mais au risque de violer les législations d'autres Etats, dont les ressortissants peuvent accéder aux mêmes sites d'un seul clic. L'exemple des messages à caractère négationniste et révisionniste est significatif : interdits en France (article 24 bis de la loi de 1881 sur la liberté de la presse), ils sont tolérés aux Etats-Unis dont le 1er Amendement de la Constitution ne prévoit aucune restriction à la liberté d'expression.

Ainsi, si nous allons étudier la législation française (**Titre I**), le fait qu'Internet, dont l'origine est américaine, soit avant tout l'espace de la liberté largement protégée par ce 1er Amendement impose que l'on s'intéresse également à la législation en vigueur aux Etats-Unis (**Titre II**).

La législation française

Le débat sur le " vide juridique " que constituerait Internet doit être considéré aujourd'hui comme dépassé. Internet est bien un espace juridique.

Nous envisagerons l'étude de la réglementation française à travers deux aspects : le premier s'attachera à la délicate qualification des services Internet au regard des régimes juridiques régissant les communications publiques et privées (*Section 1*). Le deuxième montrera qu'il existe une pléthore de textes applicables aux abus de la liberté d'expression commis via le réseau (*Section 2*). Cependant, nous nous attarderons sur certains d'entre eux, ceux que l'actualité et un important contentieux judiciaire ont fait émerger.

Section 1 : LA DÉLICATE QUALIFICATION JURIDIQUE DU RÉSEAU INTERNET

La qualification juridique du réseau Internet en tant que tel s'impose comme une priorité. Comment qualifier Internet ? S'agit-il de communication audiovisuelle, de presse, de télécommunication ? Les enjeux de cette qualification sont fondamentaux et de la réponse à ces différentes questions dépend l'application des règles de droit distinctes (spécialement en matière de responsabilités applicables aux acteurs de la Toile), des instances compétentes et plus largement des obligations liées à la création et à l'exploitation d'une activité en ligne.

A) La distinction fondamentale entre communication audiovisuelle et correspondance privée.

Le droit français a construit une distinction fondamentale entre la communication privée et la communication publique ou audiovisuelle. Elle est prévue à l'article 2 de la loi du 3 septembre 1986 qui dispose dans son alinéa 2 : " On entend par communication audiovisuelle

toute mise à disposition du public ou de catégorie du public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée ".

La notion de correspondance privée n'a fait l'objet d'aucune disposition législative. Une circulaire du 17 février 1988 a cependant apporté quelques précisions : " La communication audiovisuelle se définit par opposition à la correspondance privée. Il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personnes physiques ou morales, déterminée et individualisée ". Elle ajoute " A l'inverse, il y a communication audiovisuelle lorsque : le message est destiné indifféremment au public en général ou à des catégories de public, c'est-à-dire un ensemble d'individus indifférenciés, sans que son contenu soit fonction de considérations fondées sur la personne ".

Les conséquences en terme de régime juridique sont significatives : la qualification de communication audiovisuelle génère un contrôle du respect d'objectif d'intérêt général comme la déontologie de l'information, la protection des mineurs, l'identification de la publication. Participant à la formation de l'opinion, elle a été soumise à un régime juridique particulier, attentif au contenu de l'expression et à la responsabilité qui peut en découler. C'est ainsi qu'une personne peut s'exprimer librement, mais dans le respect de la liberté des autres, protégée essentiellement dans les dispositions du code pénal ou dans des règles civiles : elle peut émettre un avis mais les faits qu'elle impute à une autre personne doivent être vrais sinon elle s'exposera par exemple à une accusation de diffamation. Pour les expressions par l'intermédiaire des médias, des régimes juridiques particuliers ont été aménagés. Il en est ainsi notamment de la responsabilité éditoriale, de réglementation professionnelle telle que le statut du journaliste, du dépôt des publications ou du droit de réponse, de la protection du pluralisme au moyen de règles de concurrence relatives aux concentrations.

En revanche, si la qualification de correspondance privée entraîne elle aussi l'application d'un régime juridique particulier, elle implique le respect du secret des correspondances et l'obligation de s'abstenir de toute ingérence dans la transmission des messages ⁵³. Ce droit à l'inviolabilité des correspondances remonte à la Révolution française : dès 1789, il est affirmé à l'initiative de Mirabeau que " le secret des lettres doit être constamment respecté ". Ce sont ces principes que l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme consacre en proclamant que " toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance ". D'ailleurs aujourd'hui, l'article 226-15 al 2 du nouveau code pénal punit " le fait, commis de mauvaise foi, d'intercepter, de détourner, d'utiliser ou de divulguer des correspondances émises, transmises ou reçues par la voie des télécommunications ou de procéder à l'installation d'appareils conçus pour réaliser de telles interceptions ". La loi du 10 juillet 1991 prévoit toutefois qu'il peut être porté atteinte à ce secret à titre exceptionnel ⁵⁴.

B) La position des juges et de la doctrine

Les juridictions françaises saisies de nombreuses affaires relatives à Internet (qu'il s'agisse de propriété intellectuelle, de responsabilité éditoriale ou de droit de la personnalité) ont proposé des orientations intéressantes concernant la qualification juridique des contenus sur Internet mais toujours partielles et parfois même contradictoires qui ont donné l'impression d'un ensemble hétérogène.

Ainsi un tribunal de grande instance, par une formule pour le moins ambiguë, a pu qualifier le réseau dans son entier de " service de communication audiovisuelle " ⁵⁵. Il faut souligner que cette solution masquait bien évidemment les différentes facettes ou dimensions du réseau dont la fonction initiale est pourtant la messagerie électronique c'est-à-dire un système de cor-

⁵³ Article 1 de la loi du 10 juillet 1991 : " Le secret des correspondances émises par la voie des télécommunications est garanti par la loi. Il ne peut être porté atteinte à ce secret par l'autorité publique que dans les seuls cas de nécessité d'intérêt public prévus par la loi et dans les limites fixées par celle-ci ".

⁵⁴ Ce droit à " l'interception " peut être accordé lorsque les nécessités de la recherche de renseignements intéressant la sécurité nationale, la sauvegarde des éléments essentiels du potentiel économique de la France, la prévention du terrorisme ou de la criminalité l'exigent.

⁵⁵ TGI Privas, 3 septembre 1997, Expertises, mars 1998, page 79.

respondance privée. Plus récemment, un tribunal d'instance a estimé qu'un site web constitué d'un guide de la presse informatique pouvait être qualifié de " publication de presse au sens de la loi du 1er août 1986 ⁵⁶. Enfin, l'Autorité de Régulation des Télécommunications (A.R.T) s'est reconnue compétente, compétence d'ailleurs confirmée par la Cour d'appel de Paris, s'agissant des systèmes d'accès à Internet, qualifiés à cette occasion de " services de télécommunications " ⁵⁷.

La doctrine, quant à elle, dans une grande partie, sur la base de la définition plutôt extensive et extrêmement large de la communication audiovisuelle, considère que les contenus de toutes natures présents sur Internet sont des "contenus de communication audiovisuelle" ⁵⁸. Ainsi, à suivre ce raisonnement, un contenu qui ne relèverait pas de la correspondance privée devrait être qualifié d'audiovisuel, en raison de la seule présence d'un " procédé de télécommunication " selon les termes de l'article 2 de la loi du 30 septembre 1986.

Or, force est de constater que ni les solutions jurisprudentielles ni les points de vue de la doctrine ne rendent compte dans leur totalité des spécificités d'Internet ni de ses possibilités de développement. Faire d'Internet un aspect de la radiodiffusion, du téléphone ou de la communication audiovisuelle ne permet pas d'appréhender véritablement la réalité du réseau. Certes, une certaine logique voudrait que l'on compare le réseau aux médias de la presse ou de l'audiovisuel car comme eux il transmet des textes et des images, parfois même animés, et/ou des sons. Cette logique ne semble pourtant pas adéquate ; comme l'a rappelé Hervé Bourges, dans une intervention au forum Multimédias " Il faut tout d'abord préciser les termes : Internet n'est pas un service de communication audiovisuelle. [Il] est seulement un support de diffusion, qui peut être utilisé pour véhiculer des services audiovisuels, de la télévision, de la radio, mais aussi toute autre chose, à commencer par du courrier électronique, des conversations téléphoniques (c'est de plus en plus le cas, notamment dans des pays qui avaient peu d'infrastruc-

⁵⁶ TI Paris, 11ème arr, 3 août 1999, Expertises, décembre 1999, page 399.

⁵⁷ CA Paris, 28 avril 1998, Expertises, octobre 1998, page 311.

⁵⁸ E.Barbry et F.Olivier, note sous CA Paris, 10 février 1999, JCP 1999, éd G, II, 10101 ; Y.Breban, " La responsabilité des acteurs de l'Internet ", Gaz Pal II, 1996 page 1302 ; X. Linait de Bellefonds, " Internet et le statut de l'information : quelles règles du jeu ? ", Gaz Pal II, 1996 page 1071.

tures téléphoniques !) ou des services commerciaux, bancaires, et ainsi de suite ⁵⁹ .

De plus, Internet répond à des besoins et des logiques différentes de celles des médias traditionnels. Par son caractère interactif, il réserve à l'utilisateur une large faculté de choix. Plus précisément il répond à une demande de l'utilisateur qui prend une initiative parce qu'il est à la recherche de la satisfaction d'un besoin : sur Internet il doit entrer une adresse, introduire un mot clé de recherche, parfois introduire un numéro de carte de crédit s'il désire accéder à certains sites, notamment pornographiques.

Ainsi, comme le remarquent Y.Poullet et C.Lamouline, " On ne se trouve pas dans une situation de communication de masse simultanée. La situation n'est pas comparable avec l'auditeur qui ouvre la radio ou le spectateur qui regarde sa télévision et choisit de visionner ou d'écouter un programme diffusé, qui a été élaboré pour lui. Les utilisateurs de réseaux comme Internet par exemple visitent des sites comme on visite un musée, sélectionnant des informations qui les intéressent, et élaborent véritablement, par interaction et en synergie avec le site, un produit informationnel adapté à leur demande, qu'ils vont rapporter chez eux ⁶⁰ . Ainsi, l'internaute décide où il va, au rythme qu'il veut, ce qu'il veut voir, ce qu'il veut garder et imprimer. On en déduit alors qu'il dispose, sans nul doute, d'une meilleure, sinon très grande, maîtrise de son environnement ce qui est fondamental puisque c'est le manque de contrôle sur le produit proposé par les médias qui a justifié l'établissement d'un régime juridique qui leur est propre, régime installé dans un souci de protection de l'auditeur et du spectateur.

Ces différentes considérations, la mission interministérielle présidée par Mme Falque-Pierrotin en faisait déjà état dès 1996 : " Il faut reconnaître que le caractère spécifique et profondément novateur d'Internet interdit toute transposition automatique des schémas préétablis car Internet n'appartient ni au monde de la diffusion, ni à celui de la télématique.(...) Les critères légaux, réglementaires et jurisprudentiels, rendent impossible une séparation a priori en

⁵⁹ H.Bourges, allocution

⁶⁰ Y.Poullet et C.Lamouline, " Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique ", rapport présenté au Conseil de l'Europe, éd Bruylant, 1997, page 62.

deux blocs des services Internet : communication audiovisuelle et correspondance privée ; la plupart des services sont hybrides et l'on passe indifféremment de l'un à l'autre ⁶¹ .

En effet, la plupart des services en ligne présentent une nature mixte : ils ont ainsi pour partie le caractère d'une communication au public et pour partie le caractère d'une correspondance privée. C'est par exemple le cas en matière de contenus commerciaux où une transaction peut donner d'abord lieu à une offre commerciale de type publicitaire et être suivie d'une commande entre le fournisseur et l'acheteur par courrier électronique. Il apparaît donc que dans ce cas de figure un même service puisse relever à la fois de la législation audiovisuelle et du Code des Postes et Télécommunications.

On le pressent, Internet tend à transcender la distinction classique entre communication audiovisuelle et correspondance privée. A cet égard, des auteurs ont pu constater que dans un environnement électronique de réseaux ouverts, en effet, les communications publiques et privées sont étroitement mêlées, de telle sorte qu'il est plus difficile de les identifier : " Toute communication est en fait susceptible d'être accessible par un public sauf exception. Il semble même que la communication publique tende à devenir la règle, la communication privée étant l'exception " ⁶² .

Toutefois, comme l'a souligné le Conseil d'Etat dans son rapport sur " Internet et les réseaux numériques " en 1998 puis le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel dans sa contribution au débat portant sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information ⁶³, il est pertinent de conserver cette distinction traditionnelle. A ce sujet, on peut relever les propos du directeur du Cabinet du Président du CSA, Olivier Zegna-Rata, " Globalement, pour ce qui est de l'encadrement, le conseil défend l'idée que les distinctions classiques entre les télécommunications (le droit aux correspondances privées, au secret de ces correspondances, la totale liberté de ces échanges) et les communications audiovisuelles (règles du droit d'auteur, respect de certaines dispositions) doivent perdurer " ⁶⁴ .

⁶¹ Rapport de la mission interministérielle, 1996, La documentation française, page 2 et suivantes.

⁶² Y .Poullet et C.Lamouline, op.cit.

⁶³ CSA, " Adaptation du cadre législatif de la société de l'information ", La Lettre du CSA, n°125, février 2000.

⁶⁴ Propos recueillis par R.Fière, " Le CSA souhaite réguler les contenus du réseau. Qu'en pensent les premiers concernés ? ", Libération, 8 janvier 1999.

Selon cette distinction, le courrier électronique est un service de correspondance privée; les sites web, dans la mesure où ils donnent à un public indéterminé l'accès à des contenus mis en ligne, relèvent de la communication individuelle.

Mais s'il y a consensus sur la conservation de cette distinction, il faut en changer le critère : ce n'est plus à partir des supports techniques empruntés qu'il faut raisonner mais plutôt à partir de " l'objet même [des] services et des contenus qu'ils véhiculent " ⁶⁵ . En effet, comme l'ont pu soulever deux auteurs " Qui peut dire quelle sera la route empruntée par un message sur Internet, avant qu'il parvienne à son destinataire ? Non seulement par l'effet du protocole IP, celui-ci aura été découpé en " paquets " d'informations, mais, mieux encore, ces différents blocs de données prendront des chemins différents et pourront être transportés indifféremment sur des infrastructures filaires, hertziennes, satellitaires ou encore câblées " ⁶⁶ .

Par ailleurs, on le voit avec le web lui-même qui n'est plus un ensemble continu et homogène, spécialement lorsqu'il s'ouvre à de nouvelles fonctions et à de nouvelles utilisations grâce à des technologies telles que le WAP (Wireless Application Protocol) qui permet une utilisation à partir de terminaux mobiles. Or, l'écran d'un téléphone cellulaire permettant de naviguer sur Internet sera-t-il un jour assimilé successivement à l'écran de télévision, à une radio, à un journal ou même dans certains cas à un terminal bancaire ? La question sans aucun doute se posera dans l'avenir.

Ce changement de critère et la reformulation de la distinction qui s'ensuit trouvent un cadre théorique aujourd'hui dans le concept de la " convergence ", concept qui renvoie à une démarche tout à la fois globale et pragmatique adoptée par la Commission de Bruxelles depuis 1997, à l'occasion de la publication de son " Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information et les implications sur la régulation " ⁶⁷ .

⁶⁵ Rapport du Conseil d'Etat de 1998.

⁶⁶ X. Buffet Delmas et C. Rojinsky, " Internet et l'apparition d'un droit de la convergence ", Les Echos, 13 octobre 1999.

⁶⁷ "Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information et les implications sur la régulation ", décembre 1997 à l'initiative de M. Martin Bangeman, Commissaire européen en charge des télécommunications " La convergence pourrait conduire à déplacer la limite actuelle entre ce qui relève de la réglementation des communications publiques et privées. Il était auparavant facile de ranger les différents services dans des différentes catégories bien déterminées. Il n'en va plus de même avec l'émergence de nouveaux services marqués par une certaine ubiquité ". Ainsi, " un utilisateur, peut-il indifféremment écouter, entremêlant les communications publiques (dont le contenu est tout au moins dans le cas de la radiodiffusion traditionnellement réglementé) et les communications privées (traditionnellement non réglementées). Ce décalage constant entre l'édition et les modes de communication privée, chacun étant réglementé par des principes très différents, constitue l'un des principaux défis de la réglementation de l'Internet ". Page 7.

La convergence, " rendue possible par le recours à la technologie du numérique qui devient le langage commun d'univers jusqu'alors séparés " ⁶⁸ , est fondée sur le constat que l'époque est à une intégration massive des différents modes de communication, qu'il s'agisse des médias traditionnels ou des réseaux et que, donc, toute tentative de réglementation en fonction des supports techniques est nécessairement vouée à l'échec.

Juridiquement, les conséquences de cette convergence au regard de la distinction faite dans le droit de la communication sont que tout ce qui ne se rattache pas à la correspondance privée ne pourra plus à l'avenir être exclusivement assimilé à l'audiovisuel. Ce faisant, ceci signifie que progressivement Internet tend à s'écarter du champ de la réglementation audiovisuelle, et cela est d'autant plus positif qu'il apparaît que cette " régulation de l'audiovisuel s'appuie sur des fondements manifestement inadaptés à la communication sur réseaux " ⁶⁹ . Pour justifier cet argument, des auteurs, se réfèrent expressément à une décision du Conseil constitutionnel de 1982. Selon le Conseil, il " appartient au législateur de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'homme, avec d'une part les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle, et d'autre part les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expressions socio-culturels auxquels ces modes de communication par leur influence considérable sont susceptibles de porter atteinte " ⁷⁰ .

Deux critères se dégagent de cette décision justifiant une régulation audiovisuelle. D'abord, " l'état actuel des techniques et de leur maîtrise " renvoie à la notion de ressource rare, la rareté des fréquences rendant nécessaire la mise en place d'un cadre juridique particulier, notamment l'octroi d'autorisation. Or, rien de tel s'agissant d'Internet : simple protocole de communication (IP) le Net ne connaît à priori aucune limitation de ses ressources et peut fon-

⁶⁸ Rapport du Conseil d'Etat, 1998, op.cit.

⁶⁹ P.Chantepie et C.Rojinsky, " Le Net, nouvelle frontière des libertés, défi de la régulation ", La Tribune, 1er juillet 1999.

⁷⁰ Décision 82-141, DC du 27 juillet 1982, Recueil, page 48 ; JO du 30 juillet 1987, page 2431.

tionner sur tout support de télécommunication. Ensuite, le Conseil constitutionnel fait référence à la nécessaire " préservation du caractère pluraliste des courants d'expressions ". Or, ici aussi, rien de tel : la nature du réseau n'est en aucune manière un obstacle au pluralisme, Internet donnant même " une consistance nouvelle à l'exercice d'une liberté fondamentale : le droit d'expression "⁷¹ .

Ainsi, au vu de ces divergences, certains commentateurs ont donc souhaité que " l'audiovisuel et les services en ligne soient dissociés, tout en étant placé sous un principe commun, qui est celui de la liberté de communication "⁷² . Une opinion que semble partager d'ailleurs le Ministre de la Culture, Catherine Tasca, qui, voulant marquer son attachement à la liberté de communication, a dit, à l'occasion de l'Université d'été de la communication à Hourtin, le 21 août 2000 " Pour ma part, je crois qu'en tant que média, l'Internet relève fondamentalement de la liberté de communication et des principes inscrits dans la loi de 1986 qui garantissent cette liberté dans le respect du pluralisme et de l'information et de la diversité culturelle, de l'ordre public, et de la protection de l'enfance. C'est là le socle commun à toutes les formes de communication au public " .

Cette solution de dissociation trouve un écho chez le député C.Paul qui a remis au Premier Ministre le 29 juin 2000 un rapport sur l'organisme qui sera chargé d'organiser la société de l'information (voir section sur la régulation) ; il estime ainsi que " le cadre juridique actuel, qui regarde l'Internet comme un service de communication audiovisuelle, doit être réformé en mettant fin à l'ambiguïté que recèle actuellement une catégorie de " communication audiovisuelle " entendue trop largement. Il convient de consacrer une nouvelle catégorie juridique de " communication au public ", en posant un principe de liberté de la communication au public. (...) Cette communication au public regrouperait l'ensemble des formes de communications audiovisuelles actuelles et serait soumise à un socle commun d'exigences de protection de la dignité humaine et de pluralisme. (...) L'Internet constituerait le domaine par

⁷¹ P.Chantepie et C.Rojinsky, op.cit.

⁷² C.Rojinsky, " Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe ", Gaz Pal, 23/24 juin 2000, page 18.

excellence de la nouvelle communication publique ". Selon le rapport, une telle réforme qui distinguerait clairement le champ de la communication au public de celui de la communication audiovisuelle, faisant du second un sous-ensemble du premier, soumis à des règles plus strictes, permettrait donc de rebâtir un cadre cohérent pour le développement de l'Internet et la réalisation des objectifs d'intérêt général qui s'y présentent ".

Un premier pas a déjà été fait en ce sens avec l'abrogation par l'article 2 de la loi du 1er août 2000 de l'article 43 de la loi du 30 septembre 1986 qui imposait la déclaration préalable de sites web auprès du procureur de la République et du CSA, déclaration qui s'appliquait initialement aux services télématiques et dont la doctrine estimait qu'elle devait inclure les sites web ⁷³.

Il est donc possible de discerner dans cet abandon, outre le souci de mettre en accord le droit avec les faits (un nombre dérisoire de déclarations effectives), la réalisation, dans l'esprit de la décision du Conseil constitutionnel sur la loi de l'audiovisuel de 1982, d'une nouvelle conciliation entre ce que " l'état des techniques " permet et " les objectifs constitutionnels que sont l'ordre public, le respect de la vie privée et la garantie des courants socio-culturels ". Plus profondément, il s'agit du premier signe fort de cette " autonomisation " progressive d'Internet par rapport aux catégories traditionnelles du droit des médias qui, selon le rapport de C.Paul, " témoigne du caractère premier de la liberté d'expression sur Internet ". Pour certains commentateurs, en définitive, la prise en compte de la diversité d'Internet se traduira de cette façon, en termes juridiques, par des solutions reposant sur les services proposés, et non sur les vecteurs techniques mis en œuvre. " Le développement des réseaux pourrait bien donc donner tort à Marshall MacLuhan, le médium s'effaçant progressivement au profit du message "⁷⁴ .

⁷³ Voir notamment A.Bensoussan, " Internet, aspects juridiques ", Hermès, 1996, page 26 : " On peut considérer qu'un service en ligne a le caractère d'un service de communication audiovisuelle lorsqu'il permet la diffusion de messages à destination du public en général, sans que le contenu du message soit fonction du destinataire. La création d'un service de communication audiovisuelle entraîne l'obligation pour le fournisseur de services de faire une déclaration préalable auprès du procureur de la République du domicile ou du siège social du déclarant ".

⁷⁴ C.Rojinsky et X.Buffet Delma, *om.cit.*

Section 2 : UNE PLÉTHORE DE TEXTES APPLICABLES AUX NOMBREUSES INFRACTIONS

L'émergence d'Internet, comme celles en leur temps des radios libres ou des messageries roses, suscite des comportements excessifs sous couvert du fameux " vide juridique " si souvent évoqué par les médias. Pourtant le droit français peut, pour une large part, s'appliquer à Internet. C'est ce qu'avait déjà remarqué le groupe de travail interministériel présidé par Mme Falque-Pierrotin : " Il n'y a pas de vide juridique, mais au contraire, pléthore de textes de droit commun applicables à Internet ". Position qui sera confirmée deux ans plus tard, en 1998, par le Conseil d'Etat à l'occasion de son rapport sur " Internet et les réseaux numériques ". Il s'exprimait de la manière suivante : " L'ensemble de la législation existante s'applique aux acteurs d'Internet, notamment les règles de protection du consommateur et celles qui garantissent le respect de l'ordre public. Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et toutes les règles régissant un domaine particulier ont vocation à s'appliquer ". Ainsi, le constat s'impose de lui-même : ce qui est illégal " hors ligne " demeure illégal " en ligne ".

En France, la liberté d'expression trouve sa limite dans l'atteinte aux droits d'autrui. On parle alors d'abus de droit. Ces abus de la liberté d'expression ne sont sanctionnés par la loi que pour garantir la liberté d'expression elle-même. Ces abus commis par le biais d'Internet sont très multiples, souvent complexes et susceptibles d'entraîner de nombreuses condamnations à des astreintes et à des dommages et intérêts.

On peut citer à titre d'exemples les atteintes aux droits de la personnalité (droit à l'image, droit à l'intimité de la vie privée, droit au nom, droits sur les données nominatives), aux droits de la propriété intellectuelle (droits de la propriété littéraire et artistique, droit sur les marques...), aux droits protégés par l'article 1382 du code civil (droit à ne pas être dénigré, droit à une concurrence loyale...) ou aux droits protégés par la loi du 29 juillet 1981 (diffu-

mation, injures, présomption d'innocence, messages à caractère révisionniste ou raciste). La liste est longue et très importante ⁷⁵, et notre objectif n'est pas de décrire l'ensemble des infractions potentiellement réalisables sur Internet.

Néanmoins, dans cet " océan " de droits protégés auxquels certains contenus peuvent porter atteinte, nous allons porter notre attention plus particulièrement sur les atteintes aux droits individuels préexistants (A) et à celles à l'ordre public et aux bonnes mœurs (B).

A) Aux droits individuels préexistants

Nous prendrons trois exemples représentatifs : le premier concernant la protection de la vie privée au sens large (intimité de la vie privée, droit à l'image, traitement des données personnelles) (1), le deuxième s'attachant à la question des droits d'auteur (2) et le troisième faisant référence à l'atteinte à la réputation (diffamation et injure) (3).

1) Atteintes à la vie privée

L'utilisateur se trouve d'abord limité dans son droit de faire circuler l'information lorsque celle-ci contient des éléments susceptibles de porter atteinte à la vie privée. Le respect de la vie privée, principe important en droit français, est prévu par des textes tant de droit civil au premier rang desquels l'article 9 du code civil qui dispose que " chacun a droit au respect de sa vie privée " que de droit pénal (article 226-1 à 226-9 du nouveau code pénal). Aussi les faits relatifs à la vie sentimentale, à la maternité, à l'état de santé, à la religion, à l'adresse personnelle ne peuvent être divulgués sans le consentement de la personne. Le droit à la vie privée est en outre garanti par l'article 8-1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

⁷⁵ Pour une liste exhaustive : voir T.Piella-Coudol et A.Bertrand, " Internet et la loi ", Paris, Dalloz, 1996, page 88.

Les fondements de l'article 9 du code civil et 8 de la Convention ont été tout naturellement invoqués dans les affaires devenues désormais célèbres où un mannequin apprend que des photographies intimes la représentant étaient disponibles, sans son autorisation, sur un site Internet, les rendant accessibles au public ⁷⁶. Des faits au demeurant extrêmement classiques si le réseau Internet n'avait pas été concerné.

Plus précisément, l'article 9 alinéa 2 protège " l'intimité de la vie privée ". Ce concept revêt une importance toute singulière au regard des possibilités offertes par la Toile : de nombreux serveurs permettent en effet aux exhibitionnistes en tous genres ou aux individus pour se venger d'avoir été délaissés d'afficher des photos amateurs de leur femme, mari et/ou petit ami dans le plus simple appareil. Or, ces clichés en ligne portent manifestement atteinte à l'intimité de leur vie privée.

Dès lors, l'article 226-1 du nouveau code pénal pourra s'appliquer puisqu'il réprime " le fait au moyen d'un procédé quelconque de porter atteinte volontairement à l'intimité de la vie privée d'autrui en captant, fixant, enregistrant ou en transmettant sans le consentement de la personne ses paroles ou ses images ". Certaines décisions ont retenu une incrimination différente comme le tribunal correctionnel de Privas qui visant l'article 226-19 du code pénal ⁷⁷ a condamné l'amant indélicat pour avoir exposé sur son site personnel des photos de son ex petite amie accompagnées de commentaires graveleux à huit mois d'emprisonnement avec sursis, cinq mille francs d'amende et vingt mille francs de dommages et intérêts pour préjudice moral⁷⁸.

Il est intéressant de noter dans cette affaire que l'infraction est ici constituée nullement à la transmission ou à la diffusion des clichés litigieux mais toute entière dans le seul fait de numériser les données nominatives sans le consentement de l'intéressée, ce qui signifie que le tribunal a choisi de sanctionner l'infraction à la source (la numérisation) et non l'infraction réellement dommageable pour la victime (la diffusion).

⁷⁶ Voir les affaires Lynda Lacoste et Estelle Halliday disponibles sur Internet à l'adresse jurisom.net

⁷⁷ Article 226-19 : " Le fait, hors le cas par la loi de mettre ou de conserver en mémoire informatisée sans l'accord express de l'intéressé, des données nominatives qui, directement ou indirectement font apparaître les origines raciales ou les opinions politiques, philosophiques ou religieuses ou les appartenances syndicales ou les mœurs des personnes est puni de 5 ans d'emprisonnement et de 2 000 000 F d'amende ".

⁷⁸ TC Privas, 3 septembre 1997, note G.Haas et O.Tissot, disponible sur le site juriscom.net

On peut également citer l'article 226-8 du nouveau code pénal qui réprime la publication non autorisée, " par quelque voie que ce soit " de montages réalisés avec les paroles ou les images d'une personne. En effet, la numérisation a fait exploser les possibilités de transformer une image, par le biais de coupages et collages, voire de la manipuler, au moyen de contextualisations et de contrastes. Les personnalités du show-biz et du monde politique voient ainsi fréquemment leur image déformée et manipulée. Or, outre le fait que ces manipulations portent atteinte au droit dont ces personnalités disposent sur leur propre image, elles posent un problème profond au regard du droit à l'information en général quand on sait la place de premier plan qu'occupe l'image dans notre société et que l'on considère la confiance que le public lui accorde.

Un autre versant de la protection de la vie privée est relatif au traitement des données personnelles. Sur cette question nous nous limiterons à quelques considérations générales. La liberté de faire circuler des données sur le réseau ne doit pas porter atteinte au droit des personnes de s'opposer à la collecte, au traitement ou à la circulation des données nominatives les concernant. Il ne fait plus de doute que le développement des systèmes d'interactivité présente une certaine menace pour la vie privée des utilisateurs, puisque ceux-ci, amenés à transmettre ces données, n'ont aucune garantie quant à l'utilisation future qui en sera faite. Les opinions et/ou le comportement des internautes sont en effet identifiables et peuvent être enregistrés notamment pour la création de bases de données dès lors par exemple qu'ils participent à des forums de discussions thématiques ou qu'ils commandent des produits ou services via le réseau.

Quelquefois, ces enregistrements ont lieu de manière encore plus critiquable lorsque grâce aux nouvelles technologies des utilisateurs mal intentionnés pénètrent dans des systèmes informatiques protégés, sans autorisation, portant atteinte ainsi à la vie privée.

A ce propos, on évoque la question des " cookies ", " mouchards " envoyés par les sites pour suivre les consultations de l'internaute et connaître les configurations de son matériel informatique. On évoque également les interceptions illicites de courrier électronique.

A cet égard, et en particulier au sein de l'entreprise, le flou juridique est important. Des affaires récentes ont en effet montré que les salariés ne pouvaient utiliser la messagerie électronique de l'entreprise ou surfer sur le web pendant les heures de travail en toute liberté. Il est de fait que les employeurs aujourd'hui, avec tous les outils mis à leur disposition (analyse du disque dur, temps de durée de connexion...), ont désormais la possibilité " de construire des profils types de leurs salariés qui peuvent aboutir à des classements totalement discriminatoires ⁷⁹.

Les syndicats dénoncent clairement une atteinte intolérable à la vie privée des salariés et au secret de leur correspondance. Il est à souligner que depuis le 24 octobre 2000 au Royaume-Uni la réglementation autorise les employeurs britanniques à effectuer en toute liberté des contrôles de " routine " sur n'importe quelle communication virtuelle ⁸⁰. En France, la protection de la vie privée et des données personnelles est assurée par la loi du 6 janvier 1978 dite loi " informatique et libertés " créant la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés (CNIL) complétée par les dispositions de deux directives communautaires : une directive " générale " du 24 octobre 1995 et une directive plus spécifique du 15 décembre 1997. L'adaptation de la CNIL au monde des réseaux sera renforcée par l'adoption d'une nouvelle loi " informatique et libertés " qui transposera en droit français la directive de 1995.

2) *Atteinte aux droits d'auteur*

La liberté d'expression trouve une limite dans la loi sur la propriété littéraire et artistique. Au titre de cette loi, l'auteur bénéficie sur son œuvre d'un monopole qui lui permet, entre

⁷⁹ Voir S.Fonmarty, " Flou juridique autour d'Internet au bureau ", Le Monde interactif, 1er novembre 2000.

⁸⁰ C.Boltanski, " E-mail, un mouchard pour patron britannique, le contrôle du courrier des employés est utilisé ", Libération, 5 octobre 2000.

autre, de décider de la divulgation, de la diffusion ou de la reproduction de celle-ci. Ainsi, pour intégrer dans un site web des œuvres préexistantes, quelle qu'en soit leur nature (photographies, textes, œuvres musicales...), il est nécessaire d'obtenir préalablement l'autorisation du ou des titulaires des droits d'auteur. Toutefois, il est possible par exception au monopole de l'auteur de faire de courtes citations ou encore des copies réservées à l'usage privé du copiste ⁸¹.

Or, il est évident que la transmission rapide, mondiale et décentralisée des informations par Internet fait très rapidement sortir les œuvres du champ de "surveillance" de leur(s) auteur(s). Nous ne reviendrons pas ici sur les rapports extrêmement tendus entre l'industrie du disque et Internet.

Certains prétendent que le droit d'auteur ne saurait survivre à l'avènement des nouvelles technologies. C'est par exemple la position de P.Ulrich, fondateur et directeur artistique de Cryo Interactive (conception de CD-Rom et de jeux vidéo) qui analyse le cyberspace comme un "paradis numérique" dans lequel "la notion de copie n'est plus fondée, et l'objet numérique doué du don d'ubiquité" ⁸². Prenant l'exemple d'une copie en plusieurs exemplaires sur un ou plusieurs ordinateurs d'une belle image numérique, il affirme qu'aucune expérience scientifique n'est en mesure de retrouver l'image originale ; il en déduit alors que l'image n'existe pas en plusieurs exemplaires mais qu'elle existe en un seul exemplaire à plusieurs endroits à la fois. De ce fait, en raison "qu'en informatique les faux sont vrais et [qu'] on copie comme on respire" il propose d'admettre que les œuvres de l'esprit de l'humanité n'appartiennent à personne.

La loi qui protège les auteurs serait-elle donc caduque ? Pour les tribunaux, la réponse ne fait aucun doute : depuis la mise en ligne en janvier 1996 des pages du livre du docteur Gubler et de Michel Gonod, il n'ont eu de cesse de réaffirmer le principe suivant lequel la loi sur la propriété intellectuelle s'applique à Internet. Aussi, quelques mois plus tard, dans une affaire relative à la numérisation d'œuvres musicales (en l'espèce des chansons de J.Brel et de M.Sardou), le juge ordonnait que "toute reproduction par numérisation d'œuvres protégées par

⁸¹ Concernant notamment le droit de citation, seules sont autorisées les courtes citations justifiées par le caractère critique, polémique, pédagogique, scientifique ou d'information de l'œuvre à laquelle elles sont incorporées. Le droit de citation est soumis à des conditions précises : elle doit être brève, mentionner le nom de l'auteur et la source, répondre à l'un des critères énoncés ci-dessus et faire l'objet d'une œuvre distincte. Conçue pour les œuvres littéraires, l'application de ce droit à d'autres genres est très délicate.

⁸² P.Ulrich, "L'ubiquité est un don numérique", Libération, 3 juillet 1998.

le droit d'auteur susceptibles d'être mises à la disposition de personnes connectées au réseau Internet, doit être autorisée expressément par les titulaires ou cessionnaires des droits ⁸³ .

En mai 1997, une décision similaire était rendue à propos de la reproduction et de la diffusion sur le Net des œuvres de l'écrivain R.Queneau ⁸⁴. Le TGI a rappelé à cette occasion que " la numérisation d'œuvres (...) constitue une reproduction préalable de l'auteur ou de ses ayants droits (...) une numérisation sans autorisation et donc illicite et constitue une contrefaçon".

Dès lors, il semble que nul ne puisse ignorer que le chargement d'une œuvre protégée sur son ordinateur, dans la mesure où il est dédié à une activité de diffusion sur le réseau, identifiable et accessible aux utilisateurs du réseau, constitue un acte d'émission vers un public potentiel caractérisant un acte de contrefaçon.

Toujours est-il que pour certains auteurs cette jurisprudence est sujette à caution considérant que la législation actuelle sur la propriété intellectuelle est inadaptée à Internet. Selon S.Canevet, ce droit " fait par et pour " les professionnels " c'est-à-dire le secteur marchand est complètement inadapté au secteur non marchand et à l'irruption d'Internet. Le problème est qu'il punit de la même façon celui qui a agi dans le but délibéré de gagner malhonnêtement de l'argent et celui qui pique une image sur un site web et place un fichier musical sur son site sans en avoir les droits : 5 ans de prison et 1 000 000 F d'amende ". Il souligne en outre qu'avant l'avènement du réseau des réseaux, le problème se posait différemment dans la mesure où le non marchand, le gratuit, le bénévole étaient marginaux et que le juge faisait alors lui-même la distinction entre la contrefaçon institutionnalisée et le dérapage d'un fanzine ⁸⁵ peu distribué. Or, le problème est bien que ce qui était marginal hier ne l'est plus aujourd'hui puisque avec le web n'importe qui peut devenir plus médiatique qu'un organe de presse ou une entreprise.

⁸³ TGI Paris, réf., 14 août 1996, Droit de l'information et des télécommunications, 1996, volume 4, page 31.

⁸⁴ TGI Paris, réf., 5 mai 1997, JCP, 1997, éd. G, II, 22906.

