La part nécessaire de l'autorégulation dans le droit de l'Internet

par

Claude-Etienne ARMINGAUD

Université PARIS X – NANTERRE

Mémoire de Maîtrise

Mention Droit Public

Cours de Droit de la Communication

de

Madame le Professeur Sylvia LAUSSINOTTE

-

2003

CONSIDERATIONS LIMINAIRES 5
INTRODUCTION 7
Chapitre premier – Etat technique des lieux *8*
Section 1. Evaluation de l'ampleur du "phénomène Internet". 8
Sous-section 1. Les utilisateurs d'Internet, de l'Arpanet à nos jours 8
A. La naissance des réseaux 8
B. La typologie de l'Internet aujourd'hui 10
Sous-section 2. Les fournisseurs de contenus 11
A. La vocation première de l'Internet et ses dérives 11
B. L'avenir : un foyer / un serveur ? 12
Section 2. La structure de l'Internet – Du complexe pour simplifier le quotidien. 13
Sous-section 1. La structure en réseaux 13
A. Le consensus technique 13
B. L'acentralité de l'Internet 15
Sous-section 2. Les infrastructures de l'Internet 18
A. La Toile, vitrine de la liberté d'expression sur l'Internet 18
B. Les parties immergées de l'Internet 19
• **Le clavardage** 19
• **Le courriel** 19
• **Le F.T.P.** 19
• **Les forums de discussion** 20
Section 3. D'une réalité sociale à une mise en équation juridique. 21
Chapitre second – Etat juridique des lieux *22*
Section 1. La prise de conscience d'un nouvel acteur 22
Sous-section 1. La multiplication des rapports officiels 22
A. Les "*information highways*" ou inforoutes 22
B. L'approche pas à pas de la France 24
Sous-section 2. La multiplication des considérations et initiatives privées 26
A. L'implication citoyenne dans le devenir juridique de l'Internet 26
• Les associations américaines 27
• Les associations anglaises 27
• Les associations françaises 28
B. La méfiance naturelle envers une régulation 29
Section 2. La traduction normative de ces changements de perspectives 29
A. Aux Etats-Unis 30
Le Communication Decency Act - CDA 30
Le Child Online Protection Act – COPA 31
Le Digital Millenium Copyright Act – DMCA 31
B. En France 32
Synthèse – Les différentes solutions ouvertes aux problèmes posés *36*
A. L'exclusivité de la loi 36
B. Le laisser-faire 36
C. Une voie médiane 37

TITRE I LA DISQUALIFICATION D'UN SYSTEME DE REGULATION UNIQUE 40
Chapitre premier – Un régulateur historique et institutionnel dépassé *41*
Section 1. Un domaine normatif bien défini et nécessaire 41
Sous-section 1. Le rôle moral des institutions et l'importance des "*circonstances locales"* 41
A. Le reflet d'une protection des valeurs sociales 41
B. Un générateur du mouvement social 43
A. La souveraineté territoriale 44
B. Le contrôle des supports de communication étrangers 45
Section 2. ...limité par un champ virtuellement... illimité 46
Sous-section 1. L'insuffisance de moyens 47
A. La convergence, un véritable casse-tête juridique 47
B. Quel avenir pour une législation non-applicable 48
Sous-section 2. Un champ indéfrichable 50
A. Quelle légitimité ? 50
B. Quelle compétence ? 52
Chapitre second – L'utopie autorégulatrice *54*
Section 1. Une efficacité à toute épreuve 54
Sous-section 1. A chacun selon ses besoins – Le cas Linux 54
A. L'open source – Nouveau référentiel de pensée 55
B. La méritocratie en ligne 57
Sous-section 2. Un embryon de démocratie en action 58
A. La communauté comme référence 58
B. Une toile de micro-sociétés autorégulée 60
Section 2. La nécessité d'un garde-fou contre les dérapages de l'action privée 61
Sous-section 1. Les dangers de l'autorégulation 61
A. Les besoins de capitaux 61
B. Un terrain favorable au lobbying 62
Sous-section 2. Qui bâtit l'éthique en ligne ? 63
A. D'utopiques "circonstances globales" 63
B. La responsabilité morale des fournisseurs d'accès 64
Synthèse *66*

TITRE II LA COREGULATION A L'EPREUVE DU QUOTIDIEN 67
Chapitre premier – A la recherche d'une norme idéale 68
Section 1. Consensus et problèmes 68
Sous-section 1. L'affaire Yahoo ! Inc., un pas décisif dans la confrontation France / Etats-Unis 68
A. Un retentissant précédent... 68
B. ...tombé dans la discrimination numérique 70
Sous-section 2. Les points d'accord déjà en place 72
A. L'applicabilité du droit existant 72
B. La responsabilité des acteurs 73
Section 2. La preuve des contenus 74
Sous-section 1. Les systèmes en place actuellement 74
A. Les balbutiements d'un système de preuve – Les affaires françaises 74
B. La machine américaine – L'affaire MGM v. Grokster 76
• La responsabilité directe des sociétés du fait de leurs utilisateurs 78
• La responsabilité indirecte des sociétés du fait de leurs utilisateurs 79
Conclusions 81
Sous-section 2. Une solution pour l'avenir ? 82
A. L'impact des attaques du 11 septembre 2001 82
B. Les implications de la LEN 84
Chapitre second – Un retour à la lettre de l'Internet 88
Section 1. Les Républiques en ligne 88
Sous-section 1. L'expression sous cadre privé – la modération 88
A. Une sécurité juridique accrue 89
B. Une expression sous tutelle 92
Sous-section 2. La maturité de l'Internet 94
A. Le contentement des parties 95
B. La responsabilisation des acteurs 96
Section 2. Le côté volontariste de l'Internet – Le cas de la pornographie en ligne 96
SYNTHESE 99
BIBLIOGRAPHIE 100

Considérations liminaires

Vers toujours plus d'expression. La vie en société se munit de règles visant à garantir son efficacité, par le biais de l'information de ses membres et la communication entre ceux-ci. L'on peut ainsi considérer la liberté d'expression comme fondamentale dans le paradigme démocratique. Néanmoins, la portée et la valeur des règles d'une société évoluent en fonction du type de celle-ci et de la dominante culturelle présente en son sein ; ainsi, à l'intérieur de la vision idéaliste, deux acceptions de cette liberté fondamentale de l'Homme sont en opposition radicale :

- **d**'un côté la *conception américaine*, comme établie par le **premier amendement à la Constitution du 15 décembre1791 :**

  > Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; or abridging the freedom of speech, or of the press; or the right of the people peaceably to assemble, and to petition the government for a redress of grievances.[1]

  Par là, le constitutionnaliste américain a voulu se préserver de possibles dérapages de la part du législateur, et a opté pour l'expression non-violente de points de vue qui, eux-mêmes, pourraient apparaître comme violents. Cette vision anthropocentrée de la liberté a pu de cette façon aboutir à la création et à la prospérité de mouvements comme le Ku-Klux-Klan, mais aussi de mouvements d'information sur les dangers de cette organisation, au lieu de l'interdire.

- **d**e l'autre, la *vision française* de ce même droit explicitée dans la **Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 :**

  > **Article 11** - 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*.

  Plus conscients des défauts inhérents à l'Homme, les révolutionnaires n'ont pas souhaité encadrer le législateur qui, exprimant la volonté générale, ne peut mal faire. Le légicentrisme français tente donc plus de protéger l'Homme de lui-même, quitte à le censurer.

Les deux textes reconnaissent l'importance de protéger la libre communication des pensées entre les membres d'une société, mais l'approche américaine souligne l'absolu de cette protection, alors que l'approche française la limite par la loi. Par ailleurs, la protection des sujets de droit américains se fait grâce aux règles classiques de réparation des dommages en fonction du préjudice subi, devant les tribunaux.

---

[1] "Le Congrès ne pourra faire aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou interdisant son libre exercice, restreignant la liberté de parole ou de la presse, ou touchant au droit des citoyens de s'assembler paisiblement et d'adresser des pétitions au gouvernement pour le redressement de leurs griefs."

Les différences culturelles ont de tout temps justifié la relativité géographique des législations, corollaire de la souveraineté des Etats sur leur territoire, mais également la modulation des législations existantes dans un pays donné en fonction des circonstances locales[2]. On ne peut demander une uniformisation des législations sur les points touchant ces différences. Cependant, jusqu'à la dernière décennie, ces problèmes d'internationalité ne se posaient que de façon sporadique ; la matérialité des supports rendait plus légitime le contrôle par l'Etat, sur son territoire, des expressions diverses de la liberté d'expression[3] : présent physiquement sur le territoire national, le support incriminé se devait logiquement de respecter les exigences locales. Mais *quid* de ce schéma lorsque distance et territoire national semblent ne plus exister ?

[2]Ainsi, la protection de l'ordre public local a-t-elle justifié l'interdiction de projections cinématographiques **CE Sect. 18 XII 1959 – S^té^Les Films Lutétia.**

[3] Voir les différentes lois de contrôle des publications étrangères en France (*infra*).

Introduction

L'espace constitutif du village global Internet, selon Jacques CHATIGNOUX[4], ne serait "*ni mondial, ni local. Il n'y a pas d'échelle sur ce média. C'est un lieu numérique, point*"[5].

S'il n'y a comme lieu qu'une simple succession de données binaires, transitant autour du monde au débit de la bande passante la plus large possible, comment peut-on espérer réguler le contenu de ces flux d'informations ? Dans son ouvrage *The Shattered Self – the End of Natural Evolution*[6], Pierre BALDI indique que la quantité d'informations transitant sur le Net en une seule seconde est supérieure à celle que pourra percevoir un être humain pendant toute sa vie ; quels moyens employer dans ces conditions pour surveiller la totalité du Réseau ? Aucune loi nationale ne pourrait y prétendre, en raison de sa souveraineté territorialement limitée d'une part, mais aussi par manque de moyens humains ou informatiques pour en permettre l'application. Les différences culturelles empêcheraient, de même, un consensus universel.

Est-ce par défaut que l'initiative privée pourrait prétendre à une part importante de la régulation de l'Internet, au motif du forfait matériel de la puissance publique ?

Comme tout média nouvellement créé, l'Internet[7] fait l'objet de rumeurs et de fantasmes. Ainsi, le Réseau serait, tour à tour, le nouveau Far West, où règne la loi du plus fort, un forum d'expression sans précédent, ou l'utopie rêvée pour un lendemain meilleur. L'Internet reste cependant constitué et structuré par des hommes (CHAPITRE PREMIER) qui ont pris conscience des changements que son apparition impliquait dans la vie des citoyens (CHAPITRE SECOND).

---

[4] Consultant en communication et développement et animateur d' *"Initiatives Civiles d'Informations"*.
[5] http://www.assises.sgdg.org/2000/preparation-assises00/contribs/JacquesChatignoux-at3.html
[6] MIT Press - 2001 - http://www.ics.uci.edu/~pfbaldi/books.htm#The %20Shattered %20Self
[7] Nous emploierons ici l'article devant *Internet*, conformément à la définition donnée par le dictionnaire de l'Académie française, 9e éd. - http://zeus.inalf.fr/ :
n. m. XXe siècle. Mot de l'anglais des Etats-Unis, composé d'*inter-* et de *net*, tiré de *network*, "réseau". Réseau mondial de télécommunication reliant entre eux des ordinateurs ou des réseaux locaux et permettant l'acheminement de données numérisées de toutes sortes (messages électroniques, textes, images, sons, etc.). *Un ordinateur connecté à l'Internet*.

Chapitre premier – Etat technique des lieux

Avant de se pencher sur l'aspect juridique de l'Internet, il faut étudier comment, en une décennie à peine (SECTION 1), ce nouvel outil de communication a bouleversé la structure de la société (SECTION 3), sans que sa fonction initiale ne l'ait laissé prévoir (SECTION 2), conformément à ce que le président du W3C (World Wide Web Consortium), Jean-François ABRAMATIC, prédisait de ne pouvoir prévoir au milieu des années 90 : "*Je n'ai aucun moyen de savoir ce que sera l'Internet dans cinq ans*".

Section 1. Evaluation de l'ampleur du "phénomène Internet".

Les catégories de personnes que l'on trouve sur l'Internet sont de deux sortes : les *utilisateurs*, qui se servent des réseaux dans un but de consultation (SOUS-SECTION 1) et les *fournisseurs de contenu*, qui répondent à la demande des premiers (SOUS-SECTION 2). Néanmoins, on constate qu'à moyen terme, et conformément à l'esprit des créateurs du concept, les deux catégories convergent.

Sous-section 1. Les utilisateurs d'Internet, de l'Arpanet à nos jours.

La mise en commun des informations a toujours été la revendication première des scientifiques de par le monde. Avec l'avènement de l'informatique, ils ont pu effectivement travailler à la numérisation puis la diffusion de ces informations, sous forme de réseaux d'ordinateurs (**A**). Mais fort de son succès, l'Internet a vu ses utilisateurs évoluer (**B**).

A. La naissance des réseaux.

Dans leur *Histoire de l'Internet*[8], les auteurs font remonter ses sources à l'invention du télégraphe en 1844 par MORSE, première tentative réussie de communication à distance en temps réel, qui fonctionnait déjà sur un flux binaire d'informations. Plus concrètement, l'ancêtre direct de l'Internet fut le réseau ARPANET de coopération de recherche militaire, œuvre de l'Advanced Research Project Agency en 1969. Le concept était de créer un réseau informatique décentralisé, permettant de passer indifféremment par plusieurs chemins pour accéder à une information située sur une autre machine. Cette structure lui aurait permis de survivre à une attaque. On se situait alors dans le climat de méfiance de la guerre froide.

[8] Voir MOSCHOVITIS et autres – *History of the Internet : A Chronology, 1843 to the Present.*

Voici le schéma, historique, de la première connexion par des lignes téléphoniques louées – c'est-à-dire permanentes – de trois appareils dans le cadre de ce projet :

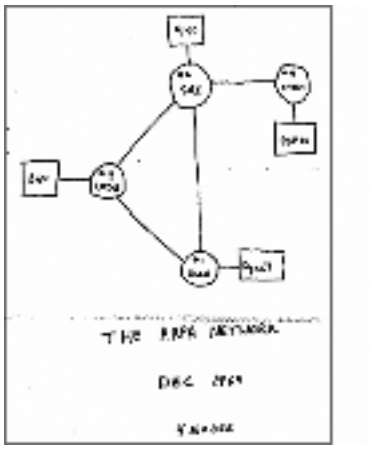


Fig. 1 : Le concept de l'Internet en décembre 1969
[Image utilisée avec l'autorisation de "The Computer Museum History Center"]

Cette commodité de partage d'informations entre sites distants répondait exactement aussi aux besoins de la communauté scientifique, rapidement impliquée dans le projet puisque sous-traitant elle-même quelques contrats militaires. En 1986, la Fondation nationale pour la science américaine (NSF – *National Science Foundation*) initia un réseau, NSFnet, qui prit la succession d'ARPANET, et aujourd'hui encore, les dorsales ("*backbones*") de ce réseau sont l'épine dorsale de l'Internet [*infra*]. Certes, des réseaux *privés* existaient dès le début des années 70 (IBM, EDF, Direction de l'équipement, Institut Max-Planck, réservation aérienne SABRE), mais ne communiquaient pas entre eux.

Les flux de données se divisent en plusieurs services, ou réseaux, ayant en commun les protocoles TCP (*Transmission Control Protocol* – langage de communication basique) et IP (*Internet Protocol* – système d'adressage des machines connectées)[9]. Ainsi, ce que l'on appelle actuellement l'Internet est l'interconnexion de réseaux d'échange de courriel (courrier électronique ou *e-mail*), de forums de discussion (ou *newsgroups*), d'échanges de fichiers (FTP – *File Transfert Protocol*), de dialogues en direct (IRC – *Internet Relay Chat*), et de consultation de pages mêlant textes, images et sons (la face la plus connue du Réseau, le WWW - *World Wide Web*, ou la Toile[10]).

C'est avec cette facette plus attractive pour les non-initiés que l'Internet s'est popularisé, à fin 1993, grâce au premier logiciel de navigation avec une interface graphique, NCSA-Mosaic. Depuis, la progression des utilisateurs dans les pays développés suit une courbe logistique, avec une progression rapide (qui a doublé tous les ans jusqu'à l'année dernière) qui tend ensuite vers une limite : celle où tous ceux intéressés par cette technique seraient équipés.

---

[9] Sur l'aspect technique de l'Internet : *Et Dieu créa l'Internet* par Christian HUITEMA.
[10] Pour plus d'informations sur la terminologie française d'un réseau essentiellement anglo-saxon : http://www.culture.fr/culture/dglf/cogeter/16-03-99-Internet.html et http://www.granddictionnaire.com

B. La typologie de l'Internet aujourd'hui

Aujourd'hui, 51,6 % des foyers américains sont connectés à l'Internet[11] ; d'après la Commission européenne, ce nombre serait de 37,7 % pour l'Europe, alors que la France, avec 7,1 millions de personnes connectées en décembre 2001, soit 30,1 % des foyers, était légèrement en retrait de ses partenaires européens. Un peu plus d'un an plus tard (mars 2003), ce chiffre passait à 39,7 %. Ceci montre la prise de conscience par les Français du phénomène Internet. Cette tendance est confirmée par la présence de la France en tête du peloton en nombre de demandes de raccordements à haut débit (câble et ADSL) par an.

La face de l'Internet a également changé ; les réseaux universitaires, s'ils sont toujours actifs, ne représentent plus qu'une part minime, face à la progression massive du Web, devenu la vitrine de nombreuses sociétés, mais aussi de particuliers, grâce à l'essor des pages personnelles.

Des trois ordinateurs connectés de décembre 1969, on est passé à un réseau nerveux qui parcourt le monde, selon le schéma suivant :

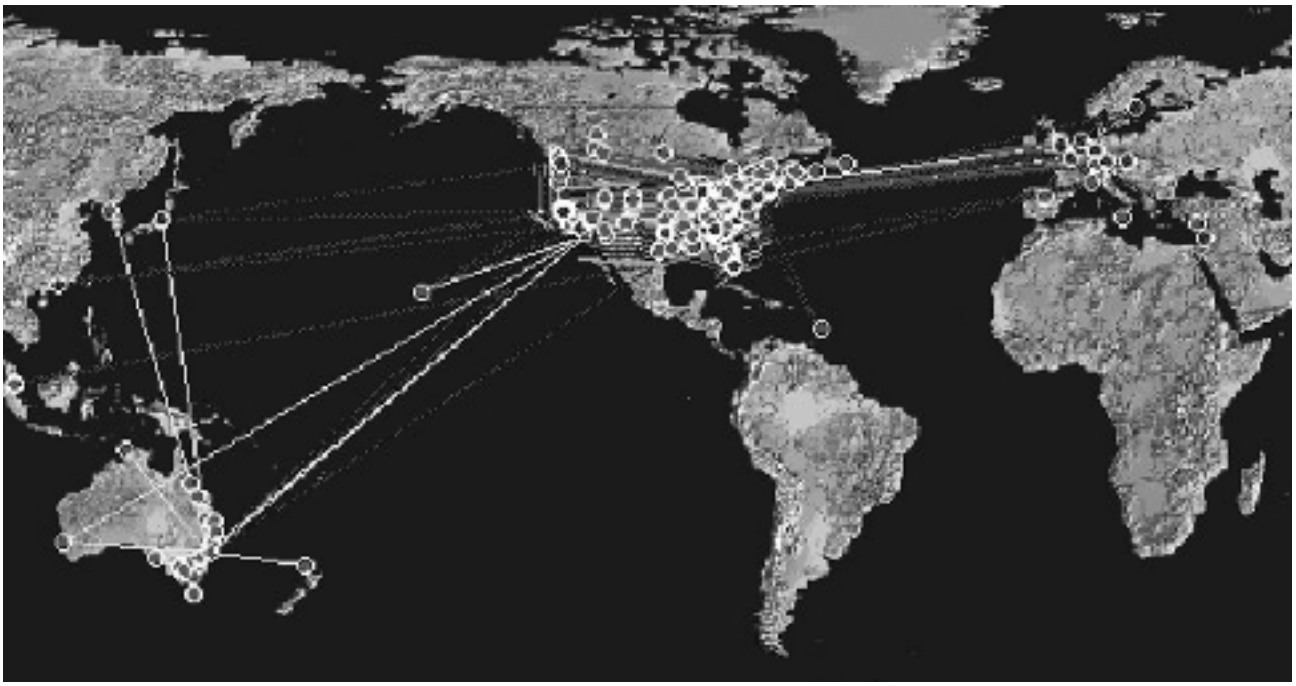


Fig. 2 : L'architecture de l'Internet aujourd'hui

Ceci permet de constater également la disparité Nord/Sud dans l'accès à la société de l'information. Bien qu'il existe des liaisons avec l'Amérique du Sud et l'Afrique, ces dernières ne sont pas aussi développées que dans l'Atlantique Nord ou dans le Pacifique.

[11] Source : www.artesi-idf.com

Sous-section 2. Les fournisseurs de contenus.

Néanmoins, les utilisateurs de l'Internet se promènent sur la Toile afin de consulter des contenus, qui leur sont fournis par d'autres (**A**). Pourtant, avec la démocratisation de l'accès aux réseaux numériques, chacun peut devenir à son tour fournisseur, si tant est qu'il puisse trouver un hébergeur. Là encore, la baisse des coûts d'équipement et les progrès techniques laissent penser à terme que chacun pourra indépendamment héberger son propre contenu en ligne (**B**), sous réserve du respect des lois de son pays.