⁸⁵ Fanzine : petit journal indépendant plus ou moins professionnel où les articles sont rédigés par des passionnés.

3) *Diffamation et injure*

En France, 545 028 internautes disposent d'un site personnel ⁸⁶. Certains ont ouvert quelques pages à la gloire de leur poisson rouge. D'autres s'emploient à critiquer la politique menée par leur maire. Or, avec leurs pages web ils se frottent en fait à la communication publique (voir section 1) et peuvent dès lors se retrouver face à la justice pour diffamation ⁸⁷ ou injure ⁸⁸ aux termes de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881. Ainsi, le juge dès 1996 dans une affaire opposant la BNP à la société Yves Rocher au sujet d'une brochure émise par cette dernière contenant des propos diffamatoires a montré que les règles en matière d'atteinte à la réputation s'appliquaient au réseau ; le juge a estimé que " toute personne ayant pris la responsabilité de faire diffuser publiquement par quelque mode de communication que ce soit, des propos mettant en cause la réputation d'un tiers, doit être au moins en mesure, lorsque comme en l'espèce, cette divulgation est constitutive d'un trouble manifestement illicite, de justifier des efforts et démarches accomplis pour faire cesser l'atteinte aux droits d'autrui ou en limiter les effets " ⁸⁹ .

En matière de diffamation, une règle procédurale très importante doit s'appliquer. C'est l'article 65 de la loi de 1881 qui dispose que " l'action publique et l'action civile résultant des crimes, délits et contraventions prévus par la présente loi, se prescrivent après trois mois révolus, à compter du jour où ils auront été commis ou du jour du dernier acte d'instruction ou de poursuites s'il en a été fait ". La jurisprudence considérait que ce délai de trois mois court à compter de la date du premier acte de publication. De même, elle estimait que la date de ce premier acte de publication correspondait à la date de la première mise à disposition du public de l'infraction en cause.

Or, si cette date est déjà difficile à déterminer pour certains supports traditionnels tels que les tracts ou les affiches, elle l'est encore davantage lorsqu'il s'agit de la mise à disposition

⁸⁶ Chiffre au 15 janvier 2000 selon l'association des fournisseurs à Internet (AFA).

⁸⁷ Alinéa 1 de l'article 29 de la loi du 29 juillet 1881 : " Toute allégation ou imputation d'un fait qui porte atteinte à l'honneur ou à la considération de la personne ou du corps auquel le fait est imputé ".

⁸⁹ Alinéa 2 : " Toute expression outrageante, terme de mépris ou invective qui ne renferme l'imputation d'aucun fait ".

⁹⁰ TGI Paris, réf., 16 avril 1996, BNP-Banexi c/ Y.Rocher, décision et commentaire sur juriscom.net

d'informations sur le réseau Internet. D'ailleurs, le Conseil d'Etat ne s'y est pas trompé puisque son rapport de 1998 relève que cette prescription est un problème. Il propose donc deux solutions : la première consisterait à admettre que chaque nouvelle modification du site fait à nouveau courir le délai de prescription (cette solution ne réglerait en rien le problème de la preuve) ; la deuxième, qui semble-t-il aurait davantage son agrément, consisterait à faire des infractions commises sur le Net, des infractions " continues " c'est-à-dire qui dureraient tant que le message illégal est accessible (cette solution reviendrait en fait à créer un régime juridique spécial pour la diffamation commise sur Internet).

Les juridictions de première instance, ayant déjà eu l'occasion de se prononcer sur cette question, ont considéré que le point de départ de la prescription applicable à Internet était le jour de premier acte de publication et que celui-ci était le jour de la première mise à disposition du public d'un message ⁹⁰.

Cependant, cette jurisprudence a connu un revirement spectaculaire à l'occasion d'un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 15 décembre 1999 ⁹¹, revirement confirmé quelques mois plus tard par la Cour de cassation ⁹². Ces arrêts ont été rendus dans l'arrêt J-L Costes, artiste accusé d'incitation à la haine raciale par l'Union des Etudiants Juifs de France en 1996 pour une série de textes publiés sur son site. En première instance, le tribunal avait estimé les faits prescrits ⁹³. En appel puis en cassation, la sanction est tombée : au contraire d'un journal ou d'une émission de télévision, un site web n'est pas " un message périssable voire furtif ". Rompant radicalement avec la jurisprudence antérieure qui considérait que les délits de presse sont des délits instantanés, la Cour a estimé qu'un site web est désormais considéré comme un acte de publication " continue " et donc imprescriptible.

Plus précisément, cette nouvelle jurisprudence signifie que tant que l'émetteur maintient le message, sa volonté délictueuse est constamment réitérée. L'infraction n'est donc plus instantanée, puisqu'elle ne s'exécute pas en un trait unique mais bien de façon continue.

⁹⁰ Voir notamment TGI Paris, 30 avril 1997, société ESIG et a. c/ directeur de la publication du journal L'Express et a., Gaz Pal, 1997, somm., page 393. Dans cette affaire on apprend que l'apparition de propos diffamatoires sur un site Internet s'analyse comme " un acte de publicité, distinct de celui résultant de la mise en vente du journal L'Express et commis dès que l'information a été mise à disposition des utilisateurs éventuels du site. La demande du chef de diffamation sera néanmoins déclarée irrecevable, la prescription de l'action étant acquise.

⁹¹ CA Paris, 11ème chambre, 15 décembre 1999, affaire Ministère public et associations anti-raciste c/ J.L.C., texte disponible sur le site de S.Canivet <http://www.canevet.com/jurisp/19/215.htm>

⁹² C de cass, chambre criminelle, 21 mars 2000, texte disponible sur legalis.net

⁹³ TGI Paris, 28 janvier 1999, texte disponible sur juriscom.net

En conséquence, le délai de prescription se trouve gelé tant que le texte litigieux est maintenu sur le site.

Cette question de la prescription s'est posée à nouveau dans une affaire qui est en cours devant la 17ème chambre du TGI Paris ; en effet, le délégué général du FN, Carl Lang, poursuit pour diffamation le Réseau Voltaire, association militant pour la liberté d'expression et la laïcité, à cause d'un texte paru en juin 1999 dans les " Notes d'information ", magazine de l'association vendu par abonnement puis publié sur le Net. Pour C.Lang, en vertu de la jurisprudence Costes, l'article étant toujours en ligne, les poursuites restent justifiées. En revanche, T.Meyssan, président du Réseau Voltaire, conteste la validité du concept de " publication continue ". Son argument est de comparer le site de son association à une bibliothèque en ligne qui se contente d'archiver et d'indexer des articles parus dans les revues de différentes associations amies. Il soutient en outre que les journaux et magazines peuvent être lus des années après leur publication dans les collections de n'importe quelle bibliothèque. Dès lors, il estime que " si la notion de " publication continue " était à nouveau retenue par un tribunal, l'ensemble de la presse française devrait se sentir menacé car la majorité des grands journaux ont mis leurs archives en ligne. C'est le principe même de la prescription des délits de presse qui pourrait disparaître "⁹⁴ .

Toujours est-il que si certains se sont réjouis de la jurisprudence Costes à l'image du président de l'UEJF qui pense que " cette victoire renforce considérablement les moyens de sanctionner les contenus illicites sur le réseau " et qu'elle " va révolutionner la lutte contre le racisme sur le Web ", d'autres expriment leurs plus vives inquiétudes comme B.Ader, rédacteur en chef de Légipress " Ce serait (...) la véritable révolution de 1881 puisque de la même manière qu'il y a des livres qui continuent d'être diffusés et d'être vendus en librairie, ce qui intéresse le problème de la prescription, c'est la première mise en vente du livre en question "

⁹⁴ Y.Eudes, " Un délit de presse peut-il être prescrit si l'article incriminé reste accessible via Internet ? ", Le Monde, 10 novembre 2000.

⁹⁵ B.Ader, " Evolution de la notion de publication : de la presse écrite à Internet ", Le Droit de la presse de l'An 2000, Forum Légipress, 30 septembre 1999, collection Légipress, page 46.

95

B) A l'ordre public et aux bonnes mœurs

La liberté d'expression peut aussi se trouver en contradiction avec les valeurs que veut défendre la société, à savoir l'ordre public et les bonnes mœurs. La Convention européenne des droits de l'homme interdit toute ingérence dans l'exercice de la liberté d'expression. Mais cette liberté fondamentale peut faire l'objet d'abus et d'excès, en particulier lorsque le message présenté est violent, raciste et négationniste (1), ou pornographique et de nature à porter grandement atteinte à la dignité humaine (2).

1) Haine raciale, négationnisme et révisionnisme

Internet est un moyen redoutable pour véhiculer une propagande d'incitation à la haine raciale. Maître Lévy, avocat de la LICRA dans l'affaire de vente d'objets néo-nazis accessibles depuis le portail de Yahoo ! estime que " des gens qui doivent faire aujourd'hui un mémoire sur la Shoa iront à la pêche sur le Web : ils y trouveront 50% de sites révisionnistes ou négationnistes alors que jusqu'à présent, notre conscience collective s'est forgée dans un contexte où cette littérature était marginalisée, mise à l'index "⁹⁶ . Internet ce faisant modifie notre perception du monde.

En France, l'article 24 bis de la loi de 1881, initialement prévu pour la presse écrite, renforcé par la loi Gayssot du 13 juillet 1990, interdit notamment les propos faisant " l'apologie des crimes contre l'humanité " et ceux ayant pour but d'inciter " à la discrimination, à la haine ou à la violence à l'égard d'une personne ou d'un groupe de personnes en raison de leur origine ou de leur appartenance ou de leur non appartenance à une ethnie, une nation, une race ou une religion déterminée ". Maintes fois remaniée, la loi de 1881 s'applique aujourd'hui à

⁹⁶ E.Launet, " La Toile dans les mailles de la justice. En France, aux Etats-Unis ou en Inde, le législateur tente de soumettre l'Internet à la loi commune ", Libération, 24 mai 2000.

tout écrit ou parole diffusée par les ondes ou sur les réseaux télématiques. Il ne fait aucun doute qu'Internet entre dans son champ d'application. C'est d'ailleurs sur le fondement de cette loi qu'en 1996, l'UEJF a assigné neuf fournisseurs d'accès Internet français en référé au motif que ces prestataires permettaient à leurs clients d'accéder à des serveurs et messages négationnistes⁹⁷.

La question des propos racistes et révisionnistes n'est pas traitée de la même manière dans tous les pays ; aux Etats-Unis où le 1er Amendement de la Constitution sur la liberté d'expression laisse une grande marge de manœuvre, les discours de haine et l'exhibition de signes nazis trouvent un refuge confortable. Les groupuscules d'extrême-droite français l'ont d'ailleurs très vite compris et la plupart d'entre eux ont pris l'habitude d'héberger leur site sur des serveurs américains, comme Unité Radicale hébergée chez Xoom.com. A l'instar de Yahoo! la majorité des grands sites d'enchères américains accepte les objets du IIIème Reich⁹⁸.

En France, l'exposition en vue de leur vente d'objets nazis constitue une contravention à la loi (article R.645-2 du nouveau code pénal).

La technique pour ces idéologues xénophobes de se faire ainsi héberger sur des serveurs situés à l'étranger, et en particulier aux Etats-Unis, ne les met pas à l'abri pour autant. En effet, l'article 113-2 du nouveau code pénal français⁹⁹ stipule précisément que le droit interne demeure applicable aux infractions commises sur le territoire de la République lorsque l'un de leurs éléments constitutifs y a été perpétré. En conséquence, peu importe qu'un message raciste provienne d'un serveur argentin, canadien ou américain. Dès lors qu'il est réceptionné sur le territoire français, l'auteur du message s'expose à des poursuites sur le fondement de la loi de 1881.

Ce principe a été affirmé avec force par un jugement de la Chambre correctionnelle du TGI de Paris du 13 novembre 1998¹⁰⁰ à propos de la mise en ligne d'écrits révisionnistes portant le nom du professeur Faurisson hébergés sur un serveur aux Etats-Unis. Le juge français

⁹⁷ TGI Paris, réf., 12 juin 1996, affaire UEJF c/ Calvacom et autres.

⁹⁸ Ainsi e-Bay a pu proposer 3980 objets à l'encan dont la description comportait le mot " nazi " au catalogue : quelques livres d'histoire, et surtout une flopée d'insignes, dont une bague SS à la tête de mort pour 310 dollars. Même chose sur les enchères du portail Excite. Yahoo ! affiche sans conteste la plus belle présentation avec 1200 objets soumis aux visiteurs avec photos du drapeau SS ou un pendentif " garanti d'époque " en argent avec aigle frappé de la svastika.

⁹⁹ Article 113-2 " La loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ces faits constitutifs a eu lieu sur le territoire ".

¹⁰⁰ TGI Paris, Ch.correct, affaire Proc.Rep, UNADIF, FNDIR et autres c/Robert F. texte du jugement disponible sur Legalis.net

s'est reconnu compétent non seulement pour traiter du litige mais aussi pour faire application de la loi française en matière de presse écrite rappelant que dans ce domaine " le délit est réputé commis partout où l'écrit a été diffusé ". Ce n'est donc pas la loi du lieu du serveur qui a vocation à jouer en matière pénale mais la loi du pays de réception. Comme le souligne le Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 " un tel mécanisme aboutit en réalité à dissocier le lieu de la réalisation matérielle de l'infraction de celui où elle produit ses effets, et donne au juge national une compétence très large. Dans les faits, les tribunaux français se reconnaissent même toujours compétents. Ainsi, dans l'affaire Yahoo ! le juge des référés a rappelé " qu'en permettant la visualisation en France de ces objets et la participation éventuelle d'un internaute installé en France à une telle exposition vente, Yahoo ! Inc. commet une faute sur le territoire français " et " que le dommage étant subi en France, notre juridiction est donc compétente ".

Or, le fait que la décision rendue dans cette affaire sur la question de la loi applicable soit conforme à une jurisprudence classique ne signifie pas qu'elle ne doit pas évoluer. La tendance actuelle de considérer que le droit français doit être systématiquement privilégié dès lors qu'un contenu est accessible sur le territoire français n'est pas toujours pertinente ¹⁰¹. Pour Valérie Sedallian, avocate spécialiste des nouvelles technologies, " les critères de rattachement traditionnel aboutissent à doter toutes les lois d'une portée extra territoriale absolue, ce qui ne semble pas raisonnable. De nouvelles règles vont devoir être trouvées qui prennent en compte la nature particulière d'Internet : le seul fait que le site soit accessible à partir du pays du juge ne devrait pas en soi, être considéré comme un critère suffisant. Cette position porte d'ailleurs atteinte à la souveraineté nationale des autres Etats " ¹⁰² .

Cependant, si les critères de rattachement habituels peuvent apparaître comme inadéquats aux spécificités particulières d'Internet, cela ne veut pas dire qu'aucun critère de rattachement ne soit envisageable : effectivement, dès 1996, un auteur proposait d'appliquer un cri-

¹⁰¹ Voir L.Thoumyre, " Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ", op.cit.

¹⁰² V.Sedaillan, commentaire de la décision TGI 22 mai 2000, disponible sur juriscom.net

¹⁰³ A.Bensoussan (sous la direction de), " Internet, aspects juridiques ", éd.Hermès, 1996, page 123.

¹⁰⁴ Article précité.

rière de destination ¹⁰³. L.Thoumyre propose quant à lui d'appliquer le critère du " public visé"¹⁰⁴

Le juge lui aussi a suggéré une autre solution que celle habituellement retenue comme par exemple dans une décision certes isolée en date du 10 novembre 1999 où il relevait que "la publication d'un texte sur un site Internet rend celui-ci consultable depuis tous les pays du monde sans pour autant être adressée à un destinataire précis. Ainsi, par la nature même du support, la possibilité d'accès est universelle. Il ne saurait cependant en résulter une applicabilité de tous les droits existants au contenu du texte, ce qui aboutirait à créer une totale insécurité juridique dans l'exercice de la liberté d'expression qui est l'objet de la loi du 29 juillet 1881.

Il convient de créer une prévisibilité pour l'auteur des propos. Celle-ci ne peut naître que du rattachement de la loi à un principe objectif et non à ce que chaque ordre juridique national prétend se donner comme compétence, ce qui peut exposer à toutes les incertitudes. Au premier rang des repères objectifs et maîtrisables par l'auteur des propos, figure le lieu du site sur lequel ils sont publiés, à l'inverse du lieu de réception qui est aléatoire ¹⁰⁵.

C'est précisément dans cette perspective que se place E.Weri qui considère que le site Yahoo ! est à vocation purement locale. Il fait ressortir en effet que le site est en anglais, que les prix sont en dollars et qu'il s'agit d'un mode de vente entre particuliers pour des objets de faible valeur nécessitant une livraison physique. Il conclut de ce fait à l'inexistence d'un critère de rattachement suffisant pour appliquer le droit français ¹⁰⁶. C'est d'ailleurs ce qu'a soutenu la société Yahoo ! en avançant que le site français prend bien garde de ne pas proposer aux enchères les objets controversés.

Quoi qu'il en soit, si certains se félicitent de la décision du TGI de Paris dans l'affaire Yahoo ! comme Maître Lévy, avocat de la LICRA, qui estime : " L'extraterritorialité dont se prévalait l'Internet c'est fini ; on ne peut empêcher la loi française de s'appliquer sous le prétexte que le réseau est un nouveau média ", d'autres s'inquiètent d'un tel jugement. Pour l'avo-

¹⁰⁵ CA Paris, 10 novembre 1999, affaire J.Dumont c/ société François-Charles Oberthur Fiduciaire.

¹⁰⁶ E.Wery, " Aspects internationaux du réseau (DIP) : à propos de l'affaire Yahoo !, Droit et nouvelles technologies, 26mai 2000, sur le site <http://www.droittechnologie-org>

cat de Yahoo !, Maître Pecnard " un tel fonctionnement de la justice au plan international représente un risque pour le développement de l'Internet, en France comme partout dans le monde ". Henri H.Perrit Jr, doyen du Chicago-Kent College of Law, pense que cette affaire pose un dilemme : " Si un site doit respecter les lois de toutes les nations de la terre, alors il y aura un effet plus petit dénominateur commun : c'est la législation du pays le plus sévère qui s'appliquera(...) ; d'un autre côté, si l'on considère que la loi la plus importante est celle du pays où réside l'opérateur du site, alors les valeurs locales des pays étrangers ne seront pas violées. Mais on court le risque de voir se développer des cyber paradis où tout sera permis "¹⁰⁷ .

En définitive, cette question de la loi applicable, qui au passage n'est absolument pas abordée dans la directive communautaire sur le commerce électronique de juin 2000, reste particulièrement délicate et aboutit à une confrontation de règles nationales d'ordre public qui ne sont pas identiques ou cohérentes les unes avec les autres. En France, ce n'est donc pas le prétendu " vide juridique " qui pose problème mais au contraire la mondialisation des échanges et le caractère transfrontalier du réseau.

2) *Protection des mineurs*

Enfin, il convient de s'intéresser aux règles applicables en matière de protection de l'enfance et de l'adolescence. Effectivement, la possibilité pour toute personne connectée au réseau d'accéder sans aucune restriction à des sites Web offrant des contenus illicites ou préjudiciables destinés à profiter de la crédulité du public en général et des mineurs en particulier ou susceptibles de heurter leur sensibilité n'est plus à démontrer. Il a d'ailleurs été reconnu au sommet mondial de Stockholm de 1996 sur l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales que " l'avènement d'Internet a ouvert de nouvelles voies d'information à ceux qui souhaitent se livrer à des pratiques sexuelles ". En France, cette protection s'exerce à un double degré. Elle concerne l'accès des mineurs à des contenus illicites et également intervient au

¹⁰⁷ H.Perrit Jr, " Cyber law journal ", New-York Times, 11 août 2000.

regard des mineurs victimes et directement mis en scène dans des messages pornographiques. Les messages à caractère violent ou pornographique sont très répandus. De nombreuses dispositions pénales peuvent dès lors s'appliquer. C'est d'abord l'article 227-24 du nouveau code pénal consacré aux infractions de mise en péril des mineurs qui stipule qu'il est " interdit de fabriquer, de transporter, ou de diffuser par quelque moyen que ce soit et quel qu'en soit le support un message à caractère violent ou pornographique ou de nature à porter gravement atteinte à la dignité humaine, lorsque ce message est susceptible d'être vu ou perçu par un mineur ". Les juridictions en ont fait une application extensive comme par exemple la Cour d'appel de Paris qui dans un arrêt du 13 mai 1998 considère qu' " il suffit que les messages aient pu être vus ".

De plus, l'article 223-13 du nouveau code pénal réprime la diffusion de messages incitant au suicide tout comme l'article 223-14 qui dispose que " la propagande ou la publicité, quel qu'en soit le mode, en faveur de produits, objets ou méthodes préconisés comme moyens de se donner la mort ".

On peut noter enfin que l'incitation au meurtre peut être un chef d'accusation retenu à l'encontre d'émetteurs de contenus ayant ce caractère. En France, le cas ne s'est pas encore produit mais, aux Etats-Unis, un avocat a déjà décidé de porter plainte contre 25 sociétés qui, selon lui, endossent une part de responsabilité dans l'assassinat de trois lycéens par un de leurs camarades de classe âgé de 14 ans fin décembre 1997 ¹⁰⁸. La plainte vise des studios et distributeurs de cinéma, des producteurs de jeux mais aussi des sites Web et des fournisseurs de contenus par Internet. La procédure engagée étend ainsi à l'univers électronique et au Net la notion de " responsabilité morale " déjà brandie à l'encontre du cinéma et de la musique rap. Le meurtrier était un visiteur assidu de sites pornographiques, sado-masochistes violents de la Toile, ce qui aurait influencé son jugement moral. Toutefois, on peut douter que la plainte de l'avocat aboutisse puisqu'il est impossible manifestement d'établir un véritable lien de causali-

¹⁰⁸ Voir P.Sabatier, " Le Net accusé d'incitation au meurtre ", Libération, 16 avril 1999.

té entre des produits culturels -au demeurant protégés par le 1er Amendement de la Constitution qui garantit la liberté d'expression- et les actes criminels.

Néanmoins, les images à caractère pornographique ou violent ne sont pas les seuls contenus à pouvoir entraîner l'application de règles pénales. Selon l'article 227-23 du nouveau code pénal, " la diffusion, la fixation, l'enregistrement ou la transmission de l'image d'un mineur lorsque cette image présente un caractère pornographique est puni d'un an d'emprisonnement et de 300 000 F d'amende ".

C'est sur ce fondement par exemple qu'un fonctionnaire (directeur de cabinet du Président d'un Conseil général) a été condamné pour avoir utilisé un matériel informatique réservé à un usage professionnel afin de recevoir et stocker un millier d'images de nature pédophile. Dans son jugement correctionnel du 16 février 1998, le TGI du Mans retient notamment que " les images téléchargées sont particulièrement repoussantes (...) ; que, par ses paiements, le prévenu a contribué à entretenir des réseaux pédophiles ; que son instruction et son niveau de responsabilité devaient, plus que tout autre, lui permettre de prendre conscience du caractère répréhensible et des effets destructeurs sur les enfants des scènes photographiées "¹⁰⁹ .

On peut enfin noter qu'une loi du 17 juin 1998 est venue renforcer le dispositif législatif en créant un article 227-27-1 qui prévoit que " dans les cas où les infractions prévues par les articles 227-23 ou 227-25 à 227-27 sont commises à l'étranger par un français ou par une personne résidant habituellement sur le territoire français, la loi française est applicable ".

¹⁰⁹ TGI Mans, 16 février 1998, affaire Proc.Rep c/ Philippe H., sur le site Legalis.net

La législation américaine

La publication en 1997 d'un rapport par la Maison Blanche sur le commerce électronique, sous l'initiative de l'Administration Clinton, a déclenché aux Etats-Unis une prise de conscience de l'importance d'Internet, de son essor économique et de ses défis juridiques¹¹⁰. Le rapport avait révélé les lacunes sur le plan juridique du système en place et aussi souligné le besoin impératif de réformes du droit américain.

Ce rapport proposait la création d'un cadre réglementaire particulièrement favorable aux innovations technologiques et à l'expansion économique. Les propositions visaient à renforcer la confiance du grand public dans le commerce électronique et à améliorer la fiabilité du réseau. Cependant la réglementation du commerce aux Etats-Unis se heurte à la philosophie libérale du pays selon laquelle le rôle de l'Etat doit être aussi restreint que possible. Dans ce contexte, l'Etat n'est pas enclin à imposer une réglementation trop contraignante de peur de freiner le développement d'Internet. La publication du rapport a donc ouvert le débat officiel aux Etats-Unis sur le rôle du droit face au marché du développement de l'Internet et de ses services.

Aujourd'hui, le cadre juridique d'Internet reste en pleine évolution. Selon le professeur de droit Joel R. Reidenberg¹¹¹, on peut distinguer 3 lignes de force : les efforts législatifs et jurisprudentiels visant à renforcer la protection des échanges d'information en ligne notamment les transferts des données personnelles tout en favorisant les intérêts des entreprises ; la loi et la jurisprudence tentent de protéger des libertés des citoyens en particulier la liberté d'expression et de la vie privée, sans toutefois réussir à éviter certaines contradictions; les premières tentatives de solutions juridiques démontrent la difficulté de trouver un équilibre entre la protection des activités économiques des entreprises et de la liberté

¹¹⁰ Voir Whit House, A framework for Global Electronic Commerce (July 1997) ; disponible sur Internet <http://www.ecommerce.gov/framework.htm>

¹¹¹ Joel R. Reidenberg, professeur de droit à la Fordham University School of Law, (New York), " L'encadrement juridique d'Internet aux Etats-Unis ", Colloque international " L'Internet et le droit ", Université Paris I, Lundi 25 septembre 2000, disponible sur Internet www.internet.gouv

des citoyens. Un équilibre, que le cadre réglementaire actuel n'a toujours pas trouvé.

Aux Etats-Unis, comme ailleurs, la réglementation d'Internet pose un défi par rapport aux libertés des citoyens. La protection des libertés est un sujet très important dans les discussions du cadre juridique d'Internet. Le droit à la liberté d'expression existe depuis plus de deux cents ans sous les termes de " liberté de parole " et apparaît dans le 1er amendement de la Constitution ¹¹². Cet amendement compte parmi les 10 premiers appelés " Bill of Rights " qui avaient été adoptés le 15 décembre 1791 ¹¹³.

La garantie accordée à cette liberté d'expression provient de l'idée qu'une démocratie ne peut se concevoir sans la possibilité de s'exprimer, communiquer, diffuser ou recevoir des opinions politiques. Le principe de pluralisme consubstantiel à l'idée de démocratie demande également une telle liberté car autrement le vote n'aurait pas de sens. L'éducation des citoyens est aussi concernée par ce droit à diffuser et recevoir des informations ; effectivement, chaque jour ils peuvent être amenés à être affectés par des messages de nature politique, sociale et/ou publicitaire. Le partage de l'information relève de l'intérêt public. Cependant, les Etats ont parfois besoin de contrôler le contenu de certains messages diffusés par le biais de la radio, de la télévision, de la presse et désormais par le biais d'Internet. La liberté d'expression est donc une liberté qui suppose des exceptions pour son exercice.

Si les différentes déclarations des Droits de l'Homme prévoient des exceptions, les 10 amendements de la Constitution américaine n'en font pas mention. Toutefois, la doctrine de la Cour Suprême accepte quelques restrictions à la liberté d'expression.

¹¹² " le Congrès ne pourra voter aucune loi restreignant la liberté de parole et de la presse ".

¹¹³ voir F.Bourges, Les institutions américaines, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1974.

Nous allons nous attarder un instant sur les limitations prévues par la loi.

Effectivement, celles-ci existaient déjà au début du siècle. Le " Radio Act " de 1927 mentionnait l'existence d'une autorisation fédérale pour les radio-diffuseurs et prévoyait déjà une interdiction pour ceux d'entre eux qui abusaient d'un " langage obscène, indécent ou blasphématoire ". Une commission fédérale de la radio (FRC) avait été créée pour renforcer l'impact de cette loi. Plus tard, en 1934, un nouveau texte a été adopté pour prendre en compte l'arrivée conjointe du téléphone et de la télévision et pour remplacer la FRC par une commission fédérale de la communication. Enfin, en 1990, a été modifié le Telecommunications Act par rapport aux services " roses ". Il était ainsi demandé aux compagnies de téléphone de s'assurer que leurs utilisateurs étaient bien des adultes.

Aux Etats-Unis, la problématique de la liberté d'expression sur Internet s'est traduite presque toute entière par le problème de l'accès des enfants aux services pornographiques, qui prolifèrent sur le réseau. En effet, dans ce souci de protéger les mineurs, de plus en plus nombreux à utiliser les ordinateurs, des sites les plus sordides du Net, le Congrès américain a, à deux reprises, adopté des dispositions législatives. La première fois en 1996 à l'occasion de la modification de l'American Telecommunications Act par l'introduction d'un titre intitulé " Communication Decency Act ". La deuxième fois, en 1999, au moment du vote de la loi de finances par l'adoption du " Child Online Protection Act ".

Or, dans un cas comme dans l'autre, les juges ont estimé que le texte violait le Premier amendement de la constitution et décidé ainsi d'étendre la protection constitutionnelle du droit à la liberté d'expression à Internet. Effectivement, selon la philosophie politique et constitutionnelle américaine, cette liberté des citoyens doit être protégée contre les atteintes des pouvoirs publics. Or, comme le souligne le professeur Reidenberg, la mise en pratique de cette philosophie semble incohérente à certains égards ; en effet, le législateur semble tester ses pou-

voirs en votant des lois sur la liberté d'expression que la justice ne peut accepter. Un va et vient entre le pouvoir judiciaire et le législateur s'ensuit alors sans aboutir à une conclusion définitive.

Ainsi, la tendance de la jurisprudence actuelle est clairement d'accorder une liberté d'expression absolue. Depuis l'annulation du CDA tout essai tendant à restreindre les flux d'informations pouvant affecter les bonnes mœurs échoue face au Premier Amendement. Cela a été par exemple le cas pour la loi dite " Child Pornography Prevention Act of 1996 " dont le but était de protéger les mineurs en interdisant toute transmission d'images pornographiques d'enfants qu'elles soient réelles ou virtuelles. Si certaines Cours d'appel fédérales ont soutenu cette loi ¹¹⁴, une Cour d'appel l'a annulée en jugeant que le droit constitutionnel excluait toute interdiction quant aux images virtuelles ou représentations fictives des mineurs ¹¹⁵. En fait, le champ de la liberté d'expression aux Etats-Unis est très large ¹¹⁶.

Nous étudierons d'abord le cas du C.D.A de 1996 (section 1) puis celui du C.O.P.A de 1998 (section 2) qui, bien que corrigeant un certain nombre d'imperfections de son prédécesseur, a vu son entrée en vigueur bloquée au fond comme en appel.

Section 1 : LE COMMUNICATION DECENCY ACT DE 1996

A) le contexte

Pour bien comprendre la situation, il convient au préalable de s'arrêter sur la distinction entre l'obscénité et l'indécence. Une expression indécente est protégée par le Premier Amendement de la constitution américaine, alors qu'une expression obscène ne l'est pas. Le statut juridique de la pornographie dépend du fait de savoir s'il s'agit dans le cas en question d'une expression indécente ou obscène.

¹¹⁴ Affaire *Bernstein v. US Department of Justice*, 192F. 3d .1308 (9th Cir, 1999) disponible sur Internet à <http://laws.findlaw.com/9th/9716536.html>

¹¹⁵ Affaire *Junger v. Daley*, 209F.3d.481 (6th Cir, 2000) disponible sur Internet à <http://laws.findlaw.com/6th/00a0117p.html>

¹¹⁶ ainsi dans une série de jugements, les Cours fédérales ont même annulé des décrets empêchant l'exportation de la cryptographie. Les Cours ont assimilé la cryptographie à l'expression politique et ont décidé d'accorder une liberté à son expression.

L'expression obscène a été définie dans l'arrêt de la Cour suprême : *Miller v. California* (1973) comme toute expression qui répond à 3 critères, peu importe le moyen de communication utilisé.

1. Elle fait appel à l'intérêt le plus " prurient " (lascif), au regard d'une personne moyenne et dans les standards locaux ou de l'Etat ;
2. elle décrit des conduites sexuelles, de manière clairement offensive, ainsi que cela est défini par la loi de l'Etat ;
3. elle manque de caractères littéraire, artistique, politique ou scientifique.

Ainsi, selon la Cour, " l'expression indécente est une expression qui est sexuellement explicite, qui peut être choquante pour certaines personnes ou considérée comme telle pour un public d'enfants "¹¹⁷.

Même si le discours indécent est protégé, le gouvernement peut lui apporter des limitations comme toute liberté. Mais dans cette hypothèse, il doit utiliser le moyen qui est le moins " intrusif "¹¹⁸ ou la branche de l'alternative la moins restrictive. Ces principes ont été consacrés dans les affaires *Pacifica Foundation v FCC* et *Sable Communications v FCC* ¹¹⁹ qui ont confirmé la légalité et la légitimité des restrictions de contenu imposées par le gouvernement à l'égard des émissions d'une radio. Ces décisions établissaient aussi le principe d'un intérêt incontournable pour le gouvernement fédéral de protéger les mineurs contre l'indécence.

Il est à noter que l'approche de la Cour Suprême n'est pas très éloignée du texte de la Convention européenne des droits de l'homme qui permet des restrictions à la liberté d'expression, restrictions nécessaires dans " une société démocratique " et justifiée par certains buts légitimes.

¹¹⁷ *FCC v Pacifica Foundation* (1978) 413 US15 (1978).

¹¹⁸ voir à cet égard article de ML Caden et SE Lucas, " Accidents on the informations Superhighway : on-line liability and regulation ", *Richmond Journal of Law and Technology*, 13 février 1996, pp7 et 5.

¹¹⁹ 438 US at 726 (1978) and 492 US 115 (1985).

Toujours est-il que lors des discussions relatives à la réforme de la législation sur les télécommunications, des sénateurs ont souhaité lutter, dans l'intérêt des enfants, contre la violence et la pornographie sur les réseaux, et particulièrement sur Internet, en proposant une réglementation du contenu des informations au moyen d'une restriction de la notion protégée d'indécence et du renforcement de la responsabilité des transmetteurs ou diffuseurs. Un amendement a été présenté en ce sens et a provoqué une levée de boucliers. Après de longs débats, le Sénat américain a voté le texte en juin 1995 ¹²⁰. Au Congrès, la situation s'est présentée différemment : c'est un contre amendement, qui ne prônait pas de réglementation de contenu mais qui insistait notamment sur la responsabilité parentale, qui a été voté ¹²¹.

Finalement, un texte compromis a été élaboré par un Comité-Conférence Sénat/Chambre qui a été renvoyé au Sénat et à la Chambre pour approbation.

B) L'analyse du texte

A l'occasion du vote de l'American Telecommunications Act au printemps 1996, un titre intitulé " CDA of 1996 " (Communication Decency Act) a été introduit qui venait compléter et modifier la Communication Act de 1934.

Selon le sénateur démocrate du Nebraska, Jim Exon, l'objectif était " d'étendre les règles de la décence qui ont protégé les utilisateurs du téléphone aux nouveaux systèmes de télécommunication "¹²².

Effectivement, si le CDA s'adressait aux actes commis au moyen d'un appareil de télécommunication, il s'appliquait également pour ceux commis à l'aide d'un service informatique interactif. C'est ce dernier aspect qui nous intéresse pour notre étude.

Il est dit dans ce texte que l'usage d'un service informatique interactif - ou permettre sciemment et dans l'intention de commettre une infraction l'utilisation par autrui d'un appareil

¹²⁰ Amendement Exon et Coats.

¹²¹ Amendement Cox et Wyden.

¹²² Propos recueillis par M.Alberganti " Les frontières de la liberté sur Internet ", Le Monde, 12 janvier 1996.

que l'on possède - pour envoyer ou montrer de manière accessible à une personne de moins de 18 ans certaines communications qui présentent des organes ou activités sexuelles ou excrémentielles " manifestement choquantes " (patently offensive) au regard des standards actuels des communautés en vigueur (la loi fait référence " à la norme de la société au moment des faits ", article 223 d du CDA), est interdit sans considération du fait que l'utilisateur de ce service ait initié la communication ou y ait répondu. Le texte prévoyait en outre jusqu'à 250 000 dollars d'amende et des peines d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à 5 ans à l'encontre de ceux qui s'étaient rendus coupables de tels agissements.

Une personne poursuivie pour une telle infraction ne pouvait alors se défendre qu'en apportant la preuve d'un des éléments suivants :

3 qu'elle a pris de bonne foi les mesures raisonnables, effectives et appropriées, en l'espèce, pour restreindre et prévenir l'accès des mineurs à la communication interdite, ce qui peut comprendre toute mesure rendue disponible par les progrès technologiques comme par exemple la fourniture aux familles de logiciels de filtrage selon l'article 230 du CDA ;

3 qu'elle a restreint l'accès à la communication interdite en exigeant l'utilisation d'une carte de crédit vérifiée, un compte débiteur, un code d'accès ou l'usage d'un numéro d'identification personnel, réservé aux adultes ¹²³.

Ces " mesures raisonnables, effectives et appropriées " destinées à restreindre l'accès à des communications interdites ne pouvaient être invoquées devant le juge que comme preuves des efforts entrepris de bonne foi par l'inculpé pour satisfaire aux exigences de la loi. Par ailleurs, le texte définissait, dans une partie appelée " protection des méthodes de blocage et de sélection des produits offensants ", le régime de responsabilité de la personne qui fournit un service informatique interactif ou l'utilise.

¹²³ article 223 e-6 du CDA.

Le C.D.A. prévoyait ainsi que les fournisseurs et utilisateurs de services interactifs ne pourraient être considérés comme le publisher c'est-à-dire comme l'éditeur d'informations obtenues auprès d'un fournisseur de contenus ¹²⁴. Il précisait le régime de responsabilité applicable aux opérateurs de réseaux de télécommunications en limitant cette responsabilité aux seuls cas où l'opérateur autorise l'utilisation de ses infrastructures en sachant qu'elles sont utilisées pour des activités prohibées par la loi ¹²⁵. La seule fourniture d'accès à un système ou un système ou un serveur à l'origine de telles activités ne pouvait être sanctionnée pénalement à condition que cette fourniture d'accès ne soit pas liée à la création de contenus et qu'elle ne fasse pas l'objet de publicité ¹²⁶. En outre, la loi prévoyait qu'un employeur ne serait pas tenu responsable du comportement fautif de ses employés, extérieur à l'objet du contrat de travail (c'est-à-dire hors du champ des activités professionnelles), sauf s'il avait eu connaissance de ce comportement et le cautionne ou s'il s'en désintéresse de manière imprudente ¹²⁷.

C) *L'inconstitutionnalité du C.D.A.*

Le Communication Decency Act a provoqué, avant même que la jurisprudence n'ait le temps d'en préciser les concepts, un véritable tollé parmi les associations de défense des libertés publiques et la levée de bouclier qui s'en est suivi, orchestrée notamment par l'A.C.L.U et l'E.E.F. ¹²⁸, a gagné progressivement l'ensemble du réseau. Celles-ci estimaient que les termes employés dans la loi étaient trop vagues et susceptibles d'une trop large application.

Effectivement, selon ces associations, les expressions " indecent " et " patently offensive " pouvaient tout à fait s'appliquer à des publications scientifiques, médicales, littéraires, artistiques ou humoristiques dès lors qu'elles faisaient mention des organes reproducteurs. De la même manière, les associations de soutien des victimes du Sida ou les organisations de

¹²⁴ article 230c du Communication Act.

¹²⁵ article 223a - 2 et 223d - 2 du Communication Act.

¹²⁶ article 223e.

¹²⁷ article 223é - 6 - du C.D.A.

¹²⁸ il s'agit des 2 plus célèbres associations de défense des libertés aux Etats-Unis : l'American Civil Liberties Union (adresse www.aclu.org) et l'Electronic Frontier Foundation (www.eff.org).

défense des droits de l'homme, auxquelles il arrive de dénoncer des abus sexuels auraient pu se voir interdites de réseau sur le fondement du C.D.A.. Finalement, au nom de la protection de l'enfance, le texte aboutissait à restreindre de facto la liberté d'expression des adultes.

Par ailleurs, il faut signaler que la législation américaine ne connaît pas la distinction qu'opère le droit français entre la correspondance privée et la communication audiovisuelle, le texte était donc également applicable aux messages véhiculés par l'intermédiaire du courrier électronique. Toujours est-il que les tribunaux comme les juges de la Cour suprême vont décider d'étendre la protection constitutionnelle du droit à la liberté d'expression à Internet.

Les juges du fond. Saisis d'un recours en inconstitutionnalité, les trois magistrats de la cour de Philadelphie ¹²⁹ ont fait droit, le 11 juin 1996, à la plupart des motifs sur lesquels se fondaient les plaignants. Ils ont déclaré le Communication Decency Act inconstitutionnel au regard du premier amendement de la constitution américaine mais aussi du cinquième qui garantit le droit pour tous les citoyens à un procès équitable.

Tout d'abord, il convient de remarquer que les juges, dans leur décision, démontrent longuement à l'attention du gouvernement que l'on ne peut restreindre le principe de liberté de parole sans prendre en compte la spécificité du medium utilisé. Après avoir souligné " qu'Internet a réalisé et continue d'élaborer le lieu de rencontre le plus participatif pour l'expression de masse que ce pays et même le monde, n'a encore jamais connu ", le juge Stewart Dalzell déclare que " nous devons protéger l'autonomie que ce nouveau medium confère aux gens ordinaires comme aux magnats des media (...) Internet peut, à juste titre, être considéré comme une conversation mondiale sans fin. Le gouvernement ne peut interrompre cette conversation au moyen du C.D.A. Forme la plus élevée de discours participatif de masse développée à ce jour, Internet [comme la plupart des nouvelles techniques interactives de communication de masse] mérite la plus haute protection contre l'ingérence de l'Etat " ¹³⁰.

¹²⁹ Les plaignants ont saisi la faculté offerte par le droit américain de pratiquer " un forum shopping ", lequel consiste pour toute procédure susceptible de profiter à l'ensemble des citoyens américains, à choisir parmi les cinquante deux Etats de L'Union, la juridiction qui sera la plus favorable à la solution attendue par les plaignants. C'est la raison pour laquelle le recours a été introduit devant la Cour de Philadelphie.

¹³⁰ Cf. le compte-rendu du jugement disponible sur Internet : <http://www.access.digex.net/?epic/cda-opinion.html> ou bien <http://www.aclu.org/court/cdac.html>

A la majorité, les juges ont estimé que les termes " indecent " et " patently offensive " étaient " inacceptablement " trop imprécis pour ne pas aller à l'encontre du principe fondamental de la liberté de parole. Or, le gouvernement se basait sur le fait que la définition des termes existait déjà au sein de la doctrine de la Cour suprême ¹³¹.

Cependant, les juges ont estimé qu'il n'y avait pas lieu de déduire la conformité du texte à la constitution sur la base des arrêts antérieurs de la Cour suprême dans la mesure où, d'une part ils traitaient de la réglementation de médias spécifiques différents - la radio - et d'autre part leur objet n'était pas de traiter du caractère constitutionnel des termes, en cause dans l'affaire du C.D.A.. Ils rappellent néanmoins que la Cour suprême, depuis 1971, considère que " la restriction d'une des libertés visées par le premier amendement constitue indubitablement un préjudice irrémédiable...Une telle réglementation doit donc faire l'objet d'une interprétation stricte et ne peut être justifiée que la primauté de l'intérêt général " ¹³².

En outre, comme le relèvent C. Lamouline et Y. Poulet dans leur rapport présenté au Conseil de l'Europe en 1997, le risque de censure est à rechercher au-delà de l'action du pouvoir judiciaire ; il existe également dans l'interprétation extensive des serveurs mis en cause par la loi¹³³.

En effet, ceux qui permettent la transmission et la diffusion de message à caractère indécent manifestement choquant pour les enfants, n'engagent leur responsabilité que s'il est établi qu'ils n'ont pas mis en œuvre les moyens raisonnables pour s'assurer de l'identité des utilisateurs désirant accéder aux messages litigieux.

Cependant, selon le juge Sloviter, la technologie actuelle ne permet pas de s'assurer raisonnablement de l'identité et de l'âge des utilisateurs. Plutôt que d'identifier les individus, les fournisseurs d'accès auront dès lors tendance à interdire à quiconque le recueil d'informations litigieuses. La crainte d'un procès risque ainsi de diminuer la variété d'informations disponibles au niveau de celles qui seraient uniquement appropriées aux mineurs. Le texte est donc d'application trop large et ne constitue pas le moyen le moins restrictif pour atteindre le but légiti-

¹³¹ voir les arrêts précités *Pacifica* et *Sable Communication*.

¹³² Arrêt " *Globe Newspaper* ", Cour suprême, *op cit*.

¹³³ C.Lamouline et Y. Poulet, " Des autoroutes de l'information à la " démocratie électronique " ", *op.cit*.page 81.

me de l'Etat visant à la protection des mineurs. Pour toutes ces raisons, le C.D.A a été déclaré inconstitutionnel par les juges de Philadelphie ¹³⁴.

Les juges de la Cour Suprême. Saisie pour la première fois d'un recours portant sur la liberté d'expression sur Internet, la Cour suprême des Etats-Unis a rendu jeudi 26 juin 1997 un arrêt¹³⁵ qui étend la protection constitutionnelle du droit à la libre expression au réseau mondial informatique.

La Cour reproche au texte le caractère vague et imprécis des deux dispositions sanctionnant les transmissions " indécentes " et les communications " dans des termes manifestement choquants ". Selon elle, le souci légitime de protection des mineurs " a conduit le législateur à interdire également aux adultes des textes ou des images qui ne sont pas illégaux et que l'on peut trouver chez les marchands de journaux ou dans les librairies, ce qui équivaut à instaurer une nouvelle forme de censure officielle " ¹³⁶.

Dans cet arrêt, les juges ont retenu le caractère spécifique du réseau Internet , celui d'un forum public au sein duquel s'échangent idées et connaissances et ont rejeté son assimilation à la radio et à la télévision, où l'intervention des pouvoirs publics est admise dans certaines circonstances. Le Communication Decency Act, ont estimé les magistrats, " prévoit une réglementation du contenu du discours. Le flou d'une telle réglementation soulève des inquiétudes en raison de son effet restrictif évident sur la liberté d'expression. La réglementation officielle du contenu du discours a plus de chances de freiner la libre circulation des idées que de l'encourager ".

Par ailleurs, la Cour, comme les juges fédéraux, ont relevé le manque d'ajustement des moyens à l'objectif recherché en ce sens que la loi pour les besoins de la protection des mineurs, bannissait en fait toute une série de contenus intéressant les adultes, sans distinction du caractère commercial ou non du site considéré, ni l'objet (éducatif, médical, familial) de la

¹³⁴ Le 29 juillet 1996, trois juges fédéraux de l'Etat de New York ont pris une décision identique sur le même fondement.

¹³⁵ Affaire " Reno v. ACLU " (117 S. Ct. 2329, 138 Led2ed 874 (1997)) . Voir Cahiers Lamy, juillet 1997, n° 94.

¹³⁶ S. Kauuffman, " La Cour suprême étend à l'Internet la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ", Le Monde, 28 juin 1997.

transmission du contenu présumé " préjudiciable ".

En outre, les juges font également remarquer que " les groupes de discussion du Net, sont par définition ouverts à tous, de sorte qu'il n'est pas possible à ceux qui y placent des messages, de vérifier l'âge de ceux qui les consultent ". S'agissant de la protection de l'enfance, ils attribuent cette mission aux familles, en faisant valoir que les logiciels de filtrage devraient permettre aux parents de décider de la nature des documents auxquels leurs enfants peuvent avoir accès.

D'ailleurs, plusieurs services en ligne, comme America Online, ont déjà installé des mécanismes qui permettent aux parents de filtrer le contenu ou l'accès de sites pour leurs enfants, et l'évolution de la technologie devrait rendre ce type de procédé plus facile à utiliser.

Réagissant à la décision, le Président Clinton s'est engagé à continuer à oeuvrer pour une meilleure protection des enfants : " Nous devons mettre au point une solution pour Internet qui soit aussi puissante pour l'ordinateur que la V-chip (la puce anti-violence) le sera pour la télévision, et qui soit compatible avec les valeurs américaines de la libre expression " ¹³⁷. Or, nous verrons que cette solution de logiciels de filtrage ou de contrôle parental, en permettant à chaque internaute de bloquer les sites indésirables sur son ordinateur familial, sensée résoudre tous les problèmes de censure, pose, en réalité, de nombreuses difficultés d'application et se trouve aujourd'hui accusée d'instaurer sur le réseau une censure insidieuse et incontrôlable ¹³⁸.

Quoi qu'il en soit, cette décision a été qualifiée aussitôt d'historique par l'industrie de la communication en ligne, qui fournit les accès au World Wide Web ainsi qu'une partie de son contenu et représente une victoire pour les groupes de défense de libertés individuelles. " le développement du réseau mondial se trouve ainsi débarrassé d'une épée de Damoclès qui, brandie par un pays démocratique, les Etats-Unis, aurait pu justifier dans l'avenir, une cascade

¹³⁷ Ibid.

¹³⁸ VOIR Deuxième partie , Titre 2, section 2.

de censures dans d'autres pays moins attachés aux libertés ¹³⁹ ".

Néanmoins, la décision de la Cour suprême ne découragea pas les Congressistes américains et notamment la majorité républicaine dont plusieurs groupes de sénateurs et de représentants conservateurs s'étaient aussitôt remis au travail. De nouvelles propositions furent déposées en s'appuyant sur la notion de " harmful content " (contenu préjudiciable/nuisible) qui avait été évoquée par la Cour suprême dans son arrêt. Elles devaient aboutir à l'adoption du " Child Online protection Act " de novembre 1998.

¹³⁹ " les américains, Internet et la censure ", Le Monde, l'éditorial, 28 juin 1997.

Section 2 : LE CHILD ONLINE PROTECTION ACT DE 1998

A) Le C.O.P.A. : l'analyse du texte

Le Child Online Protection Act est en fait la reprise par le Congrès des dispositions du Communication Decency Act qui avaient été déclarées inconstitutionnelles par la Cour suprême dans la décision du 26 juin 1997, *Reno v. ACLU*. Cependant, retenant la leçon de leur défaite, les congressistes ont opté cette fois pour une tactique diamétralement opposée. Au lieu de proposer un grand texte de portée globale et de lancer une vaste campagne médiatique, ils ont préféré éparpiller les dispositions dans différents projets de loi et adopter " un profil bas ". Aujourd'hui, une dizaine de textes en attente, plus ou moins harmonisés, contiennent des mesures de contrôle du contenu d'Internet . Le principal d'entre eux est sans aucun doute le C.O.P.A..

En effet, le vote de la loi de finances pour 1999 fut l'occasion d'adopter deux lois tendant à protéger les mineurs dans le contexte d'Internet. La première " The Children Online Privacy Act " donne à la Federal Trade Commission les moyens d'édicter des mesures réglementant la collecte d'informations à caractère personnel auprès des mineurs. La seconde " The Child Online Protection Act " rend pénalement responsable les opérateurs de sites web commerciaux en cas d'accès de mineurs de moins de 17 ans à des contenus préjudiciables (la loi emploie la notion de " harmful "). Le vote de ces deux textes s'est fait " presque en catimini, sans débat public, en utilisant des artifices de procédure et en les rattachant au dernier moment à une importante loi de finances " ¹⁴⁰.

Le sénateur Daniel R.Coats et le député Michel G.Oxley sont à l'origine des propositions qui deviendront le C.O.P.A. et qui reposent sur 3 idées :

3 Internet permet l'accès de mineurs à des contenus préjudiciables ;

¹⁴⁰ Y.Eudes " Censure sur le net : retour en catimini ", *Le Monde*, 5 octobre 1998.

3 Le contrôle parental et les efforts d'auto-régulation des acteurs concernés ne suffisent pas à résoudre ce problème ;

3 La poursuite du bien-être physique et psychologique des mineurs représente un intérêt essentiel (" compelling interest ") pour le gouvernement.

Instruits par l'arrêt de la Cour Suprême, les parlementaires ont conçu une loi un peu plus restrictive puisqu'elle sanctionne pénalement les auteurs d'une dissémination exclusivement à des fins commerciales d'informations sans que des mesures de restriction d'accès des mineurs à des contenus préjudiciables aient été prises alors que le C.D.A. frappait indifféremment les sites commerciaux et les communications privées.

Au terme de la nouvelle section 231 (a) (1) du Communications Act de 1934, est passible d'une amende maximum de 50 000 dollars et/ou d'un emprisonnement de 6 mois maximum " toute personne qui, en connaissance de cause et informée du caractère du contenu, effectue via le web, dans le commerce interétatique ou avec l'étranger, une communication à des fins commerciales, accessible par tout mineur et comportant un contenu préjudiciable au mineur ". Certains alinéas prévoient même des peines aggravées en cas d'intention dolosive et des sanctions civiles sous forme de pénalités de 50 000 dollars par jour d'infraction.

Ladite section 231 (b) aménage en outre une zone de sécurité pour les intervenants suivants qui ne sont pas considérés comme effectuant une communication à des fins commerciales au sens de la section 231 (a) : les opérateurs de réseaux, les fournisseurs d'accès à Internet, les fournisseurs d'un service de localisation d'information (moteurs de recherche) et, de manière générale, les prestataires de services de transmission, stockage, téléchargement, hébergement, formatage et traduction d'une communication émanant d'un tiers sans sélection ou altération du contenu de ladite communication.

De même, la section 231 (c) permet aux opérateurs de sites de s'exonérer s'ils ont fait de bonne foi des efforts pour restreindre l'accès des mineurs aux contenus préjudiciables en exigeant par

exemple l'usage d'une carte de crédit, d'un code d'accès pour adultes, ou de tout moyen d'identification personnel permettant de vérifier l'âge du porteur comme le CDA le prévoyait aussi deux ans plus tôt.

Enfin, le C.O.P.A. prescrit certaines restrictions pour la collecte d'informations personnelles à l'occasion du contrôle de l'accès des mineurs et requiert les fournisseurs de services interactifs d'informer leurs visiteurs/clients qu'il existe des moyens de contrôle d'accès à la disposition des parents (accessoires, logiciels, services de filtrage...). Une commission spéciale " The Commission on Online Child Protection " a d'ailleurs été créée pour étudier les moyens de restreindre l'accès des mineurs à ces contenus préjudiciables.

B) Une constitutionnalité toujours suspecte

Pour éviter l'écueil de la généralité et de l'imprécision des contenus " préjudiciables " qui avaient fait sombrer les dispositions du C.D.A sur les notions " d'indécence " et de " manifestation choquant ", le C.O.P.A définit le critère de " harmful to minor " de la manière suivante : " toute communication, représentation, image, fichier d'une image graphique, article, enregistrement ou tout autre contenu de quelque sorte que ce soit, qui est obscène ou qui pour une personne moyenne, selon les normes de la société contemporaine, en tenant compte de la globalité du contenu et du point de vue du mineur, a pour but de solliciter ou provoquer les sens ; dépeint, décrit ou représenté, d'une manière manifestation choquante pour des mineurs, un acte ou un comportement sexuel réel ou simulé ; pris dans son ensemble, est dépourvu de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique pour les mineurs ". ¹⁴¹

En adoptant les trois critères ainsi mentionnés pour caractériser un contenu préjudiciable aux mineurs, " les rédacteurs du C.O.P.A ont été à la fois prudents et disciplinés " ¹⁴². Effectivement, ils ont suivi à la lettre la définition du test en trois volets donnés par la Cour

¹⁴¹ Section 231 (e) (6).

¹⁴² E.Logeais, " Protection des mineurs sur l'Internet : une Cour américaine suspend l'application du " Child Online Protection Act " mais le gouvernement interjette appel in extremis... ", Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°114 - mai 1999.

suprême dans son célèbre arrêt " Miller v. California " 1973 pour caractériser l'obscénité d'une communication. Dans sa décision " Reno v. Aclu " on se souvient que la Cour avait confirmé qu'un tel test définissait de manière suffisamment précise et délimitée le concept d'obscénité et donc d'une manière valable au regard de la nécessité de minimiser les restrictions apportées à la liberté d'expression, ce qui n'était pas le cas du concept de " patently offensive " qui, dans le C.D.A n'était défini que par rapport au premier volet du test et restait, de ce fait, beaucoup trop vague.

Selon certains, le C.O.P.A était donc à priori " politiquement correct ou du moins juridiquement orthodoxe " ¹⁴³. Avec un champ d'application limité aux sites web de nature commerciale ¹⁴⁴, un contenu préjudiciable réduit à des représentations sexuelles et la faculté des parents de permettre l'accès à leurs enfants, le C.O.P.A était manifestement plus ciblé et ajusté (" narrowly tailored ") au but poursuivi.

De plus, les partisans de ce texte l'avaient présenté comme l'équivalent électronique des réglementations qui imposent aux kiosques de presse et librairies de cacher des publications pornographiques sous un emballage opaque, et de les installer sur des présentoirs hors de l'accès des enfants. Certains comme le quotidien conservateur Wall Street Journal s'indignaient ainsi " qu'un gamin de 14 ans qui n'a pas le droit d'acheter un numéro de Hustler (revue pornographique) à l'épicerie du coin aurait le droit de consulter des choses encore plus pornographiques avec un ordinateur de la bibliothèque municipale connecté au réseau. " ¹⁴⁵

Cependant, avant même son adoption, le Department of Justice américain avait émis de sérieuses réserves dans une lettre du 5 octobre 1998, adressée au Président du Commercial Committee de la Chambre des Représentants sur l'opportunité du futur texte et sa conformité à la constitution. D'une manière générale, le Department of Justice dénonçait des problèmes d'efficacité et d'application notamment extra territoriale et contestait sa légitimité puisque le test de la notion " harmful to minors " ne survivrait selon toute vraisemblance que si les opé-

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ Selon les rédacteurs, la loi ne viserait que les sites pornographiques commerciaux et qui ont pour habitude d'offrir un accès direct et gratuit à quelques photos et à des textes, de manière à inciter la clientèle à aller plus loin.

¹⁴⁵ P.Sabatier, " Les juges balaiant le nettoyage du net ", Libération, 3 février 1999.

rateurs concernés ne devaient pas, pour s'y conformer, sacrifier la communication aux adultes et aux mineurs.

Toujours est-il que dès le lendemain de son adoption, l'ACLU, et 16 autres plaignants, parmi lesquels des distributeurs de préservatifs, des sites d'information en gynécologie, des libraires, des agences d'information, des éditeurs, des auteurs, des artistes, des galleristes d'art et des opérateurs de sites¹⁴⁶ ont aussitôt réagi et saisi la justice. La coalition d'associations de défense des droits civiques et de groupes libéraux qui avaient fait campagne contre le CDA s'est ainsi regroupée dans l'Internet Free Expression Alliance (IFEA) pour combattre ce nouveau texte qu'ils ont alors baptisé " CDA bis " ou " fils de CDA ".

L'action a été intentée devant le US District Court for the Eastern District of Pennsylvania et visait à obtenir du juge une ordonnance de référé interdisant l'entrée en vigueur du C.O.P.A normalement prévu pour le 29 novembre 1999.

Selon les porte-parole de l'alliance, le texte était aussi inconstitutionnel que le CDA car il était rédigé de façon aussi vague, imprécise et générale : pour ne prendre qu'un exemple, un site commercial aussi respectable que la librairie en ligne Amazon, dont le catalogue contient près de 3 millions de titres, pourrait être poursuivi en justice à cause d'un seul ouvrage érotique, par ailleurs en vente libre, ou d'un manuel d'anatomie.

En outre, l'IFEA rappelle, dans un souci de souligner l'attitude pour le moins " paradoxale et hypocrite du Congrès "¹⁴⁷ que si le C.O.P.A était en vigueur, la majorité républicaine n'aurait pas pu diffuser sur Internet le célèbre rapport Starr qui, donnant des détails très crus sur les relations entre le Président Clinton et Monica Lewinsky, constitue un exemple de ces contenus nuisibles aux mineurs selon la lettre de la loi.

De plus, d'après l'avocate de l'ACLU, la loi aurait eu pour effet immédiat de " détourner un grand nombre d'adultes " des sites concernés, ne serait-ce qu'en raison de l'obstacle supplémentaire mis à leur consultation. Effectivement, tout le monde par exemple n'a pas de carte

¹⁴⁶ Liste des plaignants : ACLU, A Different Light Bookstore, American Booksellers for Free Expression, Art Net, The Blackstrip, Condomania, Electronic Frontier Foundation, Electronic Privacy Information Center, Free Speech Media LCC, Internet Content Qualition, Obgyn.Net, Philadelphia Gay News, Planet Out Copropriation, Powell's Bookstore, RIOTGRRL, Salon Magazine, Westock.Com.

¹⁴⁷ L.Lampierre " Le X en liberté sur le web américain ", Libération, 27 novembre 1998.

de crédit ou n'a pas envie d'en révéler le numéro. Le texte est à cet égard totalement silencieux quant à l'existence de moyens techniques efficaces permettant un accès sélectif. Plus généralement, l'IFEA estime que ce type de loi instaure un " climat d'autocensure qui aboutit à limiter la liberté d'expression des adultes (...) le véritable objectif du projet est de créer un précédent qui facilitera le vote ultérieur de textes plus répressifs. "

C) Les juges bloquent l'entrée en vigueur du C.O.P.A.

Devant le juge des référés, les pièces produites ont montré que le respect du C.O.P.A entraînait un coût économique indiscutable pour les opérateurs qui se voyaient tenus de se doter de procédures ou de moyens de contrôle de l'âge des visiteurs, coût financier que les demandeurs pouvaient d'ailleurs assumer sans difficulté excessive. Le juge a recentré à cet égard le débat en insistant sur le fait que la jurisprudence du Premier Amendement s'attachait aux contraintes-restrictions pesant sur la liberté d'expression et non au coût financier que celles-ci pouvaient engendrer.

L'expression est une liberté protégée par le Premier Amendement, que cette expression soit ou non un objet ou un but commercial. A ce titre, le juge a estimé que le C.O.P.A imposait effectivement des contraintes sur l'expression des adultes pour 2 raisons principales :

3 le dispositif de contrôle ou de vérification de l'âge pouvait décourager les visiteurs et par conséquent dissuader les opérateurs de sites et fournisseurs de contenus de proposer ce type d'expression ;

3 le C.O.P.A obligeait à filtrer tous les participants et tous les contenus échangés dans les groupes de discussions et autres " chatrooms ".

C'est pourquoi le juge a constaté aisément qu'il y avait indéniablement une contrainte sur les modes d'expression non visés par le C.O.P.A.¹⁴⁸. Après avoir fait un tel constat, à savoir établir l'existence d'une restriction à la liberté d'expression imputable au nouveau texte, le juge a opéré une vérification dont l'objectif était de voir si cette restriction ne pouvait pas être justifiée par un intérêt supérieur ("compelling interest") du gouvernement à protéger les mineurs, intérêt que le C.O.P.A. était en mesure de sauvegarder selon ses auteurs de manière adaptée et ciblée.

Ainsi, le débat portait donc fondamentalement sur la rédaction du texte plus précise et délimitée que celle du CDA qui devait de ce fait satisfaire l'exigence d'une restriction proportionnée à l'objectif à atteindre ; or, le C.O.P.A. échoua à la vérification du juge.

Il releva tout d'abord que les enfants avaient facilement accès aux sites web étrangers, non commerciaux ou mettant en œuvre d'autres protocoles que celui du World Wide Web (le fameux LIENHYPERTEXTE <http://www>.) visés par le C.O.P.A. Cela démontrait l'incapacité de la loi à atteindre efficacement son objectif. Il estima que les logiciels de filtrage et de blocage d'accès apparaissaient a priori au moins aussi efficaces que le texte législatif tout en étant moins contraignants pour la liberté d'expression.

En outre, le magistrat fit le constat que l'auto censure ou le risque de poursuites pénales constituaient un préjudice irréparable auquel ne pouvait être opposé aucun préjudice ou intérêt supérieur du gouvernement ou du public qui n'avaient ni l'un ni l'autre un intérêt à faire appliquer un texte législatif non conforme à la constitution.

Le juge manifesta cependant son regret d'avoir à suspendre l'entrée en vigueur du C.O.P.A. au regard de la volonté de protéger des mineurs qu'il estime comme un objectif louable de la part du législateur. A cet égard, il cita les paroles du juge Kennedy qui à l'occasion d'une décision de la Cour Suprême de 1989 condamnant une loi qui criminalisait le fait de brûler le drapeau américain déclara " (...) Quelquefois, nous devons prendre des décisions que

¹⁴⁸ La section 231 (a) vise en effet la communication " par le moyen du World Wide Web " c'est-à-dire que le courrier électronique, les groupes de discussions type Usenet, la communication en temps réel, certains services de transferts de fichiers (FTP, Gopher), n'utilisant pas nécessairement le protocole http (protocole du web), n'étaient pas visés par le texte.

nous n'aimons pas. Nous les prenons parce qu'elles sont justes, justes dans le sens que la loi et la constitution, telles que nous les entendons, imposent le résultat. Et notre attachement à cette conduite est tel, qu'excepté dans de très rares cas, nous ne prenons pas la peine d'exprimer notre désaccord avec le résultat, peut-être par crainte d'affaiblir un principe de valeur ayant conduit à la décision. La présente affaire est un de ces cas-là. " ¹⁴⁹.

Ainsi, dans une décision du 1er février 1999 ¹⁵⁰, le juge Lowell Reed a suspendu l'entrée en vigueur du Child Online Protection Act en relevant que la justice ferait sans doute plus de mal aux mineurs en reniant au nom de leurs intérêts, sur l'étendue de la protection conférée par le Premier Amendement à la liberté d'expression et dont ils hériteront une fois majeurs : " La protection des mineurs ne peut être assurée par une loi anticonstitutionnelle [qui aurait eu] un effet paralysant et aurait pu entraîner la censure d'information ou d'expression protégée par la constitution. Ce serait aller contre l'intérêt des mineurs eux-mêmes que de remettre en cause les garanties à la liberté d'expression, dont ils seront un jour les héritiers. " ¹⁵¹.

Pour Ann Beeson, l'avocate de l'ACLU, cette décision est à nouveau une victoire pour la liberté d'expression et contre les tentatives des pouvoirs publics d'en apporter des limitations: " une fois de plus " dit-elle " un juge a reconnu que le Congrès devait faire attention quand il prétend légiférer pour restreindre l'expression libre sur Internet. Ce n'était pas le cas jusqu'à présent. "

Le gouvernement a attendu le dernier jour du délai qui lui était accordé pour interjeter appel, le 7 avril 1999.

Or, la Cour d'appel fédérale de Philadelphie, à l'unanimité, a rendu un arrêt, le 22 juin 2000, qui confirme le jugement en référé de février 1999. A l'issue des 34 pages d'attendus, la Cour a confirmé la décision du juge des référés en estimant que le C.O.P.A " impose une restriction sur l'expression qui est protégée pour les adultes ". Cependant, alors que le juge Lowell Reed avait basé son argumentation sur un certain nombre de défauts inclus dans la loi

¹⁴⁹ Affaire Texas v. Johnson, 491 US.397,420 (1989).

¹⁵⁰ Décision disponible sur Internet à l'adresse <http://www.paed.uscourts.gov/opinions/99d0078P.HTM>

¹⁵¹ P.Sabatier, " Les juges balaient le nettoyage du net " op.cit.

au regard du Premier Amendement, la Cour d'appel s'est concentrée principalement sur le fait qu'il est impossible d'établir " un standard pour la communauté " dans l'objectif d'encadrer l'expression. Or, " en raison de la nature transfrontalière (geography-free) du cyberspace " la Cour relève que " le test du standard pour la communauté devrait en réalité exiger que chaque communication en ligne, sur le Web, puisse respecter le standard le plus repressif ".

Toujours est-il que la Cour a, par cette décision, renversé le deuxième essai du Congrès de " criminaliser " l'expression sur Internet. Pour l'American Civil Liberties Union, ce jugement a été accueilli avec enthousiasme. Selon elle, le discours particulièrement vigoureux de la Cour " devrait persuader le Département of Justice ainsi que le législateur d'arrêter d'élaborer des tentatives " à l'esprit pervers " dans le but de réguler Internet ".

Ann Beeson, l'un des avocat de l'ACLU, pouvait manifester sa joie sur le site Internet de l'association : " c'est une profonde satisfaction que de voir la Cour reconnaître le danger que représentait cette loi pour nos clients, qui allaient se trouver confronter à des peines d'emprisonnement et à des lourdes amendes pour une expression incontestablement protégée par la Constitution ". " De tout évidence, la Cour n'a pas été convaincue par les efforts du Congrès dans ce domaine ; nous allons rendre visite au Congrès et à l'Administration Clinton pour clore définitivement ce premier chapitre du livre de l'histoire d'Internet et pour adopter la parole libre sur le Net comme nous l'avons adopté pour les autres moyens de communication de masse ".

Le gouvernement a désormais 3 options possibles, selon Chris Hansen, le premier avocat du staff juridique de l'Aclu : il peut admettre sa défaite et laisser le texte en l'état, lettre morte ; il peut aussi faire appel de la décision et décider de porter l'affaire devant la Cour suprême qui n'est pas obligée de l'examiner ; enfin il peut retourner devant la District Court et demander un procès complet.

L'Aclu reste toutefois vigilante car si le projet du Congrès a une nouvelle fois échoué, certains Etats adoptent néanmoins des législations qui s'inspirent largement des CDA et autres COPA. C'est pourquoi, l'association poursuit son combat, en continuant à contester les lois fédérales du même type dans les Etats de New York, de Michigan et du Nouveau Mexique avec succès. Ainsi, dans l'affaire Aclu v. Johnson (nov 1999), la Cour d'appel du Nouveau Mexique a bloqué l'application d'une loi anti-pornographie qui prévoyait des sanctions criminelles pour la diffusion sur Internet de matériels préjudiciables pour les mineurs. La Cour a estimé que la rédaction du texte était contraire au Premier Amendement en ce sens qu'elle opérerait une interdiction trop large et déraisonnable d'une forme d'expression protégée pour les adultes. Cette affaire est comparable à celle *Cyberespace communication Inc v. Engler* qui s'était tenue devant le tribunal fédéral du Michigan. L'affaire est actuellement portée devant la Cour d'appel.

La liberté d'expression sur Internet : entre espoir et inquiétudes

Nous le constatons dès l'introduction, Internet est un espace complexe et pour cela ambivalent. Adulé par certains, redouté par d'autres, il est sans doute un vecteur de liberté mais peut-être aussi un instrument de contrainte et d'oppression générateur de nouvelles inégalités et d'insécurité. La société de l'information qui se construit à une vitesse toujours plus grande, dans sa totalité et son approche planétaire des phénomènes, porte en fait les mêmes dangers que les autres activités humaines dont cependant elle peut décupler les effets.

Dès lors, confronté à ces aspects contradictoires, comment ne pas être partagé entre l'espoir (Titre I) et les inquiétudes (Titre II) concernant le pilier fondamental du fonctionnement du réseau : la liberté d'expression ?

L'espoir : Internet n'est pas seulement un immense marché virtuel où primerait la liberté d'expression des firmes multinationales au détriment de celles des citoyens ; et l'usage croissant du réseau ne doit pas occulter sa dimension non marchande et citoyenne. Bien au contraire, Internet est un nouvel espace temps qui a vocation à concerner chaque individu dans toutes ses dimensions sociales, économiques et même politiques, ce que nous verrons plus précisément ici.

Internet génère d'importants enjeux culturels et démocratiques ; nous mettrons en évidence qu'il multiplie les capacités d'expression et d'action des citoyens et de leurs associations, notamment grâce aux groupes de discussions et au courrier électronique qui favorisent la mobilisation des réseaux militants. De plus, c'est sans aucun doute dans le processus même d'élaboration collective des décisions que l'apport et les potentialités d'Internet suscitent de grandes espérances. La mise en place de forums internes et de travail en commun sur un document dont les versions successives sont mises en ligne annoncent une nouvelle forme de démocratie dans laquelle la distance entre le citoyen et leurs représentants tend à se réduire, démocratie qualifiée par certains " d'élaborative " et par d'autres " d'électronique ", qualification que nous retiendrons. Mais tous ces espoirs n'évident pas certaines craintes concernant l'exercice de la liberté d'expression.

Les inquiétudes : le développement d'Internet qui permet la fusion de la télévision, de l'ordinateur et du téléphone s'accompagne d'un accroissement spectaculaire du processus concentratif soulignant l'une des principales conséquences de l'impact de cette technologie de pointe : la menace pour le pluralisme de l'information et la diversité culturelle doublée de la

découverte que l'information devienne progressivement une marchandise dont la vente et la diffusion peuvent rapporter d'importants profits et aboutir à la main mise de l'espace Internet par quelques gigantesques groupes de communication. Ainsi le Wall Street Journal a souligné que la fusion AOL-Time Warner faisait surgir le spectre d'une domination des secteurs importants de la nouvelle économie mondiale par des firmes américaines simplement en raison de leur taille, et cela avant même qu'un grand nombre de gens ne soit branché au niveau mondial. Il est de fait aujourd'hui que 80% des contenus sur la Toile sont en anglais et l'évolution du droit de la propriété intellectuelle se faisant au profit de ces grands groupes privés au détriment des populations les plus fragiles renforce les inquiétudes.

S'il faut bien se garder de tomber dans un discours alarmiste, il est frappant néanmoins de constater que les abonnés qui accèdent à Internet grâce à AOL passent en réalité 90% de leur temps à l'intérieur de ce système en utilisant ses services et ses contenus (contre 16% sur Internet proprement dit) ; pour ces abonnés, AOL est la Toile ! Sorte de club fermé et modèle fondé sur " la propriété exclusive " de services et de contenus, l'architecture d'AOL implique un contrôle social fort de ses abonnés. Ainsi, on n'y trouve pas d'espace public dans lequel les internautes pourraient rencontrer des centaines de personnes, rallier des gens à une révolution ou critiquer AOL. Au lieu de cela, il y a juste des " chat rooms " où un maximum de 23 personnes peuvent discuter. Si le patron d'AOL, Steve Case, peut parler à toute la communauté, l'inverse est impossible. Comme le souligne le député C.Paul " Il n'est sans doute pas de l'intérêt d'acteurs aussi puissants d'interdire l'accès de quiconque au réseau mais il peut rendre les expressions " marginales " de moins en moins visibles ou accessibles ". Il importe donc de rester vigilant pour que les principes fondamentaux du droit de la communication, et en particulier le pluralisme et la diversité culturelle, continuent à être assurés sur Internet .

La problématique de la responsabilité juridique des acteurs -et plus spécialement celle des prestataires techniques (fournisseurs d'accès, d'hébergement, opérateurs)- sur le réseau fait partie des grandes inquiétudes car elle fait apparaître des zones d'insécurité pour la liberté d'expression. Nous verrons que la définition d'un régime clair de responsabilité s'est imposé comme une nécessité. Or, on peut regretter que la jurisprudence plutôt confuse et la législation incomplète ont du mal à relever ce défi et ne dissipent pas toutes les incertitudes en la matière.

Alors, face à ces inquiétudes, la régulation pourrait bien apparaître comme une réponse si tant est qu'elle puisse prendre en compte tous les paramètres et spécificités d'Internet. La France tente de le faire en proposant une forme inédite de régulation : le " Forum " des droits de l'Internet, organisme de co-régulation.