A. La vocation première de l'Internet et ses dérives.

Avant l'avènement de la Toile et des contenus multimédias, l'Internet se diffusait en mode texte sur les newsgroups ou des babilleurs. A l'époque, l'essentiel était le dialogue asynchrone et la fourniture d'informations sur les sujets du forum. Cet échange originel s'est vu amoindri avec l'essor du Web et de portails présélectionnant du contenu pour ses utilisateurs. Ce procédé transformait la "*conversation continue*" en un "*monologue sans fin*", et l'internaute actif, qui recherchait l'information, en faisait sa synthèse propre, et participait ainsi à sa création, risquait de redevenir le spectateur passif qu'il était devant la télévision. En opérant une présélection arbitraire, les opérateurs de contenu limitaient le panorama du possible pour les internautes.

Néanmoins, l'offre d'hébergeurs professionnels de garder les pages personnelles des utilisateurs a offert la possibilité à tout un chacun de s'exprimer sur un espace privé numérique. Ainsi, chacun peut, moyennant finance ou publicités intempestives, produire son propre contenu. Celui-ci, dans la masse des utilisateurs du réseau, peut intéresser quelqu'un. Aujourd'hui, la Toile est devenue le plus grand espace d'expression au monde où chacun peut dire presque tout ce qu'il veut ; en se projetant dans un futur proche, on peut affirmer que l'ensemble de la population se connectera, de chez elle, au bureau ou dans des lieux publics spécifiques à cette démarche, allouant une potentielle expression de chacun dans le monde en ligne. (On ne s'étonnera pas que les mairies, syndicats d'initiative et services fiscaux aient été parmi les premiers à saisir cette opportunité.)

Cepandant, tant que chaque page ne sera pas hébergée directement par les utilisateurs, les chaînes de responsabilités resteront absconses.

B. L'avenir : un foyer / un serveur ?

Il y a aujourd'hui (mars 2003) près de 9 297 000 connexions à l'Internet chez les Français, ce qui montre l'intérêt des habitants pour cette technologie. La tendance suit une croissance supérieure à celle du téléphone, ou de tout autre moyen de communication jamais créé. Ceci peut suggérer le concept d'un "service public" de l'Internet en France, afin de favoriser l'accès de tous aux nouvelles technologies. Tout comme l'école gratuite et obligatoire de la IIIe République visait, elle aussi, à donner à chaque citoyen une certaine maîtrise devant l'imprimé.

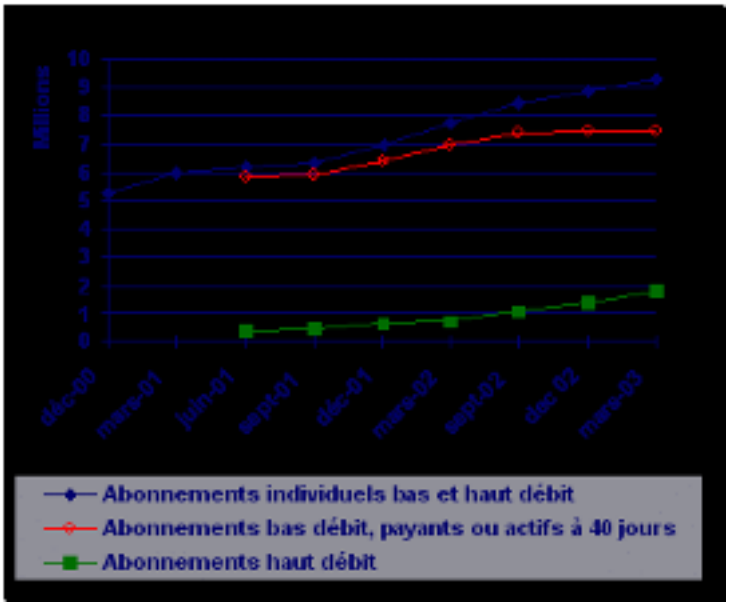


Fig. 3 : La croissance de l'Internet en France
[Source : afa-France]

En poursuivant cette progression, et en observant la baisse constante des coûts des offres Internet, il serait très possible qu'à courte échéance, chaque foyer occidental soit équipé d'une connexion permanente bas- ou haut-débit. Ceci donnerait la possibilité à chaque famille d'héberger son propre contenu, et d'éliminer le problème causé par certains prestataires techniques. L'affichage par tous ceux qui le désirent de leurs propres options civiques, économiques ou politiques dans un format normalisé pourrait même mener à la constitution de "groupes de pression virtuels", comptant leurs troupes comme certains foyers polonais d'opposition se reconnaissaient jadis en allumant une chandelle à leur fenêtre ou en promenant leur chien à l'heure précise des informations télévisées.

Section 2. La structure de l'Internet – Du complexe pour simplifier le quotidien.

Plusieurs personnes dont quelques internautes eux-mêmes ont tendance à confondre l'Internet avec le seul Web. S'il est vrai que cette toile a rendu le réseau attrayant pour les non-initiés, elle recouvre une infrastructure complexe divisée en plusieurs niveaux (SOUS-SECTION 1). L'Internet à proprement parler se compose de plusieurs sous-structures dont le Web est le porte-parole (SOUS-SECTION 2).

Sous-section 1. La structure en réseaux.

A. Le consensus technique.

Lorsqu'on a commencé à interconnecter des ordinateurs – dès les années 60 –, chaque constructeur informatique désirait rendre facile l'interconnexion de ses machines entre elles. Parallèlement, il rendait aussi difficile que possible l'interconnexion avec des matériels concurrents, soit pour maintenir des prix élevés en cloisonnant le marché, soit tout simplement pour séduire le client au moyen de fonctions supplémentaires. Cela s'est vu chez IBM avec son système SNA tout comme DEC l'avait fait avant avec DECnet, et TRW/Matra avec ARCnet (ancêtre avant même Ethernet de l'idée de réseau local).

Bien que rien n'interdise dans le principe de programmer des communications entre ordinateurs différents, il fallait cependant programmer chaque machine interlocutrice dans une "langue" différente (celle du constructeur), et les protocoles[12] de ces langues différaient. La tâche, sinon impossible, était ardue.

La France a essayé d'unifier ces communications entre machines avec TRANSPAC, en imposant un protocole nommé aujourd'hui X25. Cette mise en commun de ressources (essentiellement de la bande passante) permettait à cette société de facturer un service comparable à celui de lignes louées pour une fraction du coût de celles-ci.

L'idée maîtresse de l'Internet fut voisine : créer un protocole et laisser le soin de son implémentation à chaque constructeur, sachant que qui ne pouvait connecter son matériel sur le Net se voyait *de facto* exclu des appels d'offres, de plus en plus nombreux, où cette fonction était impérative. Les constructeurs s'adaptèrent, bon gré, mal gré, au fil du temps.

---

[12] On nomme "protocoles" les conventions permettant la communication indépendamment de son contenu. Se présenter, épeler son nom quand la communication est mauvaise, demander à son interlocuteur le sien, lui demander de répéter ou d'expliciter tel mot mal compris, mettre fin d'un commun accord à la conversation sont du domaine des protocoles.

L'Internet tel que nous le connaissons actuellement est l'incarnation d'une technologie-clé : celle de l'architecture réseau ouverte. Le choix d'un réseau particulier par un fournisseur d'accès est indépendant de l'utilisation qu'en fera l'utilisateur en bout de chaîne. Le raccord entre les différents réseaux se fait à un niveau supérieur (*meta-level*). Une architecture ouverte permet d'accorder la structure de chaque réseau à un environnement spécifique, et aux demandes précises des utilisateurs dudit réseau. Les contraintes se posent au niveau de ce qu'il est intéressant de proposer, de façon pragmatique, mais pas au niveau du type de réseau ou d'horizons géographiques. Robert KAHN, le père de cette conception et du protocole TCP/IP qui la réalise, a gravé quatre règles d'or :

- **C**haque réseau doit pouvoir fonctionner seul, et aucune modification interne ne doit être nécessaire pour son raccordement à l'Internet.
- **S**i un paquet d'informations ne semble pas arrivé à la destination prévue, son renvoi est de la responsabilité de la source.
- **D**es passerelles (et leurs variantes plus simples "ponts" et "routeurs") relient les réseaux entre eux, mais cette opération est purement technique et une rétention d'informations minimale est subie.
- **L**a progression du réseau ne doit jamais être bridée par une quelconque administration centrale, une fois quelques conventions minimales de nommage définies.

La surcouche ("*meta-level*") définit un protocole universel, commun à tous, que chaque constructeur devait, pour ne pas s'isoler sur le marché, adapter à ses propres logiciels dont le détail pouvait ainsi être ignoré sans inconvénient par tout le monde. A présent, c'est cette surcouche que l'on fait évoluer au fil du temps, grâce aux progrès techniques centralisés par l'IETF (*Internet Engineering Task Force*), sans que les individus, les F.A.I. ou les entreprises n'aient à changer leurs protocoles de réseaux propres.

L'analogie avec l'international du réseau téléphonique est assez parlante : chaque réseau national a ses particularités, et sa structure de numéros nationaux fixes ou variables, mais on converge vers le fait que l'international se préfixe 00, sur le fait que c'est une tonalité continue qui invite à poursuivre la numérotation, une discontinue qui indique l'occupation de la ligne, sur le fait que le code pays soit au début et pas à la fin, sur le fait que tous les pays soient d'accord pour désigner les mêmes pays par les mêmes numéros, et y compris sur des détails de protocoles comme "si la liaison est interrompue, ce sera en principe au demandeur de rappeler". Ces conventions épargnent de la complexité et des pertes de temps.

Une fois le consensus technique adopté par la majorité des utilisateurs, la minorité avait tout intérêt, et peu d'inconvénients, à s'y rallier.

L'idée géniale de Tim BERNERS-LEE (qui, travaillant au CERN, était confronté à cette question) a consisté à poser que certains morceaux de textes ou certaines images pourraient être sur des ordinateurs autres que ceux du document principal. De cette façon, des informations extérieures et à jour venaient se coudre en temps réel dans le document original, et, d'un simple clic de souris, la consultation pouvait se poursuivre sur un autre ordinateur sans même que l'utilisateur ne s'en rende compte. Le Web constitue, pour l'instant, la plus complète des surcouches.

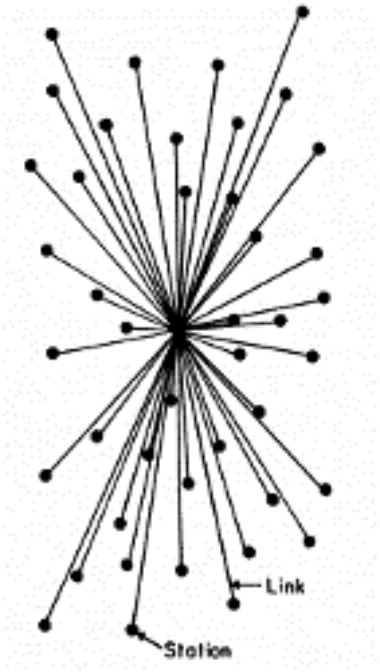
La constitution de réseaux en couches compatibles les unes avec les autres permet donc à l'utilisateur en bout de chaîne de naviguer à travers des documents du monde entier sans se soucier de la complexité technique de l'ouvrage. Certains ont même pu dire que "*La planète devenait ainsi un immense document*".

D'un point de vue juridique, ces superpositions de réseaux et ce pointage de site en site soulèvent des questions intéressantes :

- Y a-t-il illicéité si un site français pointe vers un site étranger au contenu illicite ?
- Partant, si le second site ne possède pas directement de contenus préjudiciables, mais pointe à son tour vers un site illégal, le site français est-il encore une fois responsable ? Et en ce cas, chaque page a-t-elle virtuellement responsabilité de toute la planète ?

B. L'acentralité de l'Internet

L'Internet est le plus grand réseau distribué au monde. Il a été bâti pour la redondance (plusieurs routes sont possibles pour aller d'un point A à un point B) et l'élasticité. Il met en relation des réseaux privés et publics, connectés via des F.A.I.



A chaque nouveau type de média, un nouveau maillage de réseau s'est mis en place : avec la radio et la télévision (systèmes types de relation "Un-à-plusieurs"), le réseau était centralisé du point d'émission au point de réception comme suit :

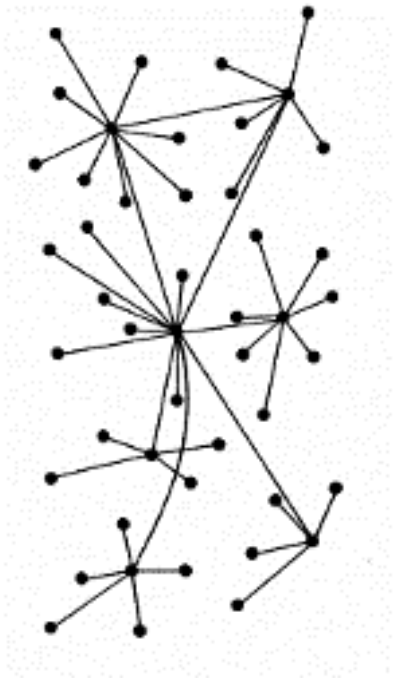
Fig. 4 : Un réseau centralisé

Lorsque la communication est à sens unique (émetteur unique → récepteurs), ce type de diffusion est le plus simple à mettre en place.

Mais dès lors qu'une intercommunication entre les utilisateurs du réseau est nécessaire, cette architecture centralisée ne suffit plus. Les réseaux non-centralisés peuvent être regardés à deux échelles différentes :

- **A***u niveau de l'utilisateur* – encore une fois, l'analogie avec le téléphone est très claire : chaque appelant dépend d'un central, qui communique avec celui de l'appelé. S'il n'existe pas de liaison directe entre les deux utilisateurs, les points névralgiques, eux, communiquent directement ou indirectement. Il en est de même avec l'Internet ; chaque internaute dépend d'un F.A.I. qui lui permet ensuite, au niveau supérieur, d'avoir accès aux fonctionnalités de l'Internet. Ce réseau en constellation d'étoiles peut être schématisé comme suit :

Fig. 5 : Un réseau dit "*en étoile*"



- **A***u niveau supérieur* – la topographie physique de l'Internet, au niveau global, ressemble plus à un maillage, chaque relais étant en contact avec plusieurs autres. Cela permet de développer différents chemins pour accéder à un endroit précis, sans point de passage imposé.

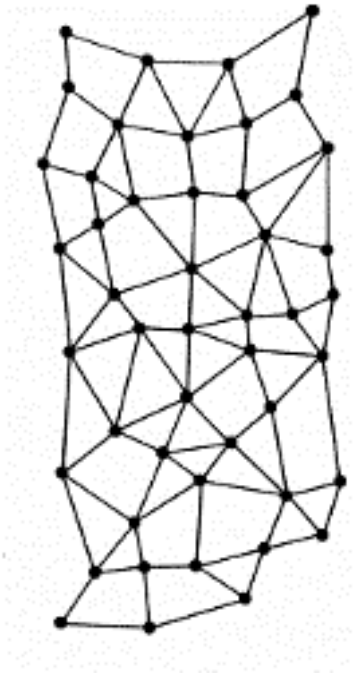


Fig. 6 : Un réseau maillé

Au niveau physique, le réseau est disponible à quiconque s'y connecte. Au niveau de la liaison de données, la partie appartient aux opérateurs de boucles ou réseaux locaux. Pour ce qui est de l'Internet, les adresses sont réparties entre grands fournisseurs continentaux et nationaux qui font office de grossistes pour des opérateurs nationaux qui, eux-mêmes, peuvent fournir (en cascade) des opérateurs plus petits et finalement l'utilisateur final. De même, le routage est organisé de façon majoritairement locale, chaque routeur interrogeant l'état du réseau avoisinant. Dépourvu de point central, l'Internet existera aussi longtemps que deux ordinateurs seront connectables par un chemin valide. Une fois encore, ce maillage serré permet à l'utilisateur final de pouvoir bénéficier du chemin d'accès le plus rapide à tout moment, indépendamment des modifications du maillage effectuées en un endroit donné. Le réseau est en ce sens "vivant" et se reconfigure en permanence.

Cette acentralité et la dispersion géographique de l'Internet, ainsi que la différence de structure des niveaux du réseau rendent une régulation des contenus des flux assez difficile, comme le débat sur la responsabilité des prestataires techniques l'a montré. L'information circulant par paquets successifs, placer un filtre à un point donné du Réseau ne servirait qu'à intercepter une vision lacunaire des données.

Si l'Internet n'est pas dominé par un ordinateur central, même s'il dépend physiquement de 13 serveurs sources : comment donc le réguler efficacement ?

Sous-section 2. Les infrastructures de l'Internet[13]

Dès lors que l'on parle de régulation, il faut savoir ce qui fera l'objet de la législation. Or, pour le chantier Internet, ce dernier n'est ni un média, ni un service, ni même un secteur d'activité : il s'agit d'une infrastructure de réseaux hétérogènes, permettant de véhiculer de nombreux services et usages dans des secteurs divers, jusque-là encadrés par des instances, autorités et organismes de contrôle spécifiques à chaque secteur. Il faut donc délimiter les contours de l'Internet et des réseaux qui le composent.

A. La Toile, vitrine de la liberté d'expression sur l'Internet

Le World Wide Web (Toile Mondiale) constitue un réseau de pages mêlant textes, images, vidéo et interactions avec les visiteurs. Ces pages sont reliées entre elles par des liens hypertextes[14] qui permettent de naviguer à l'intérieur d'un site ou de sites en sites. Ces sites sont mis en page par le langage HTML[15], et la propagation du phénomène a conduit à la conception de logiciel rendant la création de site aussi simple que la rédaction de documents sur un traitement de texte. De sorte que, aujourd'hui, il existe plus d'un milliard de pages ou sites Web et quelques millions créés chaque jour[16].

Par définition, la mise à disposition des moyens d'expression adéquats facilite la liberté d'expression, et la faiblesse des coûts de publication fait de la mise en ligne un acte purement volontaire sans contingence financière.

Le système de navigation par hyperlien permet de faire le tour du monde via des pages Web en quelques clics, et d'accéder à toute information souhaitée dès lors qu'elle est indexée sur des moteurs de recherches. Cette facilité d'emploi entraîne par contrecoup la difficulté de concevoir un système de régulation efficace pour un média dont la structure n'offre pas au juriste ses repères habituels (lieu, responsable, personne physiquement identifiable, preuve écrite...). De plus, une page peut très facilement ne pas apparaître sur les moteurs de recherches, véritables index des contenus en ligne. Dans ce cas, à moins de connaître l'adresse du site Web, ou de trouver un lien sur un autre site pointant sur lui, il est impossible de trouver ce qui se veut caché ou réservé à un petit groupe.

---

[13] Pour une étude complète et détaillée, voir http://perso.wanadoo.fr/tyds/delmas/documents/YDelmas-20011018-Internet-services/index.html

[14] Moyen très simple de navigation dans un ensemble d'informations : celles-ci sont reliées les unes aux autres par l'intermédiaire de "liens" appelés hyperliens. Quand on clique sur un de ces liens dans un document, on aboutit directement au point correspondant dans un autre document, et ainsi de suite... Les hyperliens sont souvent mis en relief (gras, italique, souligné, couleur) Source : http://www.tout-savoir.net/lexique.php?rub=definition&code=3592

[15] HTML est la "langue officielle" du Web ; langage commun à toutes les machines, il permet une mise en page relative formatant le texte en liens, paragraphes, titre, tableaux, listes, quelles que soient les options de mise en forme du lecteur – Source : www.w3.org/MarkUp/

[16] http://www.eff.org/Cases/ALA_v_US/20010320_ala_complaint.pdf

B. Les parties immergées de l'Internet

- **Le clavardage**

Ce néologisme québécois définit la discussion en direct sur l'Internet, aussi appelé "*chat*" en anglais. De la communication un-à-un à celle en forum de discussion à plusieurs ("*chatroom*"), ce procédé s'apparente à la discussion orale ou téléphonique dans la vie "réelle", avec l'impulsivité que cela sous-tend.

- **Le courriel**

Le courrier électronique est un élément-clé de l'Internet : il permet l'envoi et la réception de courrier de quiconque possède une adresse électronique (adél), partout dans le monde.

Son fonctionnement est de type "Garder et Faire suivre" (*Store and Forward*) ; lorsqu'un courriel est envoyé, il est d'abord réceptionné par le serveur de courrier, qui le stocke et le transmet éventuellement au serveur du destinataire jusqu'à ce que ce dernier en demande la réception. Ce fonctionnement asynchrone permet l'envoi de courrier non seulement quand la machine du destinataire est éteinte, mais sans même savoir quelle sera cette machine, ni où elle se trouvera au moment de la réception (les serveurs de courriel sont en effet accessibles depuis un peu partout dans le monde).

Bien que la sécurité au début du courriel ait laissé à désirer ("*N'envoyez pas par courriel ce que vous n'enverriez pas par carte postale*"), les progrès techniques reconnus par la jurisprudence ont permis et consacré la confidentialité des correspondances électroniques au même titre que la correspondance physique – du moins jusqu'à nouvel ordre en matière de progrès des décryptages.

- **Le F.T.P.**

FTP signifie *File Transfer Protocol*. Bien qu'utilisant l'adressage des machines IP, qui justifie sa place dans le monde de l'Internet, le protocole de transfert est le plus adapté aux fichiers binaires et/ou volumineux. A partir d'une adresse IP sur son ordinateur, et avec un système d'exploitation configuré correctement, tout particulier peut partager ses fichiers, en protégeant leur accès par mot de passe ou non (*infra*). Il peut même donner au monde entier accès à une partie de ses documents s'il le désire.

De ce fait, si aucune publicité n'est faite pour un serveur FTP, aucun annuaire n'existant pour ce réseau, il existe peut de chance de pouvoir y avoir accès et, partant, de le contrôler.