L'utilisation d'internet au service de la liberté d'expression politique : "vers une démocratie électronique"

Les nouvelles technologies de l'information et de la communication permettent de promouvoir la liberté d'expression, d'information et de manière plus large, la démocratie. Cette idée que les technologies de communication puissent être un instrument de progrès politique n'est pas nouvelle. Au XIX^{ème} siècle, les saint-simoniens voyaient dans le télégraphe un moyen de " l'association universelle ", réalisant la communion entre l'Orient et l'Occident. Lors de sa naissance, on imaginait que la télévision mettrait le savoir à la portée de tous et élargirait l'espace public. Aujourd'hui, dans un contexte de crise de la représentation démocratique, c'est Internet qui suscite l'espoir d'une rénovation de nos systèmes politiques : en fluidifiant la circulation de l'information et en facilitant l'interaction des individus, les réseaux électroniques permettraient aux citoyens de participer plus activement à la vie de la cité et annoncerait une démocratie " revitalisée "¹⁵² : la démocratie électronique.

Section 1 : LES POTENTIALITÉS POLITIQUES D'INTERNET

La réflexion en cette matière revêt souvent un caractère prophétique. Néanmoins, les tentatives ou les expériences concernant la communication politique, les rapports entre les citoyens et les institutions, et l'organisation autonome des citoyens laissent entrevoir les signes des tendances actuelles les plus significatives et des évolutions possibles dans un avenir proche.

A) Une meilleure transparence

Le réseau mondial pourrait ainsi d'abord contribuer à une meilleure information des citoyens et à une meilleure transparence de l'action publique participant en cela à l'idéal du citoyen éclairé cher à Thomas Jefferson ¹⁵³ . Par rapport aux médias existant, le Net présente

¹⁵² C. LAMOULINE et Yves POULLET, " Des autoroutes de l'information à la " démocratie électronique ", de l'impact des technologies de l'information et de la communication sur nos libertés ", Rapport présenté au Conseil de l'Europe, 1997.

¹⁵³ Ecrivain politique et homme d'Etat américain, président des Etats Unis de 1801 à 1809.

en effet quatre avantages principaux :

3 la diminution des coûts de diffusion de l'information, qui permet de mettre à la disposition des citoyens des données plus abondantes ;

3 la diversification des sources d'information, le réseau échappant par son caractère mondial au contrôle des autorités politiques ou au biais culturel propre à chaque société ;

3 un accès direct à l'information, sans intervention de médiateurs susceptibles d'en transformer le sens ;

3 la possibilité de recherches personnalisées construites en fonction des interrogations de chacun.

B) *Une mobilisation facilitée*

Internet peut par ailleurs faciliter la mobilisation et l'action politique en réduisant les contraintes (manque de temps, distance entre individus) qui entravent habituellement l'engagement civique.

Des personnes qui partagent un intérêt commun, mais qui sont dispersées, peuvent entrer en contact (par un forum de discussion spécialisé par exemple) et se regrouper pour élaborer un programme revendicatif. Ce point sera plus amplement développé dans la partie consacrée au " cybermilitantisme ".

C) *Un nouvel espace de débat*

Internet peut également constituer un lieu de débat, une réplique électronique de l'agora athénienne. Grâce aux groupes de discussion ou aux listes de diffusion, des milliers d'individus peuvent confronter leurs points de vue. Internet présente l'avantage d'être un forum ouvert aux

courants d'opinion mal ou pas représentés dans l'espace public traditionnel, qui peuvent ainsi inscrire sur l'agenda public des questions délaissées par les partis politiques ou les médias ¹⁵⁴ .

D) *Un dialogue avec les responsables publics favorisé*

Internet est enfin susceptible de favoriser une interaction plus grande entre gouvernants et gouvernés. Effectivement, en France, de nombreuses personnes ont désormais recours au courrier électronique pour faire connaître à leurs élus leurs attentes ou leurs réactions à des projets de loi. Ce point sera quant à lui étudié dans les paragraphes relatifs aux " cités numériques " et aux institutions politiques en ligne.

¹⁵⁴ C'est ainsi grâce à Internet qu'un débat s'est ouvert en France, au début de 1998, sur l'Accord multilatéral sur l'investissement de l'OCDE, qui avait échappé à l'attention des médias. Voir Christian de Brie, " comment l'AMI fut mis en pièce ", *Le monde diplomatique*, décembre 1998

Section 2 : LES APPLICATIONS ACTUELLES

A) Les cités numériques

L'utilisation du Réseau pourrait renouveler l'intérêt du citoyen pour la vie de la cité. " L'une des questions les plus épineuses de la communication moderne "¹⁵⁵ s'est toujours focalisée sur la façon de combler le vide entre deux élections, de rompre le silence des citoyens, de les délivrer de la condition d'esclave que dénonçait Jean-Jacques Rousseau ¹⁵⁶. Or, il semble que l'avènement des moyens de communication électronique permettent la réalisation de cet objectif, en offrant à tout citoyen la possibilité d'intervenir à tout moment dans le processus politique.

Aujourd'hui, les expériences menées pour faire participer plus ou moins activement les citoyens à la vie publique en utilisant Internet restent géographiquement limitées. Paradoxalement, alors qu'Internet est un réseau planétaire, ce sont les projets locaux d'expérimentations politiques des NTIC qui sont de loin les plus nombreux et semblent susciter le plus d'espoir. A la fin 1999, plusieurs milliers de villes dans le monde ont ouvert un site Web. Cependant, tous ces sites n'ont pas la même conception de la citoyenneté. C'est pourquoi, nous nous intéresserons uniquement aux municipalités qui ont poussé la réflexion sur la cyberdémocratie en essayant d'instaurer une vie communautaire à travers la Toile et de donner une dimension politique à leurs services en ligne qui dépasserait la simple possibilité de télécharger un formulaire d'imposition ou de renouvellement de passeport ou de recevoir un extrait d'acte de naissance. Ces villes utilisent les ressources du Net pour véritablement " créer du lien social "¹⁵⁷ et donner la parole à leurs administrés.

Sans omettre les expériences récentes espagnole et bolognaise ou hollandaise ¹⁵⁸,

¹⁵⁵ Stefano Rodotà, " La démocratie électronique, De nouveaux concepts et expériences politiques ".

¹⁵⁶ JJ Rousseau, " Le contrat social ", livre 3, chapitre 15. " Le peuple anglais pense être libre ; il se trompe fort, il ne l'est que durant l'élection des membres du Parlement ; sitôt qu'ils sont élus, il est esclave, il n'est rien. ".

¹⁵⁷ Thierry Vedel, dans " l'avenir du politique sera local ", op.cit.

¹⁵⁸ Pour une illustration de l'expérience hollandaise, Stefano Rodotà, op. Cit. p 48-49

plus ancienne ¹⁵⁹, le cas le plus connu est certainement celui de Santa Monica aux Etats-Unis et de son réseau intitulé " Public Electronic Network (PEN) ", opérationnel depuis 1989, considéré comme l'une des expériences les plus avancées de démocratie via des bornes télématiques et des services kiosques ¹⁶⁰. Les citoyens peuvent y recourir comme source d'information, comme service de courrier électronique entre citoyens et entre citoyens et administration, comme tableau d'affichage électronique pour participer à des débats sur des sujets variés et aux délibérations du conseil municipal et de ses commissions. L'expérimentation de Santa Monica mêle à la fois des services d'accès et de dialogue avec les administrations et des services de consultation de la population sur des questions locales en matière d'environnement, de services sociaux etc.

En France, se sont les villes de Parthenay dans les Deux -Sèvres et d'Issy-les-Moulineaux dans les Hauts-de-Seine qui se chargent de montrer la voie. La première avec 30% des ses habitants équipés d'ordinateurs reliés au réseau, s'est forgé depuis quelques années la solide réputation de " première ville numérique du pays " ¹⁶¹. La ville s'est dotée d'un site Internet participatif ¹⁶² sur lequel les citoyens peuvent dialoguer entre eux et surtout interpeller les élus. Effectivement, l'utilisation du Net repose ici sur le développement du degré d'interaction entre les services de la municipalité et les autres acteurs de la vie sociale comme par exemple entre le service culturel de la mairie et les associations actives dans ce domaine. La mairie possède également son propre site " intownet ". Selon le responsable du projet de mise en ligne des services communaux, la municipalité serait bien plus que le simple auteur du site, " elle se placerait en fait comme un opérateur et se cantonnerait à une fonction de simple animateur au service des habitants de la commune " ¹⁶³. Le site est ainsi ouvert à tous les citoyens qui peuvent y faire héberger gratuitement leurs pages personnelles tout en bénéficiant d'une censure municipale à posteriori et non a priori. A ce jour, 300 parthenaisiens ont développé plus de 45 000 pages Web.

¹⁵⁹ <http://www.santamonica.com>

¹⁶⁰ Séminaire du CEVIPOF à l'université de Jussieu, 13 octobre 1999

¹⁶¹ Adresse : <http://www.district-parthenay.fr/>

¹⁶² Intervention de Stéphane Martayan, conseiller municipal de Parthenay et responsable du site.

¹⁶³ Il existe toutefois une expérimentation numérique supplémentaire : la retransmission du Conseil municipal sur la télévision interactive par câble.

Issy-les-Moulineaux quant à elle jouit d'un statut relativement différent : disposant de moyens considérables grâce à l'appui de sociétés comme " France Telecom " ou " Vivendi ", elle serait emblématique de ce qu'il est possible de faire ou de ne pas faire en matière d'utilisation des NTIC. Le cheminement a été différent. La ville s'est en effet d'abord servi d'Internet comme support promotionnel, son site Web constituant une version améliorée du magazine municipal et destiné en premier lieu à un public extérieur (touristes, entreprises susceptibles de s'implanter en ville). Puis, progressivement, le site s'est mué en un espace d'informations municipales après avoir été initialement un pôle d'activité économique. On trouve à Issy-les-Moulineaux comme à Parthenay sensiblement la même utilisation des ressources offertes par la mise en ligne de services administratifs ¹⁶⁴. Cette importance accordée à l'interactivité entre le citoyen et l'élu et les avancées que permettrait l'utilisation du Net se retrouvent dans le discours enthousiaste de son maire André Santini : " La Révolution technologique est en train de créer un nouveau type de citoyens, capables de contrôler l'action des élus, de donner leur opinion en temps réel et de se former en groupe de pression, avant que l'on puisse imaginer le passage au suffrage électronique " ¹⁶⁵.

Toutes ces expérimentations significatives et qui ne sont que les symptômes d'une avalanche d'expériences actuellement pratiquées dans une multitude de pays ont comme finalité d'accroître la participation politique des citoyens en greffant des formes de démocratie directe sur les mécanismes habituels de la démocratie représentative. Toutefois, elles n'ont permis concrètement qu'une participation encore relativement réduite des citoyens : " D'une manière générale, si l'on se réfère au triptyque de la démocratie fondée sur l'information, le débat et la délibération, on constate que le troisième niveau est toujours absent. On trouve généralement des informations sur les sites Web, un peu moins de débats mais pas de délibérations ".

¹⁶⁴ André Santini dans " L'Europe à l'aube de la cyberdémocratie ", article d'Eve Langlad, Le Monde, 9 juin 1999.

¹⁶⁵ Thierry Vedel, op. cit.

Et il est vrai que pour l'instant, les effets de l'appropriation des technologies de l'information et de la communication dans la société sont difficilement prévisibles. " Pour l'instant les gens découvrent l'outil avec euphorie et prévoient une nouvelle ère politique mais d'ici quelques années ils auront pris du recul, et c'est à ce moment que l'on pourra tirer les conclusions ¹⁶⁶ . Effectivement, si l'on prend le cas de Santa-Monica, son forum de discussions ouvert depuis maintenant cinq ans a compté jusqu'à mille participants pour 100 000 habitants. Or aujourd'hui ce nombre a chuté, ils ne sont plus que 300 à régulièrement venir échanger sur le forum..

B) Le " cybermilitantisme "

Il est impossible techniquement d'interdire efficacement l'expression politique sur la toile. La construction d'un site Web étant financièrement très accessible, Internet fournit par conséquent aux opposants de tous bords une capacité d'action mondiale et une puissance d'information qu'ils n'ont pas dans la vie réelle. Les exemples sont nombreux faisant du Net " la voix des sans-voix ¹⁶⁷ .

Ainsi, au Mexique, les indiens du Chiapas ont dès le début de leur insurrection en 1993 utilisé les outils disponibles sur la toile pour faire connaître leurs revendications en ouvrant pas moins d'une quarantaine de sites Web. C'est principalement grâce à Internet que leur leader, le célèbre " Commandant Marcos ", a réussi à organiser en juillet 1996, en pleine jungle mexicaine, une conférence internationale contre le néolibéralisme, rassemblant quelque 3 000 activistes venus de 42 pays ¹⁶⁸ .

¹⁶⁶ " Trois questions à Thierry Vedel ", Le Monde, 9 juin 1999.

¹⁶⁷ Hai Nguyen, " Interdit d'interdire ", Le Monde, 15 mars 2000

¹⁶⁸ Pour en savoir plus sur la conférence, voir <http://www.utexas.edu/students/nave/abzap.html>

Internet passant au delà des frontières et des barrières physiques offre véritablement une alternative à la censure. C'est désormais par le Réseau mondial qu'en Malaisie les partisans du principal opposant au pouvoir en place, l'ancien vice-premier ministre Ibrahim Anwar aujourd'hui emprisonné, communiquent entre eux pour obtenir des informations impartiales¹⁶⁹.

Au moment du conflit en Tchétchénie des sites pro-indépendantistes ont permis la diffusion d'informations qui faisaient alors état d'un bilan beaucoup plus nuancé que les communiqués officiels de victoire de Moscou. Ainsi, le site Web ¹⁷⁰ de l'ancien ministre de l'information tchétchène Movladi Oudougov avait été le premier dès le début du mois de mars 2000 à signaler de lourdes pertes russes lors de violents combats au nord-ouest de Grozny. L'information avait alors été reprise au conditionnel par la presse internationale.

En Tunisie, c'est aussi grâce à Internet que des jeunes, déjouant la censure d'Etat, peuvent s'exprimer sur des sujets considérés comme tabous ou interdits par les autorités : la bureaucratie, la police, les relations garçons-filles, la citoyenneté, Dieu, l'ennui, l'orientation universitaire, la presse. Depuis l'été 2000, le site " www.takriz.org " est en passe de devenir un " véritable phénomène de société " ¹⁷¹. Pour contourner la censure, les auteurs utilisent des serveurs installés dans l'Oklahoma aux Etats-Unis et ont créé une cellule de crise virtuelle qui dispense par e-mail des astuces techniques permettant de se connecter malgré les barrières imposées par le pouvoir ¹⁷² .

D'autres exemples montrent qu'Internet favorise l'émergence de communautés civiques virtuelles qui ne trouvaient jusque-là pas ou peu d'échos dans les médias traditionnels. A cet égard, les " agitations électroniques (appels au boycottage, pétitions, détournement de publicité, harcèlement électronique) au moment des négociations sur l'accord multilatéral sur l'invest-

¹⁶⁹ http://www.numbers.tripod.com/~REFORMASI_MALAYSIA/ressources.htm

¹⁷⁰ <http://www.kavkaz.org/>

¹⁷¹ Florence Beaugé, " Les cyber-résistants tunisiens donnent naissance à une nouvelle forme de contestation ", Le Monde, 22septembre 2000

¹⁷² Selon un rapport de Reporters Sans Frontières, la Tunisie fait partie des pays " véritables ennemis de ce nouveau média ", pour consulter le rapport www.rsf.fr

tissement (l'AMI), fin novembre 1998, l'organisation du contre-sommet de Seattle regroupant les anti-OMC, en novembre 1999, ou la mobilisation relative au naufrage du pétrolier l'Erika sur les côtes françaises au mois de décembre 1999 (qui a permis à "Radiophare.Net", sorte de vigie face aux catastrophes naturelles de montrer toute l'originalité de son concept) prouvent que la toile peut servir de caisse de résonance à des initiatives collectives et offrir ainsi de nouvelles stratégies de combat et de lutte sociale particulièrement efficaces.

Ainsi, grâce à Internet des dizaines de milliers d'adversaires à l'OMC se sont organisés sur le plan international et national tout au long de 1999. A condition d'avoir accès à un ordinateur et de maîtriser à peu près l'anglais, n'importe qui pouvait être aux premières loges et participer à la montée vers Seattle. Le principal outil fédérateur était la liste de diffusion " Stop WTO Round " (stopper le cycle du millénaire de l'OMC) qui permettait d'être en contact avec le mouvement tout entier et à partir de là de se faire inscrire sur d'autres listes spécialisées. Sur Internet étaient disponibles pour le grand public les mises à jour sur les mouvements anti-OMC nationaux, de la part des pays européens, de l'Australie, du Canada, des Etats-Unis et de l'Inde ¹⁷³ . De ce fait on peut alors saisir aisément l'ampleur de l'information disponible réactualisée chaque jour depuis les quatre coins du monde et complétée par le travail de milliers de militants, qui étaient devenus autant d'experts : conférences, colloques et séminaires, brochures et articles, entretiens et conférences de presse.

Dès lors, on comprend pourquoi les associations ont investi le Net avec enthousiasme¹⁷⁴ . L'exemple de l'association Attac (Association pour une taxation des transactions financières pour l'aide au citoyens) est très représentatif du développement qu'une association peut connaître. A sa création, en juin 1998, elle se résume à un site Internet et à une liste de diffusion. Un an et demi plus tard, l'association compte 20 000 adhérents répartis dans une quinzaine de pays. Le site est traduit en quatre langues et compte plus de 5 000 documents et une

¹⁷³ Mise à jour un peu moins fréquente en provenance d'Asie, d'Afrique et d'Amérique Latine.

¹⁷⁴ Gilles Klein, journaliste Webmaster, militant d'Indymedia France : " Internet est une arme extraordinaire pour diffuser de l'information. Sa réactivité et son rayon d'audience nous mettent pratiquement à égalité avec les grands groupes de communication ! Il n'y a encore pas si longtemps on faisait des fanzines que l'on distribuait à 500 exemplaires. Aujourd'hui on enregistre plus d'un millions de visiteurs par jour ", Le Monde Interactif, Le Web des antimondialistes passe par Prague, 27 septembre 2000.

multitude de forums. Tous bénévoles, 300 traducteurs amateurs ou professionnels et une centaine de rédacteurs travaillent pour alimenter le site. Quelque 200 " correspondants électroniques locaux " servent d'interface sur le terrain entre les militants connectés et ceux majoritaires qui n'ont pas d'accès à Internet afin de transmettre la bonne parole. Il s'agit réellement d'un modèle d'organisation qui pourrait " préfigurer une forme de militantisme alternatif qui entend, à partir de l'interconnexion électronique des citoyens, faire émerger un nouvel espace de représentation et de revendication à l'échelle mondiale "¹⁷⁵ .

Internet annonce donc la possibilité d'un agir collectif. Cela soulève une inquiétude grandissante de la part de ceux en particulier qui souhaiteraient voir le Réseau être et rester un espace voué au commerce électronique. Pour preuve, un rapport émanant des services secrets canadiens rédigé à la suite des manifestations contre l'OMC à Seattle et intitulé "L'antimondialisation, un phénomène en pleine expansion" a pointé Internet comme un nouvel instrument de trouble de l'ordre public.

Ainsi on peut lire aux paragraphes 22 et 23 du rapport que : " L'élaboration et l'utilisation de tactiques nouvelles sont directement attribuables aux nouvelles technologies que les organisateurs ont su mettre au service de leurs intérêts. Internet, l'agent de ces profonds bouleversements, a eu un impact important, entre autres en permettant aux organisateurs de planifier rapidement et facilement les manifestations, parfois à l'échelle de la planète. Les individus et les groupes peuvent désormais fixer les dates, partager leurs expériences, accepter des responsabilités, régler la logistique et lancer une foule d'autres initiatives, ce qu'ils n'auraient jamais pu faire aussi facilement et aussi rapidement avant. Il est désormais possible de faire en sorte que des manifestations et des activités de protestation se déroulent simultanément en plusieurs endroits. La communication et la coordination par Internet ont donné un nouveau souf-

¹⁷⁵ Stéphane Mandard, " L'arme fatale du militantisme ", Le Monde Interactif, 15 mars 2000.

fle au mouvement anarchiste, qui n'est désormais plus soumis à une direction centralisée, et en permettant des actions coordonnées dont l'organisation requiert un minimum de ressources et de formalités administratives. Il a permis aux groupes et aux individus de consolider leurs liens, de se communiquer leurs succès par courriel et de recruter des membres. "

On peut lire également au point 40 qu' " Internet demeurera un facteur important du succès ou de l'échec des activités de protestation et des manifestations contre la mondialisation. Les groupes s'en serviront pour désigner et faire connaître leurs cibles, solliciter des appuis et encourager la participation, organiser et communiquer informations et instructions, faire du recrutement, recueillir des fonds et promouvoir leurs objectifs individuels et collectifs. Internet reste un outil important de motivation et de planification des activités de protestation. Les planificateurs des conférences devront être aux aguets pour connaître à l'avance les intentions et les objectifs des manifestants et prévenir ainsi tout incident imprévu. "

L'un des services les plus utilisés sur un réseau tel qu'Internet pour s'exprimer est bien évidemment le courrier électronique. Rien qu'aux Etats-Unis, il s'en échange 2,1 milliard par an. Un nombre qui devrait atteindre 8 milliards en 2002. En quelques années, le volume d'e-mails envoyés dans le monde entier a pris l'aspect d'un raz-de-marée. " Selon toute probabilité, ce sera le medium dominant de communication interpersonnelle durant le prochain millénaire" a annoncé récemment Nicholas Negroponte, le célèbre médiologue du Massachusetts Institute of Technology .

Or, l'e-mail est-il réellement une arme politique efficace ? Lorsque on se penche sur les expérimentations déjà réalisées, notamment aux Etats-Unis ¹⁷⁶, le bilan est assez contrasté : " souvent mal perçue, la pétition par e-mail relève d'un mode d'expression un peu incontrôlé, du type pot de peinture sur la tête ou tonnes de choux fleurs devant la préfecture "¹⁷⁷, qui la plu-

¹⁷⁶ Pour le rapport complet voir : www.csis-scrs.gc.ca/fra/miscdocs/200008f.html

in Nathalie Levisalles, " Les relations par courrier électronique fascinent des millions de personnes ", *Liberation*, 15 juin 1999.

¹⁷⁷ Natalie Levisalles, " les pétitions électroniques se développent aux Etats-Unis.L'e-mail sera-t-il la nouvelle arme militante ? ", *Libération Multimédia*, 18 juin 1999.

part du temps reste sans effet. Cependant, d'une manière générale, la technique la plus efficace est celle d'e-mails envoyés avec parcimonie à quelques correspondants très ciblés ; l'envoi massif d'e-mails bloquant les ordinateurs, submergés de message, du destinataire ne provoquerait que leur exaspération. Mais tous les sites hébergeant des pétitions n'ont pas les mêmes objectifs. Ainsi, le site "la pétition" a été créé par François Théry "pour que les gens puissent s'exprimer et réagir sur l'actualité". Les pétitions actuellement en ligne vont de Non à la complaisance du Vatican pour Pinochet à Pour la démission d'Allègre en passant par la mise en place de ralentisseurs à Coursan (Aude), Pour l'homéopathie et Contre l'élevage des truies en batterie. La plus populaire (5000 signatures), est celle qui prend la défense des oiseaux migrateurs. Les autres recueillent en moyenne 100 signatures.

Enfin, on ne peut conclure ce développement relatif au cybermilitantisme sans aborder la question des syndicats. Les syndicats " ne voient [pas] Internet comme un moyen de mobilisation, et encore moins comme un espace de travail "¹⁷⁸ . Les sites des deux principales centrales françaises, la CGT et la CFDT sont là pour en faire l'illustration : certes ils offrent beaucoup d'informations (présentation des fédérations, des campagnes, des dossiers brûlants) mais ils ne proposent en revanche ni forums de discussion ni listes de diffusion, donc peu d'espace d'expression pour les adhérents. Et pourtant, si les syndicats ne semblent pas encore en mesure de maîtriser toutes les ficelles du Net, l'expression directe de groupes de salariés tend à se développer ¹⁷⁹ et déjà quelques initiatives ont réussi prenant exemple sur ce qui se passe aux Etats-Unis ^{180/181} .

C) *Les élections et le vote électroniques*

Sans vouloir tomber dans un optimisme excessif, on peut soutenir que les nouvelles technologies de l'information et de communication sont d'ores et déjà un outil de communica-

¹⁷⁸ Natalie Lavisalles, op.Cit.

¹⁷⁹ Olivier Blondeau, in " Partis et Syndicats à la traîne ", le monde interactif, le 15 mars 2000.

¹⁸⁰ voir Laurent Mauriac et Nicole Penicaut, " Le Web repaire du salarié en colère " Libération multimédia, 16 octobre 1998.

¹⁸¹ S'il arrive que des salariés créent un site pour défendre leur entreprise (ce fut le cas des employés d'Apple, inquiets de voir Oracle leur roder autour), c'est plus généralement en opposition à leur patron. Les sites d'employés aux Etats-Unis en témoignent. A l'image de celui de Wal-Mart, leader mondial de la distribution. Les témoignages y affluent pour se plaindre de l'organisation de l'entreprise.

tion politique en voie de banalisation ; cependant la question de leur usage pour l'expression du scrutin demeure la plus sensible.

Effectivement, un grand formalisme est attaché à l'acte de voter (déplacement jusqu'au bureau de vote, recours à des bulletins au nom de chaque candidat, distribution aux électeurs de cartes nominatives, usage d'isoloirs et d'enveloppes de scrutin...) ainsi qu'aux modalités de dépouillement (art 65 du C. Electoral) qui rend le contenu de ce moment civique hautement symbolique. Or, l'introduction des NTIC dans le processus actuel pourrait bien modifier ces pratiques séculaires. D'ailleurs beaucoup en France s'accordent pour dire que même si les difficultés techniques peuvent être résolues, le vote électronique met en danger de manière trop profonde les principes propres à la démocratie ¹⁸² et appellent à une très grande prudence dès lors qu'on envisage de modifier les modalités de scrutin.

Cependant, dans quelques pays des expériences de vote électronique ont été organisées. Nous verrons d'abord en quoi elles consistent pour nous focaliser ensuite sur les objectifs qu'elles visent.

1) *les expériences*

En Europe, c'est l'Allemagne qui se place comme le pays le plus avancé dans ce domaine ¹⁸³, le gouvernement allemand ayant pris très au sérieux le projet d'un vote par le biais d'Internet. Dès mars 1999, le Ministère de l'économie décide de financer à hauteur de 1,3 millions de marks (660 000 euros, 4,4 millions de francs) les travaux d'un groupe de chercheurs en Sciences Sociales de l'université d'Osnabrück (Basse-Saxe) lancés en 1998. Plus précisément, au mois de septembre 1998, au moment des élections législatives, les chercheurs publient sur leur site les résultats des élections virtuelles commencées quatre semaines auparavant grâce aux 17 000 cybervotants qui ont joué le jeu en remplissant un simple formulaire

¹⁸² Thierry Vedel, Le monde interactif 9 juin 1999.

¹⁸³ Nicolas Bourcier, " le Bulletin dans le modem ", Le monde, 9 juin 1999.

d'inscription. Or, les résultats correspondaient à 1,1% près aux chiffres officiels. Cette consultation électronique marque la première étape d'un projet ambitieux de vote sécurisé sur le Réseau.

Visant à répondre aux problèmes de confidentialité et de sécurité des votes (le responsable du projet reconnaît d'ailleurs lui même que le Web comme le courrier électronique " sont tous deux aussi sûrs qu'une carte postale entre les mains d'un hacker "), la jeune équipe a réussi à mettre au point un logiciel appelé e-vote ainsi qu'un protocole spécifique. Sans rentrer dans des considérations trop techniques, le vote se déroule de la manière suivante : au départ, l'électeur va chercher au bureau d'enregistrement sa signature numérique unique et verrouillée au maximum des capacités de cryptage actuelles sur une carte à puce qui est distribuée par un "certificateur". Le certificateur est une agence indépendante chargée de vérifier l'identité de l'électeur et de valider son vote. A Munich, il existe déjà deux centres officiellement certifiés. Une fois rentré chez lui, l'électeur se connecte sur un site web dédié et y enregistre sa signature. Il dépose son " bulletin " dans une " enveloppe virtuelle ", qui est elle-même glissée dans une seconde enveloppe envoyée au validateur. Celui-ci ouvre cette dernière enveloppe et vérifie l'identité de l'électeur, avant de la lui renvoyer. L'électeur renvoie ensuite le tout au serveur de vote : celui-ci ne peut absolument pas déterminer l'origine du bulletin qui lui est remis. A l'issue du vote, le serveur de vote envoie l'ensemble de l'urne électronique au validateur, qui décompte les voix. A ce stade, l'électeur peut même vérifier que son vote a bien été validé. Les trois agences (certificateur, validateur et collecteur) ne peuvent avoir aucun contact entre elles : elles relèvent d'autorités différentes. Ce protocole a été utilisé pour la première fois les 1er et 2 février 2000, pour les élections des représentants étudiants au conseil d'administration de l'université d'Osnabrück.

Depuis , le mouvement s'est accéléré et les tests grandeur nature se sont multipliés. En mai 1999, c'était au tour d'une caisse d'assurances de tenter l'expérience. En octobre, le Land de Brandebourg a demandé d'utiliser le Web pour les élections du personnel. Dès lors, l'enthousiasme de M. Dieter Otten est compréhensible : pour lui, " le temps est désormais à l'action. Le vote Internet devrait être légalisé, après avoir été dûment testé. Il ne faut pas attendre cinq ans de plus pour le faire. Le logiciel utilisé doit être diffusé, afin que chacun puisse s'assurer de sa fiabilité.[...] Je suis certain que les Romains, s'ils avaient eu Internet, auraient été les premiers à l'adopter. "¹⁸⁴

Internet est entré officiellement dans l'histoire politique des Etats-Unis le 7 mars 1999. En effet, c'est précisément ce jour où les partisans du parti démocrate de l'Arizona ont fait le " grand saut "¹⁸⁵ dans l'ère numérique. En vingt-quatre heures, 16 000 d'entre eux ont déposé un bulletin électronique, soit plus de la totalité des votes émis lors des primaires de 1996. L'opération ne s'est cependant pas passée sans difficulté. Les problèmes qui sont apparus ont été principalement d'ordre technique : les serveurs étaient engorgés et beaucoup plus lents qu'en temps normal ; certains votants ne trouvaient pas le numéro d'identité qui leur avait été envoyé par courrier et dont ils avaient besoin au moment d'arriver sur le site électoral (ils devaient aussi fournir certaines informations personnelles servant à conformer l'authenticité de leur participation). Toutefois le problème le plus sérieux a été soulevé par un groupe de pression nommé " Voting Integrity Project " et qui a demandé à un juge d'interdire l'opération au motif qu'elle favorisait les riches et les Blancs pouvant voter depuis leur domicile parce que mieux équipés. Le juge a rejeté leur demande.

¹⁸⁴ Intervention de M. Dieter Otten, lors du colloque " les parlements dans la société de l'information ", <http://www.senat.gouv>

¹⁸⁵ Francis Pisani , " Les primaires en ligne ", Le Monde Interactif, 15 mars 1999.

2) *les objectifs poursuivis*

Le premier objectif visé concerne la réduction du coût des élections. Effectivement, l'une des opérations les plus lourdes et les plus coûteuses du processus électoral est relative à la mise sous pli et l'expédition de la propagande électorale. Concrètement, l'organisation administrative du scrutin fait intervenir une multitude de services administratifs : le Bureau des élections du Ministère de l'intérieur, les préfets et les 36 000 maires, le Ministère des Affaires étrangères pour le vote des français résidant à l'étranger, la Police nationale pour l'établissement des formulaires de vote par procuration, la direction de la Gendarmerie nationale, chargée d'acheminer en préfecture les procès-verbaux de vote des communes rurales, la Poste, l'INSEE, ou encore les magistrats des ordres judiciaire et administratif, dont la jurisprudence se trouve intégrée dans les circulaires rédigées par le Bureau des élections. Sans oublier la mobilisation d'un grand nombre d'agents souvent renforcée par l'embauche de personnes au chômage, afin de glisser les bulletins et professions de foi de chaque candidat. Au total ces opérations sont donc fortement étatisées, centralisées et particulièrement coûteuses : leur coût s'est ainsi élevé à 148 MF pour le scrutin européen de 1999, 106 MF pour les élections régionales de 1998 et 190 MF lors du scrutin législatif de 1997, soit en moyenne 22 % du coût total de ces scrutins. Si l'on y ajoute les bulletins déposés dans les bureaux de vote et les affiches électorales, le scrutin de juin 1999 a ainsi donné lieu à l'impression d'environ 150 millions de documents par liste de candidats, soit au total, près de 3 milliards de documents. Or il est évident que la croissance des connexions à Internet offre aux candidats un vecteur de propagande infiniment plus souple, plus efficace et moins coûteux que l'expédition de documents.

A cet égard, il est intéressant de noter que le récent scrutin européen a ainsi donné lieu à une innovation en matière de propagande. Une liste de candidats a choisi, pour des raisons d'économie et de souplesse, de diffuser sa profession de foi par le seul canal de son site Internet, en invitant ses militants à imprimer ce document et à le diffuser autour d'eux. Cette liste a recouru au même procédé pour la diffusion de son bulletin de vote, suggérant aux électeurs qui le souhaitaient de l'imprimer afin de l'utiliser le jour du scrutin. Une procédure juridictionnelle est en cours, qui permettra de dire si cette pratique est ou non conforme au code électoral. Quoiqu'il en soit, elle ouvre, pour la diffusion de la propagande électorale, une voie d'avenir qui ne manquera pas de s'amplifier lors des prochains scrutins et dont les avantages, en termes d'économie et de simplification administrative, méritent d'être soulignés.

Enfin, M. Dieter Otten rappelle qu'un vote traditionnel coûte environ 13 marks (6,65 euros, 43,60 francs) par électeur alors que, sur Internet une voix reviendrait à 1 mark. Les investissements d'aujourd'hui pourraient bien entraîner les économies de demain.

Le deuxième objectif est la diminution de la fraude. En effet, l'une des faiblesses du processus électoral ¹⁸⁶ en France réside dans les conditions de révision des listes électorales. Il s'agit d'un dispositif complexe (notamment par le fait qu'il donne lieu à des communications multiples entre au moins quatre autorités publiques) et surtout d'une fiabilité douteuse si l'on en juge par la masse de contentieux, parfois très médiatisés, qu'il génère ¹⁸⁷. Or, ce mode de recensement des électeurs est aujourd'hui dépassé au regard des potentialités des NTIC qui, comme le fait remarquer M. Olivier de Mazière, rendent désormais possible la création d'un registre national des électeurs dont la gestion pourrait être confiée à une agence indépendante chargée de régler différents problèmes (double inscription, correction d'inscription, etc.). De plus, le recours au vote électronique devrait supprimer les erreurs dues à la manipulation des bulletins au moment du dépouillement ou encore éviter les falsifications de cartes d'électeurs.

¹⁸⁶ Considéré dans une acception plus large, le processus électoral peut se définir comme l'enchaînement d'opérations administratives et de faits politiques permettant aux électeurs de désigner leurs représentants ; définition de M. Olivier de Mazière, Bureau des élections, Ministère de l'intérieur in intervention au colloque " les parlements dans la société de l'information " 1999.

¹⁸⁷ voir l'affaire des électeurs fictifs de la mairie de Paris

De surcroît, on doit souligner les gains de temps considérables que cela permettrait de générer en matière de dépouillement, de centralisation et donc de communication des résultats. Le système de vote conçu par l'équipe de chercheurs allemands serait le système le plus rapide jamais imaginé ; le calcul des résultats ne prenant jamais plus d'une seconde. Bref, l'adaptation du scrutin aux NTIC pourrait être une solution d'avenir pour renforcer l'intégrité des élections et améliorer la transparence du processus aux yeux des citoyens.

Le troisième et dernier objectif est bien entendu d'accroître la participation aux élections. Lors de la primaire démocrate de mai dernier dans l'Arizona, où il était possible de voter par voie électronique, la participation a été 3 fois plus importante qu'il y a 4 ans en 1996. D'autres Etats, notamment ceux dont la topographie est peu avenante comme L'Alaska ont manifesté leur souhait de pouvoir, eux aussi, exploiter cette nouvelle technique de vote évitant ainsi à certains électeurs de parcourir des centaines de kilomètres pour remplir leur devoir civique. Nos voisins européens partagent ce souhait et certains ont pris de l'avance comme la Belgique dont 42% du corps électoral a utilisé des machines à voter lors des dernières élections européennes(juin 1999). Il faut dire que dans ces pays le vote par correspondance est légal .

Ainsi à Munich, 23 % des électeurs ont utilisé le vote par correspondance lors des dernières élections, en 1998. Les Néerlandais, quant à eux, devraient être les premiers européens à voter en ligne pour leurs municipales de 2002. En France, l'espoir de certains députés comme Michel François ¹⁸⁸ ou André Santini ¹⁸⁹ qui voient dans Internet l'instrument privilégié pour lutter contre l'abstention se heurte à la législation en matière électorale. Effectivement, en France, la loi n'autorise pas le vote par correspondance. Or, l'évolution de ce point de la législation électorale constitue " un préliminaire indispensable avant de songer au vote par le réseau" ¹⁹⁰. Toujours est-il que les habitudes et les valeurs relatives à l'acte de vote évoluent (du fait notamment de la mobilité croissante des citoyens) et déjà la majorité des utilisateurs

¹⁸⁸ qui propose la création d'un groupe d'étude parlementaire sur le vote électronique, in " le principal enjeu du vot électronique, c'est la participation " , Christophe Alix, 28 septembre 2000.

¹⁸⁹ André Santini, " L'e-démocratie réveillera la politique ", Libération 21 avril 2000.

¹⁹⁰ Marie Joelle Gros, " le vote en ligne bloqué dans l'isoloir ", Libération Multimédia, 15 juin 2000.

les plus fréquents d'Internet veut pouvoir s'en servir pour exprimer ses désirs aux politiques. Or " d'ici 3 à 4 ans, 80% de la population sera équipée d'un mobile et aura accès à Internet " ¹⁹¹.

D) *Les institutions en ligne*

La liberté d'expression reconnue à l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales suppose pour être effective, une obligation tant active que passive à la charge de l'Etat, obligation d'informer tant sur l'action entreprise que sur celle à entreprendre. Le droit du public d'être informé, entendu non comme droit subjectif mais comme principe démocratique trouve sa principale traduction dans la liberté d'information. " Celle-ci, portant sur les relations entre l'administré et le pouvoir, prend un sens très particulier et signifie la faculté pour tous les citoyens de prendre connaissance des documents gouvernementaux ainsi que de l'information détenue par l'administration publique.

La liberté d'information, instrument de transparence des institutions publiques et administratives, offre par cette progression vers l'instauration d'une démocratie de participation le complément indispensable aux régimes de démocratie représentative . Le débat public au sein du corps social, ne peut prendre place que sur la base de l'accès à l'information détenu par le secteur public " ¹⁹². Cette assertion fondait déjà le principe même de la Recommandation du Conseil de l'Europe sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques ¹⁹³, recommandation qui avait trouvé son prolongement dans les multiples lois nationales dites de " freedom of information " ¹⁹⁴. Or, " l'utilisation d'Internet par les institutions publiques peut donner à ce droit d'accès des expressions voire une signification nouvelle " ¹⁹⁵.

Aussi, de nombreux pays ont engagé des programmes visant à mettre leur administrations en ligne. Le plan français, par exemple, appelé " Programme d'action gouvernemental

¹⁹¹ Christophe Alix, op.Cit.

¹⁹² C.De Terwangue, " la liberté d'information ou le libre accès à l'information détenue par le secteur public, Mémoire, Institut Universitaire de Florence, 1992, page 3 et s.

¹⁹³ Recommandation du Comité des Ministres n°R(81) 19 novembre 1981 sur l'accès à l'information détenue par les autorités publiques.

¹⁹⁴ Du nom de la loi américaine.voir en ce sens H.H. Perrit, " Federal Electronic Information Policy ", 63, Temp.L.Rev., 1990, Pages 901 à 950 qui déduit de la loi d'accès, l'obligation positive pour l'administration de mettre à la disposition du public des services électroniques d'information variés sur la base des informations collectées et traitées par l'Etat (informations statistiques, routières, météorologiques, registre de commerce,...).

¹⁹⁵ C.Lamouline et Y.Poullet " Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique "op.Cit. page 97.

pour la société de l'information " (Pagsi), lancé en janvier 1998, prévoyait que toutes les administrations auraient ouvert un site Web en l'an 2000, afin de rejoindre le niveau d'équipement du secteur privé et d'administrations de pays d'envergure comparable. S'il existe, à l'heure actuelle, plus de 500 sites Web dépendant de près ou de loin de l'Etat, d'une manière générale ses " représentants restent encore hermétiques aux possibilités du Réseau " ¹⁹⁶. Effectivement, en matière de dialogue direct et instantané, apport majeur d'Internet, " c'est la friosité qui domine " ¹⁹⁷. Un certain nombre de forum existent sur des sites ministériels, mais il abritent des dialogues de citoyens entre eux. C'est le cas par exemple du forum "corégulation d'Internet", sur le site du Pagsi, qui n'a donné lieu, depuis son lancement en janvier 2000, à la participation de quasiment aucun membre de l'administration. C'est pourquoi, des initiatives hors du circuit officiel ont été lancées comme Adminet ¹⁹⁸, Admiroutes ¹⁹⁹ ou Cahiers de doléances et projets ²⁰⁰ afin d'éviter l'échec d'un dialogue à sens unique.

Etant au cœur même du dispositif de la démocratie représentative, les Parlements sont, plus que d'autres institutions politiques, concernés par le développement des réseaux électroniques. La France, dans ce domaine, n'est pas en retard, le site de son Assemblée nationale ayant reçu un 19 sur 25 points lors d'une étude publiée par l'université d'été d'Amsterdam-Maastrich et réalisée au cours du séminaire " Campagnes politiques, Internet et démocratie ", rassemblant une trentaine d'experts en communication politique du 29 juillet au 1er août à l'université d'Amsterdam, sous la direction du consultant en politique internationale Phil Noble et de Bernhard Lehmann von Weyhe, étudiant à l'université de Sarrebruck ²⁰¹. M. Fabius, alors Président de la Chambre basse pouvait déclarer que ce score de 19 sur 25 obtenu par le serveur de l'Assemblée témoignait " des progrès récemment accomplis dans l'interactivité de ce site et [expliquait] l'audience, la plus forte de tous les sites institutionnels, qu'il rencontre désormais auprès des internautes français ". Grâce à Internet, " l'internaute suit la " loi en train

¹⁹⁶ Laurent d'Ersu, " l'administration fait la sourde oreille ", Le Monde interactif, 15 mars 2000.

¹⁹⁷ Laurent d'Ersu, Op.Cit.

¹⁹⁸ www.adminet.org Voir Cécile Ducourtieux, " Christian Sherer, l'homme par qui l'administration vint au Net ", le Monde interactif, 15 mars 2000.

¹⁹⁹ www.admiroutes.asso.fr, un site dont l'objectif est d'aiguillonner le " mammouth " administratif dans un esprit constructif.

²⁰⁰ www.doleances.org, un site où les citoyens peuvent exprimer leurs critiques vis-à-vis de l'administration.

²⁰¹ Matthieu Crocq, " La France, championne d'Europe de l'Internet ", Le Monde interactif, 11 août 1999.

de se faire " à travers les différents rapports sur le texte, les textes votés en navette jusqu'au texte définitif, au texte promulgué, le cas échéant après décision du Conseil constitutionnel. Toutes les étapes d'élaboration d'un texte de lois sont ainsi présentées au public, au fur et à mesure des votes des représentants de la Nation " ²⁰². Le Président du Sénat voit Internet comme un outil de dialogue. Ainsi à l'occasion de la fête de l'Internet 2000, il a lancé les premiers " cyberdébat de la République " durant lesquels une vingtaine de sénateurs de tous horizons politiques, connectés dans différents points du territoire, se sont relayés pour dialoguer en direct avec les internautes. C'est aussi un outil de consultation. Depuis l'automne 1999, des forums de discussions sont organisés permettant aux sénateurs de débattre sur la durée avec les internautes autour de sujets précis ; trois forums ont d'ores et déjà eu lieu : le premier, au mois d'octobre 1999 concernait la proposition de loi tendant à généraliser dans l'administration l'usage d'Internet et des logiciels libres ; le second, au mois de janvier 2000 portait sur le programme national de lutte contre l'effet de serre ; le troisième, en mai 2000, quant à lui, était sur la question des emplois-jeunes.

Aux Etats-Unis, certains commentateurs ont vu dans l'évolution des NTIC un changement fondamental pour les Institutions représentatives, prédisant même que le travail parlementaire serait bientôt obsolète et que nous verrions le passage d'une situation de dépendance des citoyens américains vis-à-vis de leurs représentants à la possibilité qu'ils se représentent en participant à des référendums électroniques. Il est évident que pour l'instant tout cela relève de la fiction. Néanmoins, pour les gouvernants américains il ne s'agit plus, avec Internet, simplement d'assurer l'accès voire la distribution de base de données gouvernementales, statistiques, géographiques, démographiques, administratives, légales mais de permettre véritablement un dialogue électronique entre l'administration et les citoyens. Ainsi, le site du Congrès permet déjà à des individus ou à des groupes d'envoyer des observations ou des " amendements " à des projets de loi en cours d'examen. Par exemple, récemment, des internautes se sont cons-

²⁰² allocution de M. Poncelet, Président du Sénat, lors du colloque sur " les Parlements dans la société de l'information ", 1999.

titués en groupe de pression pour faire reculer le gouvernement sur un projet de loi qui visait à obliger la scolarisation des enfants au sein d'établissements reconnus. Il s'agissait de parents isolés dans les campagnes qui, grâce à Internet, ont réussi à se rassembler les uns les autres et à s'organiser, en proposant des alternatives au projet de loi ²⁰³ .

Au niveau de l'Union européenne, on voit apparaître les prémices d'une médiation en ligne entre citoyens européens et institutions, depuis qu'un médiateur européen peut être saisi par simple courrier électronique. Chargé d'arbitrer les litiges qui opposent les administrés aux organes de l'Union européenne (Commission, Parlement, ou Banque centrale), le médiateur procède à des enquêtes sur des plaintes relatives à des cas de mauvaise administration (irrégularités, discrimination ou abus de pouvoir). Selon Jacob Söderman, l'actuel titulaire du poste "Internet est un formidable outil de communication au service de la démocratie qui rapproche les citoyens des institutions " ²⁰⁴; il regrette toutefois le peu d'efforts consentis pour en ouvrir l'accès au plus grand nombre. Si la majorité des plaintes déposées le sont encore par courrier classique, le nombre de saisines par e-mail est passé, pour les quatre premiers mois de 1999, de 127 à 2 662. 75 % des plaintes envoyées concernent la commission, et en avril, le médiateur a également reçu de nombreux messages électroniques critiquant l'engagement de l'Union européenne aux côtés de l'OTAN dans la guerre au Kosovo.

Parmi les citoyens-internautes, Allemands et Espagnols sont les premiers en nombre à recourir au médiateur ligne. Les Français, pour leur part, préfèrent adresser leurs requêtes au médiateur de la République, national donc, Bernard Stasi, qui se déclare " surpris du succès du site ". Depuis sa création en février 1998, les demandes de médiation ont augmenté de 32 %, ce qui lui fait dire qu' " Internet a permis au citoyen de connaître l'institution et de savoir comment l'utiliser à son avantage " . Sauf que le droit français oblige encore les internautes à passer par un parlementaire pour saisir le médiateur de la République, une procédure beaucoup plus contraignante que l'envoi d'un simple message électronique et qui n'est pas faite pour rapprocher le citoyen d'une instance censée défendre ses intérêts.

²⁰³ " Trois questions à Thierry Vedel ", Le Monde Interactif, 9 juin 1999

²⁰⁴ Sébastien Galliot, " Les tops et flops de l'Internet en Europe ", Le Monde, 9 juin 1999.

Section 3 : LES SIGNIFICATIONS DE CETTE UTILISATION

Plus fondamentalement on peut s'interroger sur la signification profonde de cette utilisation dans la vie politique. A ce sujet, nous emprunterons beaucoup aux travaux de Thierry Vedel et Stefano Rodotà qui ont en effet formulé de pertinentes hypothèses quant au devenir de nos systèmes politiques sur l'ère des nouvelles technologies de l'information et de la communication.

A) Au secours de la démocratie représentative

Une première hypothèse dégagée par T. Vedel ²⁰⁵ considère qu'Internet est une réponse à la crise que traverse la démocratie représentative incapable de réagir aux nouvelles exigences d'une société globale. Face à un accroissement régulier du taux d'abstention aux élections, un déclin du militantisme et une défiance croissante des citoyens à l'égard des élus, les Réseaux électroniques permettraient de " transformer les principes et les mécanismes de la représentation politique dans le sens d'une démocratie directe ". Ce qu'on désigne par conséquent sous le terme de " démocratie électronique " annoncerait " un nouveau cycle dans les modes de représentation et de délibération politiques ".

La question qui se pose est alors celle de savoir si on ne risque pas de voir apparaître une démocratie dite " immédiate ", " à chaud " qui se traduirait de plus en plus souvent " dans des phénomènes de personnalisation extrême en politique, dans la transformation des référendums en plébiscites, dans l'investiture plutôt que dans le choix, dans le jeu du oui et du non au détriment du jugement critique [...]. La prise directe des citoyens sur les processus institutionnels peut ainsi se changer en un soutien à la démocratie des émotions, au plébiscitarisme ou au populisme "²⁰⁶ .

²⁰⁵ T. Vedel, " Séminaire sur la démocratie électronique visions, pratiques, significations " CEVIPOF.

²⁰⁶ Stefano Rodotà, " La démocratie électronique ".

B) Une modernisation de la démocratie représentative

Dans cette hypothèse on considère la démocratie représentative comme une forme d'organisation politique indépassable. Dans ce sens, Internet corrigerait au mieux certaines de ses insuffisances, notamment en lui donnant une dimension participative, mais sans altérer ses fondements. La démocratie électronique serait alors " une simple modernisation de la démocratie représentative " ²⁰⁷.

C) Une utilisation purement symbolique

Une autre hypothèse, plus critique, assimile cette fois ce qu'on appelle la démocratie électronique à " un concept creux [qui participerait] à la promotion des autoroutes de l'information en suscitant l'espoir d'une société de l'information plus proche des citoyens qui est en réalité avant tout marchande " ²⁰⁸.

Il s'agirait alors d'une opération symbolique, " cosmétique " qui offrirait aux citoyens des espaces de liberté d'expression illusoire mais qui ne modifierait pas les structures des pouvoirs existants et par laquelle les gouvernements renforceraient même leur légitimité ²⁰⁹.

Certains ²¹⁰ n'hésitent pas ainsi à établir un parallèle entre ce qu'ils considèrent comme un " bric-à-brac de clichés journalistiques (e-démocratie, e-élections, politique.com, citoyens interactifs, etc.) et l'ancien discours sur les " radios libres ", dont la genèse associative ne résista pas longtemps aux tentations mêlées des recettes publicitaires et de l'introduction en Bourse. Dans ces conditions, ils se demandent s'il ne s'agirait pas " à nouveau de re-légitimer, de recharger en " démocratie " et en " citoyenneté ", un système chaque jour plus oligarchique et inégalitaire ? " ²¹¹.

²⁰⁷ T. Vedel, op. cit.

²⁰⁸ Ibid.

²⁰⁹ Diverses expériences locales ont ainsi montré que des systèmes de décentralisation, de délégation du pouvoir et de participation plus grande du citoyen ont conduit en fait à un accroissement de la capacité de contrôle des élus sur les services municipaux et de surveillance sur les administrés.

²¹⁰ Serge Halimi 'Des cyber-résistants trop euphoriques ', le monde diplomatique août 2000.

²¹¹ Ibid.

D) Une nouvelle forme de démocratie : " la démocratie continue "

Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait de dépasser la grille d'analyse communément acceptée opposant " démocratie représentative " (reconnue comme modèle établi de la démocratie moderne) et " démocratie directe " (considérée finalement comme une chance qu'offrent les nouvelles technologies).

Certains auteurs soulignent en effet que nous sommes en train d'assister à l'avènement d'une démocratie nouvelle et différente des schémas d'analyse classiques. Ces auteurs remarquent qu'avec ces schémas, il est difficile de saisir ce qui différencie véritablement ces deux modèles " de la forme politique actuellement façonnée par un système innervé par les technologies de l'information et de la communication "²¹². C'est pourquoi ils proposent le concept de " démocratie continue ". Effectivement considérées du point de vue des citoyens, " démocratie représentative " et " démocratie directe " présentent une caractéristique commune : elles incarnent toutes les deux une participation intermittente : les citoyens peuvent être appelés à désigner leurs représentants ou à prendre directement des décisions mais dans un cas comme dans l'autre " leur présence est périodique, marquée par une distance dans le temps et localisée dans quelques lieux officiels ". En revanche, dans " la démocratie continue ", la voix des citoyens quel que soit l'endroit où ils se trouvent et à tout moment peut se faire entendre pour participer aux débats politiques quotidiens. Or nous l'avons vu dans les développements précédents, de nombreux signes de " démocratie continue " sont déjà présents.

²¹² Stefano Rodotà, op. cit.

Les inquiétudes autour de la liberté d'expression sur Internet

Section 1 : LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES

La répression d'Altern, au titre d'hébergeur, contrariant une nouvelle fois le mythe d'un réseau de communication libre de tout contrôle auquel Internet était en train de redonner vie, a fait jaillir sur le devant de la scène l'une des questions juridiques majeures concernant la Toile: la responsabilité des prestataires techniques.

Les médias ne cessent de le rappeler, Internet est devenu le vecteur sans frontière de nombreuses illégalités et abus : pornographie infantine, haine raciale, diffamation, droits d'auteur, propriété intellectuelle...Les premiers responsables devraient être indubitablement les auteurs ou créateurs de ces diffusions préjudiciables ou illicites, qu'elles s'accomplissent par exemple dans un forum de discussion, sur une page personnelle voire par courrier électronique.

Cependant, les poursuites contre l'auteur d'un message au contenu répréhensible peuvent s'avérer totalement inefficaces ou illusoire. Souvent parce qu'il est impossible de l'identifier ou de l'appréhender dans un pays lointain, parfois parce qu'il est manifestement insolvable. Dans ce contexte, on comprend aisément que les actions aient été alors introduites à l'encontre des fournisseurs de service Internet et que le débat très rapidement se soit focalisé autour de leur responsabilité juridique.

D'emblée, il faut convenir de la grande complexité de la question. Du reste, Mme Falque-Pierrotin y voit trois réponses principales : la première a trait au flou juridique qui entoure encore la qualification des services en ligne. Il n'y a pas de cadre préétabli mais plusieurs régimes qui sont susceptibles de s'appliquer, ce qui entraîne des régimes de responsabilité variable (communication audiovisuelle et responsabilité éditoriale ou en cascade, droit commun, droit de la télématique). La seconde est relative à la nature spécifique de l'Internet qui fait de chacun un éditeur potentiel, multipliant en cela les risques de contenus illicites et qui rend difficile le contrôle de la chaîne de responsabilité. La troisième tient au fait de la multiplication des intérêts contradictoires à l'œuvre entre les différents acteurs. Les enjeux écono-

miques sont essentiels, les enjeux en terme de liberté d'expression le sont davantage et les difficultés en France d'arriver à élaborer un compromis sur les modifications de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication (plus d'un an de discussions parlementaires, sept lectures parlementaires et une décision du Conseil constitutionnel) en sont la preuve.

Comme l'a dit autrefois Saint Exupéry " Il n'y a pas de liberté sans responsabilité ". Si Internet est par excellence l'espace de la liberté, alors le débat sur la responsabilité est plus que jamais légitime. Aujourd'hui, il semble que le consensus se soit fait autour de l'idée que l'on ne peut pas raisonnablement autoriser un acteur aussi important du réseau se placer sur le bord de la route et regarder les accidents se produire sans jamais être inquiet. Lionel Thoumyre le rappelait récemment dans une interview accordée au journal Le Monde : " Il n'est certes pas inutile d'exiger [de la part du prestataire technique] un minimum d'obligations tendant à prévenir des infractions ou la réalisation de dommages, au travers de l'utilisation de ces services." ²¹³.

Tout le problème est donc de savoir à quelles obligations cet intermédiaire peut-il être tenu. Pour tenter d'apporter une solution, trois questions essentielles nous semblent devoir être prises en compte : celle de l'anonymat sur le réseau (A), celle de la détermination des contenus devant faire l'objet de mesure de filtrage (B), celle de l'obligation de " diligences appropriées " (C).

A) Identification contre anonymat

Il existe un paradoxe flagrant dans l'appréhension du réseau par le grand public et parfois même chez les praticiens : d'un côté, l'inquiétude sans doute légitime de voir Internet utilisé à des fins de traçage et de surveillance des individus et d'un autre côté le sentiment que ce même réseau pourrait offrir une relative impunité à toutes sortes de délinquants.

" Les gens pensent qu'on peut faire ce qu'on veut sur l'Internet et rester anonyme.

²¹³ Propos recueillis par A.Pereira, " Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ? ", Le Monde, 13/14 août 2000.

C'est absolument faux. On laisse toujours des traces qui permettent aux enquêteurs de remonter jusqu'au fournisseur d'accès ou jusqu'au coupable. Je n'ai jamais mené des enquêtes aussi faciles qu'aujourd'hui". C'est en ces termes que s'est exprimé récemment le chef du Secteur du crime sur l'Internet de Sao Paulo ²¹⁴. Selon Arnaud Martin, de Minirezo, une association de défense des libertés, " L'anonymat sur le Net est un mythe (...) Techniquement, on n'est jamais complètement anonyme sur Internet " ²¹⁵ . Valentin Lacambre, le responsable de l'hébergeur Altern.org ajoute : " S'il y a bien un endroit où l'on est tracé du bout des doigts à la racine des cheveux, c'est bien l'Internet " ²¹⁶ .

Effectivement, dans le cadre d'enquêtes préliminaires ou de mesures d'instruction, l'actualité a pu nous montrer l'étendue de la compétence et l'efficacité des moyens nécessaires pour retrouver de nombreux auteurs d'infractions en ligne dont disposaient les services spécialisés. Ainsi, en demandant aux intermédiaires techniques de fournir les " logs de connexion " correspondant à l'ensemble des fichiers qui permettent de retracer le parcours du délinquant d'ordinateur à ordinateur, les policiers et la justice ont pu identifier des pirates informatiques ²¹⁷ ou appréhender l'auteur d'une menace de mort adressée au député-maire André Santini par le biais d'un message électronique anonyme ²¹⁸ .

Nombreux sont ceux qui souhaitent pourtant un renforcement de l'identification des acteurs du Net, à l'image du Conseil d'Etat qui, dans son rapport sur Internet et les réseaux numériques de 1998, affirme que " Si l'anonymat est une illusion sur les réseaux, il est souvent difficile de déceler l'identité réelle de la personne physique ayant commis l'infraction ; il paraît donc essentiel d'améliorer la traçabilité des messages et l'identification des acteurs afin de pouvoir engager une action en responsabilité " ²¹⁹ .

Effectivement, une responsabilité n'existe pas sans identification. Le responsable naturel des conséquences dommageables d'un contenu devrait être celui qui a fourni l'information,

²¹⁴ L.Mauriac, " Mauro Silva, le shérif du web brésilien ", Libération, 24 avril 2000.

²¹⁵ F.Latrive, " Mobilisation pour le droit au pseudo. La colère grandit contre la suppression de l'anonymat ", Libération, 26 juin 2000.

²¹⁶ L.Noualhat, " Valentin Lacambre ferme Altern, service d'hébergement gratuit ", Libération, 13 juillet 2000.

²¹⁷ Cf notamment TGI de Paris, 16 décembre 1997, Gaz.Pal, somm.annot, 29/30 juillet 1998, page 34 obs Cyril Rojinsky.

²¹⁸ TGI de Nanterre, 8 décembre 1999, Gaz.Pal, jur., 11/12 février 2000, page 2, note H.Bitau.

²¹⁹ Rapport du Conseil d'Etat, " Internet et les réseaux numériques ", La documentation française, 1998.

c'est-à-dire qui a produit les messages illicites sur son site ; or, pour mettre au point un régime de responsabilité centré sur l'auteur de l'acte, il faut assurer l'identification et la traçabilité de celui-ci. Le problème se pose lorsque l'auteur reste anonyme. C'est précisément dans ce cas de figure que la responsabilité du prestataire technique entre en jeu. En effet, comme le créateur du site dont le contenu a causé un préjudice a conservé l'anonymat, il sera impossible de l'assigner. Face à la nécessité de trouver un autre responsable ²²⁰, ce sera le fournisseur qui, lui, n'étant pas anonyme, sera assigné.

Or, les solutions jurisprudentielles en la matière sont plutôt confuses et ne permettent pas de clarifier la situation juridique des prestataires : s'il apparaît que le critère de l'anonymat constitue bien l'un des facteurs déclenchant la responsabilité de l'intermédiaire technique, il est difficile de délimiter précisément l'importance de ce critère.

En effet, pour le TGI de Nanterre, dans une décision du 8 décembre 1999, " l'appréciation de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement ²²¹ est indépendante de la présence au procès de l'éditeur du site ²²² . Le juge consacre implicitement ici le principe d'une possible responsabilité des hébergeurs, et met fin à toute idée d'irresponsabilité de principe de cette catégorie de professionnels de l'Internet. Ce faisant, il tranche nettement avec une certaine logique adoptée par la directive européenne sur le commerce électronique basée sur un principe d'irresponsabilité à priori, qui ne serait levé que lorsque le prestataire aurait eu connaissance du caractère illicite des contenus diffusés ²²³. Nous y reviendrons ultérieurement de façon plus approfondie (cf. B).

Peu importe donc pour le juge français que l'auteur soit ou non identifié. Il est pourtant permis de douter de cette affirmation. Dans une autre affaire où l'auteur des pages litigieuses était connu, un autre tribunal a pu juger " qu'aucune disposition n'impose à l'hébergeur de vérifier le contenu des informations dont il permet la circulation ²²⁴ . Après avoir constaté que l'hébergeur avait " agi promptement en fermant le site ", il l'a mis complètement hors de cause.

²²⁰ Spécialement en raison de l'impératif d'indemnisation qui domine le droit contemporain de la responsabilité civile.

²²¹ Qui stockent sur leurs serveurs les applications informatiques et les fichiers de leurs clients.

²²² TGI Nanterre, 8 décembre 1999, op.cit.

²²³ Voir article 14 paragraphe 1 de la directive adoptée le 4 mai 2000.

²²⁴ T.Commerce de Paris, 7 mai 1999, disponible à l'adresse <http://www.legalis.net/jnet>

Le constat s'impose de lui-même : les faits étaient identiques à la différence que l'auteur des pages était, dans la décision du TGI de Nanterre, anonyme, et dans celle du Tribunal de Commerce de Paris, connu.

En fait, comme le souligne un auteur, le prestataire technique est responsable " subsidiairement " et sa responsabilité semble conditionnée par l'anonymat de ses hébergements ²²⁵ . D'ailleurs, dans une autre décision ²²⁶ , le juge semble reprocher à l'intermédiaire le fait d'accepter d'héberger n'importe qui sans effectuer des vérifications élémentaires puisque " toute personne qui sous quelque dénomination que ce soit " en fait la demande peut l'être. Quoiqu'il en soit, certains commentateurs ont fort justement remarqué que la fourniture par l'hébergeur de moyens techniques permettant la réalisation du dommage " sert en quelque sorte de prétexte pour désigner un responsable, à priori solvable et aisément déterminable " ²²⁷ .

C'est pourquoi, pour sortir de ces incertitudes et de ces différentes interprétations jurisprudentielles et afin de mettre au point un régime de responsabilité centré sur l'auteur du contenu, le responsable naturel, il semble qu'il faille assurer l'identification et la traçabilité de celui-ci ²²⁸ . C'est exactement ce à quoi s'emploie la loi du 1er août 2000 sur la liberté de communication en appliquant aux services en ligne les obligations du Minitel et en fixant une obli-

²²⁵ Note C.Caron sous CA Paris, 10 février 1999, Gaz.Pal, 5/6 avril 2000, jur., page 19.

²²⁶ CA Paris, 10 février 1999, op.cit.

²²⁷ Note C.Caron, op.cit.

²²⁸ Certains envisagent pour cela la création de " certificat numérique " ou " passeport numérique " (voir entretien avec Lawrence Lewing, recueilli par F.Latrive, " Les lois invisibles du réseau ", Libération, 2 juin 2000) : lorsqu'un internaute veut accéder à un site, celui-ci pourrait vérifier le certificat automatiquement et refuser ou non l'accès, en fonction de la nationalité ou de l'âge du visiteur et même bloquer l'accès en cas d'absence du certificat. Pour Robert Caillau, le co-créateur du web, il s'agirait d'un permis de surfer comme il existe des permis de conduire, " plus exactement une licence pour utiliser Internet et ses services " (voir propos recueillis par E.Launet et L.Noualhat, " Le co-créateur du web plaide pour un permis de surfer ", Libération, 12 août 2000). Cette perspective semble toutefois dangereuse : les abus commis par une minorité serviraient ici de prétexte pour empêcher le plus grand nombre de jouir de la libre circulation des informations et des idées offertes par la Toile. On peut s'interroger sur la compatibilité de telles propositions avec certains principes fondamentaux comme par exemple l'article 10 paragraphe 2 de la Convention européenne des Droits de l'Homme qui si elle prévoit des limites à la liberté d'expression, ces dernières pour être légitimes doivent être " des mesures nécessaires, dans une société démocratique ". Or, il semble que de telles dispositions qui obligerait tous les internautes à se munir de passeports numériques ne sauraient remplir cette exigence de proportionnalité.

gation nouvelle de conservation des données de connexion pour les fournisseurs d'accès²²⁹ et d'hébergement. Plus précisément, l'article 43-6 paragraphe 4 de la loi du 30 septembre 1986, introduit par l'article premier de la loi d'août 2000 fait obligation aux auteurs de contenus (curieusement appelés dans la loi éditeurs) de tenir " à la disposition du public " des données permettant leur identification.

Celles-ci varient selon le statut de l'éditeur. Pour les personnes physiques, il s'agit de leurs nom, prénom et adresse de domicile, accompagnés des coordonnées de leur fournisseur d'hébergement. Toutefois, si elles éditent les contenus à titre non professionnel et qu'elles ne souhaitent pas cette publicité, elles peuvent ne tenir à la disposition du public qu'un pseudonyme à la place de leurs nom, prénom et adresse. C'est le fournisseur d'hébergement qui devra alors détenir ces dernières données d'identification. Pour les personnes morales, sont concernées leurs dénomination ou raison sociale et l'adresse de leur siège social. Elles doivent en outre indiquer publiquement le nom du directeur ou du co-directeur de la publication et, le cas échéant, celui du responsable de la rédaction du service. Ces informations doivent être accompagnées comme pour les personnes physiques des coordonnées de leur fournisseur d'hébergement.

L'objectif de ce texte est donc clairement de contraindre les auteurs de contenus à s'identifier aux yeux des utilisateurs du réseau, soit directement en ligne, soit indirectement en fournissant ces éléments d'identification à leur prestataire d'hébergement. Les arguments qui défendent cette obligation ne manquent pas de pertinence.

Tout d'abord, la loi nouvelle apparaît comme beaucoup plus douce puisque une lecture parlementaire précédente sanctionnait l'internaute récalcitrant à 25000F d'amende et jusqu'à 3 mois de prison. Même punition pour l'hébergeur qui n'aurait pas pris la peine de vérifier les informations. Or, avec la mouture d'août 2000, l'hébergeur n'est plus tenu de les vérifier. Il doit

²²⁹ Offrent à leurs clients les ressources techniques permettant aux utilisateurs d'accéder à Internet.

seulement mettre un formulaire d'identification à disposition des internautes. Si ces derniers mentent, leur responsabilité est en cause. Ensuite, l'identification, pour le Ministre de la Culture, Catherine Tasca, représente le régime le plus souple d'aménagement de la liberté de communication. Selon elle, " il invite chacun, puisque la Toile le permet, à publier sachant qu'il peut engager sa responsabilité du fait de ses contenus et justement pas celle des hébergeurs. C'est une garantie (notamment pour les parents) et non pas une sanction "²³⁰ . Ce point de vue semble être partagé, également, par Patrick Bloche ²³¹ qui, lors des débats à l'Assemblée nationale, a spécifié que " l'identification n'est pas une sanction, mais l'engagement d'une responsabilité ". Enfin, selon lui, en indiquant son identité avant de s'exprimer sur la Toile, l'internaute se plierait à un " modèle républicain de la société de l'information " qui puiserait ses racines en 1881 avec la loi sur la liberté d'expression. En effet, le chercheur en sciences politiques D.Reynié explique " qu'à cette époque, on met fin à la censure préventive et en échange il faut s'identifier avant publication ".

Cette référence au passé est cependant fortement contestée par tous les opposants à ce système d'identification préalable. Ainsi, C.Tréguier du collectif " Vos Papiers !", qui regroupe des associations d'internautes (Luccas, Le Minirezo, April) mais aussi le Réseau Voltaire, l'association IRIS et la ligue des Droits de l'Homme, affirme que " un site personnel n'est comparable à rien. Ni à un journal, ni à une télé, ni même aux gens qui montent sur des caisses à savon à Speaker's Corner, à Londres, pour haranguer la foule "²³² .Effectivement, il est difficile de comparer aujourd'hui le site d'une jeune maman qui affiche des clichés de ses enfants (audience : une dizaine de personnes), celui d'une communauté passionnée de motos et le portail de TF1. Tous ces sites peuvent potentiellement toucher les internautes du monde entier mais la plupart se situent dans une zone grise entre communication publique et privée.

Pour ces contestataires, la nouvelle loi est à la fois inapplicable, dangereuse et inutile. Inapplicable car son premier effet sera une délocalisation importante des éditeurs français sous

²³⁰ E.Launet, " Catherine Tasca face à la liberté d'expression ", Libération, 30 mai 2000.

²³¹ Député PS qui a donné son nom à l'amendement qui modifie la loi sur la liberté de communication.

²³² F.Latrive, " Mobilisation pour le droit au pseudo ", op.cit.

des juridictions dont les lois sont plus douces, ces internautes français se faisant alors aisément domicilier sur des serveurs étrangers. Le risque dans ce cas de figure sera l'impossibilité pour les plaignants et les juges français d'obtenir des informations sur un éditeur français domicilié dans un autre pays sauf accord de coopération judiciaire international, ce qui n'est jamais facile à mettre en œuvre. Dangereuse car " au prix d'une atteinte grave au principe de liberté d'expression " elle répond très mal à une question de sécurité : " la loi introduit une présomption de culpabilité, sans aider à la lutte contre les contenus répréhensibles "²³³ . De fait, un pédophile glissant des photos sur son site n'aura aucun scrupule à falsifier sa déclaration d'identité. Inutile car certains relèvent à juste titre qu'en matière civile des mesures d'instruction sont susceptibles d'être menées avant tout procès, en référé ou sur requête (article 145 du NCPC) et que l'hébergeur, avant la loi, était déjà en mesure de l'identifier à partir des seules données techniques.

Plus grave encore, c'est l'anonymat qui semble progressivement disparaître ; or, s'il apparaît qu'il n'est pas un droit en tant que tel, l'anonymat est certainement une garantie essentielle dans la société de l'information. Comme le souligne François Themens : " Ne conviendrait-il pas plutôt d'abolir tout simplement les serveurs anonymes en raison des torts qu'ils peuvent causer ? Rien n'est moins sûr. D'ailleurs, il ne faut pas croire que l'anonymat dans les communications électroniques n'a que des effets néfastes. En fait, plusieurs facteurs militent en faveur de la conservation de cette faculté dans les réseaux décentralisés. En effet, il existe des situations dans lesquelles les utilisateurs ont des raisons légitimes de vouloir dissimuler leur identité lors de leur communication "²³⁴ . Du reste, la loi du 1er août 2000 a pris en compte cet aspect du problème en prévoyant une faculté à l'anonymat pour les usagers non professionnels. Catherine Tasca remarque à ce sujet " qu'il est très important dans une société où les réseaux électroniques se banalisent et où le risque d'une surveillance généralisée est réel qu'un tel droit existe ". Elle ajoute " qu'il faut pouvoir publier sur la Toile en sûreté si l'on tient à la liberté

²³³ Idem.

²³⁴ F.Themens, " Internet et la responsabilité civile ", Les éditions Yvon Blais Inc (Quebec) 1998, page 77.

d'opinion. C'est une avancée pour les libertés, qu'il faut garantir par une obligation de confidentialité des données d'identification recueillie ²³⁵ .

Et c'est finalement peut-être l'inconvénient majeur de cette disposition législative : si l'internaute opte pour l'affichage de son identité sur son site, il se trouve à la merci du moindre logiciel de collecte automatique de données alimentant des bases commerciales. Sinon, il doit faire confiance à l'hébergeur tenu de conserver le secret sur l'identité communiquée sauf en cas de procédure judiciaire où il est obligé de la transmettre à la justice. IRIS dénonce dès lors le " fichage systématique " des personnes physiques et morales et la transformation des intermédiaires techniques en " auxiliaires de justice ". L'hébergeur Valentin Lacambre a quant à lui fortement réagi : pour lui, la loi pose un problème moral. " Quand j'ai monté Altern, c'était pour dire " regardez, l'expression libre et populaire ça existe et c'est génial. Or, la loi exige désormais que je mette à disposition des gens un formulaire pour qu'ils s'identifient avant toute publication. Je ne veux pas ficher mes utilisateurs ²³⁶ . Et qu'au nom de la liberté d'expression une loi oblige à confier ses coordonnées à une entreprise privée a de quoi attrister !

B) La détermination des contenus devant être filtrés

L'inquiétude émane clairement de la directive européenne sur le commerce électronique qui comporte des risques non négligeables, voire préoccupants, pour la protection de la liberté d'expression. Elle donne en effet des pouvoirs importants aux intermédiaires techniques, d'appréciation et de sanction, sans intervention préalable du juge. Si on comprend l'intérêt d'une telle orientation qui pour Mme Falque-Pierrotin est " [la] mise en place d'une action préventive du polissage du contenu, une réaction rapide et efficace des acteurs face à des contenus illicites ²³⁷ , le danger de voir la justice exclue du cœur du dispositif vient tempérer sérieusement ces éventuels avantages.

²³⁵ E.Launet, " Catherine Tasca face à la liberté d'expression ", op.cit.

²³⁶ L.Noualhat, " Valentin Lacambre ferme Altern, service d'hébergement gratuit ", op.cit.

²³⁷ Allocution de Mme I.Falque-Pierrotin lors du colloque à l'université Paris 1, op.cit.

Effectivement, si le régime de responsabilité doit conduire à une intervention des intermédiaires techniques sur le contenu, alors cette intervention devrait être démocratique c'est-à-dire se dérouler sous le contrôle du juge, seul gardien des libertés, seul habilité à dire le droit, à qualifier un contenu car sinon la liberté d'expression serait en péril.

Or, il apparaît que la directive ne semble pas prévoir cette garantie : le texte dispose que le prestataire d'hébergement doit agir " promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible ", dès qu'il a connaissance " de faits ou de circonstances selon lesquelles l'activité où l'information illicite est apparente "²³⁸ . Fait exceptionnel : une atteinte à la liberté d'expression (la suppression d'un contenu) est donc imposée par un texte communautaire, sans intervention préalable du magistrat, dans des hypothèses multiples ou un simple prestataire technique est en quelque sorte requis d'apprécier lui-même le caractère licite ou illicite des contenus dont il assume le stockage et la mise en ligne. Car, par la généralité des termes employés, cette obligation manifestement ne devrait pas seulement jouer dans les cas limites de contenus illicites de façon flagrante dont le champ est d'ailleurs assez flou (nous y reviendrons dans un instant) mais aussi dans les cas " beaucoup moins choquants " comme la propriété intellectuelle ou les droits d'auteur.