- **Les forums de discussion**

Il en existe de deux sortes – les forums Web, qui sont une partie intégrante du Web, fonctionnant sur la même interface, et les Forums Usenet (Newsgroups). Les deux permettent l'échange et le débat d'idées public "*rassemblant une communauté virtuelle d'internautes, mus par un intérêt particulier, culturel ou autre*"[17] attirée par le thème du forum. Les forums Usenet sont créés selon une hiérarchie spécifique (Usenet-Fr gère la hiérarchie fr.). Une fois créé, différents serveurs de News acceptent ou non de relayer ce forum. Dans la pratique, il est rare qu'un serveur refuse d'ajouter tel ou tel forum à sa liste quand un client lui en fait la demande.

Chaque serveur reçoit par des *feeds* (qui contiennent l'ensemble des articles venant des serveurs avec qui il est en relation) des articles qu'ils proposent ou non, avec des filtres ou non, à ses abonnés. Les abonnés au serveur postent des articles que ce serveur rajoute au feed qu'il va transmettre aux serveurs avec lesquels il est en relation, et ainsi de suite, de serveur en serveur.

Ainsi, chaque serveur n'est en relation qu'avec quelques serveurs, eux-mêmes en relation avec d'autres serveurs. Cela constitue un maillage permettant, par transitivité, de répandre les articles sur toute la planète bien que chaque serveur ne soit en contact qu'avec un nombre réduit d'autres serveurs. Ceci constitue le modèle du réseau distribué (*supra Fig. 5*).

On le voit, l'organisation de Usenet est très codifiée et gérée par des responsables reconnus par la communauté de la hiérarchie concernée. Néanmoins, la remise en cause des règles d'organisation de Usenet-fr est fréquente par des nouveaux venus, ne connaissant pas le pourquoi de cet état de fait.

Ainsi, vers mai 2000, un groupe nommé Anti-Censure se met à participer aux groupes fr.soc.* (notamment fr.soc.politique) ainsi qu'au groupe de gestion des abus du réseau, fr.usenet.abus.d. Ils n'hésitent pas à s'en prendre aux "*dinos*", personnes qui ont participé à l'élaboration du système, et qui se verront traités de "*cenSSeurs"* par Anti-Censure. Par l'intermédiaire de webzines nommés le-cri-de-la-carpe ou Censors Buster, et de sites Web, les *dinos*, et plus généralement tous ceux qui contredisaient les idées d'Anti-Censure, furent décrits avec des propos dégradants, et parfois même leurs coordonnées civiles rendues publiques sans leur accord.

Il y a donc des crises internes à ce réseau, tout comme ce fut le cas dans une autre hiérarchie avec le forum alt.binaries.pictures.erotica.pedophilia[18], présentant des fichiers de photographies pédophiles. Mais l'esprit soudé de la communauté permet en général de résoudre les conflits à l'amiable.

---

[17] Pierre-Yves GAUTIER – *Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'Internet ?* – Le Dalloz, 2000, n°37.
[18] Bien que supprimé, il était encore présent dans la hiérarchie alt.binaries en 1997 : http://www.isc.org/ml-archives/inn-workers/1997/12/msg00053.html

Section 3. D'une réalité sociale à une mise en équation juridique.

D'abord créé dans un but non lucratif de survie de la structure militaire, puis de liaison entre l'armée et ses sous-traitants, ensuite étendu à l'entraide entre chercheurs civils, l'Internet, en se démocratisant, a changé de milieu. En effet, lors des phases militaire et scientifique du projet, l'homogénéité des groupes d'utilisateurs, ainsi que la déontologie de leur corporation rendaient inutile toute incursion dans le domaine législatif.

Dès lors, l'ICANN, l'*Internet Company for Assigned Names and Numbers* pouvait sembler une institution suffisante. Son rôle dans la communauté Internet comme organisateur des noms de domaines lui a donné une légitimité pour étendre ses objectifs au maintien de la stabilité opérationnelle de l'Internet et au développement des règles consensuelles via le secteur privé.

Avec l'ouverture au grand public dans les années 90, une résurgence de l'esprit des pionniers a pu être constatée avec la "*Netiquette"* [i*nfra*], sorte de code de bonne conduite dans le monde en ligne. Cependant, c'est l'ouverture aux échanges commerciaux, avec les considérables enjeux financiers qui a permis de chiffrer les préjudices subis et rendu nécessaires les demandes de réparation. Ainsi que l'expliquait Lance ROSE dès 1995 dans *Net Law* : "*The first Netusers were explorers charting the wilderness, not litigious businessmen.*"[19] Se faisant, l'ICANN ne pouvait trouver la légitimité nécessaire pour tout réguler, et les législateurs ont dû prendre le relais.

[19] "Les premiers internautes étaient des pionniers explorant l'inconnu, non pas des hommes d'affaires procéduriers."

Chapitre second – Etat juridique des lieux

Ce qui fut la défense de l'Internet contre les attaques potentielles d'ennemis politiques est devenu avec la démocratisation de l'accès au réseau, de larges mailles permettant au crime de se propager en quasi-impunité. En effet, "*les premiers utilisateurs de l'Internet n'étaient que des explorateurs découvrant de nouvelles étendues sauvages et non des hommes d'affaires procéduriers*"[20]. Cette dure réalité a d'abord nécessité une appréciation par la somme des acteurs, des effets qu'elle pouvait avoir (SECTION 1) avant de pouvoir être entérinée timidement (SECTION 2).

Section 1. La prise de conscience d'un nouvel acteur.

L'absence apparente de barrière à l'utilisation du réseau a mis du temps à faire réagir efficacement la classe politique à travers le monde (SOUS-SECTION 1), alors qu'elle catalysa au contraire les initiatives d'utilisateurs privés (SOUS-SECTION 2) qui ont su tout de suite tirer parti d'un outil fédérateur et prévoir ses potentiels dangers.

Sous-section 1. La multiplication des rapports officiels.

Créé aux Etats-Unis à la fin des années 60, c'est tout naturellement là-bas, et avec un jeune président issu de la culture libertaire de cette période, que s'est traduite en premier la volonté des opérateurs publics de favoriser l'accès à l'Internet (**A**) et par suite le réguler. La France, quant à elle, a eu besoin de plus de temps, mais sa démarche fut peut-être plus pragmatique (**B**).

A. Les "*information highways*" ou inforoutes.

- *Le déclenchement des initiatives aux Etats-Unis.*

La paternité politique des autoroutes de l'information et le néologisme reviennent à Al GORE, jeune vice-président des Etats-Unis sous l'administration CLINTON (1992-2000). Son objectif était de favoriser la création d'un vaste réseau télématique accessible à tous, irriguant tout le pays, donnant à l'ensemble de la population toute la connaissance et l'information en matière d'enseignement, de santé, de transport ou autres renseignements. M. GORE voyait dans cette infrastructure le correspondant moderne de ce qu'avait été au XIXe siècle le réseau ferré pour le commerce intérieur américain. Le plan d'action du vice-président dessinait des objectifs ambitieux, plaçant l'autorité politique de premier plan, comme seule capable des investissements nécessaires à l'initiation du mouvement. Ainsi, dès leur élection, les deux hommes lancèrent le "*Computer Systems Policy Project*" – une organisation de conseils en technologie de l'information composée

exclusivement de directeurs d'entreprise ; à présent le CSPP essaye d'exporter le modèle américain des droits informatiques – et parallèlement, Al Gore a mené le programme NPR : "*National Performance Review"* visant à administrer mieux en coûtant moins.

- *La transmission du mouvement.*

Dès février 1995, lors du G7 de Bruxelles, les pays les plus riches souhaitent promouvoir une vision commune de la société de l'information, après que l'Europe et le rapport BANGEMANN ont préconisé en 1993-1994 la déréglementation des télécommunications, première mesure technique permettant de démocratiser l'accès au réseau Internet. Les quatre priorités du plan d'action ("*Vers la société de l'information*", juin 1994) furent :

1. la mise sur pied d'un cadre réglementaire clair et stable,
2. le développement des réseaux, des applications et des contenus d'information,
3. l'examen des problèmes sociaux, sociétaux et culturels,
4. et la stimulation de la prise de conscience publique.

A côté de ces priorités, dix domaines d'applications ont été définis : télétravail, mise en place de réseaux interconnectés entre universités, écoles, centres de recherche et bibliothèques, utilisation de services télématiques pour les PME, création de réseaux de santé, mise en place de réseaux publics et privés d'informations.

Loin des problèmes juridiques que l'Internet posera par la suite, les initiatives concrètes suivant les grandes déclarations d'intentions ne prennent en compte que le côté technique des inforoutes : en France en octobre, le rapport Gérard THÉRY préconise le développement de la fibre optique et des ATM ; et le rapport BRETON, le télétravail. Cette prise de conscience trop récente donne au rapport NORA/MINC de décembre 1977 un côté prophétique lorsqu'il annonçait la convergence nécessaire à terme entre téléphone et informatique : "*La télématique, à la différence de l'électricité, ne véhiculera pas un courant inerte, mais de l'information, c'est-à-dire du pouvoir.* [...] *La télématique constitue non pas un réseau de plus, mais un réseau d'une autre nature, faisant jouer entre eux images, sons et mémoire : elle transformera notre modèle culturel*."

Après l'amorce du mouvement, les rapports et groupes de travail européens se sont multipliés afin d'essayer de cerner le phénomène Internet sans pour autant en réguler autre chose que les aspects techniques – rapport sur les contenus illicites et préjudiciables en 1996 ; plan d'action sur des initiatives pour un Internet plus sûr en 1998 ; reconnaissance de la signature numérique en 1999...

---

[20] Lance ROSE, *NetLaw.*

- *Les différences originelles entre Amérique du Nord et Europe*

Pour les Américains, l'Internet représente une "expérience" et de fait, leurs rapports et leurs analyses théoriques s'appuient sur le concret déjà en place. Face à cette interprétation, les Européens ont passé beaucoup de temps afin de définir ce qu'était l'Internet – un réseau à rebours à la fois techniquement (de tout ce qui a été construit en matière de télécommunications) et intellectuellement (les origines militaires et scientifiques du réseau, aux Etats-Unis, ont considérablement contribué au développement d'une "*philosophie innée de l'Internet"* outre-atlantique, alors que les Européens ont dû acquérir cette technologie ; la question du financement, également pose un problème aux Européens face à la capacité de mobilisation des capitaux américains). De plus, les Etats centralisés en Europe manquent de pratique dans la gestion d'un réseau largement étendu sur un continent entier fédéralisé.

B. L'approche pas à pas de la France.

N'ayant pas eu la culture de l'Internet universitaire, la France n'a pris conscience du Réseau qu'avec l'essor massif de sa face la plus attrayante, le Web. En mars 1996, soit quatre ans après les Américains, un maître des requêtes au Conseil d'Etat, Madame FALQUE-PIERROTIN, fut chargée de définir le périmètre du droit applicable à l'Internet. Moins d'un an plus tard, en février 1997, le sénateur LAFFITE, au sein de l'Office parlementaire d'évaluation des choix techniques et scientifiques, tire la sonnette d'alarme quant au retard français en la matière ; la réaction se fait immédiatement, avec la publication d'un *Projet de charte* de l'Internet, sous l'égide du Ministère des Télécommunications. Déjà on retrouve la proposition de création d'un organisme d'autorégulation.

Deux rapports au Premier ministre tentent de donner des solutions rapides pour pallier les carences numériques françaises :

- **L**e rapport MARTIN-LALANDE, de mai 1997 – présente 100 mesures pratiques pour favoriser le développement de l'Internet en France.
- **L**e rapport LORENTZ, de 1998 – cette mission, confiée par le Ministère des Finances, avait pour but de dresser un panorama suivi du commerce électronique. Il s'agit du premier document posant les questions relatives à la mise en cause des modalités traditionnelles d'intervention de l'Etat : "*Il serait vain de chercher à figer une réalité aussi mouvante que celle de l'Internet"*. Il préconise donc, comme ses prédécesseurs, de favoriser l'autorégulation, système jugé "*plus évolutif et plus responsabilisant pour les entreprises et les consommateurs que la loi ou le règlement"*.

Mais la véritable maturité de l'analyse des problèmes suscités par l'Internet intervient le 02 juillet 1998 avec le rapport du Conseil d'Etat sur l'*Internet et les réseaux numériques*. Ce rapport, le plus pertinent et le plus complet, fait preuve d'une analyse scientifique pragmatique, et d'une analyse non seulement des rapports antérieurs, mais également de la consultation des acteurs professionnels de l'Internet, sous la direction de Madame FALQUE-PIERROTIN là encore. Les quatre grands points de cette recherche sont[21] :

- **L***'ensemble de la législation existante s'appliquent aux acteurs de l'Internet* – ***Il n'existe pas et il n'est nul besoin d'un droit spécifique de l'Internet et des réseaux***. Le Conseil reconnaît la similitude entre monde numérique et monde physique, où les mêmes types d'activités ont vocation à être pratiqués.
- **L***es réseaux numériques transfrontières induisent une modification substantielle des modes de régulations habituels des pouvoirs publics* :
  - ⇒ d'une part, la réglementation d'origine étatique doit désormais ***se combiner avec l'autorégulation des acteurs***, c'est-à-dire l'intervention de ceux-ci, et pour agir de façon préventive contre la commission d'infraction. Le principe de la corégulation est vu comme une nécessité par les juristes qui se rendent compte de la masse d'informations à réguler ;
  - ⇒ d'autre part, compte tenu des limites inhérentes à toute initiative purement nationale, la coopération internationale des Etats est nécessaire pour faire respecter l'intérêt public dans un espace largement dominé par l'initiative privée ; rappelons à ce titre qu'il y a un peu plus d'une décennie, la loi française interdisait de crypter les communications informatiques, et la loi suédoise de **ne pas** les crypter. Dans de telles conditions, la communication entre la maison mère Volvo et une filiale française se devait de passer par un pays tiers pour décrypter et faire suivre le message.
- **L***e gouvernement doit définir des orientations stratégiques communes assurant la* ***cohérence des positions françaises*** *dans les diverses négociations internationales concernant l'Internet et les réseaux numériques.*
- **L***e monde des réseaux étant en perpétuelle évolution,* ***les fonctions de veille et d'observation sont essentielles*** – il est nécessaire, en matière juridique, de suivre l'évolution des réseaux numériques afin d'identifier les sujets de préoccupation et de formuler des réponses. Ainsi, sans qu'il soit besoin nécessairement de créer une structure permanente, ***des "rendez-vous" périodiques seraient utiles pour examiner la situation avec l'ensemble des acteurs concernés***.

---

[21] Rapport du Conseil d'Etat 98, *Internet et les réseaux numériques – La philosophie générale,* p. 14.

Enfin, en juillet 2000, Christian PAUL, député de la Nièvre, a rendu au Premier ministre son rapport *Du droit et des libertés sur l'Internet* confirmant l'intérêt de la création d'un organisme de réflexion sur la régulation de l'Internet, un *Forum des droits sur l'Internet*, tout en y apportant des modifications substantielles par rapport à la proposition initiale d'Isabelle FALQUE-PIERROTIN. Dans ce rapport, la régulation est ainsi définie comme étant "*l'ensemble des règles s'appliquant aux contenus et aux pratiques, qu'elles résultent de l'intervention d'un régulateur public ou d'autres mécanismes*"[22]. Dans cette acception, la régulation ne se limite donc pas à la définition française de réglementation, mais renvoie plutôt à toute forme d'intervention normative publique ou privée, dont les moins contraignantes. Néanmoins, cette régulation n'est pas envisagée comme procédé exclusif : "*la mission donnée au député Christian Paul* [considère] *que la régulation n'est pas possible. Il faut tenir compte des limites imposées par l'extraterritorialité du réseau, de la diversité sectorielle des contenus qui y circulent et du rythme de son évolution, trop rapide pour un appareil administratif centralisé*"[23].

Mettant par là en avant la solution de la co-régulation, ce FDI est une structure chargée d'organiser le débat, sans disposer d'aucune prérogative policière ni judiciaire. De même, si le principe de la mise en place d'une ligne d'urgence est maintenu, celle-ci ne serait plus gérée par cet organisme, mais directement par la police judiciaire. Cet organisme de co-régulation est finalement entériné par Lionel JOSPIN dès décembre 2000, sous la responsabilité d'Isabelle FALQUE-PIERROTIN. Il sera effectivement lancé le 31 mais 2001.

Sous-section 2. La multiplication des considérations et initiatives privées.

Très tôt, les internautes ont su que la liberté qui leur avait été donnée grâce à l'Internet n'était pas un bien acquis mais qu'il fallait la défendre chaque jour. De fait, ils se sont associés afin de mieux pouvoir agir lorsque les menaces se faisaient trop proches de l'acceptable (**A**), faisant peser sur chaque nouvelle norme une présomption liberticide (**B**).

A. L'implication citoyenne dans le devenir juridique de l'Internet.

Partout dans le monde, des groupements d'internautes se sont créés et reliés, afin d'assurer un réel maillage protecteur des libertés sur l'Internet, que ce soit pour défendre la confidentialité de chacun ou la liberté d'expression et d'opinion.. La présence d'anciennes associations de droits civiques, comme l'ACLU, souligne le parallèle avec ces actions revendicatives du passé qui ont réussi à forger un présent plus équitable.

---

[22] Christian PAUL – *Du droit et des libertés sur Internet* – p. 32.
[23] *L'Internet* – Cahiers Français – p. 71.

- Les associations américaines

⇒ *L'American Civil Liberties Union*

L'ACLU, fondée en 1920 pour défendre les libertés individuelles à une époque où les immigrés aux Etas-Unis faisaient l'objet de déportations arbitraires, a tout de suite compris que la prochaine cible des liberticides serait l'Internet. Partie prenante à de nombreux procès, l'ACLU est à l'origine de l'un des plus importants arrêts de la régulation de l'Internet, **Reno v. ACLU**[24] en 1997 qui affirme : "*As a matter of constitutional tradition, and in the absence of evidence to the contrary, we presume government regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it.*" – [Dans la tradition constitutionnelle, et jusqu'à preuve du contraire, il existe une présomption que toute régulation gouvernementale de l'expression s'opposerait plus qu'elle ne participerait au libre-échange d'idées.] – http://www.aclu.org

⇒ *L'Electronic Frontier Foundation*

L'EFF a été créé en juillet 1990, en réponse à l'atteinte à la liberté d'expression causée par les services secrets américains lorsque ceux-ci ont décidé de saisir illégalement des ordinateurs à la recherche de documents illégalement copiés. Située à San Francisco, l'EFF se voit comme le gardien des droits et libertés reliés aux nouvelles technologies, et poursuit des campagnes d'information sur ce sujet dans les journaux et évènements médiatiques, tout en se joignant aux causes de certains procès, lorsque des "droits numériques" sont menacés – http://www.eff.org

- Les associations anglaises

⇒ *Cyber-Rights & Cyber-Liberties*

Créée en janvier 1997, Cyber-Rights & Cyber-Liberties est une association anglaise à but non-lucratif pour la défense de la libre expression et de l'intimité sur l'Internet. Elle tend aussi à informer le public sur ces questions. Elle a été particulièrement active dans le débat sur la cryptographie au Royaume-Uni en mai 1997. Mais c'est surtout en multipliant les copies du JET Report, sur la chasse aux pédophiles dans le comté de Nottingham que l'association a acquis son influence dans la communauté Internet. Le rapport censuré avait vu des copies se multiplier et être hébergées sur plusieurs serveurs. Les autorités ont renoncé par la suite à la censure du rapport.

[24] http://archive.aclu.org/issues/cyber/trial/appeal.html

- Les associations françaises

Bien que la liberté d'expression y soit moins absolue, la France n'est pas en reste quant aux associations de défense et de surveillance des utilisateurs d'Internet et de leurs libertés.

⇒ *I.R.I.S.*

L'association **I***maginons un* **R***éseau* **I***nternet* **S***olidaire* – IRIS est une association créée en 1997. Son but est de "*favoriser la défense et l'élargissement des droits de chacun à la libre utilisation des réseaux électroniques, notamment en termes de production, de mise à disposition et de circulation des contenus, ainsi que toutes actions nécessaires à la réalisation de son objet"*. Ainsi, elle s'occupe tout particulièrement des aspects politiques et sociaux de l'Internet. Les projets qu'elle défend sont : l'affirmation de l'accès à l'Internet en tant que service public, la garantie de la liberté pour chacun d'être producteur de contenu sous sa propre responsabilité, ce qui signifie évidemment de garantir la circulation de ces contenus librement sur l'Internet, sans qu'aucun intermédiaire technique ou administratif ne s'arroge le droit de disposer de ces contenus sous quelque prétexte que ce soit, et sans qu'aucun frein à la liberté de crypter ne soit maintenu et la pérennité de secteurs non-marchands sur l'Internet – www.iris.sdsg.org

⇒ *La Fédération Informatique et Liberté*

La FIL est une fédération d'associations qui a pour but de défendre les libertés individuelles et publiques, défendre le respect de la confidentialité de la communication, de lutter contre toutes atteintes à la vie privée et à la libre circulation des personnes, de promouvoir et défendre la libre utilisation de tous moyens techniques permettant de préserver la confidentialité et l'anonymat des échanges comme la cryptographie – www.lafil.org

⇒ *ISOC-France*

L'Internet Society est une association de droit américain à vocation internationale créée en janvier 1992 par les pionniers de l'Internet pour promouvoir et coordonner le développement des réseaux informatiques dans le monde. Elle est aujourd'hui l'autorité morale et technique la plus influente dans l'univers du World-Wide Web. Son "*Chapitre français"* – Isoc-France, bien que partie prenante de l'association internationale, s'adapte aux réalités françaises et européennes, et se veut le médiateur entre les décideurs et les utilisateurs professionnels, ainsi que les associations diverses, les organisations et les groupes qui interviennent dans l'Internet. Parmi les buts de cette association, outre l'encouragement de la présence de scientifiques français dans les instances d'élaboration de standards (par exemple l'Internet Engineering Task Force, l'élaborateur des standards de l'Internet), l'Isoc-France désire être vue comme un interlocuteur à part entière par les pouvoirs publics,

les opérateurs de télécommunication, ainsi que les éditeurs et fournisseurs de contenus, afin de pouvoir être impliquée dans le traitement des différents aspects (légaux, techniques, sociologiques) liés à l'Internet – www.isoc.asso.fr

Ce panel est loin d'être exhaustif. Il tend uniquement à montrer la réactivité du milieu de l'Internet et sa volonté à se prendre en main, de peur d'être muselé par des gouvernements voulant trop bien faire. Qu'elles soient spécialisées dans le côté technique ou dans la protection des libertés publiques, les deux notions à très court terme convergent. Ceci montre à quel point même dans les questions soulevées par l'Internet, le Réseau pousse à la coopération.