C'est pourquoi certains ont formulé des propositions intéressantes concernant la question spécifique de cette détermination des contenus devant être filtrés ²³⁹ ; une première position pourrait être de défendre l'idée selon laquelle un contenu, même apparemment illicite, doit donner lieu à un débat contradictoire devant une juridiction compétente, et que " ce serait là sortir un peu vite Internet du droit commun de la liberté d'expression ". Une autre position, plus réaliste, serait peut-être de rappeler que l'illicite ne s'évalue pas dans l'absolu mais sur la base d'éléments de preuves qui doivent, une nouvelle fois ici, faire l'objet d'une discussion contradictoire.

Toujours est-il que si l'on est en mesure de comprendre que le prestataire technique puisse agir

²³⁸ Article 14 de la directive sur le commerce électronique 2000/31/CE du 8 juin 2000.

²³⁹ C.Rojinsky, " Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe ", *Gaz.Pal.*, 23/24 juin 2000 page 18 et s.

spontanément pour des images représentant des activités pédophiles ou encore des propos prônant ouvertement la haine raciale, la question de la spontanéité de son intervention devient en revanche beaucoup plus épineuse dans des matières moins évidentes : un prestataire technique en ce qui concerne les droits d'auteur par exemple est-il véritablement en mesure de juger de la titularité des droits invoqués, de leur antériorité, ou mieux encore de l'originalité de l'élément en cause ? Manifestement non.

C'est pourquoi le risque de coupures excessives de la part des intermédiaires techniques est présent, d'autant plus que la directive communautaire a oublié un élément essentiel : le problème des recours abusifs auprès de ces intermédiaires. Il convient de noter au passage que les Etats-Unis ont su anticiper cette question, la loi américaine sur le droit d'auteur de 1998, et qui a d'ailleurs largement inspiré la directive, prévoyant des clauses " cliquets " à travers la possibilité de prononcer la condamnation de l'auteur d'une notification abusive à des " punitive damages " ²⁴⁰ .

Cependant, comme le rappelle C.Rojinsky, cette notion de " recours abusifs " est étrangère au droit français. Il propose néanmoins de mettre en place un régime s'inspirant de celui de la dénonciation calomnieuse. Seules des sanctions pénales pourraient avoir un effet réellement dissuasif à l'égard de ceux qui sont tentés de s'adresser à un hébergeur pour obtenir le retrait d'un contenu qui n'est pas à leur goût mais dont ils seraient bien en peine de démontrer le caractère illicite face à un juge ²⁴¹ . En outre, aucune procédure de notification n'est prévue par la directive, contrairement là encore à la loi américaine qui vise justement à encadrer les dénonciations d'internautes auprès des intermédiaires techniques de contenus illicites.

Par ailleurs, on assiste en France à une certaine dérive des juridictions dans le manie- ment de la notion de contenu illicite. Il suffit pour s'en convaincre de comparer l'attitude du juge en 1996 ²⁴² pour la première affaire mettant en jeu la responsabilité d'un intermédiaire technique à celle qu'il a adoptée en mai dernier à l'occasion de l'affaire Yahoo ! ²⁴³ .

²⁴⁰ Digital Millenium Copyright Act de 1998.

²⁴¹ Voir Rosa Julia-Barcelo, " Online intermediary liability issues : comparing E.U and U.S legal frameworks ", [2000] E.I.P.R 3,105,.

²⁴² TGI Paris, 12 juin 1996, référence 53061/96. Texte de la décision disponible à l'adresse <http://www.aui.fr/Affaires/UEJF/ordonnance.html>

²⁴³ TGI Nanterre, 22 mai 2000, légipresse n°174, septembre 2000 page 142

En 1996, l'Union des Etudiants Juifs de France ayant reproché à certains fournisseurs d'accès de provoquer un trouble manifestement illicite en diffusant publiquement auprès d'un nombre indéterminé d'utilisateurs d'Internet, sur le territoire français, des messages à caractère raciste, antisémite ou négationniste, avait demandé la désignation d'un groupe d'experts pour déterminer s'il existait des mesures techniques appropriées pour bloquer l'accès à ces serveurs négationnistes. Le juge du TGI de Paris avait alors rejeté cette prétention considérant la demande trop générale et imprécise. Exprimant son attachement à la liberté d'expression, il avait alors rappelé " qu'il est défendu au juge de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises ; que par ailleurs, la liberté d'expression constitue une valeur fondamentale, dont les juridictions de l'ordre judiciaire sont gardiennes, et qui n'est susceptible de trouver des limites, que dans des hypothèses particulières, selon des modalités strictement déterminées ; ".

Or, l'ordonnance de référé du 22 mai 2000 impose à Yahoo ! Inc de " prendre toutes les mesures de nature à dissuader et rendre impossible toute consultation sur " yahoo.com " du service de vente aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis ". La mesure prononcée par l'ordonnance semble présenter également un caractère général, notamment en ce qui concerne les mesures de nature à empêcher l'accès à " tout autre site ". De surcroît, le juge a décidé lors d'une nouvelle audience une "mesure de consultation " confiée à un collège de spécialistes ²⁴⁴. On est plutôt très proche d'une demande d'expertise. Il a par la même occasion pris le risque d'ordonner des mesures de filtrage, sans que l'hypothèse de leur faisabilité technique ait été préalablement validée.

De plus, il est à noter que les contenus litigieux n'ont pas été déterminés avec précision. Effectivement, l'ordonnance du 22 mai 2000 condamne la vente aux enchères d'objets nazis au motif qu' elle contribue à la banalisation du nazisme et de l'antisémitisme. Le problème est

²⁴⁴ Ce collège composé de 3 experts a rendu son rapport le 6 novembre 2000.

qu'il est certain que tous les objets évoquant le régime nazi ne sont pas nécessairement offerts dans le but de promouvoir des idées racistes, antisémites ou de porter atteinte à la dignité des déportés. On trouve certes une majorité d'objets qui entrent dans cette catégorie ; mais on trouve aussi des photographies de la France pendant l'Occupation, des modèles d'avions de la Luftwaffe, des timbres, des pièces de monnaie. Pas facile dans ces conditions de tracer la limite entre ce qui relèverait de l'évocation historique et ce qui aboutirait à une banalisation du nazisme. D'ailleurs, une jurisprudence²⁴⁵ est même venue rejeter une demande de l'UEJF d'interdiction de la vente de tels objets au motif qu'elle " n'est interdite par aucun texte législatif ou réglementaire, qu'elle peut donc s'exercer dans le cadre des libertés constitutionnelles ", le juge rappelant qu'un objet n'est pas porteur en soi d'une idéologie et sa commercialisation est licite si elle n'est accompagnée de messages de discrimination raciale ou de prosélytisme en faveur d'un régime totalitaire et criminel²⁴⁶ .

Mais la dérive du juge s'est surtout exprimée lors d'une décision du TGI de Nanterre du 8 décembre 1999. Cette décision est très intéressante car elle révèle ce qui pourrait être les prémices d'un nouveau contentieux à l'encontre d'un acteur tout aussi incontournable dans la chaîne de diffusion sur Internet que le fournisseur d'accès, l'hébergeur ou l'auteur du site : le moteur de recherche.

A cet égard, le juge est allé jusqu'à évoquer " ces sites présumés illicites " qui seraient " aisément détectables par le moyen d'un moteur de recherche basé sur des mots clés d'un nombre réduit évoquant l'univers de la nudité, la beauté, la célébrité, la féminité ". Outre les critiques techniques dont une telle appréciation peut faire l'objet²⁴⁷ , ce sont les critiques juridiques qui sont les plus fortes.

Juridiquement en effet considérer que certains mots devraient être censurés et bannis des bases de moteurs de recherche serait tout à fait contestable et certainement contraire au principe de liberté de communication et d'expression garantie par l'article 10 paragraphe 1 de

²⁴⁵ CA Paris, 28 février 1997.

²⁴⁶ L'arrêt a toutefois été annulé car figurait en tête du catalogue édité un avertissement prétextant que les activités allemandes durant la période considérée méritaient de se voir reconnaître, au plan de la mémoire, un rang d'égalité avec celui des faits d'armes alliés, ce qui tendait à banaliser le régime du nazisme et l'antisémitisme.

²⁴⁷ Voir note H.Bitan précitée.

la Convention européenne de sauvegarde des Droits de l'Homme. Doit-on proscrire les mots "viol", "révisionnisme", "torture" du dictionnaire pour la seule et bonne raison qu'ils renvoient à des activités ou des idées totalement insupportables ?

Comme nous l'avons vu à l'occasion de l'examen des logiciels de filtrage, toute censure basée sur la présence de seuls mots entraînerait automatiquement dans son sillage la censure de sites qui luttent contre les activités que ces mots désignent. Plus fondamentalement encore, il semblerait que ce soit l'universalité de l'accès à l'information que permet l'utilisation des moteurs de recherche qui serait menacée...

C) L'obligation de " diligences appropriées " du prestataire technique ou le point central entre la liberté d'expression et le droit des personnes

Depuis bientôt quatre ans, le juge cherche à déterminer les principes directeurs de la responsabilité juridique des prestataires techniques. Du côté du législateur, il aura fallu plus d'un an pour que soient promulguées après sept lectures parlementaires et une décision du Conseil constitutionnel ²⁴⁸ les dispositions légales en la matière. Cela ne fait plus de doute, les divergences de jurisprudences et les multiples désaccords au sein du Parlement en témoignent, la difficulté du problème est sérieuse.

Un amendement avait été introduit par le député PS Patrick Bloche en mai 1999, dans la foulée de l'affaire Altern, du nom de l'hébergeur de sites web, lourdement condamné pour quelques clichés d'Estelle Hallyday nue exhibée sur un site qu'il accueillait mais dont il n'était pas l'auteur. Le texte initial proposait de dédouaner les hébergeurs, simples intermédiaires techniques, de toute responsabilité sur les contenus. Seul, l'auteur du site devait répondre de ses actes. Après plusieurs navettes, la version finale est autrement plus complexe. Nous verrons que si la loi du 1er août 2000 stabilise en partie le régime de la responsabilité des inter-

²⁴⁸ DC n°2000-433 en date du 27 juillet 2000, loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, disponible sur le site du Conseil.

médiaires, ses imprécisions font qu'elle renvoie au juge l'appréciation au cas par cas du comportement desdits intermédiaires.

1) *La loi du 1er août 2000*

La loi distingue les obligations et les responsabilités en fonction du statut de l'intermédiaire. Ainsi, techniquement, le fournisseur d'hébergement est celui qui assure " le stockage direct et permanent " des données, accueillant sur son espace des sites, alors que le fournisseur d'accès se borne à ouvrir les voies de navigation pour atteindre ceux-ci. Néanmoins, il est évident qu'un même opérateur peut offrir les deux services, mais c'est bien par l'usage de ces deux fonctions différentes que le public peut éventuellement entrer en contact avec des sites contraires à la loi.

Pour le fournisseur d'accès, la loi nouvelle en son article 43.7 l'oblige à proposer à l'internaute un moyen technique pour entraver l'accès à certains sites. Cette obligation avait été déjà introduite dans la loi du 30 septembre 1986 par l'article 15 de la loi du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications. Or, comme le souligne l'association IRIS " dépourvue de sanctions, cette obligation n'a jamais été appliquée, d'autant plus que les moyens de filtrage sont majoritairement disponibles en anglais et destinés à un public de culture anglo-saxonne, voire exclusivement américaine ²⁴⁹ . On ne reviendra pas sur les interrogations que ces logiciels de filtrage suscitent mais on peut rappeler à titre d'exemple que le Réseau Voltaire a dénoncé une société à l'origine de l'un des rares logiciels disponibles en français comme entretenant des liens avec l'Opus Dei ²⁵⁰ . " L'obligation du fournisseur d'accès est donc a priori et a pour objet d'inciter l'internaute à exprimer sa volonté vertueuse d'abstention, sans entraîner sa puissance de navigation ²⁵¹ .

Pour le fournisseur d'hébergement, l'article 43-8 stipule que leur responsabilité civile et pénale ne peut être retenue que dans le cas où ayant été saisi par une autorité judiciaire,

²⁴⁹ Note d'IRIS, " Modifications relatives à Internet induites par la loi n°2000-719 du 1er août 2000 ", 22 septembre 2000, disponible sur le site de l'association.

²⁵⁰ Voir article de la revue en ligne Transfert, intitulé " L'Opus Dei s'infiltré sur la Toile ", disponible à l'adresse <http://www.transfert.net/fr/>

²⁵¹ M.A. Frison-Roche, " Nouvelles obligation pour les acteurs d'Internet ", Le Monde, 26 juillet 2000.

ils n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès au contenu illicite. La responsabilité de l'hébergeur se voit donc être " automatique "²⁵² s'il ne réagit pas à l'ordre du juge et peut être non seulement civile mais aussi pénale. Tous les fournisseurs d'hébergement sont concernés quel que soit leur statut (personne physique ou morale) ou leur rémunération (service gratuit ou payant).

A cet égard, il nous semble que la loi est moins clémentine que la jurisprudence. En effet, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1999, la responsabilité de l'hébergeur est aussi engagée parce que l'activité est " rémunératrice ". Le fournisseur d'hébergement s'enrichit, au risque de méconnaître les droits des tiers, ce qui l'oblige à " assumer (...) les conséquences " de son activité. Certains commentateurs ont noté que le juge avait fait une application de la vieille théorie du " risque-profit "²⁵³ (cf. 2). Dès lors, sa responsabilité apparaît comme la contrepartie de son enrichissement. La solution laisse néanmoins constater que si son activité était purement altruiste et bénévole, il ne serait pas, si l'on s'autorise à cette lecture à contrario, responsable. La loi, en ne distinguant pas le caractère d'enrichissement de l'activité de l'hébergeur, ferme donc une possibilité d'exonération de responsabilité.

Antérieurement à la décision du Conseil constitutionnel du 27 juillet 2000, la loi imposait aux prestataires, sous réserve qu'il soit saisi par un tiers estimant que le contenu hébergé est illicite ou lui cause un préjudice, de procéder à des " diligences appropriées ". Cette disposition, qui telle qu'elle était rédigée " suspendait une épée de Damoclès sur la tête des hébergeurs en laissant la porte ouverte aux plaintes les plus abusives et aux jugements les plus contradictoires "²⁵⁴, a provoqué un séisme tant chez les hébergeurs que chez les associations de défense des libertés.

Certes, selon le Ministre de la Culture, Catherine Tasca, il s'agissait simplement de manière pratique " de vérifier l'existence d'un contenu considéré par un tiers préjudiciable ou

²⁵² Idem.

²⁵³ Note de C. Caron sous CA Paris, précitée.

²⁵⁴ Communiqué de presse d'IRIS, " Censure de la loi liberté de communication par le Conseil constitutionnel : une décision qui va dans le bon sens ", 8 août 2000, disponible sur le site de l'association.

illicite ; [de] mettre en relation le tiers et l'auteur ou l'éditeur -ce qui permet de résoudre beaucoup de litiges- [d]'informer sur les procédures, [de] s'assurer que le plaignant saisira la justice ou qu'elle sera saisie, si l'hébergeur a un doute et, le cas échéant, [d]'interdire l'accès aux contenus illicites "²⁵⁵ .

Pour les opposants pourtant, l'expression " diligences appropriées ", transformant l'hébergeur en médiateur, était inacceptable. Elle soulevait le risque de le voir " fermer un site au moindre grognement d'un tiers, afin d'éviter toute embrouille juridique ". Pour O.Iteanu, président de l'Internet Society France, regrettant " que la loi n'ait pas imposé à la victime, une saisine de l'autorité judiciaire avant tout pour éviter les abus", la disposition opérait la légalisation d'une sorte de censure ²⁵⁶ . M.Marzouki, de l'association IRIS, a également dénoncé ce rôle de médiateur que l'on voulait instaurer : " Les hébergeurs n'ont pas à se mêler de la liberté d'expression. Les plaintes contre X ne sont pas faites pour les chiens. En cas de médiation, l'issue risque de dépendre d'un rapport de force entre l'auteur et le plaignant, lequel peut être une grosse société. Or, ce rapport de force pourrait influencer sur l'attitude de l'hébergeur, soucieux de préserver ses intérêts commerciaux " .

De plus, les opposants soutiennent que cette disposition faisait assumer à ce prestataire technique un rôle d'éditeur qu'il n'était pas en mesure d'assurer. L.Thoumyre s'est d'ailleurs exprimé clairement sur ce point : " Il est déraisonnable de faire peser une obligation éditoriale sur le dos des prestataires. L'analogie n'est pas appropriée. Contrôler le contenu d'une revue de quelques pages, c'est possible. Surveiller plus de 47000 sites mouvants [comme dans le cas de l'affaire Altern] c'est impossible "²⁵⁷ .

Bref, tous ces contestataires de la proposition législative soulignaient qu'elle allait, au final, obliger les hébergeurs à se retrouver confrontés, quotidiennement, à des choix cornéliens: se mettre à dos leurs clients en leur refusant le service demandé ou risquer une condamnation au pénal pour ne pas avoir anticipé les susceptibilités des uns ou des autres.

²⁵⁵ Catherine Tasca, JO de l'Assemblée nationale, 15 juin 2000, page 5479.

²⁵⁶ F.Latrive, " amendement à la loi sur l'audiovisuel. Brouillage sur la responsabilité en ligne ", Libération, 23 juin 2000.

²⁵⁷ L.Thoumyre, intervention sur le Forum de discussion du journal Libération, disponible sur le site du quotidien.

Heureusement, le Conseil constitutionnel, dans une décision du 27 juillet 2000, a déclaré contrairement à la Constitution du 4 octobre 1958, cette disposition, la censure constitutionnelle intervenant au motif " qu'en omettant de préciser les conditions de forme d'une telle saisine et en ne déterminant pas les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés, le législateur a méconnu la compétence qu'il tient en vertu de l'article 34 de la Constitution ", s'agissant du principe de légalité des délits et des peines. Désormais, seul l'ordre judiciaire est en droit de contraindre l'hébergeur de site.

Cette décision a été bien accueillie par les associations d'internautes et de défense des libertés sur le réseau ainsi que par les professionnels du Net. Pour le Président du Réseau Voltaire, " on revient à la raison. Le Conseil constitutionnel assimile finalement le statut de l'hébergeur à celui de l'imprimeur dans l'édition. Il redevient le maillon technique de la chaîne de publication "²⁵⁸. Toutefois, il semble qu'il faille rester prudent et ne pas crier victoire trop vite.

D'abord parce que la responsabilité pénale du fournisseur d'hébergement demeure engagée s'il ne réagit pas " promptement à une autorité judiciaire lui demandant de bloquer l'accès à un site au contenu illicite " ; qu'il a donc toujours l'obligation de mettre en place les moyens pour ne pas devenir complice d'un message au caractère préjudiciable. On peut noter au passage que cette " collaboration " implicite avec le juge trouve un fondement en droit : l'article R 642-1 du Code Pénal, applicable depuis le 1er mars 1994 prévoit qu'est puni d'une contravention de 2ème classe " le fait sans motif légitime de refuser ou de négliger de répondre soit à une réquisition émanant d'un magistrat ou d'une autorité de police judiciaire agissant dans l'exercice de ses fonctions, soit, en cas d'atteinte à l'ordre public ou de sinistre ou dans toute situation présentant un danger pour les personnes, à une réquisition émanant d'une autorité administrative compétente ".

²⁵⁸ M.J. Gros et L. Noualhat, " Repit pour les hébergeurs de site. Les Sages refusent de leur faire porter l'entière responsabilité des contenus ", Libération, 29/30 juillet 2000.

Ensuite parce que la directive européenne sur le commerce électronique adoptée par le Parlement le mai 2000 et qui comporte une section 4 consacrée à la " Responsabilité des prestataires techniques " a choisi une démarche différente à celle du législateur français. Elle prévoit, en effet, une obligation pour l'hébergeur de " retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible " dès qu'il a connaissance de leur caractère illicite ou prétendu tel ²⁵⁹ . La directive tend donc à diminuer le rôle du juge alors que la démarche française y est restée manifestement très attachée. La directive est, en outre, incomplète dans la mesure où elle ne précise pas ce que signifie exactement " avoir une connaissance effective que l'activité est illicite " ou " avoir " connaissance de faits et de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente ". Or, on est en droit de s'interroger : toute information qu'elle qu'en soit la nature adressée au prestataire aurait-elle une légitimité suffisante pour constituer une connaissance effective ? Quel sera le niveau de connaissance exigé ? La directive demeure muette sur cette question laissée à l'appréciation des autorités nationales. La transposition risque donc d'être pour le moins délicate ²⁶⁰ .

Enfin et surtout parce que les juridictions saisies récemment d'affaires mettant en cause des prestataires techniques avait pourtant commencé à mettre en œuvre et donc à définir la fameuse notion de " diligences appropriées ". Alors, cela signifie-t-il que cette jurisprudence est désormais caduque ? Avec la censure de cette notion dans le texte de la loi, son esprit disparaît-il pour autant ?

Selon certains auteurs comme Cyril Rojinsky ²⁶¹ , il semble que non. Premièrement, car comme l'a rappelé dernièrement Isabelle Falque-Pierrotin, " cela correspondait bien à la pratique des opérateurs " ²⁶² . Deuxièmement, parce que ces " diligences appropriées " restent toujours en filigrane, ne serait-ce qu'à travers la notion de faute, d'imprudence ou de négligence issue du droit commun de la responsabilité (article 1383 du C.civ.) que les juges tendent à appliquer de plus en plus fréquemment dans le contentieux et à qui la nouvelle loi renvoie. En

²⁵⁹ Article 14 de la directive 2000/31/CE.

²⁶⁰ Sur ces interrogations voir M.H Tonnellier, Internet, Responsabilité de l'hébergeur, Expertises, octobre 1998, page 308 ; V. Sedallian, Droit de l'Internet , édition Net Press, page 120.

²⁶¹ C. Rojinsky, note dans Légipresse n°174, septembre 2000, page 145.

²⁶² I. Falque-Pierrotin, allocution , op.cit.

effet - et c'est la correction majeure apportée par la loi du 1er août 2000 - si les hébergeurs ne peuvent désormais être reconnus responsables du fait du contenu des services qu'ils hébergent, ils demeurent responsables de leur propre comportement, dans les termes du droit commun. Concrètement, cela revient à renvoyer au juge l'appréciation, au cas par cas, de ce comportement, appréciation dont la tendance jurisprudentielle nous montre qu'elle se construit à travers les notions déjà évoquées de faute, d'imprudence ou de négligence. Or, quelle différence y-a-t-il réellement entre une " obligation de prudence et de diligence " (article 1383) et une obligation de " diligences appropriées " ?

2) *Une jurisprudence confuse*

Globalement, on peut dire que la jurisprudence, jusqu'à aujourd'hui, n'a pas fait preuve d'une grande indulgence, encore moins de cohérence. En l'absence de législation claire et précise, les juges ont statué dans un grand nombre d'affaires sur l'applicabilité de l'article 1383, c'est à dire sur une " obligation de prudence et de diligence " de la part du fournisseur d'hébergement.

Mais ils sont allés parfois beaucoup plus loin : certaines juridictions ont décidé, par exemple, que le fournisseur d'hébergement pouvait devenir un directeur de publication²⁶³ et qu'il devait contrôler les contenus avant qu'ils ne soient mis en ligne par leurs auteurs²⁶⁴, alors que d'autres ont estimé que le contrôle ne devait être fait que sur signalement. Certaines juridictions ont décidé parfois aussi que l'hébergeur avait l'obligation de contrôler l'identité des auteurs de sites alors que d'autres ont reconnu que cela n'entraînait pas dans leur mission. Un juge des référés est même allé jusqu'à appliquer la loi nationale à un prestataire technique étranger, établi à l'étranger, dont les activités étaient pourtant autorisées par la législation en vigueur dans son pays²⁶⁵.

²⁶³ voir CA PARIS, 10 février 1999, D.1999, jur., 389, note N. Mallet-Poujol.

²⁶⁴ A ce titre, lui sera appliquée la responsabilité pénale et civile dite " en cascade " prévue par l'article 42 de la loi du 29 juillet 1881, pour toute infraction de presse, l'auteur principal de l'infraction étant le directeur de publication.

²⁶⁵ TGI Nanterre, 22 mai 2000, op.cit.

Bien évidemment, chaque affaire présente des différences et la responsabilité ou l'absence de responsabilité des prestataires techniques résulte de raisonnements divergents, prenant en compte des circonstances distinctes. Il n'en reste pas moins que cette jurisprudence est, dans son ensemble, confuse, voire contradictoire et l'incertitude qui s'ensuit, quant au régime de responsabilité applicable au réseau, constitue sans aucun doute une source d'insécurité pour ces acteurs, leur responsabilité pouvant être engagée pour des faits qui leur sont étrangers et dont ils ne pouvaient, parfois, avoir connaissance.

Néanmoins, force est de constater qu'elle se construit peu à peu et que la connaissance grandissante des juges des situations créées par l'Internet lui permet de s'affiner au fil des décisions. Preuve de sa volonté de poursuivre sans relâche sa tâche de définition des contours de la responsabilité, " de l'ordonnance du 9 juin 1998 à l'arrêt du 9 juin 2000, la teneur des obligations de l'hébergeur n'a cessé d'être rappelée et précisée ²⁶⁶ . Ainsi il est maintenant devenu constant de mettre à la charge de l'hébergeur des obligation d'information, de vigilance et d'action. Dès lors, on est en mesure d'espérer que la très médiatisée décision de la Cour d'appel de Paris du 10 février 1999 ne devrait plus faire jurisprudence.

Cette décision, qui a été fortement commentée et, fait exceptionnel, a été à l'origine de la prise de conscience par les politiques de l'urgence d'initier le débat autour du problème de la responsabilité des acteurs de l'Internet, a opéré, selon l'association IRIS, une double injustice à l'égard du fournisseur d'hébergement Valentin Lacambre. D'une part, alors qu'il n'était qu'un hébergeur de sites web, la Cour lui a attribué la responsabilité du contenu d'un site, ce qui en faisait un responsable éditorial. D'autre part, bien qu'il fournissait cet hébergement à titre gratuit, il a été assimilé par le montant de la condamnation, à un directeur de publication tirant profit de ses ventes. Plus précisément, certains auteurs ont vu que cet arrêt était, en réalité, la " simple application de la théorie du risque née dans la fin du XIXème siècle et développée sous l'influence de Josserand. L'hébergeur, entreprise commerciale, exerce, pour en

²⁶⁶ L. Thoumyre, " Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance ", Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2000, n°127.

tirer profit, une activité qui fait naître un risque pour autrui. Il est donc responsable des préjudices qu'il peut causer aux tiers. Le juge d'appel a ainsi apprécié in concreto le risque pris par cet hébergeur et l'a condamné à en assumer les conséquences " ²⁶⁷ .

Donc, on l'aura compris, le problème majeur de cette décision est qu'elle a imposé une véritable obligation permanente de contrôle éditorial difficilement réalisable, voire impossible en pratique pour les fournisseurs hébergeant des milliers de pages web, modifiables à tout moment et à leur insu. Cette obligation comme l'a souligné Maître T. Verbiest " le force à censurer préventivement le contenu des pages qu'il héberge. C'est contraire aux principes de la liberté d'expression. Il ne revient pas au fournisseur d'hébergement de présumer des délits que son client pourrait commettre " ²⁶⁸ .

En définitive, cet arrêt montre ce que soulevait déjà en 1996 la mission interministérielle présidée par I. Falque-Pierrotin ou le Conseil d'Etat deux ans plus tard, c'est à dire l'adaptation du régime de la responsabilité éditoriale aux acteurs d'Internet. La mission relevait ainsi par exemple que " rendre le serveur d'hébergeur responsable, même par défaut d'un message délictueux, risque de porter atteinte au développement du réseau Internet en France, dans la mesure où beaucoup de ces serveurs n'ont aucune responsabilité éditoriale réelle sur les informations stockées chez eux ". De plus " le système de la cascade, par la fixation préalable des responsables potentiels implique l'invariabilité de leurs fonctions ". La mission rappelle, enfin, que " la cascade nécessite la fixation préalable du message " ²⁶⁹ en vertu de l'article 93-3 de la loi du 25 juillet 1982. Le Conseil d'Etat, lui aussi, a émis des réserves par rapport à la responsabilité éditoriale : " l'espace réseau n'est pas un simple espace nouveau de diffusion d'information mais un espace de communication, interactif, multiforme, commercial ou non, qui s'éloigne de l'édition classique de contenus et rend difficile la fixation d'un régime unique de la responsabilité, fondée sur le principe de la cascade " ²⁷⁰ .

²⁶⁷ voir note J. Heslaut, disponible sur Internet à l'adresse <http://www.legalis.net/legalnet/judiciairecommentaire/estelle-heslaut.htm>

²⁶⁸ T. Verbiest, article paru dans L'Echo, 21 janvier 1999.

²⁶⁹ Rapport Internet ; Falque-Pierrotin, page 59 et s.

²⁷⁰ Rapport du Conseil d'Etat, " Internet et les réseaux numérique ", La documentation française, page 185.

C'est pourquoi, il semble qu'il soit plus heureux que les juges se tournent vers le régime de droit commun pour la plupart des affaires, ce dernier permettant certainement de mieux appréhender les fonctions qu'assurent les intermédiaires et les réalités techniques auxquelles ils sont confrontés. Or, appliquer le droit commun de la responsabilité suppose de pouvoir identifier la nature des comportements fautifs et donc de caractériser certaines obligations juridiques. Ces obligations, qui non respectées induiraient ainsi leur faute et leur responsabilité, nous les avons déjà évoquées. Il convient maintenant de s'y attarder plus longuement.

Elles peuvent se résumer en 3 axes : information, vigilance, action. Parmi elles, l'obligation relative à la vigilance est sans aucun doute la plus contestée et celle qui pose le plus de difficultés ; essentiellement en raison du fait que l'article 15 de la directive sur le commerce électronique " délivre l'hébergeur d'une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites "²⁷¹ .

Effectivement, si le TGI de Nanterre a rappelé que cette obligation de vigilance ne devait pas consister en l'exercice " d'une surveillance minutieuse et approfondie du contenu des sites ", s'accordant ainsi avec la définition communautaire, il a néanmoins ajouté qu'il devait s'agir de " mesures raisonnables qu'un professionnel avisé mettrait en œuvre pour évincer de son serveur les sites dont le caractère illicite est apparent ". Manifestement, on s'écarte de la directive et de surcroît " les diligences appropriées " ne sont pas loin ²⁷² . En l'espèce, ces " mesures raisonnables " correspondaient à l'utilisation, par l'intermédiaire, d'un outil technique aussi simple que le moteur de recherche. Or, on peut se demander si cette nécessité de recourir au moteur de recherche ne revient pas à faire réapparaître le spectre de l'obligation du contrôle éditorial ; l'hébergeur, finalement, risquant bien de devoir se livrer, au titre de ces "mesures raisonnables" à une " surveillance minutieuse ", celle- là même que les juges du TGI de Nanterre voulaient éviter ²⁷³ .

²⁷¹ L. Thoumyre, " Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance ", op.cit.

²⁷² on les retrouve également dans l'affaire Yahoo !, dans laquelle le juge a condamné le prestataire technique à rechercher des solutions techniques permettant de dégager sa responsabilité du fait des contenus qu'il héberge. TGI Nanterre, 22 mai 2000.

²⁷³ Nous devons néanmoins rappeler que la première chambre du TGI de Nanterre n'a retenu aucune faute contre Multimania, le prestataire technique en cause dans la décision du 8 décembre 1999, au cours d'un nouveau contentieux l'opposant à l'Union des Etudiants Juifs de France, à qui l'on reprochait d'héberger un site dont l'illicéité était " aisément détectable " par un moteur de recherche. Sans écarter la nécessité de recourir à l'utilisation d'un outil de recherche par mots- clés, le tribunal a essayé de limiter la portée de l'obligation de vigilance en tenant compte des compétences propre du prestataires et des compétences " idéales de tiers rompus au domaine de la lutte contre le racisme et l'antisémitisme ", TGI Nanterre, 24 mai 2000, op cit.

Ainsi donc, comme le relève Lionel Thoumyre " Tout le problème est là : tracer la frontière entre vigilance et surveillance ". Il était, par conséquent, indispensable de préciser davantage le contenu exacte de cette obligation. C'est justement ce à quoi s'est employée la Cour d'appel de Versailles dans une décision infirmant le jugement du TGI de Nanterre de décembre 1999.

Dans son arrêt rendu le 8 juin 2000 ²⁷⁴, la Cour a, tout d'abord, affirmé " qu'à l'occasion de son activité, une société prestataire d'hébergement est tenue à une obligation de vigilance et de prudence quant au contenu des sites qu'elle accueille " ; elle a ensuite spécifié que cette obligation ne doit pas impliquer " l'examen général et systématique des contenus des sites hébergés " et qu'elle doit s'analyser en " une obligation de moyens portant sur les précautions à prendre et les contrôles à mettre en œuvre pour prévenir ou faire cesser le stockage et la fourniture de messages contraires aux dispositions légales en vigueur ou préjudiciables aux droits des tiers concernés ". Elle a, enfin, énoncé les différentes mesures que le prestataire devra accomplir en fonction du stade contractuel dans lequel l'hébergeur et le " client-créateur " se situent (c'est-à-dire au moment de la formation du contrat et de son exécution) ²⁷⁵.

Il est intéressant de noter, en particulier, que pour ce qui concerne le stade de l'exécution du contrat, les " diligences appropriées " font une nouvelle fois leur apparition et même de façon très claire puisque l'hébergeur doit effectuer des " diligences appropriées pour repérer tout site dont le contenu est illégal, illicite ou dommageable afin de provoquer une régularisation ou d'interrompre la prestation ". La Cour soutient même qu'elles " doivent être spontanément envisagées ". La question s'impose d'elle même : retomberait-on encore dans le risque d'une censure privée en accordant un pouvoir d'appréciation aux intermédiaires ? Pour les juges, en tout état de cause, la réponse est non puisque leur mise en œuvre doit être limitée par " l'incompétence ou l'abus de droit de l'hébergeur à apprécier l'illégalité, l'illicéité du caractère dommageable du contenu litigieux ".

²⁷⁴ CA Versailles, 8 juin 2000, disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/jurisfr/lacoste2.htm>

²⁷⁵ " cette obligation de moyens, (...) doit néanmoins se traduire, au stade de la formation du contrat avec le client-créateur de site, par des mesures préventives telles que la prohibition de l'anonymat ou de la non-identification, l'adhésion à une charte de comportement ou tout autre procédé incitatif au respect des textes et des droits des personnes ".

En définitive, il ressort de cette jurisprudence que les juges ont choisi " d'endiguer un phénomène qui risquait tant de décourager les éditeurs investis dans la mise en ligne de contenus que d'encourager une pratique de censure a priori de la part des hébergeurs "²⁷⁶ . En outre, la notion de " diligences appropriées ", toujours présente malgré la censure du Conseil constitutionnel, devrait continuer à les inspirer pour établir la responsabilité du prestataire technique. Toutes les incertitudes ne sont donc pas levées, n'étant pas à l'abri de nouvelles interprétations jurisprudentielles, d'autant plus que loi du 1er août 2000 ne donne aucune information.

Il nous semble intéressant de conclure ces développements concernant la responsabilité des prestataires techniques par une brève observation au sujet de la décision du TGI de Nanterre en date du 22 mai 2000. Cette affaire, qui a opposé une coalition d'associations (l'UEJF, la Licra et le Mrap) au célèbre fournisseur de services " Yahoo! ", a été l'occasion de saisir un peu mieux la nature des motivations qui peuvent être à l'origine de la décision du juge. Il s'agirait, en particulier, d'imposer aux intermédiaires techniques au-delà de leurs devoirs de vigilance et d'information, une véritable obligation " morale ".

Dans un ouvrage d'initiation à la philosophie du droit, Bruno Oppetit ²⁷⁷ rappelle les différences entre courant positiviste et courant idéaliste. Examinant les manifestations du second, il est amené à évoquer le droit naturel et il relève que " parfois le juge démuné par le droit formel d'arguments suffisamment forts et pertinents pour étayer son raisonnement, éprouve la nécessité de se référer à une notion d'ordre idéal, qui renforce son argumentation tout en restant extérieur au droit positif et à son corpus de règles ". Dès lors, le droit naturel s'oppose à l'idée que le droit soit déterminé exclusivement par le juge et le législateur. Il existerait ainsi une référence du Bon, du Mal et du Juste qui serait indépendante du droit positif et le transcenderait.

²⁷⁶ L. Thoumyre, *op.cit.*

²⁷⁷ B. Oppetit, " Philosophie du droit ", Breis Dalloz, 1999.

C'est précisément ce que remarque V. Sedallian commentant l'ordonnance du juge Gomez ; elle écrit : " lorsque le juge invoque " l'offense à la mémoire collective du pays profondément meurtri par les atrocités commises par et au nom de l'entreprise criminelle nazi à l'encontre de ses ressortissants et surtout à l'encontre de ses ressortissants de confession juive", ne fait-il pas, en réalité, appel à ce fondement du droit naturel ? "²⁷⁸ . Le juge ferait, en particulier, référence au principe supérieur de dignité humaine ou de mémoire des victimes de la barbarie humaine.

Plus précisément, le juge semble avoir confronté le principe de la liberté d'expression protégée par le Premier Amendement de la Constitution américaine à l'impératif pour un groupe international aussi puissant que " Yahoo ! " de se doter d'une éthique. D'ailleurs, le juge a, par la suite, explicité sa pensée en soutenant que " l'affaire Yahoo ! pose une question : certaines sociétés ne vont-elles pas devoir réfléchir, pour préserver leur image de marque, à une ligne de moralité publique internationale acceptable pour tous ? "²⁷⁹ . Dans un portrait dressé dans le journal Libération, on apprend même qu'un peu " utopiste ", il rêve à l'émergence d'une sorte " de morale de base qui transcende les Etats "²⁸⁰ .