B. La méfiance naturelle envers une régulation.

Si la méfiance à l'égard de toute initiative gouvernementale visant à encadrer l'exercice de la libre expression est un phénomène naturel aux Etats-Unis, il touche également l'ensemble de la communauté des internautes. En effet, l'Internet souvent vu comme un nouveau territoire d'expression, dans un idéal démocratique, ses utilisateurs ont du mal à cerner où serait la légitimité d'un Etat à réguler ce qui se passe de lui. Les associations d'internautes sont souvent les premiers à critiquer la législation qui se met en place, quand bien même le législateur a fait appel à elles.

Ainsi, à l'annonce du projet du loi du gouvernement RAFFARIN sur l'économie numérique (**LEN** – *infra*), l'association IRIS a lancé une pétition jugeant certaines dispositions de ce texte "*inacceptables*". Elle affirmait que cette loi ferait basculer l'Internet dans une zone de "*non-droit*", en particulier dans ses dispositions sur la responsabilité civile et pénale des prestataires techniques.

De même, les récents procès intentés aux sociétés éditrices de logiciels d'échange de fichiers par technologie pair-à-pair (*infra*) ont donné de l'ampleur à l'opposition aux lois et projets de lois américains qui, selon les internautes et les associations de défense des libertés (comme l'EFF et l'UCLA), ne visent qu'à assurer la défense des intérêts commerciaux des grandes compagnies d'édition et non à assurer la fonction première de maintien de l'ordre public dévolue à l'Etat.

Cette veille juridique de la part de la communauté des internautes montre à quel point ces derniers peuvent se montrer responsables comme citoyens.

Section 2. La traduction normative de ces changements de perspectives.

La réalité du phénomène Internet ne pouvait pas laisser indifférents les pouvoirs publics. Partant du principe que trop de liberté tue la liberté en recréant l'état de nature et la loi du plus fort, les gouvernements ont tenté d'absorber l'Internet dans leur appareil législatif, en essayant d'abord de calquer ces lois sur celles préexistantes de médias plus anciens, puis en affrontant le phénomène comme un nouveau média.

A. Aux Etats-Unis

C'est par un rapport sur le commerce électronique en 1997 que l'administration CLINTON a pris conscience de la nécessité de réguler certains aspects de l'Internet, afin de voir prospérer encore plus l'économie grâce à cette nouvelle technologie. Pourtant, les tentatives de régulation de l'Internet par les pouvoirs publics américains ont rencontré une très forte hostilité de la part des associations de défense des libertés, mais également des cours suprêmes ayant eu à juger de la constitutionnalité de ces textes.

Le **Communication Decency Act** - CDA

Selon beaucoup d'observateurs, le **Communication Decency Act** du 25 mars 1995, portant modification du **Telecommunications Act** de 1934, a transformé l'Internet en un lieu non protégé par le premier amendement, en criminalisant des types d'expression qui, dans le monde réel, auraient été parfaitement légaux. Bien qu'empreinte d'une philosophie dérégulationniste, cette loi prétendait néanmoins organiser un régime de responsabilité impliquant aussi bien les utilisateurs que les intermédiaires – fournisseurs d'accès et de services, en particulier l'hébergement de données consultables en ligne – sur les contenus jugés "*indécents, obscènes ou manifestement choquants"* susceptibles d'être transmis à des mineurs.

La bataille juridique qui a suivi a montré l'ampleur de la mobilisation possible grâce aux associations de défense des utilisateurs de l'Internet (EFF) et des droits civiques (ACLU), et a donné lieu à l'un des arrêts majeurs de la régulation de l'Internet, **U.S. Supreme Court – Reno v. ACLU** du 26 juin 1997. Déclarant contraires à la Constitution les principales dispositions du **CDA**, la Cour suprême a reproché au législateur de ne pas avoir respecté la distinction établie antérieurement par la jurisprudence entre l'"expression obscène" ("*obscene communication*" – que les pouvoirs publics peuvent réglementer) et l'"expression à teneur sexuelle indécente" ("*indecent speech*" – protégée par le premier amendement) ; de fait, cette loi était source d'insécurité juridique. Ensuite, la haute juridiction américaine a sanctionné l'erreur manifeste commise en voulant transposer le paradigme de la régulation de l'audiovisuel hertzien au réseau Internet.. Cette double semonce constitutionnelle n'a pourtant pas empêché la France de confier la responsabilité de l'Internet au C.S.A. dans la prochaine **L.E.N.** ainsi que les Etats-Unis de réitérer son propos avec le **COPA**.

Le Child Online Protection Act – COPA

Après la déclaration d'inconstitutionnalité du **CDA**, l'administration CLINTON récidive en octobre 1998 avec le **COPA**, aussi appelé **CDA II**. Cette loi faisait un délit fédéral de communiquer "*sciemment*" sur des sites commerciaux des documents en ligne considérés comme "*dommageables pour les enfants mineurs*", sans considération de lieu et de circonstances locales. Bien que le spectre de cette loi soit moins large que celui de la **CDA**, les associations de défense des droits l'ont vu comme problématique, car autorisant les cours les plus conservatrices à définir les standards de la décence sur la Toile nationale et même mondiale. L'EFF, l'ACLU et l'EPIC (*Electronic Privacy Information Center*) ont attaqué la loi, et en 1999, la cour fédérale de Pennsylvanie a émis un jugement retardant la promulgation de la loi, et le 22 juin 2000, la cour d'appel du troisième circuit a confirmé cette décision.

Néanmoins, les deux juridictions n'ont pas relevé les mêmes arguments en défaveur de la loi. Lors de la première instance, la cour a jugé que le **COPA** ne pourrait subsister, car il n'employait pas les moyens les moins contraignants pour empêcher les mineurs d'accéder à l'Internet pornographique. En revanche, la cour d'appel du troisième circuit s'est opposée à la prise en compte des standards locaux pour juger de ce qui était "*dangereux pour les mineurs*", car cela autoriserait les communautés les plus intolérantes à décider de ce qui avait ou non le droit d'être publié en ligne.

Devant la cour suprême[25] (troisième degré de juridiction américain), les juges n'ont infirmé aucun des jugements, et ont renvoyé l'affaire pour procédures complémentaires. Ainsi, le **COPA** n'est toujours pas entré en vigueur, et l'affaire est toujours pendante.

Le Digital Millenium Copyright Act – DMCA

Cette loi passée en 1998 a été votée malgré l'opposition de la communauté scientifique, des bibliothécaires et autres cryptographes. Son but est d'interdire tout système permettant de contourner une disposition visant à lutter contre la copie de matériel protégé. C'est le stéréotype de la loi qu'il ne faut pas à l'Internet ; trop générale, cette loi ferait, sous son empire, d'un photocopieur, d'un scanner, ou même d'un appareil photo des objets illégaux aux Etats-Unis – la levée de boucliers qui a suivi continue de se propager.

---

[25] http://archive.aclu.org/court/ashcroft4.pdf

En effet, la disposition anti-circonvention du **DMCA** pose un problème d'équilibre entre le droit d'auteur protégé et le premier amendement – passer outre les protections techniques des logiciels ou documents est souvent obligatoire dans des buts de recherches scientifiques, citations substantielles et autres usages légaux des informations contenues dans le média. Le problème majeur concerne Linux, puisque pratiquement aucun support technique ou pilote ne sont fournis aux utilisateurs par les détenteurs desdits copyrights, et la communauté Linux doit les développer elle-même, en infraction avec le **DMCA**.

Ainsi, depuis l'entrée en vigueur du **DMCA**, les sites américains se sont dotés d'un formulaire de dénonciation des abus de droits d'auteur. Sur google.com, le moteur de recherche de référence actuellement, les modalités d'application sont décrites comme telles :

> "It is our policy to respond to notices of alleged infringement that comply with the Digital Millennium Copyright Act (the text of which can be found at the U.S. Copyright Office Web Site, http://lcWeb.loc.gov/copyright/) and other applicable intellectual property laws, which may include removing or disabling access to material claimed to be the subject of infringing activity. If we remove or disable access to comply with the Digital Millennium Copyright Act, we will make a good-faith attempt to contact the owner or administrator of each affected site so that they may make a counter notification pursuant to sections 512(g)(2) and (3) of that Act. It is our policy to document all notices of alleged infringement on which we act. A copy of the notice will be sent to a third party who will make it available to the public.
> To file a notice of infringement with us, you must provide a written communication (by fax or regular mail -- not by email, except by prior agreement) that sets forth the items specified below. Please note that you will be liable for damages (including costs and attorneys' fees) if you materially misrepresent that a product or activity is infringing your copyrights. Accordingly, if you are not sure whether certain material of yours is protected by copyright laws, we suggest that you first contact an attorney."

On le voit, le DMCA instaure une réelle campagne de dénonciation par les internautes des sites enfreignant cette loi sur le copyright, démontrant par là que les autorités ont besoin non pas de la coopération mais de la participation active de la communauté afin de pouvoir mettre à exécution l'appareil législatif.

B. En France

Si, selon le Conseil d'Etat, l'ensemble du droit existant trouve normalement à s'appliquer aux usages en cours sur l'Internet, certains aménagements ont été rendus nécessaires afin d'unifier la tendance jurisprudentielle des conflits, en très nette augmentation ces dernières années. Au niveau de la législation pré-existante et applicable, au milieu des anciennes lois sur la télématique (**loi informatique et liberté de 1978**...), on trouve la **loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication**, traitant de la communication audiovisuelle. En effet, la large définition de cette

communication ("*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*" – **art. 2**) englobe l'Internet dans sa globalité (courriel mis à part).

Encore plus ancienne, la loi **sur la liberté de la presse du 29 juillet 1881** continue de s'appliquer également à l'Internet. Effectuant là encore une différence entre la diffusion publique et privée, sa référence à l'imprimerie, support de l'époque, a trouvé à se moderniser en fonction du support. Néanmoins, elle nécessiterait modernisation : "*Le défaut de la loi de 1881 est sans doute une trop grande précision. Il faudrait peut-être un texte plus général.*"[26]

Néanmoins, le cadre particulier de l'Internet a nécessité une initiative gouvernementale pour communiquer le mouvement :

- **L**e **P.A.G.S.I.** – le 16 janvier 1998, à la suite de son discours à Hourtin en août 1997, le Premier ministre annonçait le **P***rogramme d'***A***ction* **G***ouvernemental pour* "*Préparer l'entrée de la France dans la* **S***ociété de l'***I***nformation*". Ce **P.A.G.S.I.** avait pour objectif de lancer l'impulsion politique nécessaire au rattrapage du retard français à l'égard des nouvelles technologies, dans tous les domaines : contenus, innovation, nombre d'internautes, régulation... Le **PAGSI** a donc impulsé un effort budgétaire de 5,8 milliards de francs dont 2,1 en 1998 et 3,6 en 1999. Six points essentiels ont été retenus : l'école, la culture et les contenus, la modernisation des services publics, les entreprises et le commerce électronique, l'innovation et la régulation. Il prévoyait également l'ouverture pour l'an 2000 d'un site Web pour chaque administration, afin de rejoindre le niveau d'équipement du secteur privé, mais également celui des administrations des autres pays technologiquement développés.
  Un an après, le comité interministériel pour la société de l'information a effectué un bilan d'étape de ce programme. Les citoyens disposent ainsi, sur un site dédié[27] d'un état d'avancement du programme. D'autres sites se sont mis en place en suivant l'impulsion de ce mouvement, et répondant aux créations gouvernementales, comme le Forum des droits sur Internet[28]. Au niveau de son bilan, le **PAGSI** a permis des progrès très notables en ce qui concerne la sensibilisation du public et des entreprises à l'Internet, la progression du nombre de connectés, le développement des contenus.

---

[26] Emmanuel DÉRIEUX -- http://www.transfert.net/i2910
[27] www.Internet.gouv.fr

- La **loi du 1er août 2000** – modifiant la **loi sur la communication audiovisuelle de 1986**, cette norme très attendue fixe la responsabilité des intermédiaires techniques. Au niveau des obligations qui leur incombent, les F.A.I. doivent proposer à leurs utilisateurs des moyens techniques pour entraver l'accès à certains sites, à défaut de surveillance parentale (**art. 43-7**). Leurs responsabilités civile et pénale, elles, ne seront retenues que dans l'hypothèse où, saisis par l'autorité judiciaire, ils n'auraient pas agi pour empêcher l'accès au contenu illicite (**art. 43-8**).

  [Si la responsabilité des hébergeurs laisse à présent un délai pour se mettre en règle, on peut néanmoins regretter que ces derniers servent encore de fusibles. Il est à craindre en effet que des plaintes abusives entraînent la fermeture arbitraire de sites Web parfaitement légaux. De petits utilisateurs qui n'ont ni l'envie ni les moyens de déclencher une procédure judiciaire.]

- Le **projet de loi sur la société de l'information – LSI** – Après le lancement de la politique française relative au développement des nouvelles technologies, l'idée a paru logique de doter la France d'une grande loi sur l'entrée dans la société de l'information, traitant de la protection des données personnelles, la lutte contre la cybercriminalité... Le concept lancé en septembre 1999, la loi était à l'origine annoncée pour la fin 2000. Constamment reporté, le projet a été abandonné au profit de la Loi sur la confiance en l'économie numérique.

- La **loi sur la confiance en l'économie numérique – LEN** - adopté en première lecture par les députés dans la nuit du 26 au 27 février, le projet de loi sur l'économie numérique a d'abord pour mission de transposer en droit français la **directive européenne 2000/31/CE**[29] du 8 juin 2000 sur le commerce électronique. Il transpose également la **directive "Vie privée et communication électronique"** du 12 juillet 2002[30]. Par ailleurs, le texte vise aussi à accroître les compétences du C.S.A. en matière d'Internet, puisque lui est confiée la "*communication publique en ligne*", définie par l'article premier du texte comme "*toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication*", donc un sous-ensemble de la communication audiovisuelle régie par la **loi du 30 septembre 1986.**

---

[28] www.forumInternet.org
[29] JOCE n° L.178 du 17 juillet 2000.
[30] Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 – JOCE n° L.201 du 31 juillet 2002.

- **A**utre point litigieux, l'**article 2** du projet modifie le système de responsabilité des hébergeurs, puisque ceux-ci sont désormais responsables, civilement et pénalement, si "*dès le moment où* [les hébergeurs] *ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible.*".

Synthèse – Les différentes solutions ouvertes aux problèmes posés

Les trois possibilités classiques de régulation de l'Internet sont principalement les visions que nous avons vues dans les considérations liminaires : un légicentrisme absolu, qui tend à tout réguler, une croyance en l'Homme qui, au contraire, interdirait les immiscions de la loi dans les rapports numériques ; mais une troisième voie médiane se présente également ici.

A. L'exclusivité de la loi

Cette première approche recherche avant tout la légitimité. Ainsi, les institutions existantes et le processus démocratique suffiraient à régler les problèmes rencontrés en ligne. La répartition se ferait entre une impulsion par le législateur dans le sens d'une évolution ou d'une clarification de points essentiels, et la jurisprudence tranchant les cas particuliers et bâtissant un corpus servant à mettre à jour les lois quand le besoin s'en fait sentir.

Bien que le processus soit lent, il est, selon ses partisans, préférable à tout autre démarche qui donnerait trop d'importance aux intérêts économiques les plus puissants, au détriment du moteur de la société qu'est l'intérêt général.

B. Le laisser-faire

Il s'agit là de la vision américaine, avec la protection par le premier amendement des interventions de l'Etat sur ce qui touche à la liberté d'expression et de rassemblement. A l'appui de ce raisonnement, l'immatérialité du réseau, l'absence de frontières d'un cyberespace, la versatilité des informations... qui rendraient désuète toute intervention. Enfin, les pionniers de l'Internet, en majeure partie la communauté scientifique, forte de ses codes de conduite et de son expérience, voient d'un mauvais œil une régulation qui pourrait à terme limiter les recherches et le principe même de communauté Internet.

La modification du profil des utilisateurs de l'Internet, au cours de sa croissance, tend néanmoins à relativiser l'intérêt de ne pas toucher à l'Internet. En effet, comme nous l'avons vu, derrière le réseau se trouvent toujours des hommes, et les infractions en "cybérie" n'en sont pas moins réelles, avec un potentiel de préjudices pour les victimes. Au nom de ce potentiel, il doit être prévu une protection et à défaut réparation.

C. Une voie médiane

Une tierce voie réside dans la reconnaissance et l'institutionnalisation des pratiques déjà en cours sur l'Internet. En effet, lors de l'ouverture du Réseau des réseaux aux néophytes, les anciens acteurs-concepteurs ont pris soin d'édicter une charte de principe, une déclaration d'intention, à l'usage de ceux qui n'ont pas participé à la fondation de la structure originelle. La *netiquette* (contraction de l'étiquette de l'Internet) est cette charte de bonne conduite des acteurs de l'Internet, qu'ils soient utilisateurs professionnels ou particuliers.

Il existe plusieurs textes différents de la netiquette, mais la version ci-dessous est celle qui est la plus couramment utilisée, et c'est celle que recommande l'Association des Fournisseurs d'Accès :

Règles de la netiquette[31] (Introduction)

Statut de ce mémo

Ce mémo contient des informations destinées à la communauté Internet. ***Ce mémo ne spécifie aucun standard Internet d'aucune sorte***. La distribution de ce mémo n'est pas limitée.

Ce document fournit un certain nombre de directives pour l'Etiquette des Réseaux (Netiquette) que les organisations peuvent respecter et adapter à leur propre usage. [...] ***Il fonctionne aussi comme nombre restreint de directives pour les utilisateurs individuels ou les administrateurs***. Ce mémo est le fruit du Groupe de Travail Utilisation Responsable du Réseau ('RUN', Responsible Use of the Network) de l'IETF.

Par le passé, la population des utilisateurs d'Internet avait "grandi avec", possédait une culture technique, et connaissait la nature des liaisons et des protocoles. Aujourd'hui, la communauté des utilisateurs comprend des gens pour qui cet environnement est nouveau. Ces "novices" ne se sont pas familiarisés avec la culture et n'ont pas besoin de connaître les liaisons et les protocoles. Afin d'amener rapidement ces nouveaux utilisateurs à la culture Internet, ce Guide offre un manuel de base que les organisations et les utilisateurs peuvent prendre et adapter à leur propre usage. Les utilisateurs doivent prendre conscience que quel que soit leur fournisseur d'accès, que ce soit un Fournisseur d'Accès Internet à travers un compte privé, ou une Université à travers un compte étudiant, ou le compte d'une compagnie, ce fournisseur a des règlements concernant la propriété du courrier électronique et des fichiers, ce qu'il est possible d'envoyer ou de poster, et comment vous présenter. Ne manquez pas de prendre connaissance de ces règlements auprès des autorités locales.

Nous avons organisé ce document en trois parties : Communications de un à un, ce qui inclut le mail et le talk ; Communications de un à plusieurs, ce qui inclut les mailing listes et NetNews ; et les Services d'Informations, ce qui inclut le ftp, WWW, Wais, Gopher, les MUDs et les MOOs.

[31] Traduit de l'anglais en juin 1996 à Jussieu par Gilles MISSONNIER, Françoise PICARD, Laifa AHMADI, Serge BELLEUDY.

Les conditions générales d'utilisation des fournisseurs d'accès, des hébergeurs, et des portails font très souvent référence à la netiquette, et le non respect de ce code par l'utilisateur peut entraîner la suspension ou la coupure de son compte.

Comme expliqué dans l'extrait proposé ci-dessus, le texte lui-même ne s'octroie aucune valeur contraignante ni coercitive, mais encourage sa diffusion afin de générer des usages qui, par extension, auront devant les tribunaux valeur légale.

Les premières décisions de justice française à reconnaître la légitimité d'une coupure de compte sur la base de non-respect de la netiquette ont été rendues par le Tribunal de Grande Instance de Rochefort-sur-Mer en 2001 et par le Tribunal de Grande Instance de Paris en 2002 :

T.G.I. Rochefort-sur-Mer - 28 février 2001
Monsieur Christophe G. c./ S.A. France Télécom Interactive

"**A**ttendu qu'aux termes de l'**article 1135 du Code Civil**, les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature ;

[...]

Attendu qu'il importe peu que cette pratique ait été développée sur des forums de discussion et non sur des boîtes aux lettres personnelles ;

Attendu, en effet, qu'il résulte des pièces produites aux débats par la SA FTI, spécialement de l'extrait du rapport de la Commission Informatique et Libertés du 14 octobre 1999 et de l'avis du Président de l'Internet Society, qu'il existe un usage proscrivant le recours au "spamming" dans les groupes de discussion ;

Attendu que l'usage, qui constitue une source du droit, s'impose à celui qui se livre à une activité entrant dans son champ d'application ;

[...]