Toujours est-il que les prestataires techniques ont certainement une responsabilité éthique. Du reste, ils se munissent souvent de chartes et autres codes de bonne conduite ou déontologiques. Mais comme le rappelle L. Thoumyre, " A charge pour la profession d'en respecter les termes sans qu'il soit besoin de saisir la justice ". A cet égard, l'affaire Yahoo ! semble prouver que l'on ne puisse pas s'en passer.

²⁷⁸ V. Sedallian, commentaire de la décision du 22 mai 2000, disponible sur son site personnel.

²⁷⁹ Propos recueillis par J. Krassovsky et S. Slein, " Dans 4 ans le Net sera réguler ", Transfert, n°8, octobre 2000, page 77.

²⁸⁰ F. Latrive, " Un petit juge français à l'assaut du réseau ", Libération, 7 novembre 2000.

Section 2 : UNE RÉPONSE: LA RÉGULATION ?

A travers cette étude, on aura finalement compris qu'Internet présente des nouveaux défis pour le droit et qu'il conduit, selon les termes mêmes du rapport de M. Christian Paul remis au Premier Ministre le 29 juin 2000, à " repenser la manière de produire le droit ".

En effet, si le débat sur le vide juridique que constituerait Internet doit être considéré aujourd'hui comme dépassé ²⁸¹, il est non moins évident que c'est maintenant que l'on commence à prendre conscience de l'importance des enjeux liés aux questions de régulation et d'adaptation du droit soulevés par le réseau ; questions générées non seulement par le déferlement d'activités commerciales sur la Toile mais également par sa dimension citoyenne qui engendre une demande de plus en plus forte de régulation.

Or, cette dernière est extrêmement complexe à définir et à mettre en œuvre. Elle est même contradictoire dans la mesure où si la liberté d'expression est sans aucun doute le principe cardinal et fondamental du réseau, ce principe doit se concilier avec une forte demande de sécurité vis-à-vis des contenus illégaux mais aussi avec celle de protection de la vie privée ou encore de confiance et de sécurité par rapport au commerce en ligne.

La problématique du réseau se dessine donc : comment réguler cet espace virtuel qui transcende les cadres juridiques, culturels et géographiques existants et qui est avant tout l'espace de la liberté largement protégée par le Premier Amendement de la Constitution américaine ? A cet égard, le débat qui s'est amorcé il y a quelques années est crucial pour l'avenir du Net. Derrière lui, en effet, se tracent tous les appétits inhérents au commerce électronique. Comme le souligne Isabelle Falque-Pierrotin, Maître des requêtes au Conseil d'Etat, " Il est plein de dogmatisme et d'idéologie, car les enjeux de pouvoir sont extrêmement importants. Il est absolument essentiel car les options retenues fixeront les contours démocratiques de l'espace qui naît sous nos yeux " ²⁸².

²⁸¹ Voir sur ce point les développements du Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 sur les réseaux.

²⁸² I.Falque-Pierrotin, " Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? ", Le Monde, 27 novembre 1999.

A ce stade de l'exposé, dans un souci de clarté, il convient de préciser deux points :

Les concepts les plus couramment employés à propos de la régulation d'Internet ne sont pas des concepts rigoureux et masquent souvent bien des malentendus. Il règne autour du mot " régulation " une grande ambiguïté de signification. Effectivement, la " régulation " en français n'est pas la " régulation " de l'anglais. Alors que ce terme, dans son acception française, se traduit par " réglementation " avec ce que cela implique de rigidité et d'immobilisme, la " régulation " au sens général, au contraire, ne se limite pas à cette définition et renvoie plutôt à toute formule normative, ou forme d'intervention normative, y compris donc les moins contraignantes comme dans l'acception anglo-saxonne.

Le " spectre " de la régulation est très large et les différentes solutions retenues par les Etats montrent qu'en cette matière tous les moyens que la technique juridique offre sont exploités : lois, auto-régulation, hard ou soft law, usages, codes de bonne conduite, contrats... Néanmoins, depuis qu'elle est engagée, la réflexion sur l'Internet a souvent opposé sa régulation par les personnes publiques à l'auto-régulation c'est-à-dire l'élaboration et le respect des règles par les acteurs eux-mêmes. Si ces deux conceptions ont pendant longtemps été présentées comme opposées, il semble aujourd'hui impossible de les maintenir si différentes dans un univers qui permet à chaque individu de comparer et de choisir le régime juridique qui le satisfait le plus. C'est pourquoi la France, décidant de dépasser ces oppositions, a choisi récemment le parti de l'innovation en proposant une forme inédite de régulation : la co-régulation.

A) De l'auto-régulation à la régulation

1) De l'auto-régulation...

Avant qu'il ne fasse l'objet de développements commerciaux gigantesques, au début des années 90, Internet était essentiellement fréquenté par une population d'universitaires. Celle-ci partageait les mêmes valeurs de liberté, de réciprocité et de gratuité de l'information

qu'elle échangeait par le biais du réseau. Leur conception des règles applicables à Internet était celle qui s'inscrit désormais sous le vocable générique " d'auto-régulation ". Ce terme a suscité à la fois engouement et polémiques: engouement des libertaires désireux d'obtenir un retrait de l'intervention publique, polémique face à une influence de la mentalité pro américaine ne correspondant pas à d'autres comportements et traditions.

a) La "net-étiquette "

L'auto-régulation, c'est avant tout la responsabilisation des acteurs, une forme d'auto-discipline ; plus précisément, c'est la mise en place de règles que se donnent les utilisateurs du réseau pour une utilisation harmonieuse des outils qu'elle a à sa disposition ; ainsi, l'Internet dispose de ses propres normes " non officielles ", ensemble de principes pratiques, de conduites et de bienséances regroupés autour du mot " net-étiquette ". Cette éthique du réseau s'exprime à travers des commandements émanant de différentes organisations comme l'Internet Society ²⁸³ ou le Institute computer ethics tels que " tu n'emploieras pas l'ordinateur pour nuire à autrui " ou " tu ne fouineras pas dans les fichiers d'autrui " mais aussi à travers les fameux smileys ou " binettes " en français qui permettent de moduler les propos par le biais du réseau. Ces règles, les nouveaux venus sont invités à les consulter avant de prendre part à une quelconque activité d'envoi de courrier électronique, d'échanges sur les forums de discussions ou de téléchargement de fichiers.

En outre, dans les groupes de discussions, des normes spécifiques peuvent être adoptées mais certaines sont valables pour tous comme l'interdiction de publier des messages à caractère publicitaire ou d'envoyer des messages " incitatifs ", susceptibles de mettre le " feu aux poudres ".

Tous ces principes ne sont pas purement théoriques ; ainsi, s'il est très mal vu par exemple d'intervenir pour parler de politique dans un forum de discussion consacré à la poterie, le

²⁸³ Vint Cerf, guidelines for conduct on and use of internet, Internet Society, août 1994. Voir " ten commandements for computer ethics " disponible à l'adresse <http://www.fau.edu/rinaldi/net/ten.html>

fautif peut être réduit au silence par un bombardement d'e-mails vengeurs. En effet, le " flaming " est cette technique qui consiste en une véritable inondation de longs messages hostiles et de protestations qui, arrivant en masse énorme parfois des quatre coins de la Toile, rendent la boîte aux lettres du contrevenant inutilisable ; les internautes disposent aussi d'une autre pratique qui consiste à bloquer les communications électroniques du " cyberdélinquant " en l'abonnant à des dizaines de listes de diffusions. En termes de paralysie, cela peut s'avérer très efficace et conduire à l'étouffement complet du serveur du courrier.

De plus, un certain nombre de groupes ou de forums d'échanges fonctionnent selon un système de " modération " d'après lequel tous les messages adressés aux autres membres du groupe, et donc publics, transitent par une personne chargée d'en vérifier la conformité avec les règles de base du groupe, énoncées le plus souvent dans sa charte constitutive. Le système de modération est justifié généralement non seulement par la nécessité de prévenir des formes de communication inappropriées mais également par des raisons pratiques liées au contrôle du volume d'informations qui circulent comme l'importance de faciliter les discussions, d'éviter la répétition d'arguments déjà développés ou encore d'arrêter les raisonnements qui n'en finissent pas.

b) *Les solutions techniques*

L'auto-régulation, ce sont également les solutions techniques et tout d'abord les logiciels de filtrage ou " outils de contrôle parental " ainsi baptisés par les fabricants. Aujourd'hui, les internautes ont le choix entre une quinzaine de produits tels Cybersister, CyberNanny, Cyberpatrol, Safesurf, Surfwatch ou X-Stop. Ce dispositif connaît un succès considérable notamment depuis que le Président Clinton en personne, lors du " Sommet sur Internet " tenu à la Maison Blanche le 16 juillet 1997, en a préconisé l'usage. En quelques semaines seulement, des millions de logiciels ont été vendus aux Etats-Unis et dans le reste du monde.

Or, loin de résoudre tous les problèmes de censure, en permettant à chaque internaute de bloquer les sites à partir de son ordinateur familial, ces logiciels sont aujourd'hui accusés d'instaurer une censure " insidieuse et incontrôlable " : les associations de défense de la liberté d'expression les qualifient même de " censorware " (" censuriciels " en français).

Les procédures automatisées qu'ils mettent en place restent, en effet, encore imparfaites, maladroitement, aucun ordinateur étant en mesure de maîtriser les subtilités du langage humain, ni de déterminer si une photo pose réellement problème. L'ACLU (l'American Civil Liberties Union) qui a pris la tête de la coalition contre l'instauration de ces instruments de censure pernicieux, fait remarquer que le dépistage automatique par mot-clé est très " primitif". Effectivement, " la plupart des filtres sont incapables de faire de différence entre un site baptisé SexAmerica et un autre consacré au Comté du Sussex, ou entre un forum fréquenté par les amateurs de fortes poitrines et un autre dédié au soutien psychologique des victimes d'un cancer du sein " ²⁸⁴ . SurfWatch, l'un des logiciels de filtrage qui connaît le plus de succès, bloque par exemple le site de la Maison Blanche parce que le mot " couple " a été porté sur sa liste de mots-clé.

Au-delà des critiques techniques qu'ils suscitent quant à leur fiabilité, ces logiciels posent de profondes interrogations de nature politique concernant leur légitimité. Car derrière le filtrage des sites se trouvent, en réalité, comme le rappelle le CSA dans sa Lettre de février 2000, les visions du monde des personnes composant l'organisation à l'origine du logiciel ²⁸⁵ .

Or l'acte consistant à déterminer si tel ou tel contenu doit être bloqué n'est évidemment pas neutre. Ainsi, pour l'ACLU, la conception du programme CyberSitter aurait été subventionnée en sous-main par l'organisation ultra conservatrice Christian Coalition qui impose, de ce fait, sa conception de l'ordre moral à de nombreux clients américains et étrangers ²⁸⁶ . Certains se sont donc soulevés contre ce qu'ils décrivent comme une privatisation de la censure, hors de tout contrôle démocratique.

²⁸⁴ Voir Y. Eudes, " censorware, la censure privatisée ", Le Monde Télévision - Radio - Multimédia, 13 octobre 1997.

²⁸⁵ L'étude complète du CSA sur " la labélisation et le filtrage des sites Web " in La Lettre du CSA, février 2000, n°125, page 14 et s.

²⁸⁶ D'autres groupes conservateurs sont visés comme " Focus on the Family " ou " American Family Association " qui dit par exemple sur son site Web que " les enfants n'ont pas un droit constitutionnel à accéder et à voir de la pornographie sur Internet dans nos bibliothèques locales ".

De plus, le débat a pris une nouvelle dimension lorsqu'après avoir été appliqués sur les ordinateurs familiaux, les " censorware " ont fait leur apparition dans les lieux publics comme les écoles et les bibliothèques. Dans plusieurs villes, notamment en Floride et en Virginie, le Conseil municipal a ordonné aux bibliothèques publiques de placer de tels filtres sur les ordinateurs en libre accès connectés à Internet. Aussitôt, des bibliothécaires se sont dits scandalisés par la volonté des élus locaux de dicter à leur concitoyens ce qu'ils ont le droit de voir. Des actions en justice ont été introduites qui ont, pour certaines d'entre elles, abouti à l'interdiction de l'instauration de tels programmes dans les ordinateurs des bibliothèques de la ville. C'est le cas par exemple d'un jugement de novembre 1998 du tribunal fédéral de Virginie qui prouve à cette occasion que les responsables des bibliothèques publiques américaines seraient bien avisés, eux aussi, ne pas prendre à la légère les sacro-saints principes de la liberté d'expression. Effectivement, d'après le juge, la décision de mettre en place dans les ordinateurs d'une bibliothèque connectés à l'Internet des logiciels de filtrage rendant impossible l'accès aux sites au contenu sexuel explicite " porte atteinte au Premier Amendement de la constitution ". Suite à ces décisions de justice, quelques municipalités ont d'elles même rejeté ces types de projets comme dans l'Iowa et San Jose, ville phare de la Silicon Valley.

Au Congrès, à Washington, plusieurs membres - y compris des conservateurs- ont déclaré qu'il était inadmissible que des citoyens utilisant des ordinateurs dans des lieux publics parce qu'ils n'avaient pas les moyens de s'équiper soient ainsi mis sous tutelle comme des enfants. Par ailleurs, un important rapport vient d'être remis au Congrès, le 20 octobre 2000, par la Commission sur la Protection en ligne de la Jeunesse qui a examiné l'impact des logiciels de filtrage mais aussi les effets d'autres technologies (logiciels de classement, labellisation, systèmes de vérification de l'âge..) sur les principes du Premier Amendement de la Constitution. Le rapport remarque d'emblée que la question de l'accès des mineurs par le biais d'Internet à des messages au caractère préjudiciable, a " conduit à un cycle de législations, de

contentieux et d'actions en justice qui n'ont produit que peu de solutions pour les parents qui cherchent à régler le problème des contenus inappropriés sur Internet ²⁸⁷. Concernant plus spécialement le filtrage, il souligne que de tels logiciels augmentent le risque d'atteinte au Premier Amendement lorsqu'ils sont utilisés en milieux scolaires (17 000 écoles se sont d'ores et déjà équipées) et ont " le potentiel d'être trop intrusif dans le blocage de contenus ".

Toujours est-il que le Congrès s'apprête à voter une mesure qui devrait rendre obligatoire l'équipement de " censorware " pour les écoles et les bibliothèques publiques qui souhaitent recevoir des subventions fédérales pour le développements de leur matériels de connexion à Internet. Cette mesure est fortement contestée par l'ACLU, qui, dans une lettre adressée aux parlementaires, déclare que " la proposition [de loi] échoue au regard de la préparation de nos enfants à agir de manière responsable en tant que citoyens d'Internet ". Elle ajoute que " si la responsabilité implique de choisir, le blocage enlève tout possibilité de choix ²⁸⁸ .

La Maison Blanche tente de faire pression sur les congressistes pour qu'ils adoucissent le projet. Selon l'entourage du Président, elle serait plutôt en faveur d'une mesure qui laisserait la décision d'installer ou pas ces logiciels au niveau local. Toutefois, l'Association Press soutient que l'administration Clinton devrait signer la proposition de loi même si les termes ne devaient pas évoluer car, prenant la forme d'un amendement à la loi de Finances, elle comprend des lignes budgétaires pour d'autres priorités éducatives.

Ensuite, on trouve les logiciels qui opèrent une classification des sites c'est-à-dire l'étiquetage de ceux-ci ou la labellisation. Or, si le débat actuellement le plus virulent concerne les logiciels de contrôle parental, cela a été pendant longtemps celui de cette classification. Les développements technologiques récents ont permis par exemple l'émergence d'une norme internationale et ouverte, la norme PICS (Plateforme for Internet Content Selection) qui, mise

²⁸⁷ Voir D. Hudson, " COPA Commission expresses concern with Net filtering systems ", 23 octobre 2000, disponible sur le site <http://www.freedomforum.fr>

²⁸⁸ idem.

au point par le consortium W3C, permet de fixer des critères très variés. L'association PICS ²⁸⁹ offre ainsi un système de classification des sites selon quatre critères (violence, nudité, sexe, langage) et cinq niveaux d'acceptabilité.

Comme pour les logiciels de filtrage, de nombreuses difficultés demeurent quant à cette modalité d'auto-régulation : sur quels critères se fait l'étiquetage ? les choix américains en l'espèce correspondent-ils à la sensibilité européenne ? l'étiquetage doit-il être opéré par les éditeurs de contenus eux-mêmes ou par une tierce personne ? l'Etat ? Et si oui, " une telle ingérence [ne pourrait-elle pas] alors être interprétée comme une mesure préliminaire à la censure ? " ²⁹⁰. Toutes ces questions ont été abordées par la célèbre association ACLU ²⁹¹ dans un pamphlet paru en 1997 et qui reste toujours d'actualité intitulé " Fahrenheit 451 : is cyberspace burning ? ". L'association dénonce effectivement à travers ce pamphlet le risque de censure que la labellisation pourrait instituer dès lors qu'elle serait contrôlée par un petit nombre d'opérateurs, contrôlant en même temps les moteurs de recherche et enfermant certains contenus dans les " terra incognita " de l'espace virtuel.

Le Conseil d'Etat français lui même, dans son rapport de 1998 sur les réseaux, insiste sur la vigilance qu'il convient de garder concernant le pluralisme et les modes de fonctionnement des agences de classification ainsi que sur les critères d'étiquetage. " L'enjeu est bien, non de restreindre la liberté d'expression en identifiant des contenus " politiquement corrects " progressivement obligatoires mais d'éclairer le libre choix des utilisateurs pour un filtrage démocratique ".

Toujours est-il que le gouvernement américain ayant approuvé le projet PICS dès 1997 continue d'apporter son soutien à une telle démarche qui rend l'utilisateur responsable des contenus qu'il souhaite recevoir. C'est également la position du Canada qui, très soucieux de régulation, ne plaide pas pour une régulation autoritaire; en effet, le Conseil de la Radiodiffusion et des Télécommunications canadiennes (CRTC) a décidé le 17 mai 1997 de

²⁸⁹ regroupant des acteurs tels que Apple, AOL, CompuServe, Netscape... ou France Télécom.

²⁹⁰ Opinion de M.Flenner, directeur de l'office fédéral de la communication de Suisse (ofcom) in François Chivot, " Le CSA veut imposer sa présence dans la co-régulation d'Internet ", Le Monde, 13 septembre 1999.

²⁹¹ American Civil Liberties Union.

ne pas intervenir dans la régulation sur Internet privilégiant la liberté d'expression. " Cela ne signifie pas que nous fermons les yeux sur les contenus illégaux " a précisé néanmoins la présidente du CRTC lors du sommet des régulateurs qui s'est tenu en décembre dernier. Reconnaissant qu'il ne règlementera pas les services des nouveaux médias sur Internet, le CRTC s'est placé comme le premier organisme à décider de ne pas intervenir directement sur les réseaux considérant que cela était inutile : " Les lois canadiennes d'application générale, jumelées à des mesures d'auto-réglementation, constituent des moyens plus efficaces que la loi sur la radiodiffusion pour régler le problème du matériel offensant dans les nouveaux médias²⁹².

L'auto-régulation reste, on le voit, sinon une approche anglo-saxonne du moins une approche fondamentalement américaine. Les Etats-Unis, " prudents face à toute coopération internationale risquant de devenir contraignante " ²⁹³, et considérant la liberté d'expression comme sacrée, continuent de travailler activement sur le domaine de l'auto-régulation et incitent en permanence les acteurs privés à mettre en place des mécanismes d'auto-discipline, refusant par là même une régulation autoritaire des pouvoirs publics. D'ailleurs ce n'est pas un hasard si c'est aux Etats-Unis en premier que la question de savoir si l'Etat pouvait légiférer en matière d'Internet s'est posée. Or, à ce propos, les échecs du " Communication Decency Act " de 1996 puis du " Child Online Protection Act " de 1998 (voir chapitre 1, titre 2) ont marqué avec force la fin de toute tentative d'approche fondée sur une simple transposition des schémas classiques de réglementation de la diffusion. Comme l'a énoncé de façon éclatante la Cour Suprême, Internet est " une conversation mondiale sans fin " et il est vain de vouloir interdire ou limiter les contenus litigieux ou offensants en interdisant leur diffusion. Pour les Etats-Unis la voie semble donc être claire et univoque. La récente annonce de la FCC de se déclarer incompétente pour réguler Internet marque une nouvelle fois l'attachement du pays à sa conception auto-régulatrice du réseau.

²⁹² F.Chivot op.cit.

²⁹³ Rapport du Conseil d'Etat de 1998.

Cependant, les Etats-Unis ne sont pas les seuls à défendre la responsabilisation des acteurs en matière de régulation d'Internet . L'Union européenne, elle aussi, donne la priorité à l'autorégulation.

Dès 1996, le rapport du groupe de travail “Contenu illicite et préjudiciable sur Internet” (note: Rapport du groupe de travail “contenu illicite et préjudiciable sur Internet”, SEC(96)2241, Bruxelles, 26 novembre 1996) qui avait été mis en place à l'issue d'une réunion informelle des ministres européens des Telecommunications et de la Culture à Bologne en avril 1996, précise que les acteurs doivent se mobiliser. Les Etats membres, en particulier, “doivent encourager l'industrie à établir un système d'autoréglementation, à y participer et à en respecter les règles”. Celle-ci ne doit néanmoins pas entraver la capacité à fournir librement des services dans le cadre du marché intérieur. De plus, les utilisateurs et les fournisseurs doivent établir des organismes représentatifs qui se coordonneront au niveau européen.(note : le rôle de ces organismes de doit pas s'apparenter, selon le rapport à celui d'un censeur. En effet, si un contenu illicite est détecté, ils ont seulement le devoir de prendre les mesures qui s'imposent à son élimination en informant les fournisseurs de service. Sil le contenu est d'origine étrangère, le groupe de travail a préciser que ces organismes devaient alors transmettre l'information à celui correspondant du pays d'accueil.) Enfin, le rapport préconise de matérialiser l'autorégulation par des systèmes de filtrage et de classification en soulignant que les fournisseurs de contenu doivent être encouragés à classifier leurs documents et informations.

En 1998, l'Union européenne poursuit sa réflexion dans cette voie, le Conseil ayant approuvé le 21 décembre 1998 un “Plan d'action” qui décrit une série d'initiatives à mettre en place entre le 1er janvier 1999 et le 31 décembre 2000, afin de promouvoir une utilisation plus sûre d'Internet et qui fait ,une nouvelle fois, particulièrement appel à la collaboration des acteurs professionnels du réseau. Il est prévu pour se faire de débloquer un budget de 25 millions d'euros.

Le Plan s'articule autour de 4 actions principales :

créer un environnement électronique plus sûr . D'une part, il s'agit de mettre en place un réseau de " hot-lines ", en particulier sur les serveurs des fournisseurs d'accès et de services, où les usagers pourraient " dénoncer " les contenus jugés manifestement illégaux. Il est à noter que de telles " hot-lines " sur Internet existent déjà dans certains pays, comme au Royaume-Uni (" Safety Net Foundation ") et en France (créée le 17 novembre 1998 par l'Association des Fournisseurs d'accès, <http://www.afapc.org>). D'autre part, les fournisseurs d'accès et de services seront invités à développer un code de conduite. A terme, il est envisagé de délivrer des " labels de qualité " aux fournisseurs qui adhèrent au code de conduite.

développer et standardiser des systèmes fiables d'étiquetage et de filtrage des informations sur le réseau. A cet effet, il est prévu de favoriser la coopération internationale afin que les futurs systèmes puissent être uniformisés à l'échelle mondiale.

encourager des actions de sensibilisation et d'information du public (en particulier les parents et les professionnels de l'éducation quant aux dangers potentiels de l'utilisation d'Internet pour les mineurs).

favoriser la coopération européenne et mondiale sur les questions juridiques suscitées par les mesures précitées (loi applicable, liberté d'expression etc).

Enfin, tout récemment, la Commission de l'Union européenne a présenté 2 rapports dont l'objet était spécifiquement les techniques de contrôle parental(note : rapports disponible à l'adresse [http :www.ispo.cec.be/iap](http://www.ispo.cec.be/iap)).

c) Les principaux arguments des tenants de l'auto-régulation

Il convient de s'attarder un instant sur le fait que le développement d'Internet s'est accompagné de celui d'un discours sur cette auto-régulation présentée comme une alternative plus souple, plus adaptée aux réalités du réseau, voire plus démocratique que la réglementation publique. Les arguments avancés ne sont pas dénués de bon sens .

Tout d'abord, la confrontation des idées et le débat public peuvent être beaucoup plus efficaces qu'une quelconque norme. C'est pourquoi par exemple face aux discours racistes et haineux de certains sites des défenseurs des droits de l'homme ont pu soutenir l'idée de liens hypertextes qui relieraient ces sites racistes à des pages web militantes des libertés fondamentales. Ceux-ci permettraient aux internautes de confronter eux-mêmes les informations et les démonstrations divergentes et de se forger leurs propres opinions.

A cet égard, le co-créateur du web, Robert Cailliau soutient l'idée d'une Charte des droits à la " réponse visible ". Cette piste a d'ailleurs recueilli l'assentiment de la ministre allemande de la Justice qui approuvait ainsi l'idée de relier automatiquement les sites douteux à des pages d'information antiracistes, après qu'un site ait pu, en toute impunité décrocher l'adresse " heil-Hitler.de. "²⁹⁴. C'est aussi la position défendue par l'une des associations les plus connues outre atlantique, Electronic Frontier Foundation, qui affirme par la voix de son président : " Nous n'approuvons en aucune manière les discours de haine. Cependant, nous croyons qu'à un discours néfaste, il faut répondre par un meilleur discours et non pas imposer une censure. Quand on sacrifie un droit pour en protéger un autre, on les perd tous les deux. " ²⁹⁵. Pour l'EFF, la liberté de parole ne souffre en fait d'aucune exception ; les mesures prises pour réduire au silence les extrémistes de tous bords, les fanatiques, les pervers sexuels ou les adorateurs du Führer, finissent toujours par se retourner contre la démocratie. Mieux vaut tolérer leurs excès, c'est le prix de la liberté de tous. Elle ajoute que de toutes façons, avec l'émergence des réseaux informatiques, il sera de plus en plus difficile de faire taire un être humain ayant accès à un ordinateur.

De plus, d'autres soutiennent qu'il faut être vigilant sur les nombreux prétextes pour imposer la censure. R.Koven, représentant européen du World Press Freedom Committee estime de ce fait que " souvent des préoccupations légitimes comme protéger les mineurs, la vie privée ou empêchant des discours racistes ne servent qu'à masquer la notion de censure ".

²⁹⁴ E Launet et L. Noualhat, " le cocréateur du Web plaide pour un permis de surfer ", Libération, op.cit.

²⁹⁵ Voir P.Sabatier, " Censoreware ", Le Monde, op.cit.

Enfin, le dernier axe de la critique anti-régulation s'attache à soulever la différence fondamentale entre l'audiovisuel classique, qui utilise une ressource rare (les ondes hertziennes) et la communication par Internet où tout le monde peut avoir sa place. Une régulation qui viserait à faire respecter la diversité des contenus n'aurait alors pas lieu d'être.

2) *A la régulation*

Face à cette conception qui privilégie la responsabilisation des acteurs, existe une autre approche qui consiste à favoriser l'intervention des Etats et de la réglementation classique. Les apôtres de cette démarche qui souhaitent " ne pas laisser l'Internet se transformer en bazar sans contrôle, où serait bafouée la vie privée, où les entreprises dominantes écraseraient les petites et où les sites pédophiles fleuriraient "²⁹⁶ développent également une série d'arguments convaincants.

Tout d'abord, ils mettent en avant le constat établi à maintes reprises dans les différents rapports parlementaires et rappelé avec force dans celui du Conseil d'Etat de 1998 sur les réseaux qu'Internet n'est pas une zone " hors droit " et que l'ensemble des règles existantes devrait s'appliquer. S'il n'existe pas de droit spécifique de l'Internet et des réseaux, il n'est nul besoin d'en créer : ceux-ci sont des espaces dans lesquels tout type d'activité peut être pratiqué et où toutes les règles régissant un domaine particulier (publicité, fiscalité, propriété intellectuelle, diffamation, haine raciale...) ont vocation à s'appliquer. De ce fait, comme l'a souligné Mme Falque-Pierrotin récemment, " c'est bien la fin de l'ère Gubler et de ses incertitudes, et les décisions de jurisprudence rendues depuis 1996 démontrent que le juge garant de la loi est le premier régulateur d'Internet. " ²⁹⁷. Effectivement, certains affirment que c'est au juge de trancher les cas individuels et par là même de construire la jurisprudence et au législateur de faire évoluer ou de clarifier les règles si nécessaire. Pour eux, la régulation doit se faire " dans des lieux où tout le monde peut s'exprimer librement et à égalité des chances quel que soit son

²⁹⁶ Voir F.Latrive, " Le CSA brûle de faire la police sur le Net ", Libération, 15 octobre 1999.

²⁹⁷ I.Falque-Pierrotin, " Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? ", op.cit.

pouvoir ou son poids économique. Ce régulateur existe déjà, c'est le service public de la justice " ²⁹⁸. Si ceux-ci reconnaissent que l'institution judiciaire a encore beaucoup d'efforts à faire pour s'ouvrir davantage sur le monde d'Internet, ils sont nombreux par ailleurs à souhaiter voir les magistrats devenir les régulateurs incontestés de la Toile. Et il est clair que l'action de la justice et de la police ne peut être transférée à des autorités qui seraient indépendantes des Etats: cela se traduirait à terme par une régression démocratique ; de même, il semble impossible de demander aux acteurs d'être à la fois juge et partie et de contrôler, voire de sanctionner, leurs propres dérives.

De plus, si la loi est parfois refusée par les défenseurs de l'auto-régulation au motif qu'elle ne serait pas en adéquation avec les caractéristiques du réseau, elle a néanmoins pour elle la légitimité démocratique. Manifestation de la volonté générale, elle fixe des principes généraux, légitimes et obligatoires. Qui plus est, elle est un passage obligé quand il s'agit par exemple de répression pénale. En outre, l'action publique est sans doute indispensable encore quand il s'agit d'infrastructures et de développement d'accès à Internet.

Enfin, d'autres assertions viennent directement contrer les arguments à l'appui de la promotion de l'auto-régulation. Les logiciels de filtrage par exemple ont leurs limites, soulèvent d'innombrables interrogations et leur efficacité reste à démontrer. Le directeur général de Yahoo ! le reconnaissait lui-même le 16 juillet dernier " sur quelque serveur que ce soit, il n'existe aucun moyen technique permettant de filtrer à 100% les accès d'internautes d'une nationalité donnée " ²⁹⁹. De plus, la " net-étiquette " est débordée. Il suffit d'ailleurs de se connecter pour comprendre que la " conversation électronique mondiale sans fin " n'est pas toujours un univers paisible. Alors que la " net-étiquette " voudrait que les chatters ³⁰⁰ restent courtois (les providers stipulent à cet égard des conditions d'utilisation censées exclure tout cyberéchange à connotation raciste, sexuelle ou violente), les débordements sont fréquents ; ainsi le modérateur d'un important forum consacré à l'information constate qu'il est " bien dif-

²⁹⁸ S.Mandard, " Olivier Itéanu, l'avocat d'Internet ", Le Monde, 28 juin 2000.

²⁹⁹ Propos recueillis par F.Latrive, Libération 24 mai 2000.

³⁰⁰ Le terme anglais chat (prononcé tchat) dont le dictionnaire Harap's nous dit qu'il signifie petite conversation, causerie est synonyme de la tchatche française signifiant bavarder. Sur Internet le chat est un forum de discussion où les gens communiquent en direct par messages textuels.

ficile d'éviter que les débiles s'expriment " ³⁰¹. Plus fondamentalement, des études ont montré que l'échange par ordinateur en temps réel ne pouvait que pousser à la faute. Comme le remarque le professeur J-L.Weissberg, " la communication écrite propre à Internet entraîne une montée des tensions qu'il n'est pas possible de moduler par une intonation, une mimique ou un geste " ³⁰².

B) *La co-régulation ou l'initiative novatrice de la France*

Les développements successifs énumérés ci-dessus viennent de le démontrer : il y a une co-existence sur Internet de plusieurs types de régulation répondant à des objectifs différents, par des méthodes différentes et également légitimes. De fait, adopter une approche univoque est apparu pour certains comme ne pas être la meilleure option pour prendre en compte l'ensemble des caractéristiques inhérentes du réseau. Comme l'a expliqué le Conseil d'Etat, " le monde des réseaux se prête mal à la réglementation étatique classique : son caractère mondial rend illusoire toute approche strictement nationale ; l'hétérogénéité des acteurs fait qu'il est difficile d'énoncer à priori des règles prenant en compte l'ensemble des situations de fait. La volatilité des contenus et la décentralisation du réseau rend tout contrôle un peu illusoire... Il faut donc imaginer d'autres solutions, d'autres moyens ".

Or, si l'auto-régulation est une réponse, celle-ci a montré également ses limites en ne pouvant se substituer ni à la loi ni au juge ; elle constitue un avantage évident pour les acteurs dominants du marché qui peuvent alors mettre en place une normalisation des pratiques et des références à leur profit conduisant à des formes de censure privée qui, au nom de la déontologie, refuseraient l'accès au réseau à certains contenus ou individus.

En outre, le magistrat ne peut à lui tout seul construire une réglementation d'Internet. Le professeur M.Frison-Roche l'a d'ailleurs souligné au moment du sommet sur les régulateurs en décembre 1999 : " le juge seul ne peut être le régulateur, car il ne prend pas en compte l'en-

³⁰¹ M.Coutty et F.Lazare, " Internet réhabilite le bavardage ", Le Monde, 8 septembre 2000.

³⁰² Idem. J-L.Weissberg est l'auteur d'un ouvrage sur ce sujet " Présences à distance ", ed.L'harmattan, 1999.

semble du secteur ". On pourrait ajouter que son travail se heurte à des difficultés très concrètes : identifier un coupable à l'autre bout de la planète, exécuter à l'étranger une décision nationale de justice, mener l'enquête alors qu'un simple clic permet d'effacer des fichiers interdits. Enfin, la simple transposition des schémas traditionnels n'est plus envisageable. Comme l'explique Mme Falque-Pierrotin " Internet n'est pas seulement un nouveau support par lequel on peut élaborer un nouveau droit spécialisé comme pour la télévision, le câble ou le satellite fixant des contraintes au nom de la rareté des fréquences et de la diffusion de masse ; [c'est aussi] le royaume de l'individu qui vient s'exprimer, commercer, travailler, jouer... librement, partout dans le monde. On sort de la logique classique des médias fondée sur l'offre et la diffusion pour entrer dans un univers d'interaction et de communication ".

Dès lors, on comprend aujourd'hui les motivations qui poussent certains à penser qu'il faut dépasser ces oppositions d'approche, qu'il faut franchir ces clivages de conceptions et, en dehors de tout préjugé idéologique ou corporatiste, prendre conscience qu'Internet bouleverse effectivement les modes d'organisation et de fonctionnement des sociétés contemporaines. Les changements qu'il entraîne imposent d'inventer de nouveaux schémas de régulation ; de fait, on assiste précisément aujourd'hui à l'émergence d'un nouveau concept, celui de co-régulation. Il s'agit d'une régulation plurielle d'Internet qui, en fin de compte, " doit s'abreuer à plusieurs sources ", être conçue comme un instrument flexible et multiforme, et utiliser tous les mécanismes mis à sa disposition. La question n'est pas alors de choisir entre la loi ou l'auto-régulation.

Ce terme de co-régulation a été utilisé pour la première fois dans le rapport du Conseil d'Etat sur les réseaux de 1998. Il s'est répandu très rapidement car il offrait une solution alternative et équilibrée à une régulation fondée soit sur la seule auto-régulation (c'est la pratique américaine) soit sur la seule réglementation étatique (c'est la tradition des pays européens). Le constat de fond à l'origine de cette proposition est qu'aucune de ces solutions prises isolément

ne fonctionne dans un environnement pris en réseau ; en revanche, ensemble et combinées, elles peuvent être efficaces soit pour prévenir les infractions, soit pour les réprimer. La co-régulation est donc " la reconnaissance de cette nécessaire association, du partenariat qui doit s'établir entre acteurs privés et publics pour réguler les réseaux ".

Des formes de cette co-régulation existent déjà dans le paysage institutionnel français à travers la collaboration qui peut se nouer entre des autorités de régulation déjà en place comme le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, l'Autorité de Régulation des Télécommunications, ou la Commission Nationale de l'Informatique et des Libertés, et le secteur privé. Néanmoins, Internet ne saurait être régulé de cette manière car, " si toutes ces autorités sont sectoriellement compétentes par rapport au réseau, aucune d'entre elles ne peut avoir de légitimité générale sur un espace qui offre des contenus aussi diversifiés ; en outre, il serait contraire à la logique d'Internet et à son mode de fonctionnement de créer une nouvelle autorité administrative indépendante spécialisée " ³⁰³.

Ce point de vue semble également être partagé par le Premier Ministre ; en effet, si dans un premier temps il estime que " dans notre pays, le droit distingue traditionnellement correspondance privée et communication audiovisuelle, il n'y a pas de raison qu'une autorité comme le CSA ne puisse exercer les responsabilités qui sont les siennes en matière de télévision et de radiodiffusion sonore au seul motif que ses services seraient diffusés par l'Internet", dans un deuxième temps il affirme que " ces services ne représentent cependant qu'une part marginale de l'ensemble des contenus disponibles : quant à l'immense diversité des services en ligne, depuis les pages personnelles, en passant par les sites de commerce électronique et jusqu'aux forum de discussion, aucune autorité de régulation existante ne peut prétendre à elle seule en assurer la régulation " ³⁰⁴.