Attendu que [la S.A. FTI] a mis en garde vainement le défendeur les 28 avril et 2 août 1999 contre l'utilisation de ce procédé en l'invitant à se conformer à l'usage, lui précisant, dans sa dernière correspondance, que, s'il persistait à l'utiliser, le service serait interrompu immédiatement et sans préavis ;

Attendu, dans ces conditions, que la société défenderesse a pu le 10 août suivant, sans faute de sa part, résilier le contrat conclu avec M.G. conformément à l'**article 1184 du Code Civil ;**"

Cette première reconnaissance française de la Netiquette avec force d'usage montre la facilité avec laquelle le numérique trouve sa place dans la jurisprudence française. En soit, la Netiquette n'a pas de valeur – dans un conflit entre particuliers, il serait peu probable que la Cour reconnaisse l'invocation de ces règles –, mais sa large diffusion (grâce à la rapidité des échanges en ligne) et son adoption par les conditions générales de l'intégralité des Fournisseurs d'Accès à Internet l'incluent dans le visa de l'**article 1135 du Code Civil**. De fait, la pratique des usages Internet peuvent donner lieu à une suspension de connexion, synomyme, à terme (les F.A.I. étant en nombre limité) de mort numérique.

Il est à noter que le FAI visé dans l'arrêt a suspendu le compte du particulier suite aux plaintes des autres utilisateurs victimes de son comportement irresponsable, et après de multiples mises en garde. Cela témoigne de la faveur qu'ont les solutions pré-juridictionnelles aux litiges survenus sur l'Internet. Cette pratique permet en effet une rapidité qui sied mieux au milieu, et permet une réponse adaptable et adapté à l'ensemble des utilisateurs, même comparée aux ordonnances de référé.

Le Tribunal de Grande Instance de Paris a lui aussi reconnu la légitimité d'une rupture de contrat pour non respect des usages en vigueur sur l'Internet :

> **T.G.I. Paris 15 I 2002 – Ordonnance de référé**[32]
>
> **Monsieur P. V. c/ Société Liberty Surf et Société Free**
>
> Via le *spamming*,
>
> "**i**l a perturbé gravement les équilibres du réseau, provoquant de nombreuses réactions de la part d'internautes mécontents dont les messageries étaient surchargées et qui devaient alors supprimer les messages non sollicités en supportant le coût et les désagréments de cette mise à jour ;
>
> [...]
>
> **A**ttendu que la pratique du SPAMMING considérée dans le milieu de l'Internet comme une pratique déloyale et gravement perturbatrice, est contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite ;

En parallèle, les Forums Usenet, lors de leur création, établissent une charte que le modérateur fera respecter aux utilisateurs (*infra*). On constate donc que, sur l'Internet, quels que soient les réseaux employés, il existe bien une volonté d'autorégulation, qui s'est voulue efficace jusqu'alors, et qui est de plus reconnue par les tribunaux.

Pourtant, les abus existent et parfois, un exemple est nécessaire. C'est ce que pensent les maisons de disques américaines en multipliant les procès aux échangeurs de fichiers copyrightés ou aux sociétés facilitant ces échanges.

Rendue le 25 IV 2003 par une cour californienne, la **décision MGM c./ Grokster** , dernière (à la date de rédaction de ce travail) des décisions liées à la régulation de l'Internet nous servira de fil conducteur témoin, tant elle porte en ses motivations les germes d'une approche plus réaliste du droit de l'Internet, en particulier en ce qui concerne le système de preuve de la responsabilité des intermédiaires techniques.

---

[32] Disponible en entier sur : http://www.juriscom.net

Titre I
La disqualification d'un système de régulation unique

Aborder le phénomène Internet est pragmatiquement et en surface très facile. Pourtant, les problèmes que causent la convergence des catégories légales, plutôt hermétiques, la transfrontalité et l'immatérialité du réseau ainsi que la progression extrêmement rapide des techniques et des usages de celles-ci rendent une qualification juridique de cette révolution numérique très ardue. Par conséquent, la régulation des échanges de bits en ligne a semblé tout d'abord facile, que ce soit pour les partisans d'un libéralisme intrinsèque à l'immatérialité d'une communauté d'idées à l'échelle mondiale ou pour leurs opposants, désirant empêcher un talion numérique de se mettre en place.

Cependant, les réalités matérielles et numériques sont intimement liées, par le fait même que ce sont des hommes qui régissent le devenir de l'Internet. De facto, un rapport de force s'organise et il est nécessaire de le réguler, au risque de voir s'instaurer des abus et des paradis numériques.

Le poids historique de l'Etat comme seul légitime à légiférer sur les limites des comportements humains doit pourtant subir un large bémol au vu des potentiels d'infinis qui jalonnent le Réseau – transfrontalité, association d'acteurs non plus géographiquement mais par affinité, anonymat, réactivité immédiate des mis en cause... – sont tout autant de défis à la compétence régalienne de chaque pays (CHAPITRE 1). Pour autant, l'alternative autorégulationniste, recréant l'idéal de Charles FOURIER préconisait il y a 300 ans, à besoin d'un cadre pour justifier de son efficacité (CHAPITRE 2).

Chapitre premier – Un régulateur historique et institutionnel dépassé

Expression de la volonté générale, bâtie sur des réflexions techniques et juridiques, la régulation étatique a toujours été l'outil privilégié de la mise en norme de la société ; son pouvoir coercitif rendait cet instrument dissuasif et garanti par des tribunaux impartiaux. Pourtant, ce qui accroît la portée de la loi sur le territoire national est également sa limite dans la gestion d'un réseau polycentré, international et immatériel. Son champ d'action spécifique, ainsi que son rôle, plus protecteur des normes sociales déjà établies que novateur, en font certes une nécessité sociale, comme garantie légale minimale (SECTION 1) alors que l'étendue recouverte par l'Internet décrédibilise non seulement l'application des lois existantes mais aussi leur bien-fondé (SECTION 2).

Section 1. Un domaine normatif bien défini et nécessaire...

La définition de la loi en fait une notion intrinsèque à celle de l'Etat – elle témoigne et renforce l'autorité de l'Etat, dans son rôle au sein d'une démocratie, où le peuple gouverne le peuple **pour** le peuple (SOUS-SECTION 2). Cette vision patriarcale légitime de même son rôle moralisateur face à l'Internet (SOUS-SECTION 1).

Sous-section 1. Le rôle moral des institutions et l'importance des "*circonstances locales*"

La dévolution du pouvoir par le peuple à la fiction étatique implique, de la part de cet Etat, la responsabilité de maintenir une sécurité juridique pour que les citoyens puissent évoluer en harmonie avec le reste de la société. A ce titre, la loi se doit de préserver un minimum moral, dicté par les sensibilités des différents groupes formant la société (A). Elle se doit aussi parfois d'innover afin de promouvoir de nouveaux statuts à même de garantir un développement durable (B).

A. Le reflet d'une protection des valeurs sociales

Pour les philosophes et les moralistes, et aussi l'homme profane, le droit est l'objet de la justice. Cette acception du mot *droit* aboutit à une assimilation du droit à la justice. En revanche, pour les juristes, le droit est en premier lieu la règle de droit, c'est-à-dire une norme d'un certain type venant régir le comportement des hommes en société.

Le droit est la règle qui organise les rapports entre les hommes groupés dans des liens sociétaires. Mais entre ces sociétés existe une hiérarchie. En ce qui concerne notre cadre national, l'Etat a la prééminence et, par conséquent, son droit prévaut.

"*La société politique est souveraine et dès lors, son droit en tant que suprême est le seul droit. En d'autres termes, il n'est de règle de droit que celle qui est posée par l'autorité publique (ainsi pour la loi) ou, du moins, reçue et agréée par elle (ainsi pour la coutume juridique).*"[33]

La règle de droit est issue du pouvoir législatif et est en outre garantie par l'autorité publique. Du pouvoir exécutif émanent des règlements ainsi que des moyens de contrainte et les sanctions lorsque ces derniers ne sont pas respectés. C'est la suite logique de la conception sociétaire du droit : la règle étant la loi du groupe et des rapports au sein du groupe, l'obéissance à son précepte ne peut-être abandonnée au bon vouloir des sujets. Si c'était le cas, l'ordre sociétaire en son entier serait en péril (*infra*).

Le rôle moralisant des institutions publiques s'est vu retrouver le devant de la scène après une certaine période libérale, avec la **décision Commune de Morsang-sur-Orge du 27 octobre 1995**[34]. A l'origine de l'arrêt, deux arrêtés municipaux interdisant la pratique du "lancer de nain" en discothèque, se fondant sur les pouvoirs de police générale que confiaient aux maires les dispositions de l'**article L. 131-2 du code des communes**, et le fait que ces activités portaient atteinte à la dignité humaine. Faisant valoir que cette activité n'était, à ses yeux, aucunement dégradante et, qu'au contraire, elle avait permis de le réinsérer dans une société qui ne voulait plus de lui, en lui donnant un salaire plus que confortable et une vie sociale au sein de la troupe de théâtre, le défendeur, M. WACKENHEIM, employé comme projectile humain, a attaqué cette décision. Acquiesçant, les tribunaux administratifs de Versailles[35] et de Marseille[36] en ont déduit que la morale ne pouvait pas empêcher la "victime" supposée de se soumettre au traitement prétendument dégradant. Ce qui laisse donc entendre, en première instance, que la morale ne fait pas partie de l'ordre public et ne peut donc se glisser dans les rapports privés. De plus, le jugement du tribunal de Versailles disposait que "*l'interdiction ne pouvait légalement être décidée en l'absence de circonstances locales particulières*", "*à supposer que* [le spectacle] *porte atteinte à la dignité humaine*", réaffirmant par là l'importance des circonstances locales dans l'appréciation de la législation au regard de la morale[37]. Interpellés par ces manifestations, les pouvoirs publics ont aussitôt réagi : le ministère de l'Intérieur en signant une circulaire invitant les préfets à intervenir auprès des maires pour leur recommander d'interdire systématiquement les spectacles jugés dégradants de lancer de nains et le Secrétaire d'Etat aux Handicapés, en félicitant le maire de Morsang-sur-Orge.

---

[33] Laurence BOUNON - *Les rapports entre Ethique, Morale, Déontologie, Droit et Loi.*
[34] Rec. Lebon p. 372.
[35] **TA Versailles – 25 février 1992.**
[36] **TA Marseille – 08 octobre 1992.**

Par sa **décision du 27 octobre 1995**, le Conseil d'Etat a, pour la première fois, explicitement reconnu que le respect de la dignité de la personne humaine était une des composantes de l'ordre public et que l'autorité investie du pouvoir de police municipale pouvait, même en l'absence de circonstances locales particulières, interdire une attraction qui y portait atteinte. Bien qu'il n'ait pas consacré la moralité publique comme une composante de la notion d'ordre public, limitant ainsi l'interprétation trop large des pouvoirs de police de l'autorité administrative, le juge administratif a réaffirmé la volonté gouvernementale de constituer un garde-fou moral contre certaines initiatives privées, pouvant être dommageables pour les personnes même volontaires.

La règle de droit se définit par ses finalités : elle tend à organiser les règles d'une société en vue du bien-être et de la pérennité de cette société. Elle facilite les relations en indiquant ce qui est défendu et ce qui est permis. Partant, lorsqu'un progrès social se développe, il est dans l'esprit de la loi de le pérenniser en le reconnaissant et en lui donnant du même coup force de loi.

La règle de droit peut parfois différer de la morale. Le légal ne se confond pas nécessairement avec le moral comme le montrèrent le régime de Vichy ou bien même le mythe fondateur de la civilisation occidentale *Antigone* de Sophocle. Pourtant, si l'on prend la morale comme étant la règle de conduite admise par la majorité d'une population, une règle de droit amorale risquerait de troubler l'ordre social. Il y a donc un compromis entre ce que le droit protège et ce que le droit innove.

B. Un générateur du mouvement social

Un sondage réalisé par la SOFRES pour le Figaro les 8 et 10 septembre 1981 montrait qu'une confortable majorité (62 %) des Français demeurait favorable au maintien de la peine de mort[38]. Tandis que le 18 juin 1981 le Parlement européen réuni à Strasbourg adopte plusieurs résolutions en faveur de l'abolition, le 9 juillet, au cours d'une conférence de presse, Robert BADINTER, nouveau Garde des Sceaux, annonce entre autres décisions, l'abolition de la peine de mort. Le 26 août, le Conseil des ministres adopte un projet de loi abolissant la peine capitale que Robert BADINTER déposera le 31 août. Ce projet sera ensuite adopté.

Bien que l'abolition figurait au programme des promesses de campagne du candidat MITTERRAND, la majorité du peuple n'était pas favorable à une telle mesure. Tout comme la **loi VEIL** sur l'avortement, votée 6 ans plus tôt, l'abolition témoigne de l'idée que, arrivé à un certain point, il existe une

---

[37] Déjà développé dans l'**arrêt Soc. Les Films Lutétia – CE Sect. 18 XII 1959**
[38] http://www.approches-croisees.net/page/peinemrt/peinemort2.html

"*inadéquation de la règle au fait* [...] *au point qu'il devient concevable de tout permettre... ou d'interdire tout, afin de substituer des certitudes artificielles à celles que les moeurs n'apportent plus*"[39]. L'essence de la démocratie réside en ce que le peuple gouverne le peuple *pour* le peuple ; il existerait donc une légitimité pleine et entière à ce que les décideurs prennent des mesures en désaccord avec ceux qui les ont élus, dans le but de satisfaire à l'intérêt général qu'ils sont seuls à contrôler.

En ce sens, la loi sert de gouvernail pour influer sur les tendances de la population, en définissant ce qu'il est ou non bon de faire ou de laisser-faire. Si ces innovations législatives sont rares, elles témoignent d'avancements sur des sujets passionnels, et contribuent à l'avancement du progrès social.

Sous-section 2. La légitimation accrue de l'action régalienne de l'Etat

Le transfert des compétences qui a suivi la mise en place du contrat social, après le passage par l'état de nature, rend l'initiative étatique comme seule légitime pour légiférer au nom de tous les citoyens. En matière d'Internet, cette action est à mettre en parallèle avec d'autres prérogatives régaliennes de l'Etat, en ce qui concerne son autorité sur son territoire national (**A**) et la réglementation des supports étrangers circulant sur son territoire (**B**).

A. La souveraineté territoriale

Avec l'avènement des Etats-Nations, le principe de souveraineté territoriale s'est fortifié comme une construction dans l'abstraction d'une entité qui régule comme bon lui semble les usages sur son sol. Lorsque l'intérêt national est en jeu, et comme cet intérêt est une parcelle de l'autorité de la puissance publique, les lois édictées en France "*ont vocation à régir toutes les situations qu'elles envisagent, sur l'ensemble du territoire national*"[40]. Le territoire d'un état délimite la sphère géographique sur laquelle ce dernier a le pouvoir d'édicter des règles et de les appliquer

De plus, une régulation pose, dans son acception la plus générale, des règles et crée des institutions facilitant la vie en société. En ce sens, son objectif premier reste aisément définissable : "*le respect de l'ordre public et la protection des libertés individuelles*"[41]. Ces deux termes renvoient expressément aux fonctions régaliennes de l'Etat comme la gestion des actions commises sur son territoire.

Cette souveraineté territorialement limitée explique aussi les tentatives d'extension de la compétence des juridictions nationales. Ainsi, le juge national aura vocation à agir en matière pénale dès lors qu'un des éléments constitutifs du crime a eu lieu sur le territoire national **– art. 693 Code de Procédure Pénale**.

---

[39] J. MOURGEON - *De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques* - D. 1974, Ch., p. 248
[40] Jean-Luc AUBERT – Introduction au droit – Ed. Armand Colin, 7ème éition – 1998 p. 102
[41] *L'Internet* – Cahier Français n°295 – III-IV 2000 p. 70

B. Le contrôle des supports de communication étrangers

L'**article 14 de la loi du 29 juillet 1881** modifiée par un **décret-loi du 6 mai 1939** a permis au Ministre de l'Intérieur de prononcer des mesures d'interdiction d'un écrit rédigé en une langue étrangère ou publié par un Français à l'étranger. A l'époque de sa rédaction, cette disposition était de circonstance : il s'agissait de faciliter la lutte contre les propagandes subversives menées en France par la presse étrangère et de pallier les insuffisances de la législation dans un but d'ordre public et de défense nationale. En effet, l'interdiction d'un écrit avant ou juste après sa publication en France permettait de sanctionner ce qui aurait pu ne pas l'être du fait de l'extra-territorialité de la publication.

Cette disposition accentue et légitime donc le contrôle effectué par l'Etat sur les supports non nationaux qui circulent sur son territoire. Extrapolés avec l'Internet, des supports de communications rédigés dans une autre langue et venant de l'étranger sont visibles partout et par tous ; cela devrait donc normalement mettre l'autorité politique dans la possibilité de censurer n'importe quel site Internet étranger en vertu de ce décret-loi.

Néanmoins, les **arrêts Ekin** du Conseil d'Etat en 1997, de la Cour Européenne des Droits de l'Homme en 2001 et les conséquences de ce dernier en 2002 devant la Cour Administrative d'Appel et en 2003 devant le Conseil d'Etat, ont mis un terme à cette prérogative régalienne et quasi-arbitraire car "*si la situation très particulière régnant en 1939, à la veille de la Deuxième Guerre mondiale, pouvait justifier un contrôle renforcé des publications étrangères, il apparaît difficilement soutenable qu'un tel régime discriminatoire à l'encontre de ce type de publications soit toujours en vigueur.*"[42]

La Cour a procédé à une critique frontale de l'**article 14 de la loi du 29 juillet 1881** : tout en rappelant qu'une restriction préalable à la liberté de penser n'est pas de plein droit incompatible avec l'**article 10**, le juge européen a néanmoins estimé que ces restrictions devaient s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant aux contrôles juridictionnels contre des éventuels abus. Sur la portée de la réglementation applicable aux publications étrangères, la Cour a relevé que l'**article 14** instaurait un régime dérogatoire au droit commun donnant compétence au Ministre de l'Intérieur pour interdire, de manière générale et absolue, sur l'ensemble du territoire français, la circulation, la distribution ou la mise en vente de tout écrit rédigé en langue étrangère. Or, en matière de liberté, toute limitation doit être justifiée pour que soient garanties la sécurité juridique des citoyens et la sauvegarde proportionnée des libertés.

---

[42] **CEDH 17 VII 2001 – Ekin**

Cette condamnation de la France par la Cour Européenne a ensuite été suivie par le juge administratif français, d'abord dans l'application de la jurisprudence européenne, puis dans l'injonction au Premier Ministre d'abroger le **décret-loi de 1939**.

Ainsi, le 22 I 2002, dans l'**affaire Reynouard**, la Cour Administrative d'Appel de Paris, visant l'**article 10 de la Convention Européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés Fondamentales**, a reconnu l'incompatibilité entre l'**article 14** de la loi française avec la convention européenne :

"*que si la situation très particulière régnant en 1939 pouvait justifier un contrôle renforcé desdites publications, un régime à ce point dérogatoire, discriminatoire et contraire à la liberté d'expression ne présente plus, dans les circonstances actuelles, le caractère d'une mesure nécessaire dans une société démocratique au sens de l'alinéa 2 de l'article 10 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;*

qu'ainsi les dispositions précitées de l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 ne sont pas compatibles avec les stipulations dudit article 10 ;"[43]

Cette nouvelle approche a poussé le GISTI à demander l'annulation du **décret-loi de 1939** devant le Conseil d'Etat. Ce dernier a fait droit à sa demande, notant "*qu'un tel pouvoir d'interdiction, malgré l'étendue du contrôle juridictionnel sur les décisions individuelles qui en font usage, est de nature à porter au droit des intéressés au respect des libertés précitées une atteinte disproportionnée aux buts en vue desquels des restrictions peuvent être définies*". Partant, c'est un pan entier de la justification d'un éventuel contrôle du réseau qui s'effondre et qui nous amène aux limites de l'action étatique sur le monde numérique.

Section 2. ...limité par un champ virtuellement... illimité

La quantité d'information circulant chaque seconde sur l'Internet est si colossale qu'aucune entité ne peut prétendre à son contrôle. L'exemple du projet Américano-Anglais Echelon témoigne de l'aspect limité et ciblé d'une surveillance exhaustive d'un flux donné. Mais pourtant, ces problèmes purement matériels du contrôle de l'Internet (SOUS-SECTION 1) ne sont pas les seuls à s'opposer à une action régalienne de l'Etat dans le monde en ligne – quand bien même cette action voudrait se mettre en place, comment encadrer le champ d'action des lois ? (SOUS-SECTION 2)

---

[43] **Cour administrative d'appel de Paris, 22 janvier 2002, Reynouard**, n°98PA04225
http://www.denistouret.net/eurodroits/arretCAAParis_affaire_Reynouard.html

Sous-section 1 : L'insuffisance de moyens

On a rapidement cru qu'avec l'Internet, il suffisait de transposer les anciennes règles applicables aux supports d'informations. Or, si la méthode de classification des types de médias reste toujours valable, la convergence des différents médias grâce au numérique mélange les genres et complique largement les choses (A). De plus, quand bien même l'on voudrait enfermer l'Internet dans des bornes juridiques strictes, la mise en défaut de la loi par manque d'application desservirait l'Etat dans son autorité (B)

A. La convergence, un véritable casse-tête juridique

La libéralisation du paquet télécom initiée par la **directive européenne 96/19/CE du 13 mars 1996** entérine l'ouverture totale des services et des infrastructures du secteur des télécommunications à l'échelle de l'Union européenne. a entraîné en cascade l'accès répandu à l'Internet et l'utilisation au plus haut rendement des possibilités offertes, en fonction de la bande passante allouée.

La notion de convergence est principalement associée à l'émergence de la numérisation qui a rendu possible le rapprochement et l'éventuelle fusion de trois grands domaines autrefois distincts : l'*informatique*, les *télécommunications* et l'*audiovisuel*. Textes, images et sons, données réelles ou synthétisées circulent aujourd'hui conjointement comme en témoigne le Web. "*Les nouveaux usages d'Internet dépendent aussi des composants matériels et logiciels disponibles comme de la capacité des réseaux. Le concept de convergence s'élargit aux contenus, leur dématérialisation modifiant fondamentalement leur condition d'exploitation.*"[44] Et, par extension, leurs régimes juridiques aussi.

Ainsi, si à ses débuts, le Réseau ne contenait que du texte, les images se sont multipliées avec l'essor de la Toile. Aujourd'hui, l'accroissement des abonnements haut-débit et, en particulier les réseaux à très grande vitesse des universités américaines, couplé aux innovations dans le domaine de la compression de données, ont autorisé l'échange de son (compressé en mp3) et à présent, de vidéo (compressée au format DivX) ainsi que leur diffusion en flots continus (technique du *Streaming* avec des logiciels comme RealMédia). Actuellement, la nouvelle cible de l'innovation des télécommunications vise à fournir aux téléphones cellulaires la même opportunité de naviguer en ligne que les ordinateurs domestiques, accentuant une fois de plus l'imbrication de technologies préexistantes grâce à la mise en réseau par un protocole commun.

---

[44] *Internet et l'audiovisuel au-delà de la convergence* – Dossiers de l'audiovisuel n°89 - Documentation Française – 02/2000

De fait, l'Internet se compose désormais d'un contenu réellement multimédia. L'intégralité de la culture quotidienne de la vie physique trouve son équivalent numérique avec les problèmes que cela peut causer.

Si l'on prend un journal d'information ou d'opinion, son support papier est assujetti à **la loi sur la presse du 29 VII 1881**, en particulier en ce qui concerne les délits de presse et leur prescription (trois mois à compter de la date de publication). Quid de la date de publication d'un article en ligne, dont le contenu peut changer plusieurs fois par jour, et dont la date peut très facilement se modifier ?

La justice française semble s'orienter vers une assimilation à la presse écrite – dans une affaire devant la **chambre criminelle de la cour de cassation, le 16 octobre 2001**, il a été réaffirmé que la prescription en matière de diffamation sur Internet était de 3 mois et que le délai de prescription avait pour point de départ le jour du premier acte de publication et non le jour où les faits ont été constatés (ce qui avait déjà été décidé par la même juridiction le 30 janvier 2001), mais qu'en plus, ce n'est pas parce que le texte litigieux est encore accessible sur l'Internet que le délai de prescription est reconduit. Même si le texte injurieux est accessible par téléchargement, moteur de recherche ou par un site Web, après le délai de prescription de 3 mois à partir de la première publication, il n'est plus possible d'intenter une action sur le fondement de la diffamation et l'injure.

Ces exemples soulignent la difficulté d'appréhender un domaine qui présente une complexité croissante de jour en jour pour des juristes cartésiens qui apprécient la catégorisation de tout acte de la vie quotidienne.

L'impossibilité de pouvoir ne serait-ce que vérifier l'intégralité des textes publiés sur l'Internet, alors que chaque journal de presse écrite fait l'objet d'un dépôt, est vecteur d'une insécurité juridique assez flagrante.

B. Quel avenir pour une législation non-applicable

Le 18 juillet 2003, un rapport du M.R.A.P. est publié sur la croissance des sites Web semblant favorables à des thèses raciales. Au fil de son enquête, l'association a déposé une vingtaine de plaintes. Une seule, déposée le 1er août 2000 a abouti à un procès[45]. Les autres poursuites ont dû être abandonnées en raison de l'anonymat fourni par l'hébergeur du site – www.liberty-Web.com - qui a depuis fermé ses portes.

---

[45] Cette plainte concerne le site www.amisraelhi.org – les plaidoieries s'ouvriront le 30 septembre 2003

Réticents par nature à la possibilité d'être "traqués", les internautes ont la possibilité, via des sites relais, de masquer les informations qu'ils ne souhaitent divulguer. Ainsi, le site le plus connu – www.anonymizer.com propose une solution grand public afin de ne pas laisser de trace. Si l'anonymat demeure mal vu sur certains espaces de l'Internet (en particulier les Forums de Discussion, où, si les pseudonymes sont d'usage courant, masquer totalement son identité provoque la suspicion), les vastes étendues du Web créent un climat favorable pour vouloir se perdre dans la masse, comme en témoigne de "droit de l'homme numérique" d'André Santini :"*Toute personne physique est libre de l'utilisation de son identité numérique et a notamment droit de crypter cette identité à des fins de confidentialité et d'anonymat*"[46]. De fait, des groupes, en particulier au sein de la "nébuleuse liberty-Web.com", ont configuré leurs propres méthodes afin de rester anonymes :

> "*elle consistait à repérer sur Internet des ordinateurs mal configurés ("relais ouvert ou proxies"), si possible des machines situées à l'étranger pour éviter les poursuites légales, et de passer à travers ces machines pour poster les articles sur les forums. Ainsi, l'identité électronique qui apparaissait n'était plus celle d'un anonymiseur, qui était filtré, mais celui d'un machine lambda. Etant donné qu'ils changeaient régulièrement de relais ouverts, il était possible d'appliquer un filtrage aussi efficace qu'en filtrant directement les anonymiseurs.*
>
> *C'est à travers la liste "anti-censure" " que "caméléon" a réussi à diffuser ces nouvelles méthodes aux racistes pour envoyer des messages anonymes en contournant les filtres. Sur son site même, il indiquait la méthode pour ce faire, et fournissait lui-même les relais ouverts que les individus pouvaient utiliser pour poster de façon anonyme. Il avait fini par monter tout un service exclusivement destiné à permettre aux individus de poster de façon anonyme.*"[47]

Quand bien même les logs de connexion sont conservés par les F.A.I. pour les enquêtes judiciaires, l'anonymisation en aval ne permet même pas de remonter jusqu'aux fournisseurs d'accès. Par ailleurs, les données constituant un site Web étant facilement déménageables, le montage effectué par liberty-Web peut aisément se reproduire ailleurs dans quelque temps, puis, disparaître à nouveau lorsque les enquêteurs s'approchent trop près. Quand bien même l'anonymat serait vaincu, une autre étape reste à franchir, ainsi que l'expliquait le Conseil d'Etat : "*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.*"[48]

---

[46] http://www.andre-santini.net/livre_blanc/sommaire.htm
[47] Rapport du M.R.A.P., p. 42 – disponible sur http://www.mrap.asso.fr/article.php3?id_article=532
[48] *Internet et les Réseaux Numériques* – p. 188

Ceci pose une question fondamentale de droit : si la législation visant à réguler l'Internet devient trop contraignante, les procédés d'anonymisation vont être de plus en plus demandés, ce qui aurait pour conséquence de ne pouvoir faire appliquer cette même législation. Mais bien plus grave au niveau institutionnel, des lois non applicables seraient à même de fragiliser la structure juridique, et d'affaiblir le pouvoir. Dans le contexte d'un état de droit, le Doyen AUBERT affirmait à propos de l'atténuation du principe "nul n'est censé ignorer la loi" que "[L'idée de droit] *ayant pour finalité d'organiser la vie en société, il va de soi que cette fin serait manquée, ou au moins largement compromise si tout un chacun pouvait, en ce qui le concerne, priver la loi d'effet en établissant qu'il n'en a pas eu connaissance. A quoi l'on peut ajouter que l'égalité des citoyens devant la loi deviendrait alors une règle sans portée*"[49]. Cette déclaration corrobore l'iniquité que produirait une législation qui serait inapplicable à ceux qu'elle vise expressément. Il serait donc préférable de ne pas vouloir à tout prix réglementer l'Internet, au risque de s'en faire lourdement sanctionner.

A titre d'exemple, les quelques pays qui ont le plus légiféré en matière de nouvelles technologies sont ceux qui les craignent le plus, en raison des régimes autoritaires en place. Seuls ceux-là peuvent prétendre à la parfaite application de leur législation nationale : la Chine filtre 60 des sites accessibles auprès des internautes qui doivent se déclarer comme tels, la Biélorussie ne dispose que d'un unique F.A.I. aux mains de l'Etat ; la Libye proscrit l'accès au réseau, la Birmanie impose un monopole d'Etat d'accès à un réseau censuré et punit de 15 ans de prison la possession non déclarée d'ordinateur ; en Iran, les sites ayant pour sujet le sexe, la religion, la remise en question de la République islamique, ou la simple mention d'Israël ou des Etats-Unis y sont censurés et en Arabie Saoudite, l'Internet est condamné comme étant "un fléau destiné à occidentaliser les moeurs".

Sous-section 2. Un champ indéfrichable

"*Internet ne connaît pas de frontière géographique ; enfermer sa régulation dans un cadre purement national relève du non-sens*"[50] - malgré cette mise en garde, la plupart des pays se sont reconnu le droit d'appliquer la réglementation nationale à des contenus dont le seul lien national était la potentielle consultation sur le territoire. Dès lors, il faut repenser les questions de légitimité des Etats à légiférer en matière d'Internet (**A**) ainsi que celles de compétence des juridictions nationales (**B**).

A. Quelle légitimité ?

Les frontières géographiques sont inopérantes en matière d'Internet : la mondialisation des marchés permet à un internaute français, via un F.A.I. américain, de se déplacer sur une bande passante trans-pacifique sans quitter son fauteuil. Parallèlement, un site peut être hébergé dans des

[49] Jean-Luc AUBERT – Introduction au droit – Ed. Armand Colin, 7e édition – 1998 p. 84.
[50] Michel VIVANT – Professeur de droit à l'université de Montpellier.

paradis numériques, qui, jusqu'à présent, font preuve d'un libéralisme extrême en matière numérique, et ne gardent aucune trace de passage des utilisateurs. Par ailleurs, les démocraties occidentales critiquent les systèmes autoritaires qui filtrent l'information sur l'Internet (comme la Chine). Il y a donc un problème souligné par le Sénat : "*La dimension planétaire du réseau pose ainsi le problème de la concurrence des législations nationales. Si cette question se pose évidemment au sujet de la liberté d'information, entre pays à tradition démocratique et pays régis par des systèmes politiques autoritaires, elle est également susceptible de se poser entre différents pays relevant d'une même culture"*[51].

De fait, si "*une régulation exclusivement nationale entraîn*[e] *le cloisonnement des marchés et la fuite des investisseurs vers les Etats respectueux des normes juridiques internationales*"[52], cette même régulation nationale isolerait un pays : la légitimité de la régulation d'un Etat est relative à la souveraineté pleine et entière des autres Etats sur leur territoire et avec leurs propres règles de compétence. A défaut de conventions internationales, ou, au moins, d'un consensus formel, "*la prime va inconstestablement au pays le moins interventionniste en matière de réglementation de la liberté d'expression.*"[53] En effet, la vocation d'un site Internet, même si celui-ci est potentiellement à dimension mondiale, demeure souvent à prétention locale ; www.yahoo.com est le portail générique de Yahoo! Inc. mais est également le portail nord-américain de la société, à défaut d'un www.yahoo.us. Le fait que le contenu des sites soit visible par le monde entier n'est qu'annexe. Dès lors, on peut comprendre la réticence de pays étrangers à appliquer une loi qui n'est pas la leur, et l'application de cette loi par un tribunal qui n'est pas le leur. Ainsi, dans les suites de l'affaire Yahoo! Inc. (*infra*), en l'absence de convention internationale, la compagnie a saisi sa justice nationale afin de soumettre la décision française à la procédure d'exequatur, ce qui revient à faire accepter cette décision par le ministère public américain et suppose en effet que le représentant du ministère public local accepte la décision. En première instance, le juge américain a affirmé que "*demands such as those from the French would have no effect in America*"[54]. Il est en effet difficile d'imaginer qu'un pays puisse imposer unilatéralement ses valeurs en demandant aux sites étrangers opérant depuis l'étranger de respecter le droit interne national. A défaut, cela reviendrait à interdire les sites de vins français ou de présentation de vêtements féminins dans des pays musulmans.

Dans un entretien au Monde, Madame FALQUE-PIERROTIN relevait les symptômes de la difficulté de l'entreprise et de la possible perte de légitimité de l'Etat régalien : "*Quand l'Etat régalien est*

---

[51] *L'entrée dans la société de l'information* – MM. JOYANDET, HERISSON et TÜRK – Rapport d'information 436 - Mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information - 1996 /1997 http://www.senat.fr/rap/r96-436/r96-43621.html#toc307

[52] *Les Echos.net*, 13 V 2002, p. 13

[53] *La liberté d'expression sur l'Internet* : la liberté d'expression aux Etats-Unis, gravée dans le marbre – Nicolas COLIN – II 2001 – http://www.ldh-france.org/

[54] *Des injonctions telles que celles formulées par la France seraient sans effet aux Etats-Unis* – http://moglen.law.columbia.edu/CPC/archive/courts-nonMsoft/French %20court %20sets %20Yahoo %20trial.html

battu en brèche par d'autres pouvoirs, la vraie question est de savoir si l'on va passer d'un Etat de puissance, qui a perdu de sa légitimité, à un Etat de service, à la disposition d'utilisateurs citoyens. [...] *Il faut que chaque pays mandate des experts pour en discuter* [au plan politique dans un prochain G7]*, afin de préparer une convention internationale, seul moyen pour les Etats de regagner leur souveraineté.*"[55]

A fortiori, les forums de discussion, de par leur hiérarchie, ont une portée nationale ou alors, une thématique très précise qui redéfinit la communauté en terme d'intention et non plus de nationalité. Dans tous ces cas, la législation locale d'un pays n'empêchera pas le reste de l'infrastructure de se développer et d'accueillir en son sein les réfugiés d'une liberté d'expression limitée.

B. Quelle compétence ?

En matière de compétence, le débat est un peu plus clair. Depuis **l'affaire Yahoo! Inc. de 2000** (*infra*), on sait que l'**article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile** s'applique à l'Internet ; le juge français s'est en effet lui-même reconnu compétent pour trancher le litige, en matière contractuelle. Le Code Pénal, quant à lui, définit largement le champ d'application de la loi française (**art. 113-2**) : non seulement elle est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République française, mais il suffit également qu'un seul des faits constitutifs de ces infractions soit commis en France, ou qu'un crime ait été commis par un Français en dehors du territoire français ou que la victime d'un crime ou un délit puni d'emprisonnement soit française, quelle que soit la nationalité du commettant. Cette compétence quasi-universelle autoproclamée s'est mise en place afin de ne pas voir des infractions non-incriminables de fait de leur éparpillement géographique.

Néanmoins, si la jurisprudence française se reconnaît compétente au seul motif qu'un contenu est accessible en France, il y a, comme le souligne Valérie SÉDAILLAN, une limite à cette compétence universelle : les juridictions dans le ressort desquelles le dommage a été subi n'ont compétence que pour connaître des seuls dommages subis dans leur ressort. Seul le tribunal du domicile du défendeur ou du fait générateur du dommage sera compétent pour réparer l'intégralité du préjudice causé par la faute. Cela limite la compétence du juge à la seule réparation du dommage subi en France. Or, les mesures demandées par les tribunaux en réparation des préjudices, comme celles de filtrage pour Yahoo ! peuvent avoir une incidence sur la qualité globale du service offert et excéder les frontières territoriales de la décision. Partant, la proportionnalité entre la réparation du préjudice et les effets réels ne semble plus respectée.

---

[55] Le Monde, 27 janvier 1997

Ainsi, la **décision Yahoo! Inc.** a vu la justice française s'octroyer le droit d'appliquer la loi nationale à une entreprise étrangère, établie à l'étranger, et dont les activités sont légales dans son pays d'origine. Cette arrogance sera sans doute sanctionnée par le refus de l'administration judiciaire américaine de donner l'exequatur à cette décision, comme le laissait présager un juge américain (*supra*).

L'Internet, dans son principe, ne rend pas illégitime l'intervention étatique, mais la rend difficilement opératoire, sinon inopérante. Les voies de contournement sont multiples. Ce n'est pas la première fois, pourtant, qu'une technologie remet en cause l'édifice juridique en place à son arrivée, mais cependant, l'Internet favorise la concurrence entre diverses normes nationales, et si cela vient à se développer, on peut aisément imaginer des "paradis numériques" pratiquant sans détour le refus de l'exequatur des jugements rendus dans des pays à la législation plus stricte. A défaut de conduire un alignement des normes nationales sur un plus petit dénominateur commun, cette pratique isolerait les pays régulateurs et en fragiliserait la crédibilité législative.

Chapitre second – L'utopie autorégulatrice

Fruit d'un groupe de travail militaire, mûri sous le haut chaperonnage de la communauté scientifique internationale, l'aspect "tribal" de l'Internet est apparu du fait même de sa création. L'outil de travail de ces premiers pas, cependant, a évolué avec son ouverture à une vaste étendue mondiale et hétérogène ; l'aspect corporatiste, avec ses codes de déontologie professionnelle, n'avait dès lors plus lieu d'être. Pourtant, cette expérience constructrice a servi de modèle pour un mode de régulation des réseaux apprécié des usagers, l'autorégulation. Cette pratique permet une "*bonne adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau*", la "*négociation entre ceux-là mêmes qui doivent les appliquer*", et un mode de révision "*plus rapide et plus souple que le processus législatif*"[56]. Néanmoins, si ses avantages sont loin d'être négligeables (SECTION 1), l'autorégulation n'est pas non plus le processus idéal qu'on aurait voulu (SECTION 2).

Section 1. Une efficacité à toute épreuve.

A travers les travaux de communautés Internet reliées par leurs passions, le Réseau a réussi à se tisser une vaste de toile de règles corporatives dont l'efficacité est radicale - tout manquement est sanctionné directement par l'ensemble restant du groupe, alors que la reconnaissance devient proportionnelle à la taille de l'audience. Bien que ces micro-espaces dans lesquels chacun peut trouver sa place demeurent des expériences indépendantes les unes des autres, ces dernières offrent une source de réflexion intéressante quant au potentiel de l'autorégulation. Enfant chéri de l'Internet, le cas GNU/Linux (SOUS-SECTION 1) stigmatise ces efforts et rappelle fortement l'idéal fouriériste, donnant même quelques belles leçons de démocratie (SOUS-SECTION 2).

Sous-section 1. A chacun selon ses besoins – Le cas Linux.

"I'd like to argue that open source is the "natural language" of a nertworked community, that the growth of the Internet and the growth of open source are interconnected by more than happenstance."[57]

"*In the past, social groups did not function unless their members were close together.*"[58] En abolissant les contraintes imposées par le temps et l'espace, la mise en réseau des informations a permis d'unir des hommes sur des thèmes fédérateurs qu'aucun groupe social ne pouvait

---

[56] *L'Internet* Cahiers Français n°295 p. 71.

[57] "J'aimerais ajouter que l'open source est le langage naturel d'une communauté reliée par les réseaux, et que la croissance de l'Internet et celle de l'open source sont intrinsèquement connectées, et ne sont pas le fruit du hasard" Tim O'REILLY, *Open Source : The Model for Collaboration in the Age of the Internet* – www.oreillynet.com

[58] "Par le passé, aucune association humaine ne pouvait se développer à moins que ses membres aient été suffisamment proches les uns des autres." Lance ROSE, *Net Law*, Ed. Osborne - 1995.

prétendre à mettre en contact. Premier véritable chantier universel de l'humanité, Linux définit un nouveau mode de pensée (**A**) qui met en avant l'investissement personnel des membres de sa communauté (**B**).

Qu'est-ce que Linux ?

Sans rentrer dans les détails techniques qui font de Linux (encore aujourd'hui) une affaire de spécialistes, on peut le définir comme étant la première expérience babélienne de l'ère numérique.

Linux est un système d'exploitation développé à partir de 1991 par un étudiant finlandais, Linus Torvalds dans le but de fournir un système similaire à Unix à moindre coût. Avec l'avènement de l'Internet, la communauté mondiale des utilisateurs d'Unix s'est passionnée pour le sujet, et, chacun apportant sa pierre à l'édifice, Linux est devenu un concurrent direct du système d'exploitation le plus répandu au monde, MicroSoft Windows.

L'innovation majeure de Linux s'est ensuite mue en véritable philosophie des alternatives mercatiques – en effet, contrairement au classique copyright, Linux (ou plus exactement GNU/Linux qui associe au noyau Linux un ensemble de programmes) est publié sous l'empire du copyleft, qui dispose que la modification des programmes existants est autorisée, et même encouragée, mais que, si la prestation peut être facturée, il est interdit de s'opposer à la distribution gratuite des programmes.

Contrairement à Windows et aux systèmes d'exploitations dits "propriétaires", le code-source de Linux est non seulement disponible pour tous mais est entièrement ouvert aux modifications et perfectionnement par les utilisateurs-mêmes du système. C'est surtout la vérification des erreurs ("*bugs*") par les utilisateurs qui ont permis à GNU/Linux de devenir un système stable.

A. L'open source – Nouveau référentiel de pensée

En 1984, Richard STALLMAN, chercheur au laboratoire d'intelligence artificielle du Massachusets Institute of Technology (M.I.T.), démarra un projet visant à faire en sorte que personne ne se trouve jamais tenu de payer pour du logiciel. Prenant Unix pour modèle, il chercha à recréer un système d'exploitation semblable, baptisé GNU (l'acronyme récursif the "*GNU's Not Unix"*). Pour gérer le projet GNU, la Free Software Fundation a été créée, afin de véhiculer le principe que "*le code source accélère le progrès en matière d'informatique car l'innovation dépend de la diffusion du code source*"[59].

[59] *Ténors de l'Informatique Libre* - Ed. O'Reilly
http://www.oreilly.fr/divers/tribune-libre/index.html

Code source et Code Propriétaire

On peut considérer le code source d'un logiciel comme la partition de celui-ci, et le code exécutable comme sa version enregistrée. Une partition peut être jouée sur un piano, une flûte ou par l'orchestre philharmonique de Berlin. Mais si la même partition est pressée sur un disque après un concert de harpe, l'acheteur ne peut rien modifier, et ne pourra pas jouer le morceau à la guimbarde ou moduler l'interprétation.