Et pourtant, le CSA précisément depuis quelque temps s'est montré particulièrement actif : preuve de sa volonté d'obtenir " une partie du gâteau de la régulation d'Internet " ³⁰⁵, il a joué le rôle de " puissance invitante " selon les propres mots de son président Hervé Bourges pour une journée de réflexion consacrée à la " communication audiovisuelle et Internet, le 14

³⁰³ I.Falque-Pierrotin, " Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? ", op.cit.

³⁰⁴ Allocution du Premier Ministre lors de la réception concluant la conférence mondiale des régulateurs de l'Internet, 1er décembre 1999, disponible sur le site <http://www.internet.gouv.fr>

³⁰⁵ F.Latrive, " Le CSA brûle de faire la police sur le net ", op.cit.

octobre 1999 puis, quelques jours plus tard, celui d'initiateur et de co-organisateur du " sommet mondial des régulateurs sur " Internet et les nouveaux services " tenu à l'UNESCO les 30 novembre et 1er décembre derniers.

Certes, le régulateur de l'audiovisuel a peut-être un rôle à jouer dans la mesure où, comme le rappelle son président " les principes qu'il est chargé de faire prévaloir comme le respect de la personne humaine, le pluralisme, la proscription d'images violentes ou choquantes, la protection de l'enfance, et ainsi de suite, conservent leur pertinence " ³⁰⁶.

Néanmoins, le CSA évolue dans un univers de radio et de télévision où il y a une rareté des fréquences et un contrôle possible sur des opérateurs nationaux. S'agissant d'Internet, les réseaux sont mondiaux et les producteurs de contenus de plus en plus atomisés. Les deux univers sont donc sensiblement différents. Dans ce contexte le député C.Paul note que " le CSA prend progressivement conscience de l'extrême difficulté qu'il y a à contrôler les contenus sur Internet et qu'il ne suffit pas de se poster devant quelques écrans " ³⁰⁷. Ainsi, le CSA ne semble pas constituer l'entité de co-régulation dont on souhaite la création.

Alors, qui pourrait constituer cette entité ? En novembre 1999, le Premier Ministre a demandé dans le cadre du programme gouvernemental pour la société de l'information (Pagsi) au député Christian Paul "de définir le contour exact des compétences que pourrait exercer le futur organisme de co-régulation, ainsi que les modalités concrètes de sa mise en place ". Les réflexions du député ont été livrées au Premier Ministre le 29 juin 2000 et leur teneur tranche assez nettement par rapport aux propositions faites les années précédentes ³⁰⁸.

La mission Paul a estimé que pour les questions nouvelles soulevées par le réseau demandant " d'urgence une intervention ", " le temps du législateur ou du juge n'est pas et ne peut généralement pas être celui de l'Internet ". La seule façon pertinente et rapide consiste selon elle à faire surgir des propositions émanant des personnes concernées plutôt que de lister des critères objectifs auxquels il faudrait les soumettre. Sachant l'extrême difficulté qu'il y

³⁰⁶ Discours de clôture de M.H.Bourges au sommet mondial des régulateurs, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°121, janvier 2000.

³⁰⁷ C.Paul, propos recueillis par F.Amalou, " Ce n'est pas à des entreprises dotées d'une légitimité autoproclamée de dire le droit ", Le Monde, 30 juin 2000.

³⁰⁸ En 1996, le rapport d'I.Falque-Pierrotin concluait notamment à la création d'un comité de services en ligne, organisme de veille, d'analyse et de médiation. Cette proposition fut reprise par " l'amendement Fillon " qui modifiait en ce sens la loi du 30 septembre 1986 sur l'audiovisuel. Le Conseil Constitutionnel par sa décision du 23 juillet 1996 devait censurer largement cet amendement.

a à faire respecter les règlements nationaux sur des réseaux mondiaux, le rapport a décidé de rompre avec la tendance française qui était de légiférer. Selon le député Paul " nous faisons le pari de la liberté d'expression sur Internet, mais cela n'est possible que si les modes de régulation se font à posteriori par la loi et la justice. Contrôler à priori, c'est selon moi censurer " ³⁰⁹.

Afin de favoriser cette prise de position, le rapport a préconisé la création d'un organisme de type nouveau " le Forum des Droits sur l'Internet " (FDI) conçu comme " un espace d'échanges et de coopération entre les acteurs de la régulation " ³¹⁰, qui prendrait la forme non pas d'une autorité administrative indépendante mais celle plus souple d'une association loi 1901, " capable de repenser le droit " de façon originale et de " transposer les principes jusqu'ici reconnus par les sociétés démocratiques afin d'assurer la rencontre des points de vue, voir quand c'est possible de faire naître le consensus " et de " stimuler le parlement et les pouvoirs publics qui sont pour l'instant tentés de réagir trop vite ou de rester inerte ".

Concrètement, le rapport suggère la mise en place du premier organisme doté d'une mission d'intérêt général ³¹¹ conçu pour fonctionner lui-même en réseau.

Pour la mission Paul, ce forum ne sera pas un Conseil Supérieur de l'Internet mais un forum sur la société de l'information qui ne sera pas piloté par les entreprises ou les Etats. Lieu de référence, il devrait être un outil pour cristalliser les débats éclatés pour l'heure entre les entreprises du secteur, les associations d'utilisateurs, la Commission européenne ou encore le Parlement français. De ce fait, les débats ne devraient pas être captifs des intérêts économiques. En effet, les institutions traditionnelles sont souvent " cannibalisées " par les grands groupes de lobbying dont les interventions se font de manière occulte. Or, le futur FDI pourrait contrer l'éventuelle confiscation du débat par des acteurs ultra dominants comme par exemple Vivendi dont le site sur l'éthique du net ³¹², au demeurant bien fait, sert néanmoins de vitrine morale au groupe.

³⁰⁹ Propos recueillis par F.Amalou, op.cit.

³¹⁰ C.Trautmann alors Ministre de la Culture au moment des Rencontres sur l'Internet organisées à Autrans début janvier 2000 rappelait d'ailleurs l'exigence suivante indispensable à la création d'un futur organisme de co-régulation : " il faudra particulièrement veiller à ce que les différents publics de l'Internet puissent y être représentés. L'adhésion et le soutien des internautes à un tel organisme est à la fois une condition et un gage de succès ".

³¹¹ Le député Paul estime en effet que " pour obtenir la confiance des internautes, il faut créer un organisme légitime, capable de faire émerger un point de vue d'intérêt général ".

³¹² Adresse du site <http://www.powow.net>

Le député C.Paul croit donc dans les vertus d'indépendance, d'autonomie et de neutralité que devrait posséder le Forum, véritable " porte-voix de tous les points de vue même minoritaires " et lieu où les débats se faisant en ligne seront transparents et visibles par tous. Sa compétence devrait porter non pas sur les réseaux mais sur les contenus et usages de l'Internet. Au programme : les discussions récentes sur les contenus notamment autour de la responsabilité des intermédiaires techniques lors de la diffusion de propos racistes par exemple, sur la liberté d'expression, sur le pluralisme, sur la vie privée. Mais aussi sur la propriété intellectuelle (avec la diffusion tous azimuts de musiques copiées sur le réseau) ou encore l'utilisation de la Toile par les syndicats dans les entreprises. Bref, tous les sujets qui bousculent le législateur et la société avec la montée en puissance des réseaux informatiques.

Pour l'instant, le projet de ce Forum a été bien accueilli par la communauté Internet, même si certains internautes le surnomment déjà le " cybermachin "³¹³ ; ainsi, certaines associations ont pris connaissance avec satisfaction du contenu du rapport en émettant cependant quelques réserves, en particulier concernant un éventuel risque structurel de paralysie.

Le FDI n'aura aucune prérogative policière, ni judiciaire, ni administrative, ni législative. Il n'interviendra pas non plus sur des cas individuels.

Par conséquent, face aux risques de centralisation et de concentration des pouvoirs, face au souci de voir s'instaurer un régime d'exception au droit commun pour l'Internet, contre les risques de menaces potentiels sur la liberté d'expression et d'instauration d'une police et d'une justice privées, le FDI répond à ces différents points de vue de façon pleinement rassurante. En particulier, il ne gèrera pas de " ligne d'urgence (hotline) " comme il en existe à l'étranger³¹⁴ et ne pourra pas être sollicité pour avis sur des comportements ou des contenus dans des cas particuliers. Ainsi l'association IRIS (Imaginons un Réseau Internet Solidaire) se félicite de voir reprises ses propres propositions de " ligne d'urgence " gérée directement par la police judiciaire pour les cas graves d'une part et d'extension des Maisons de la justice et du

³¹³ F.Latrive, " Un cybermachin pour réguler le Bazar ", Libération, le 30 juin 2000.

³¹⁴ Au Royaume-Uni l'Internet Watch Foundation créé en 1996 a pour mission de débusquer les sites illégaux sur le web, notamment les sites pédophiles. Les plaintes envoyées par les internautes transmises par fax, courrier électronique ou téléphone sont reliées par cette association indépendante aux autorités compétentes, police ou justice.

droit pour la médiation dans les conflits mineurs d'ordre privé d'autre part. Il ne sera donc pas un organisme centralisé de médiation ni de labellisation.

Par ailleurs, les associations notent qu'il sera chargé de missions tout à fait pertinentes, notamment sa mission centrale d'organisation d'un débat continu impliquant tous les composants de la société.

Toutefois, malgré ces points positifs, ces associations mettent en exergue le risque de paralysie quant à la composition et au mode de fonctionnement proposé pour le FDI. Pour les critiques qui vont suivre, nous nous inspirerons largement des réflexions de l'association IRIS qui avait rédigé le 5 avril 2000 un rapport en contribution au débat sur la co-régulation intitulé : "Pour une alternative démocratique à la co-régulation d'Internet : proposition de création d'une mission interministérielle pour la citoyenneté et l'accès au droit sur Internet"³¹⁵. Ainsi, en recherchant une impossible représentativité de tous les acteurs, la composition du FDI posera des problèmes insurmontables " L'organisme de co-régulation ne pourra jamais prétendre à la représentativité de tous les acteurs ni par conséquent à la légitimité de ses décisions. En effet, chaque catégorie d'acteurs sera usurpée : quel groupement ou association peut prétendre à représenter les utilisateurs, sachant qu'un utilisateur peut être à la fois un consommateur, un administré, un travailleur, un chômeur, un syndiqué, un militant d'une cause ou d'une autre, un étudiant, un parent, ...en un mot, un citoyen sous tous ses aspects ? ". A ce propos, il est intéressant de relever que la mission Paul reconnaît " qu'il n'est pas possible de formuler des règles de représentativité de l'ensemble des acteurs de l'Internet et de la société, d'une part parce qu'il s'agit potentiellement de tout le monde, et d'autre part parce que certains secteurs [...] sont mieux organisés que d'autres [...] ".

De plus, en recherchant systématiquement le consensus entre les acteurs dans le but de formuler des recommandations, le rapport Paul propose un mode de fonctionnement dont le caractère prudent, voire timoré, va à l'encontre des ambitions portées par le FDI. Ainsi, cer-

³¹⁵ Rapport disponible sur le site de l'association IRIS, <http://www.iris.sgdg.fr>

tains soutiennent que le FDI n'a pas à être précautionneux pour se saisir d'une question à traiter ou d'un débat à ouvrir. Son rôle est au contraire de faire preuve de la plus grande audace en cette matière. Il doit faciliter les débats et rester dans sa mission en reconnaissant éventuellement l'absence de consensus et sans chercher à fournir une recommandation quelconque dans ce cas. Selon la porte-parole de l'association IRIS " le " dissensus " sur certaines questions est aussi le reflet d'une société démocratique plurielle.

A cette critique, le député Paul répond que " la façon dont Internet se déploie montre qu'il est possible d'obtenir un consensus dans beaucoup de domaines. La communauté de l'Internet est habituée à statuer sur des enjeux technologiques ; de toute façon, [les acteurs] ont en commun le souhait de maintenir la liberté d'expression et d'éviter qu'Internet fasse l'objet d'une réglementation tatillonne " ³¹⁶.

En conclusion, le rapport sur l'organisme qui sera chargé d'organiser la société de l'information préconisant la constitution d'un Forum des Droits sur Internet regroupant les acteurs publics et privés ainsi que les utilisateurs marque l'avènement d'une nouvelle forme " de gouvernance " inédite en France et dans le monde ³¹⁷. Reste fondamentalement la question de sa légitimité. Effectivement, si l'on comprend l'esprit qui préside à sa création, cette question se posera inmanquablement auprès des acteurs intéressés, et par là même celle de son efficacité, dès lors qu'il ne lui est reconnu aucun pouvoir réel... Le député Paul lance déjà à ce titre l'idée que son rôle pourrait " ultérieurement être consacré par la loi ". Encore faut-il que le gouvernement, l'Assemblée Nationale et le Sénat se laissent convaincre. Le débat sur la co-régulation ne fait que commencer.

³¹⁶ Propos recueillis par F.Amalou, op.cit.

³¹⁷ Toutefois, l'Inde a annoncé le 27 mai dernier son intention de créer un forum national consacré aux questions posées par Internet. Permettant de formuler ou d'améliorer les plans de développement et les stratégies politiques à tous les niveaux, il a comme ambition de promouvoir également la langue indienne sur la Toile.

Conclusion

Au terme de notre étude, nous constatons qu'Internet n'est pas un simple outil de communication qui s'ajoute aux autres. Il est révolutionnaire dans la mesure où il abolit le temps et l'espace conférant à chaque internaute le don d'ubiquité.

En projection vers le futur, Internet semble riche de promesses. En effet, sur la Toile, chacun est libre d'agir comme un transmetteur ou récepteur, et comme auteur et émetteur, vers une audience sans frontières. L'internaute peut adresser au monde entier des messages relevant de sa seule responsabilité individuelle. Chaque individu peut accéder “au savoir, au savoir-faire et au faire-savoir” d'autres individus sur le Net, discuter, vendre, communiquer en quelque point de la planète, les habitudes sont modifiées : télétravail, télémedecine, téléenseignement.... Il permet des interactions individuelles aussi bien que collectives et offre de nouvelles possibilités de création et d'expression.

Mais ces promesses créent aussi de nouveaux risques de manipulation et se doublent de nuisances puisqu'il arrive que ce formidable moyen de communication soit détourné de ses finalités à cause d'une minorité de personnes qui l'utilisent à des fins peu louables. Effectivement, sur le “réseau des réseaux”, les informations circulent sans cesse très rapidement et cet extraordinaire outil peut également être le vecteur d'idées perverses (négationnisme, pédophilie), de terrorisme, de viols de la vie privé ou d'atteinte à la propriété intellectuelle.

Cela signifie que si sur le Net le régime qui prévaut est bien la liberté d'expression, il semble nécessaire d'en repenser les conditions d'exercice. Or, là est tout le problème d'Internet: comment adopter des notions techniques et juridiques mondiales de moralité publique, de respect des droits de la personne et de la dignité humaine, dans cet univers par excellence transnational qui efface l'idée de territoire et fait s'entrechoquer des conceptions nationales très différentes, voire contradictoires.

A travers cette étude, nous avons vu que les Etats ont tenté de mettre en place des mesures de réglementations qui se sont cependant heurtées aux impossibilités techniques de contrôles, aux sensibilités, contexte et considérations éthiques et juridiques antagonistes par rapport à la liberté d'expression. Comment agir contre l'internaute qui peut ouvrir et fermer son site à partir de n'importe quel lieu du globe ? Comment réprimer ce qui est illicite ici et légal ailleurs ?

Ainsi, l'exercice de la liberté d'expression sur Internet pose aux politiques des problèmes fondamentaux car le contrôle absolu par le biais de réglementations restrictives centralisées serait non seulement d'une faible efficacité mais apparaîtrait surtout comme peu compatible avec l'intérêt général.

Néanmoins, il convient de ne pas oublier que, pour l'heure, l'ensemble de ces considérations et des questions qu'elles suscitent, demeure un luxe que seuls peuvent se poser les 3 % de privilégiés sur la planète qui ont accès au réseau. L'immense majorité de la population mondiale ignore jusqu'à l'existence de ces nouvelles technologies. Aujourd'hui encore, elle ne dispose toujours pas des acquis élémentaires de l'ancienne révolution industrielle (eau potable, électricité, école, hôpital, route..). IL ne fait pas de doute que si rien n'est fait, l'actuelle révolution de l'information et de la communication se passera également d'eux. Or, c'est peut être l'un des prochains enjeux les plus fondamentaux de cette question de la liberté d'expression sur Internet : comment agir pour que la généralisation de son accès permette à toutes les sociétés et toutes les traditions culturelles philosophiques ou religieuses du monde de se faire entendre dans leurs différences et participer, pour reprendre la qualification du réseau de la Cour suprême des Etats-Unis, à “cette conversation mondiale sans fin” ?

Bibliographie

Ouvrages

- Bensoussan. A, " Internet, aspects juridiques ", Hermès, 1996.
- Bourges. F, Les institutions américaines, Paris, PUF, Que sais-je ?, 1974.
- Cerf. V, " ten commandements for computer ethics ", guidelines for conduct on and use of internet, Internet Society, août 1994, disponible à l'adresse <http://www.fau.edu/~rinaldi/net/ten.html>
- Huitéma. C, " Et Dieu créa l'Internet ", Paris, Eyrolles, 1995.
- Oppetit. B, " Philosophie du droit ", Breis Dalloz, 1999.
- Pielle-Coudol. T et Bertrand. A, " Internet et la loi ", Paris, Dalloz, 1996.
- Poulet. Y et Lamouline. C, " Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique ", rapport présenté au Conseil de l'Europe, éd Bruylant, 1997.
- Rodotà. S, " La démocratie électronique, De nouveaux concepts et expériences politiques ", édition Apogée, 2000.
- Themens. F, " Internet et la responsabilité civile ", Les éditions Yvon Blais Inc (Quebec) 1998.
- Weissberg. J-L, " Présences à distance ", ed.L'harmattan, 1999.

Colloques

- Allocution de M. Poncelet , Président du Sénat, lors du colloque sur " les Parlements dans la société de l'information ", 1999,. <http://www.senat.gouv.fr>
- Allocution de Mme I.Falque-Pierrotin lors du colloque à l'université Paris 1, <http://www.internet.gouv.fr>
- Allocution du Premier Ministre lors de la réception concluant la conférence mondiale des régulateurs de l'Internet, 1er décembre 1999, <http://www.internet.gouv.fr>
- Intervention de M. Dieter Otten, lors du colloque " les parlements dans la société de l'information ", <http://www.senat.gouv.fr>
- Intervention du Premier ministre lors des secondes Assises parlementaires de

Rapports

- Rapport de la mission interministérielle présidée par Madame Falque-Pierrotin, 1996, La Documentation française
- Rapport du Conseil d'Etat, "Internet et les réseaux numériques", 1998, la Documentation française.
- Rapport de Monsieur Paul, "Du Droit et des Libertés sur Internet", 2000, disponible sur le site <http://www.internet.gouv.fr>

Articles de doctrine

- Ader. B, " Evolution de la notion de publication : de la presse écrite à Internet ", Le Droit de la presse de l'An 2000, Forum Légipress, 30 septembre 1999, collection Légipress, page 46.
- Bangeman. M, "Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information et les implications sur la régulation ", à son initiative, décembre 1997.
- Barbry. E et Olivier. F, note sous CA Paris, 10 février 1999, JCP 1999, éd G, II, 10101
- Bourges. H, président du CSA, Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°121, janvier 2000, p.18.
- Breban. Y, " Laresponsabilité des acteurs de l'Internet ", Gaz Pal II, 1996 page 1302
- CSA, " Adaptation du cadre législatif de la société de l'information ", La Lettre du CSA, n°125, février 2000.
- CSA, étude sur " la labélisation et le filtrage des sites Web " in La Lettre du CSA, février 2000, n°125, page 14 et s.
- De Terwangue. C, " la liberté d'information ou le libre accès à l'information détenue par le secteur public, Mémoire, Institut Universitaire de Florence, 1992, page 3 et s.
- H.Perrit. H, " Federal Electronic Information Policy ", 63, Temp.L.Rev., 1990, Pages 901 à 950 s.
- Heslaut. J, note disponible sur Internet à l'adresse <http://www.legalis.net/legalnet/judiciairecommentaire/estelle-heslaut.htm>

- IRIS, communiqué de presse, " Censure de la loi liberté de communication par le Conseil constitutionnel : une décision qui va dans le bon sens ", 8 août 2000, disponible sur le site de l'association.
- IRIS, note, " Modifications relatives à Internet induites par la loi n°2000-719 du 1er août 2000 ", 22 septembre 2000, disponible sur le site de l'association.
- Linait de Bellefonds. X, " Internet et le statut de l'information : quelles règles du jeu ? ", Gaz Pal II, 1996 page 1071.
- Logeais. E, " Protection des mineurs sur l'Internet : une Cour américaine suspend l'application du " Child Online Protection Act " mais le gouvernement interjette appel in extremis... ", Lamy droit de l'informatique et des réseaux, n°114 - mai 1999.
- Marcellin Taupenas. T, Lamy droit de l'informatique, supplément n°74, octobre 1995.
- Marzouki. M, présidente de l'association IRIS, va même jusqu'à la qualifier de " balottante " , " Arrêtons le ping-pong jurisprudentiel et législatif ", IRIS, 26 mai 2000, disponible sur le site de l'association à l'adresse www.iris.sgdg.org/
- Reidenberg. J.R, professeur de droit à la Fordham University School of Law, (New York), " L'encadrement juridique d'Internet aux Etats-Unis ", Colloque international " L'Internet et le droit ", Université Paris I, Lundi 25 septembre 2000, disponible sur Internet www.internet.gouv
- Rojinsky. C, " Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe ", Gaz Pal, 23/24 juin 2000, page 18.
- Rosa Julia-Barcelo, " Online intermediary liability issues : comparing E.U and U.S legal frameworks ", [2000] E.I.P.R 3,105,.
- Sedallian. V, commentaire de la décision du 22 mai 2000, disponible sur son site personnel
- Sedallian. V, Droit de l'Internet , édition Net Press, page 120.
- Thoumyre. L, " Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance ", Lamy droit de l'informatique et des réseaux, juillet 2000, n°127.
- Tonnellier. M.H, Internet, Responsabilité de l'hébergeur, Expertises, octobre 1998, page 308.
- Vedel. T, " Séminaire sur la démocratie électronique visions, pratiques, significations " CEVIPOF.
- Vivant. M, Lamy, droit de l'informatique et des réseaux n°121, janvier 2000, p 2.
- Wachsmann. P, " la liberté d'expression ", Libertés et Droits fondamentaux, DALLOZ, 2000.
- Wery. E, " Aspects internationaux du réseau (DIP) : à propos de l'affaire Yahoo !, Droit et nouvelles technologies, 26 mai 2000, sur le site <http://www.droittechnologie-org>

Articles de presse

- Alberganti. M, " le commerce électronique s'apprête à envahir le Net ", Le Monde, 8 décembre 1998.
- Alberganti. M, " Les frontières de la liberté sur Internet ", Le Monde, 12 janvier 1996.
- Amalou. F, " Ce n'est pas à des entreprises dotées d'une légitimité autoproclamée de dire le droit ", Le Monde, 30 juin 2000.
- Beaugé. F, " Les cyber-résistants tunisiens donnent naissance à une nouvelle forme de contestation ", Le Monde, 22 septembre 2000.
- Blondeau. O, " Partis et Syndicats à la traîne ", le monde interactif, le 15 mars 2000.
- Boltanski. C, " E-mail, un mouchard pour patron britannique, le contrôle du courrier des employés est utilisé ", Libération, 5 octobre 2000.
- Bourcier. N, " le Bulletin dans le modem ", Le monde, 9 juin 1999.
- Buffet Delmas. X et Rojinsky. C, " Internet et l'apparition d'un droit de la convergence ", Les Echos, 13 octobre 1999.
- Chantepie. P et Rojinsky. C, " Le Net, nouvelle frontière des libertés, défi de la régulation ", La Tribune, 1er juillet 1999.
- Chirot. F, " Le CSA veut imposer sa présence dans la co-régulation d'Internet ", Le Monde, 13 septembre 1999.
- Coutty. M et Lazare. F, " Internet réhabilite le bavardage ", Le Monde, 8 septembre 2000.
- Crocq. M, " La France, championne d'Europe de l'Internet ", Le Monde interactif, 11 août 1999.
- D'Ersu. L, " l'administration fait la sourde oreille ", Le Monde interactif, 15 mars 2000.
- De Brie, " comment l'AMI fut mis en pièce ", Le monde diplomatique, décembre 1998.
- Ducourtieux. C, " Christian Sherer, l'homme par qui l'administration vint au Net ", le Monde interactif, 15 mars 2000.
- Editorial, " Les américains, Internet et la censure ", Le Monde, 28 juin 1997.
- Elie. M, " Aux sources du Net ", Le Monde - Télévision-Radio-Multimédia, 2-3 février 1997.
- Eudes. Y, " censorware, la censure privatisée ", Le Monde Télévision - Radio - Multimédia, 13 octobre 1997.
- Eudes. Y, " Censure sur le net : retour en catimini ", Le Monde, 5 octobre 1998.
- Eudes. Y, " Un délit de presse peut-il être prescrit si l'article incriminé reste accessible via Internet ? ", Le Monde, 10 novembre 2000.
- Falque-Pierrotin. I, " Quelle régulation pour Internet et les réseaux ? ", Le Monde, 27 novembre 1999.

- Fièrè. R, " Le CSA souhaite réguler les contenus du réseau. Qu'en pensent les premiers concernés ? ", Libération, 8 janvier 1999.
- Fonmarty. S, " Flou juridique autour d'Internet au bureau ", Le Monde interactif, 1er novembre 2000.
- Frison-Roche. M.A, " Nouvelles obligations pour les acteurs d'Internet ", Le Monde, 26 juillet 2000.
- Galliot. S, " Les tops et flops de l'Internet en Europe ", Le Monde, 9 juin 1999.
- Gros. M.J, " le vote en ligne bloqué dans l'isolement ", Libération Multimédia, 15 juin 2000.
- Gros. M.J et L. Noualhat, " Repit pour les hébergeurs de site. Les Sages refusent de leur faire porter l'entière responsabilité des contenus ", Libération, 29/30 juillet 2000.
- Halimi. S, " Des cyber-résistants trop euphoriques ", le monde diplomatique août 2000.
- Hudson. D, " COPA Commission expresses concern with Net filtering systems ", 23 octobre 2000, disponible sur le site <http://www.freedomforum.fr>
- Kauffman. S, " la guerre des sectes sur Internet ", Le Monde -Télévision-Radio-Multimédia, 7 avril 1997.
- Kauffman. S, " La Cour suprême étend à l'Internet la protection constitutionnelle de la liberté d'expression ", Le Monde, 28 juin 1997.
- Krassovsky. J et Slein. S, " Dans 4 ans le Net sera régulé ", Transfert, n°8, octobre 2000, page 77.
- Laime. M, " les journaux face à la concurrence d'Internet ", Le Monde diplomatique, juillet 1999.
- Lampierre. L, " Le X en liberté sur le web américain ", Libération, 27 novembre 1998.
- Langlad. E, " L'Europe à l'aube de la cyberdémocratie ", Le Monde, 9 juin 1999.
- Latrive. F, " Le CSA brûle de faire la police sur le Net ", Libération, 15 octobre 1999.
- Latrive. F, " Les lois invisibles du réseau ", Libération, 2 juin 2000.
- Latrive. F, " Mobilisation pour le droit au pseudo. La colère grandit contre la suppression de l'anonymat ", Libération, 26 juin 2000.
- Latrive. F, " Un cybermachin pour réguler le Bazar ", Libération, le 30 juin 2000.
- Latrive. F, " Un petit juge français à l'assaut du réseau ", Libération, 7 novembre 2000.
- Launet. E, " La Toile dans les mailles de la justice. En France, aux Etats-Unis ou en Inde, le législateur tente de soumettre l'Internet à la loi commune ", Libération, 24 mai 2000.
- Launet. E, " Catherine Tasca face à la liberté d'expression ", Libération, 30 mai 2000.
- Launet. E et Noualhat. L, " le cocréateur du Web plaide pour un permis de surfer ", Libération, 12-13 août 2000.
- Levisalles. N, " Les relations par courrier électronique fascinent des millions de personnes ", Libération, 15 juin 1999.

- Levisalles. N, " les pétitions électroniques se développent aux Etats-Unis.L'e-mail sera-t-il la nouvelle arme militante ? ", Libération Multimédia, 18 juin 1999.
- Mandard. S, " L'arme fatale du militantisme ", Le Monde Interactif, 15 mars 2000.
- Mandard. S, " Olivier Itéanu, l'avocat d'Internet ", Le Monde, 28 juin 2000.
- Mandard. S, " Voyage au cœur de la fracture numérique ", Le Monde interactif, 13 septembre 2000.
- Mandaud. S et Mauro. C, " les réseaux civiques du sud ", le Monde du 7 juin 1999.
- Marzouki. M, " Altern, ou la double injustice ", Libération, débats, 5 mars 1999.
- Mauriac. L et Penicaut. N, " Le Web repaire du salarié en colère " Liération multimédia, 16 octobre 1998.
- Mauriac. L, " Mauro Silva, le shérif du web brésilien ", Libération, 24 avril 2000.
- Meyer. M, " Whose Internet ", Newsweek, 22 avril 1996, p 42 à 46.
- Nguyen. H, " Interdit d'interdire ", Le Monde, 15 mars 2000.
- Noualhat. L, " Valentin cambre ferme Altern, service d'hébergement gratuit ", Libération, 13 juillet 2000.
- Pearl. D, " Colliding cliches and other mishapes on the Term Pike ", Wall Street journal, 1er février 1994.
- Perrit Jr. H, " Cyber law journal ", New-York Times, 11 août 2000.
- Pisani. F, " Les primaires en ligne ", Le Monde Interactif, 15 mars 1999.
- Pisani. F, " Un milliard d'internautes et moi et moi ? ", Le Monde, 7 avril 2000.
- Romanet. I, " Internet : L'effroi et l'extase ", Le monde diplomatique, éditorial, mai 1996
- Sabatier. P, " Censoreware ", Le Monde, 13 octobre 1997.
- Sabatier. P, " Parents apeurés cherchent Net nettoyé ", Libération, 12 décembre 1997.
- Sabatier. P, " Les juges balaiant le nettoyage du net ", Libération, 3 février 1999.
- Sabatier. P, " Les juges balaiant le nettoyage du net ", Libération, 3 février 1999.
- Sabatier. P, " Le Net accusé d'incitation au meurtre ", Libération, 16 avril 1999.
- Santini. A, " L'e-démocratie réveillera la politique ", Libération 21 avril 2000.
- Saramago. J, " A quoi sert la communication ", Le Monde diplomatique, décembre 1998.
- Sfeez. L, " Internet et les ambassadeurs de la communication ", Le Monde diplomatique, mars 1999, pages 22/23.
- Thoumyre. L, " Sommes-nous prêts à accepter les conséquences de la mondialisation de l'information ? ", Le Monde, 13-14 août 2000.
- Ulrich. P, " L'ubiquité est un don numérique ", Libération, 3 juillet 1998.
- Verbiest. T, article paru dans L'Echo, 21 janvier 1999.

Décisions:

Décisions françaises

- C.C 27 juillet 1982, loi relative à l'audiovisuel.
- C.C 29 juillet 1994, loi relative à l'emploi de la langue française.
- C.C 18 janvier 1995, loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité.
- C.C 27 juillet 2000, loi à la liberté de communication.
- C de cass, chambre criminelle, 21 mars 2000, texte disponible sur legalis.net
- CA Paris, 28 février 1997.
- CA Paris, 28 avril 1998, Expertises, octobre 1998, page 311.
- CA Paris, 10 novembre 1999, affaire J.Dumont c/ société François-Charles Oberthur Fiduciaire
- CA Paris, 15 décembre 1999, affaire Ministère public et associations anti-raciste c/ J.L.C., texte disponible sur le site de S.Canivet <http://www.canevet.com/jurisp/19/215.htm>
- CA Paris, 10 février 1999, Gaz.Pal, 5/6 avril 2000, jur., page 19.
- CA Versailles, 8 juin 2000, disponible à l'adresse <http://www.juriscom.net/jurisfr/lacoste2.htm>
- T.Commerce de Paris, 7 mai 1999, disponible à l'adresse <http://www.legalis.net/jnet>
- TGI Mans, 16 février 1998, affaire Proc.Rep c/ Philippe H., sur le site [Legalis.net](http://legalis.net)
- TGI Nanterre, 8 décembre 1999, Gaz.Pal, jur., 11/12 février 2000, page 2, note H.Bitau.
- TGI Nanterre, 22 mai 2000, légipresse n°174, septembre 2000 page 142.
- TGI Paris, Ch.correct, affaire Proc.Rep, UNADIF, FNDIR et autres c/Robert F. texte du jugement disponible sur [Legalis.net](http://legalis.net)
- TGI Paris, réf., 16 avril 1996, BNP-Banexi c/ Y.Rocher, décision et commentaire sur juriscom.net
- TGI Paris, réf., 12 juin 1996, affaire UEJF c/ Calvacom et autres.
- TGI Paris, réf., 14 août 1996, Droit de l'information et des télécommunications, 1996, volume 4, page 31.
- TGI Paris, 30 avril 1997, société ESIG et a. c/ directeur de la publication du journal L'Express et a., Gaz Pal, 1997, somm., page 393.
- TGI Paris, réf., 5 mai 1997, JCP, 1997,2029.
- TGI Paris, 16 décembre 1997, Gaz.Pal, somm.annot, 29/30 juillet 1998, page 34.
- TGI Paris, 28 janvier 1999, texte disponible sur juriscom.net
- TGI Privas, 3 septembre 1997, Expertises, mars 1998, page 79.
- TI Paris, 11ème arr, 3 août 1999, Expertises, décembre 1999, page 399.

Décisions américaines

- Affaire Globe Newspaper, Cour suprême 1982, Lamy droit de l'informatique, Bulletin d'actualité, juillet 1996, n°83, p.9.
- Affaire Bernstein v. US Departement of Justice, 192F. 3d .1308 (9th Cir, 1999) disponible sur Internet à <http://laws.findlaw.com/9th/9716536.html>
- Affaire FCC v Pacifica Foundation (1978) 413 US15 (1978).
- Affaire Junger v. Daley, 209F.3d.481 (6th Cir, 2000) disponible sur Internet à <http://laws.findlaw.com/6th/00a0117p.html>
- Affaire Texas v. Johnson, 491 US.397,420 (1989).
- Affaire Reno v. ACLU (117 S. Ct. 2329, 138 Led2ed 874 (1997)). Cahiers Lamy, juillet 1997, n° 94.

Table des matières

INTRODUCTION	5
1. Le cadre général de la réglementation de la liberté d'expression sur Internet	20
Titre I : LA LÉGISLATION FRANÇAISE	22
Section 1 : LA DÉLICATE QUALIFICATION JURIDIQUE DU RÉSEAU INTERNET	22
A) la distinction fondamentale entre communication audiovisuelle et correspondance privée	22
B) la position des juges et de la doctrine	24
C) Internet transcende la distinction, vers une " autonomisation " progressive	27
Section 2 : UNE PLÉTHORE DE TEXTES APPLICABLES AUX NOMBREUSES INFRACTIONS	32
A) aux droits individuels préexistants	33
1) atteinte à la vie privée, droit à l'image et données personnelles	33
2) droits d'auteurs	36
3) diffamation et injure	39
B) à l'ordre public et aux bonnes moeurs	42
1) haine raciale, révisionnisme et négationnisme	42
2) protection des mineurs	46
Titre II : LA LÉGISLATION AMÉRICAINE	49
Section 1 : LE COMMUNICATION DECENCY ACT DE 1996	52
A) le contexte	52
B) l'analyse du texte	54
C) l'inconstitutionnalité du CDA	56
Section 2 : LE CHILD ONLINE PROTECTION ACT DE 1998	62
A) Le C.O.P.A. l'analyse du texte	62
B) Une constitutionnalité toujours suspecte	64
C) Les juges bloquent l'entrée en vigueur du C.O.P.A.	67

2. La liberté d'expression sur Internet : entre espoir et inquiétudes 72

Titre I : L'UTILISATION D'INTERNET AU SERVICE DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION POLITIQUE: " VERS UNE DÉMOCRATIE ÉLECTRONIQUE " 74

Section 1 : LES POTENTIALITÉS POLITIQUES D'INTERNET 74

- A) une meilleure transparence 74
- B) une mobilisation facilitée 75
- C) un nouvel espace de débats 75
- D) un dialogue favorisé avec les responsables publics 76

Section 2 : LES APPLICATIONS ACTUELLES 77

- A) les cités numériques 77
- B) le " cybermilitantisme " 80
- C) les élections et le vote électronique 85
 - 1) les expériences 86
 - 2) les objectifs poursuivis 89
- D) les institutions en ligne 92

Section 3 : LES SIGNIFICATIONS DE CETTE UTILISATION 96

- A) Au secours de la démocratie représentative 96
- B) Une simple modernisation de la démocratie représentative 97
- C) Une utilisation purement symbolique 97
- D) Une nouvelle forme de démocratie : " la démocratie électronique " 98

Titre II : Les inquiétudes autour de la liberté d'expression sur Internet 99

Section 1 : LA RESPONSABILITÉ DES PRESTATAIRES TECHNIQUES 99

- A) Identification contre anonymat 100
- B) La détermination des contenus devant être filtrés 107
- C) L'obligation de " diligences appropriées " du prestataire technique ou le point central entre la liberté d'expression et le droit des personnes 112
 - 1) la loi du 1er août 2000 113
 - 2) une jurisprudence confuse 118

Section 2 : UNE RÉPONSE : LA RÉGULATION ? 125

A) De l'autorégulation à la régulation	126
1) de l'autorégulation	126
a). la " net-étiquette "	127
b) les solutions techniques	128
c) les principaux arguments des tenants de l'autorégulation	135
2). à la régulation	137
B) La co-régulation ou l'initiative novatrice de la France	139
CONCLUSION	147
BIBLIOGRAPHIE	149