Ainsi, créant un nouveau type de licence (GPL – *General Public License*), visant à remplacer le copyright tout-puissant dans l'industrie moderne par le "*copyleft*". Bien que la volonté de rendre les logiciels libres soit réelle, il aurait été utopique de penser que, sans copyright, aucune personne n'aurait songé à reprendre le code public et, en le modifiant un peu, en faire un logiciel propriétaire. Le procédé du copyleft demande à ce que quiconque redistribue les logiciels sous licence GPL, modifiés ou pas, doit également transmettre la liberté de les copier et de les modifier. La licence GPL requiert aussi que tout dérivé d'un travail placé sous sa protection soit lui aussi protégé par elle.

Si le projet de Richard STALLMAN date de 1984, et les débuts de Linux à 1991, la première révolution de la communauté eut lieu pendant le printemps 1997. Un groupe de leaders de la communauté du logiciel libre cherchait une façon de promouvoir les idées entourant le logiciel libre vers les gens qui avaient autrefois fui le concept. Ils s'inquiétaient des effets du message apparemment hostile à toute perspective mercantile de la Free Sofware Foundation, qui pourrait interdire aux utilisateurs de bénéficier de la puissance du logiciel libre. Parallèlement, une distribution de Linux, incluant seulement les logiciels adhérant à l'esprit GNU avait été compilée par Debian, associant un "*Contrat Social Debian*" à cette distribution. Lorsque les deux se rendirent compte que les buts poursuivis se rencontraient parfaitement. En découla l'*Open Source Definition*, permettant plus de libertés que la GPL. Elle permet surtout une plus grande promiscuité lors d'un mélange de code propriétaire avec du code open source. Par exemple, Netscape étant ouvert sous ces termes de licence, il est possible de prendre une grande partie du code source du navigateur et la distribuer avec un autre programme, éventuellement propriétaire, sans même en aviser Netscape.

Ce nouveau standard plus modulable a permis de résoudre le conflit qui opposait en 1998 le système KDE, qui incluait un code propriétaire et stable, et le système GNOME, qui était

entièrement libre mais moins abouti. Avec l'avènement de l'Open Source, néanmoins, l'auteur du code propriétaire, Troll Technology, était en mesure de modifier sa licence pour qu'elle rencontre la définition de l'Open Source, tout en conservant aux gens de Troll le contrôle qu'ils désiraient sur la technique.

La reconnaissance de cet esprit de partage qui a fait le succès de Linux est en marche actuellement, avec près de 67 propositions de textes dans des régions (Californie), pays (Pérou, Finlande, Canada...), groupes de pays (Union Européenne)[60].

B. La méritocratie en ligne

L'une des caractéristiques du projet GNU/Linux est l'absence des considérations d'économie et de rentabilité des développements. Et le ralliement de certaines entreprises à la cause du logiciel libre, comme Netscape depuis 1998, souligne qu'un projet Open Source ne veut pas dire fatalement gratuit. La mauvaise interprétation de l'anglais "Free Software" est pour beaucoup dans ce mythe. Comme l'a ensuite explicité l'adage "*Free as in "*free speech*", not as in "*free beer*"*". Partant, c'est le référentiel complet de la reconnaissance sociale dans le microcosme linuxiel qui se différencie de celui que nous avions connu jusqu'alors.

Intimement liée à la culture des hackers[61], la communauté des programmateurs GNU/Linux/Open Source a développé une "*culture du don*" :

> "*Cette caractéristique est déterminée par le fait que toutes les organisations humaines sont des adaptations à un degré donné de rareté et de besoin. Ainsi, il existe trois grands types d'organisations sociales, déterminant des statuts sociaux différents. En cas de grande rareté, la commande hiérarchique prévaut – cela ne vaut plus guère qu'au sein des familles, dans les pays démocratiques. C'est une économie de la coercition. Dans une économie de l'échange, la rareté fait l'objet d'un commerce. On a un statut social avantageux lorsqu'on contrôle les marchandises et les compétences. Enfin, dans la culture du don, on s'adapte à l'abondance.*"[62]

L'abondance qui caractérise l'informatique aujourd'hui, avec une certaine baisse des coûts, rend inappropriées les considérations de rareté. Ainsi, dans le monde en ligne, la seule façon d'acquérir un statut social repose sur la réputation. "*Si un hacker comprend que son comportement personnel*

---

[60] Source LesEchos.net – 23 IX 2002 – p. 14
[61] Contrairement à l'idée répandue, un hackers n'est pas un pirate informatique mais un passionné talentueux qui cherche à comprendre le fonctionnement des systèmes qui l'entourent.
[62] http://membres.lycos.fr/sgodeluck/cathedralbazaar.htm

est un élément dans un jeu de réputation, son comportement sera modelé par ce jeu."[63] Acquérir une réputation a deux avantages majeurs : d'abord, le prestige s'accumule et permet de s'attirer l'attention de ses pairs, et leur aide, d'autre part, lorsque l'économie du don est en contact avec une économie de l'échange - comme l'open source avec l'économie de marché - la réputation acquise s'y répand aussi.

C'est donc une véritable reconnaissance de l'implication dans les projets qui est positivement sanctionnée par la communauté de l'Open Source, dans laquelle chaque voix compte, tant qu'elle apporte quelque chose à l'édifice.

Sous-section 2 : Un embryon de démocratie en action

Outre le fait que la présence de l'Administration en ligne facilite les échanges avec les administrés, et transforme l'Internet en un outil de renouveau de la démocratie représentative, on peut observer un phénomène intéressant de démocratie directe en action, au sein des nouvelles communautés numériques (A), qui se comportent comme autant de républiques miniatures à travers le monde (B).

A. La communauté comme référence

Le modèle classique de régulation de la société par l'appareil étatique s'est effectué sur une hiérarchie verticale, autorisant ou punissant les actes des individus. En cas d'infraction, la sanction est assurée de la même façon pour tous. C'est le principe d'égalité devant la loi propre aux Etats de droit. Même si, on l'a vu, les circonstances locales ont permis une certaine souplesse, cette dernière était majoritairement géographique, en fonction des communautés qui pouvaient être affectées. L'abolition des frontières instaurée par l'Internet réduit le rôle du facteur du *lieu* par rapport à celui d'*affinités*.

Que l'on prenne les forums de discussion Usenet, les clavardages[64], ou les constellations de sites Web hyper-liés entre eux, l'appartenance communautaire se fait à présent sur des considérations propres à chacun, selon ses "attractions personnelles", rappelant encore une fois l'héritage de Charles FOURIER. Si le phénomène est apparu à ses débuts comme une mode passagère ou une frénésie anecdotique, la perspective s'élargit à présent ; comme l'explique Manuel CASTELLS : "*si la source communautaire de la culture d'Internet a des contenus extrêmement diversifiés, elle n'en a pas*

---

[63] Eric S. RAYMOND - La cathédrale et le bazar - Ed. O'Reilly, X 1999
[64] Néologisme québecquois visant à se substituer au terme anglais "chat"
http://www.csenergie.qc.ca/recit/clavardage.htm et http://cyberaverti.gc.ca/french/chap4_f.html

moins un impact bien précis sur le réseau : elle fait de lui le support technologique de la communication horizontale et d'une nouvelle forme de liberté d'expression. Elle pose ainsi les bases de l'utilisation de la "mise en réseau par décision autonome" pour s'organiser, agir ensemble et produire du sens"[65].

Cette communication horizontale n'a pas attendu le réveil des pouvoirs publics pour instaurer des règles nécessaires à toute vie en communauté ; l'investissement associatif en ligne (*supra*) n'est que la partie émergée de l'édifice. Ainsi, l'APINC[66] (Association Pour un Internet Non-Marchand) propose depuis plus de 2 ans des services non commerciaux autogérés, financés par des dons et administrés par des bénévoles destinés aux projets non-marchands. L'ensemble des membres agissent sur les décisions concernant les serveurs et participent à la vie de la communauté. Elle rassemble des Internautes qui partagent des idées communes.

La vie en communauté s'effectuant sur une base volontaire, deux principes en découlent naturellement : le développement d'une certaine "culture du don" et la reconnaissance sur la base d'un jeu de réputation permettent d'achever un travail créatif de haute qualité. Ce système alternatif de récompense non-marchande fait la différence entre ces deux cultures. Quand on considère une tâche non comme une fin en soi mais comme un moyen, on démotive l'artiste, qui n'est plus qu'un "travailleur". La récompense est donc efficace dans une organisation industrielle ; mais pas dans une organisation d'artistes et d'artisans. "*Un groupe de développement open source sera substantiellement plus productif (spécialement sur le long terme, quand la créativité devient plus critique comme multiplicateur de productivité) qu'un groupe de programmeurs closed-source de même taille et de même compétence, (dé)motivés par des récompenses à la rareté.*" [67]

C'est une sorte de paradoxe zen : "si vous voulez une productivité maximale, vous devez abandonner l'idée de faire produire la communauté". L'absence de coercition crée cette productivité.

Ces micro-sociétés, hors des problèmes de territorialité, affirment la possibilité d'une autorégulation de fait.

---

[65] Manuel CASTELLS – La galaxie Internet, Fayard, 2001, p.73
[66] http://www.apinc.org/
[67] Eric S. RAYMOND - La cathédrale et le bazar - Ed. O'Reilly, octobre 1999

B. Une toile de micro-sociétés autorégulée

Tout comme la communauté Linux, l'appartenance se fait sur une base de volontariat – contrairement à la société civile, si les conditions ne sont pas acceptées par un membre, il demeure libre de quitter la communauté et en fonder une nouvelle selon ses propres désirs. Cette liberté totale légitime en retour la possibilité pour une communauté de sanctionner les écarts de certains de ses membres. Le jugement par ses pairs, la prise de décision impliquant la communauté en son entier souligne les propensions d'un absolu démocratique.

Au sein de Usenet, les membres d'un Newsgroup adhère à une charte qui définit les règles du jeu, et une centralisation des abus permet d'écarter les fauteurs de troubles. Mais la pire sanction possible demeure le filtrage par l'utilisateur en bout de chaîne, qui fait sombrer les perturbateurs dans les abîmes des oubliettes numériques.

Dans sa description de la descente de la noosphère au cyberespace, Eric RAYMOND[68] répond aux interrogations quant aux conflits pouvant (et même devant) apparaître dans des communautés aussi lâchement structurées. Il existe deux critères :

- L'autorité suit la responsabilité.
- Les plus anciens ont raison.

En cas de conflit de ces deux règles, une réponse plus autoritaire, même si malaisée et peu appréciée, apparaît : le flaming (campagne de propagande noire (insultes, etc.) menée contre quelqu'un sur un réseau) et l'évitement. Et pour exister socialement, il faut s'attacher à un projet, le comprendre entièrement (première des deux règles édictées). Cela prend du temps (seconde règle).

Dans ce contexte, toutes les paroles ont leur valeur. Ainsi, le co-fondateur de la Toile, Robert Caillau défend-il un droit à la "réponse visible"[69], dans le but d'une confrontation d'opinion, afin qu'aucune frustration ne vienne gangrener la micro-société en question. Par ailleurs, contourner la censure en autorisant l'expression de tous les points de vue permet ensuite de mieux prévenir les agissements illicites en identifiant les personnes à risque.

---

[68] Id.
[69] Arnaud HAMON, *Une approche de la liberté d'expression sur Internet* – Mémoire de DEA de Droits de l'Homme et libertés publiques – Université Paris X - Nanterre, 2000, p. 136.

Section 2. La nécessité d'un garde-fou contre les dérapages de l'action privée.

Malgré une apparence séductrice, l'autorégulation n'est pas la perfection que certains peuvent imaginer. Entre un laisser-faire dommageable et l'immixtion des intérêts privés mercantiles, ce procédé présente de réels dangers (SOUS-SECTION 1) qui nous poussent à nous interroger sur les modalités de création d'une éthique en ligne (SOUS-SECTION 2).

Sous-section 1. Les dangers de l'autorégulation.

Centralisation et concentration des pouvoirs, instauration d'un régime d'exception au droit commun, menace sur la liberté d'expression, instauration d'une police et d'une justice privées, absence de transparence et de contrôle démocratique, impossible représentativité de tous les acteurs ; les critiques de l'autorégulation sont nombreuses, mais c'est essentiellement la transposition numérique de travers de l'argent (A) et de la soif de pouvoir (B) qui s'y retrouvent.

A. Les besoins de capitaux

L'autorégulation, si elle se veut efficace, doit se donner les moyens de s'imposer à tous les acteurs de la sphère Internet dans un laps de temps à l'échelle de la progression des techniques employées. Il s'en suit que des investissements massifs doivent être faits, pour arriver à un large consensus. De fait, on constate que les tentatives de régulation de l'Internet dans les démocraties est l'œuvre de plusieurs organismes, largement financés par de gros consortiums privés.

Le plus célèbre d'entre eux, le RSACi (*Recreational Software Advisory Council's Internet*), repose en partie sur une autoclassification, par leurs créateurs mêmes, des sites Web. Bien que son filtre équipe déjà en série les deux navigateurs les plus répandus, Microsoft Internet Explorer et Netscape/Mozilla (qui représentent à eux deux 95 % des navigateurs), rien n'oblige leurs utilisateurs à activer le filtrage. Encore à sa décharge, il ne compte que 120 000 sites, sur les 8 millions recensés par NetCraft. A ce chiffre, il faut ajouter les millions de pages personnelles hébergées par les prestataires gratuits (Geocities, multimania...). Plus que moraux, les enjeux sont surtout économiques, avec des bailleurs de fonds de ce lobbying comme Microsoft, AOL, Bertelsmann, British Telecommunications ou encore IBM.

On le voit, les plus prestes à recommander une régulation de l'Internet par les acteurs sont les partisans de la "loi du marché", avec les travers qu'elle peut comporter. Privatiser la régulation leur permettrait d'imposer leur vision de ce qui doit ou pas avoir lieu dans le monde en ligne. Si cette

démarche semble principalement nord-américaine, l'Europe dispose aussi de l'INCORE (*Internet Content Rating for Europe*). Ce lobby, financé par Microsoft et la filiale e-business de MCI WorldCom, a ainsi pu annoncer son objectif officiel : adapter les standards de la régulation, généralement créés aux Etats-Unis, aux "normes", langues et cultures européennes.

La nécessité de grands groupes pour faire accepter une standardisation des normes ouvre donc la brèche au lobbying.

B. Un terrain favorable au lobbying

Le lobbying est la forme collective d'action pour exercer une influence. Avec l'entrée de l'argent dans l'équation Internet, le havre scientifique et utopique s'est transformé en subtil jeu d'influences, comme en témoigne encore une fois la société Yahoo! Inc. dans un autre domaine que celui de son procès (*infra*). La publicité ne rapportant plus assez, le portail américain a décidé de s'ouvrir aux partenariats commerciaux. Et, comme ce n'était pas suffisant, il s'est tourné vers la plus vieille et la plus rentable recette du monde : le sexe. Il a donc ouvert un espace "pour adultes" afin de mettre à disposition des acheteurs intéressés par des cassettes vidéo pornographiques.

Suite à un article paru dans la presse américaine, les groupes conservateurs d'outre-atlantique n'ont pas manqué cette occasion de perpétuer leur chasse aux sorcières obscènes. Un appel au boycott du site a été lancé avec succès, et fut même relayé jusqu'en Arabie Saoudite par le Grand Mufti. La conséquence fut sans appel et Yahoo! s'est vu obligé de faire marche arrière.

Par le même procédé, en 1999, BarnesandNobles.com, Bol.fr et Amazon.com, les plus grandes librairies en ligne anglaises, françaises et américaines, ont subi les pressions du Centre Simon Wiesenthal, association internationale de défense du peuple juif et de la mémoire de la Shoah. En effet, les Allemands pouvaient librement commander *Mein Kampf*, le tristement célèbre ouvrage d'Adolph HITLER, alors que le livre est interdit à la vente en Allemagne. Devant la pression, les librairies n'ont eu d'autres options que de supprimer l'ouvrage à la vente pour les acheteurs allemands, malgré les justifications d'une responsable d'Amazon.com auprès du New York Times : "*Nous sommes un magasin américain, l'autre grande librairie en ligne américaine. Un Allemand en vacances aux Etats-Unis peut entrer physiquement dans une librairie et acheter les livres qu'il souhaite.*"

D'un autre côté, on a vu la justice hésiter avec l'ouverture des sites jeboycottedanone.com et jeboycottedanone.net. Créés respectivement les 4 avril 2001 et 16 avril 2001, en réponse à la suppression massive d'emplois chez Danone afin d'augmenter les bénéfices, ces sites listaient les

produits distribués par la marque Danone afin de conduire au mieux l'appel au boycott de la marque. En première instance, le jugement du 04 septembre 2001 avait condamné les animateurs des sites pour contrefaçon de logo et les avait astreints à arrêter leur campagne d'appel au boycott. Pourtant, le 30 avril dernier, la Cour d'Appel de Paris a infirmé le jugement au nom de la liberté d'expression qui doit permettre de dénoncer sur les sites Web, "les conséquences sociales des plans de restructuration" et a observé qu'il ne pouvait pas y avoir de contrefaçon puisque le but n'était pas de concurrencer l'activité de la CGD (Compagnie Gervais – Danone) mais de mener une campagne politique ou polémique.

Bien que les facilités d'expression causées par l'Internet autorisent la lutte des petits utilisateurs contre les grandes compagnies, chose presqu'impensable sans le Réseau, le principe même d'un rapport de force et de groupes de pression remet en cause la sécurité juridique des acteurs. Ceci contribue largement à discréditer une autorégulation sauvage.

Sous-section 2. Qui bâtit l'éthique en ligne ?

Le problème de l'action privée réside en ses fins, qui ne sont pas, par définition, celles de l'intérêt général. Quelle sécurité des intérêts purement privés peuvent-ils conférer aux internautes ? Que ce soit dans la poursuite d'un consensus universel (A) ou dans l'ébauche de multiples standards parmi lesquels les internautes pourront choisir d'adhérer (B), les dérives vers une loi du plus fort risquent de se voir généralisées.

A. D'utopiques "circonstances globales"

Comme l'expliquait Bertrand du Marais, maître des requêtes au Conseil d'Etat, à propos des différentes approches possibles à la régulation de l'Internet, "*il y a donc un hiatus entre le droit français et la situation aux Etats-Unis, pays qui influence sensiblement la culture de l'Internet mondial*"[70]. Avec 30 % des internautes mondiaux, les Nords-Américains exercent une domination culturelle et technologique sur l'univers Internet. S'ils sont à l'origine du projet, les Américains ont surtout su tirer profit de l'Internet pour véhiculer leur conception de la liberté d'expression – liberté absolue garantie par le Premier Amendement à leur Constitution.

En conséquence, la majeure partie des sites Web et la philosophie générale des Forums Usenet ont été créés dans cet esprit libertaire. Cependant, cette conception entre en conflit avec un principe

[70] *L'Internet* – Cahiers Français n°295, III-IV 2000, p. 70.

général du droit relatif aux circonstances locales, qui permet un aménagement plus restrictif de la régulation de l'expression. Ainsi, **l'affaire USA vs. Thomas**[71] **de 1996** démontre les limites territoriales de l'Internet en condamnant un couple de Californiens ayant mis en place un babillard permettant le téléchargement d'images pornographiques. En effet, si la loi californienne n'y voyait rien à redire, l'Etat du Tennessee a considéré ce type de diffusion comme obscène selon les standards locaux ("*community standards*"). La ligne de défense arguant que les standards à appliquer étaient ceux du lieu où le site était hébergé et non ceux du lieu où le site était vu s'est révélé inefficace.

Cet exemple cristallise le problème inhérent tant à la régulation institutionnelle qu'à l'autorégulation – sur quels critères fonde-t-on cette régulation ? Quand bien même les communautés Internet sont reliées par des intérêts similaires, les circonstances locales dépendent de contingences locales et empêchent tout consensus global. De fait, toute autorégulation devient l'œuvre de groupe dominant culturellement.

B. La responsabilité morale des fournisseurs d'accès

Cette responsabilité non-juridique concerne les F.A.I. faisant également office de portail sur l'Internet. L'exemple le plus frappant est celui du premier F.A.I. mondial, America OnLine (www.AOL.com). Si l'argument de vente de ce service est qu'il fournit un accès Internet "clé en main", avec une interface et des contenus sélectionnés par AOL et pour ses abonnés, cette offre est à double tranchant. Reproduisant un Internet microcosmé (forums de discussion gérés et modérés par Aol, salles de clavardages en nombre restreint (une vingtaine de participants), courriel (accès sur des fonctionnalités propres à AOL, entre abonnés), AOL réussit à se faire passer pour l'Internet rêvé pour les familles modèles, grâce au politiquement correct et une volonté de lisser les angles. Tant et si bien que les abonnés d'AOL "passent 84 % d'un temps en ligne en utilisant les services et les contenus AOL – contre 16 % sur Internet proprement dit"[72]. Ainsi, pour eux, "AOL est la Toile".

Cette démarche très sécurisante pour des parents soucieux de faire protéger leurs enfants par le F.A.I. et ses filtres de décence n'en demeure pas moins problématique pour ce qui est de l'accès aux contenus et de la participation d'adultes responsables. En effet, toute critique, fondée ou pas, d'AOL ou de ses partenaires commerciaux fait immédiatement l'objet d'une censure sans possibilité d'appel.

---

[71] **U.S.A. v. Thomas – US Court of Appeals for the sixth circuit – 29 I 1996** – http://www.law.emory.edu/6circuit/jan96/96a0032p.06.html
[72] Le Monde Diplomatique – II 2002 http://www.monde-diplomatique.fr/2000/02/SCHILLER/13399

Obligation est faite aux fournisseurs d'accès de fournir à leurs utilisateurs des moyens de filtrage des contenus sur l'Internet. Affirmée une première fois par la **loi du 26 juillet 1996 sur les télécommunications**, elle a été réitérée par l'**article 1er de la loi n°2000-719 du 1er août 2000**, qui remplace, dans la **loi n°86-1067 du 30 septembre 1986**, **l'article 43-1** par **un article 43-7**. Pourtant, ces dispositions n'ont pas pour autant assorti de sanction à leur non-respect. Pourtant, ces systèmes de filtrage des contenus sont peu efficaces – on peut citer comme principal travers l'incapacité de faire la distinction entre les usages d'un même mot ou chaîne de caractères : parce qu'il contient "sex", le site consacré au compté de Sussex sera bloqué. Même si la liste de mots clés à bloquer est définie par la société éditrice du logiciel, on ne peut que constater le manque de pertinence des filtres sur les mots les plus simples.

Ces atteintes au pluralisme et la diversité culturelle confirme la prévision de Christian PAUL qui affirmait qu'"*Il n'est sans doute pas de l'intérêt des acteurs aussi puissants d'interdire l'accès à quiconque au réseau, mais il peut rendre les expressions marginales de moins en moins visibles ou accessibles"*.

Synthèse

Chaque type d'approche d'un encadrement des comportements en ligne comporte des intentions louables. Si leurs actions sont légitimées soit par une constance institutionnelle, soit par une efficacité certaine, il semble pourtant qu'il y ait incompatibilité d'un système alliant les deux caractéristiques. Ainsi, ni la vision anglo-saxonne d'autorégulation (laissant trop de marge aux grosses industries), ni la vision dépassée d'une législation omnipotente ne peuvent satisfaire les nécessaires aménagements de la vie numérique. Qu'elles soient financières ou territoriales, les contingences matérielles obstruent l'harmonisation des contenus disponibles en ligne.

Voie médiane ouverte par la France, la corégulation semble allier les avantages des deux systèmes précédents, renouvelant le dialogue entre les acteurs institutionnels et les acteurs individuels de l'Internet.

Titre II
La corégulation à l'épreuve du quotidien

Si l'on part du principe que la régulation est chose nécessaire à la survie de l'Internet, celle-ci peut se faire de différentes manières (*supra*). Si les tribunaux ont compris instinctivement que leur compétence était étendue *de facto* à l'Internet, les retentissantes décisions n'ont pas toujours eu l'écho sur le moyen terme que les commentateurs prédisaient. Plus problématiques, de simples petites modifications techniques peuvent suffire à inverser la tendance de la jurisprudence, alors qu'une activité frauduleuse est non seulement évidente mais également non-contestée. De plus, la coopération, qui est la clé de voûte de l'Internet, ne semble pas se développer assez rapidement au plan international, et les souverainetés s'affrontent pour conquérir un espace viable en terre immatérielle.

Ainsi, la coopération des acteurs de l'Internet a dû pallier les déficiences des systèmes juridiques en place. Néanmoins, la prochaine Loi sur l'économie numérique qui devrait être votée à la rentrée remet en cause ce frêle équilibre de responsabilités, au moment où la justice américaine met en place, dans l'affaire MGM v. Grokster, un véritable faisceau d'indices pour parvenir à déterminer la participation aux infractions des intermédiaires techniques.

Si le système parfait n'existe pas, on peut pourtant étudier empiriquement les tendances actuelles (Chapitre 1), avant de remettre en question la pertinence d'un changement radical annoncé en France avec la prochaine loi (Chapitre 2).

Chapitre premier – A la recherche d'une norme idéale

L'affaire Yahoo ! Inc. a montré que l'on pouvait s'attaquer à des sites transnationaux, à partir du moment où l'infraction était constatée en France. Pour autant difficile à mettre en place effectivement parlant, la solution dégagée par cet arrêt n'en demeure pas moins la fondation pour une base juridique visant à sécuriser la situation des personnes physiques et morales évoluant en ligne (SECTION 1). Autre problème majeur dans la poursuite des infractions électroniques, la versatilité et la diversité des contenus imposent une réponse prompte et une coordination approfondie des acteurs de la chaîne juridique, au risque de voir déménager les auteurs d'infraction dans une partie moins visible du cyberespace (SECTION 2). En ce domaine, il sera aussi important de constater que la lutte anti-terroriste mondiale, débutée après le 11 septembre 2001, a été le vecteur d'une croissance de la législation Internet, au détriment des libertés individuelles ; ce glissement pourrait s'avérer même dangereux et déstabilisant pour l'équilibre précaire qui s'est bâti jusqu'à aujourd'hui.

Section 1. Consensus et problèmes.

Sous-section 1. L'affaire Yahoo ! Inc., un pas décisif dans la confrontation France / Etats-Unis.

Premier procès dans le domaine de l'Internet à avoir bénéficié d'une importante couverture médiatique (**A**), l'affaire Yahoo ! Inc. a bouleversé les règles jusqu'alors en vigueur et a ouvert une brèche légitimant une censure nationale des sites webs, sans pour autant que les conséquences néfastes ne soient déjà intervenues (**B**).

A. Un retentissant précédent...

Le retentissement de **l'affaire Yahoo !**[73] est dû à une multiplicité de facteurs : des objets on ne peut plus sensible (articles nazis), mis en exergue par des associations fortement médiatisées (UEFJ & LICRA), face au no-man's-land juridique supposé qu'était l'Internet, incarné par l'un de ses plus populaires et plus anciens membres, le portail multiservice Yahoo ! – dans la branche "enchères" de sa filiale française.

Ainsi, au fil des pages, les demandeurs à l'action sont tombés sur des artefacts nazis, exhibés en vue de leur mise en vente au plus offrant par l'intermédiaire de Yahoo ! France, hébergeur du service, sans pour autant intervenir dans les transactions, selon le modèle libéral de la maison mère

[73] Affaire Yahoo! - ordonnance du T.G.I. du 22 mai 2000.

nord-américaine. Choquées par ce qu'elles avaient trouvé, les associations ont porté plainte sur le fondement de l'**article R. 645-1 du Nouveau Code Pénal**, prohibant l'exhibition publique d'objets associés aux "membres d'une organisation déclarée criminelle en application de l'article 9 du statut du tribunal militaire international annexé à l'accord de Londres du 8 août 1945, soit [à] une personne reconnue coupable par une juridiction française d'un ou plusieurs crimes contre l'humanité prévus par les **articles 211-1 à 212-3** ou mentionnés par la **loi n°64-1326 du 26 décembre 1964**".

En vertu de **l'article 46 du Nouveau Code de Procédure Civile**, qui dispose qu'en matière délictuelle, le demandeur peut saisir "outre la juridiction du lieu où demeure le défendeur... le lieu de l'exécution de la prestation de service", le juge français s'est reconnu compétent pour trancher le litige.

Aux termes d'une motivation succincte, le juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris a donc estimé le 22 mai 2000 "*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"*. Cette interprétation de la compétence territoriale du juge français ne fait que reprendre la vision traditionnelle de la détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente en matière délictuelle. Le TGI s'est ainsi octroyé le droit de juger des litiges qui prenaient part "*en partie ou en entier à l'étranger, [...] à partir du moment où les intérêts nationaux sont en jeu*". De même, en matière de presse, les tribunaux français ont déjà reconnu leur compétence du seul fait que les revues en cause sont diffusées en France, retenant la compétence du tribunal du chef du lieu de diffusion.

Néanmoins, le problème de cette interprétation par analogie du droit de la presse rend le juge français toujours compétent pour connaître des litiges nés sur l'Internet, dont le contenu est par définition, disponible de façon identique à tout endroit du monde. Comme le soulignait Sébastien CANEVET, professeur de droit spécialisé sur le droit informatique, dans sa lettre de diffusion[74], la condamnation par la loi française de Yahoo pour l'exposition d'objets nazis (et non pour les mettre en vente, ce qui n'est pas réprimé par la loi, et que la consultation de textes nazis n'est pas non plus répréhensible au regard de la loi) légitimerait la condamnation de la grande majorité des sites Web qui tombent sous le coup de la loi Toubon puisque leurs pages ne sont pas traduites en français.

[74] http://www.homo-numericus.bonidoo.net/article.php3?id_article=34

Sur l'exportation de ce modèle, un site de vente en ligne de spiritueux pourrait tout à fait être poursuivi s'il s'avisait de mettre les pieds dans un pays comme l'Iran puisque son site est en infraction avec la loi nationale.

Jugeant l'infraction commise par la société américaine comme étant une "*offense à la mémoire collective du pays*", Jean-Jacques GOMEZ a ordonné à Yahoo ! de "*prendre toutes mesures de nature à dissuader et à 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*". Par conséquent, l'ancien président de Yahoo!, Timothy KOOGLE, est pénalement poursuivi en France pour les actions ayant eu lieu sur son portail, et pourrait éventuellement écoper d'une peine de prison en vertu des lois françaises contre la haine raciale.

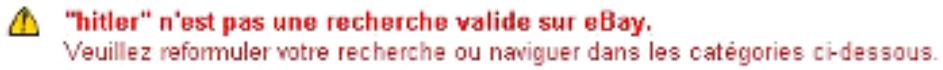
En réponse aux attaques des associations de défense des droits de l'Homme, Yahoo a lancé sa propre bataille juridique pour déterminer la souveraineté s'appliquant à ses serveurs Web ; un juge américain a répondu que de tels efforts de la part des juridictions françaises étaient vains, attendu qu'aucun effet n'y serait donné sur le territoire américain. Les associations ont fait appel de cette décision.

B. ...tombé dans la discrimination numérique

Devant la peur d'une sanction contraventionnelle et l'impossibilité matérielle de mettre en place un filtre adéquatement efficace, Yahoo ! France a préféré fermer son service d'enchères :

De même eBay.fr, autre filiale française d'un site nord-américain d'enchères en ligne, opère systématiquement une censure par mots clés, qui, par trop simpliste, empêche du même coup toute recherche d'ouvrage contenant lesdits mots prohibés, même si ces mêmes ouvrages sont, eux, légaux à la vente et à l'exhibition (*Mein Kampf*, d'Adolf HITLER, par exemple est en vente libre à la FNAC, pourvu que l'édition présente les mises en garde légales au début de l'ouvrage). De même, suite à des pressions locales, amazon.com a supprimé *Main Kampf* de la vente aux utilisateurs originaires d'Allemagne où le livre est prohibé.

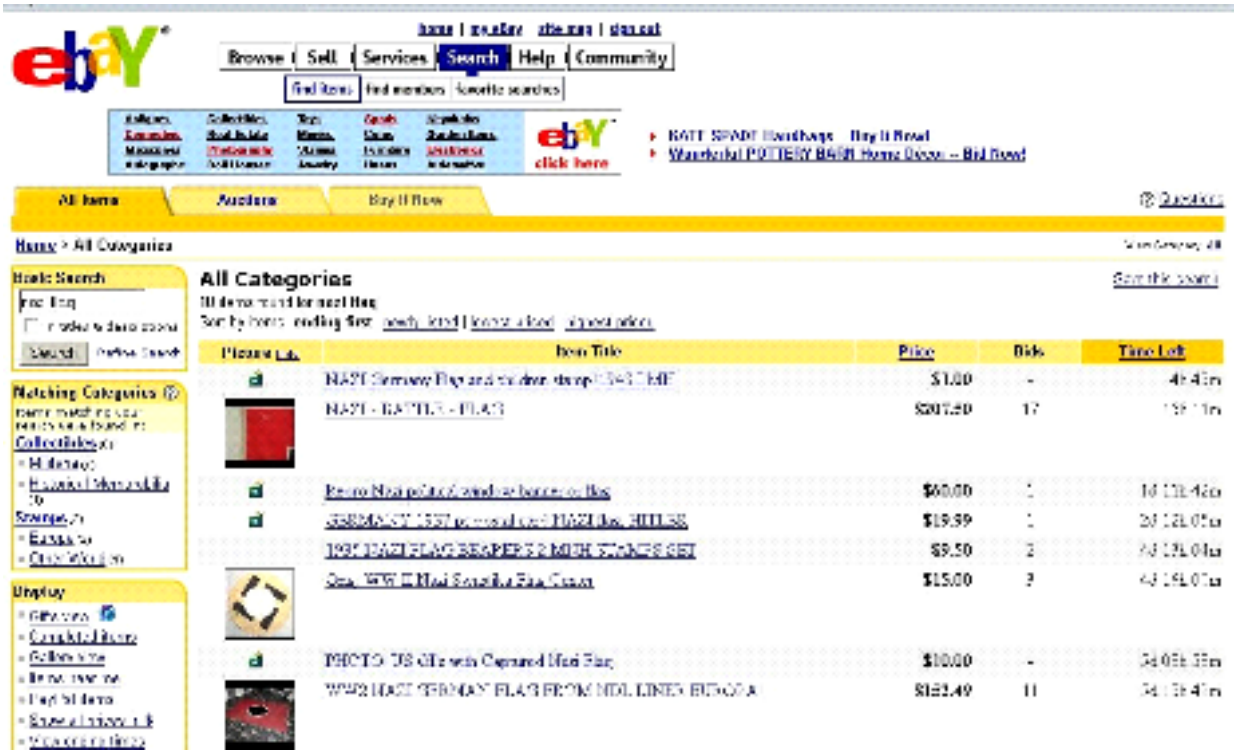
Cependant, maigre satisfaction pour les utilisateurs responsables et terrible frustration pour les associations plaignantes d'il y a trois ans, les sites nord-américains de Yahoo ! Auctions et eBay.com (mais également les sites internationaux, comme eBay Royaume-Uni – www.eBay.co.uk) laissent libre accès, en vertu de leur législation plus libérale, aux artefacts de la Seconde Guerre mondiale, sans filtre, si ce n'est la provenance des utilisateurs. Ainsi, avec un fournisseur d'accès Internet français (Noos), les recherches suivantes sont prohibées :



Il est intéressant de remarquer que certaines recherches portant cependant également sur des sujets sensibles sont néanmoins libres :

Pourtant, en masquant son adresse IP française[75], on obtient la réponse suivante à la recherche "Nazi Flag" sur eBay.com (site nord-américain) :

Fig. 7 : Recherche d'enchères sur eBay.com (site américain) pour "Nazi Flag" (*drapeau nazi*)



[75] via un site d'anonymisation comme anonymizer.com par exemple.

Cette autocensure qui fait plus penser au travail d'un groupe de pression qu'à une réelle volonté de se plier à la loi se trouve corroborée par une jurisprudence qui a rejeté la demande par l'U.E.F.J. d'interdiction d'une autre vente aux enchères d'objets nazis, celle-ci n'étant "*interdite par aucun texte législatif ou réglementaire, qu'elle peut donc s'exercer dans le cadre des libertés constitutionnelles*"[76]. Le juge a voulu ôter la valeur idéologique des objets en eux-mêmes et, à défaut de prosélytisme, leur vente est donc licite.

Néanmoins, cette affaire a eu l'avantage non négligeable d'affirmer que l'Internet n'était pas un lieu numérique hors du droit, même s'il incombait aux fournisseurs de contenus litigieux de régler leur problème de façon Internet.

Sous-section 2. Les points d'accord déjà en place.

Si les débats sur la responsabilité des prestataires techniques commencent juste à parvenir au grand public, les tribunaux n'ont pas attendu les parlementaires pour s'octroyer des prérogatives en matière d'Internet. L'**affaire Yahoo ! Inc.** comme le plus récent **procès MGM v. Grokster** (*infra*) ont permis d'instaurer, à défaut d'une satisfaction pleine et entière des parties, une compétence qui empêche le vide juridique de s'installer sur le Réseau. Cette compétence entend responsabiliser les internautes et les fournisseurs de contenu en ligne, qui ne dispose plus, en France comme aux Etats-Unis, d'une immunité qui fut un temps pressentie (**B**), et étend le droit commun et le droit de la presse aux nouveaux supports des médias (**A**).

A. L'applicabilité du droit existant

Le droit applicable en matière d'Internet est principalement le droit de la presse et de l'audiovisuel, tel qu'organisé par la **loi de 1881 modifiée par les lois de 1982 et 1986**, ainsi que le droit de la propriété intellectuelle (*infra Grokster*). Pourtant, ce droit est originellement organisé afin de régir les comportements des professionnels ; les coûts de tirage sur un support papier, les infrastructures d'édition et d'émission radio-télévisée ainsi les objectifs de rentabilisation des projets laissaient peu de place à l'expression des particuliers[77]. Or, l'Internet permet aux non-professionnels d'assurer la présence de leurs informations aux côtés de celles des professionnels. Ce renversement crée un problème de structure du droit : le droit de la presse et de l'audiovisuel fait

[76] **CA Paris – 28 II 1997.**
[77] On citera néanmoins le contre-exemple anecdotique de TéléBocal, télévision associative de quartier.

écho à des considérations d'émission de l'information selon un modèle "One-to-Many" (un rapport de "un à plusieurs"), partant de la source et allant vers les auditeurs / spectateurs. En revanche, l'Internet, avec son interactivité intrinsèque instaure un nouveau rapport à l'information, qui se situe à présent dans le "Many-to-Many" (de plusieurs vers plusieurs), où les rôles d'émetteur et de récepteur sont confondus et simultanés.

Or, si le droit positif a été reconnu applicable en l'état indifféremment aux professionnels, qui connaissent par nature assez bien leurs droits et obligations, il s'avère également applicable aux particuliers, qui font preuve d'une méconnaissance quasi totale en la matière. Si cette problématique n'est pas nouvelle, elle prend aujourd'hui une ampleur sans précédent avec l'utilisation massive de l'Internet.

B. La responsabilité des acteurs

Comme l'expliquait le Conseil d'Etat dans son rapport de 1998 sur l'Internet et les réseaux numériques, le droit se doit d'intervenir dans la régulation de l'Internet, ne serait-ce que pour "*répartir*" et "*préciser les responsabilités respectives des acteurs de la communication électronique*".

Les exemples de prise en compte de la Nétiquette dans les procès (supra Introduction) ont donc été confirmés par l'affaire Yahoo ! et étendus de la sphère contractuelle à la sphère délictuelle.

Le coup de semonce tiré par la juridiction française dans l'affaire Yahoo ! Inc. met un point d'honneur à affirmer que les responsabilités s'étalent sur plusieurs niveaux : les objets qu'il ne faut pas exposer en vertu de la loi française sont sous la responsabilité des vendeurs, mais la technologie employée et l'espace utilisé sont à Yahoo. De plus, la quantité d'objets avec une image est relativement limitée et permet donc un éventuel contrôle par la société américaine ou sa filiale française afin d'éliminer les objets prohibés. Ce n'est donc pas la qualité d'hébergeur qui a entraîné la condamnation mais le service proposé, sous la responsabilité de Yahoo.

On peut donc éventuellement lire dans cette décision une distinction *a contrario* qui abonde dans le sens de ce que préconisait le Conseil d'Etat, à savoir l'inadéquation de la responsabilité en cascade de type éditoriale[78] au monde de l'Internet et la nécessaire distinction entre les fonctions des différents prestataires de services sur l'Internet[79]. Si ces fonctions peuvent parfois se cumuler, il convient pourtant, lors d'un procès, d'analyser en quelle qualité le prestataire a agi, afin de déterminer sa part de responsabilité.

---

[78] *Internet et les Réseaux Numériques* – p. 174.
[79] *Internet et les Réseaux Numériques* – p. 176.

Section 2. La preuve des contenus.

Pour pouvoir incriminer un contenu, encore faut-il pouvoir fournir une preuve matérielle de son existence. L'immatérialité et la versatilité des contenus apparaissant en ligne sont autant de barrières à cette caractérisation. Cependant, la radicalisation législative qui a suivi le 11 septembre 2001 (SECTION 2) a balayé les systèmes qui s'étaient développés pour apporter les preuves jusqu'à présent (SECTION 1).

Sous-section 1. Les systèmes en place actuellement.

A. Les balbutiements d'un système de preuve – Les affaires françaises.

La preuve du contenu illicite doit faire figurer plusieurs éléments : le lieu du contenu, la personne ayant commis l'infraction (qui peut parfois être difficilement identifiable – *supra*), ainsi que la date à prendre en compte pour le départ du délai de prescription.

Pour le *lieu*, une ordonnance du juge des référés du Tribunal de Grande Instance de Paris du 14 août 1996[80] a refusé de voir en un site Web un "*domicile virtuel*", où la copie à utilisation privée pourrait être protégée par l'**article L. 122-5-2° du Code de la Propriété Intellectuelle**. Ce juge précisait qu'"*en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter leurs pages privées et d'en prendre éventuellement copie* […]*, François-Xavier B. et Guillaume V. favorisent l'utilisation collective de leurs reproductions"*. Accessibles à un large public, la reproduction et la publication d'œuvres protégées sur une page Web ne peuvent donc se faire sans l'accord des auteurs ou des ayants droit. A l'instar de tout autre média, l'Internet ne soustrait pas les diffuseurs au risque de contrefaçon. Ainsi, même en étant passif, un site Web constitue une mise à disposition du public des contenus. Néanmoins, le site Web étant la plupart du temps développé sur une machine privée, il est possible de déménager un site illicite d'hébergeur en hébergeur, en fonction des fermetures successives par les prestataires en application de la future loi sur la confiance en l'économie numérique (*infra*).

En ce qui concerne l'*auteur*, l'affaire FAURISSON[81] débattue devant le Tribunal de Grande Instance de Paris, le 13 novembre 1998 a soulevé plus de problèmes qu'il n'en était posé. Un site Web hébergeait des textes de nature révisionniste, dont l'un présenté sous le nom de Robert FAURISSON. La défense du prévenu arguait que, malgré la signature apparente du texte,

[80] http://www.juriscom.net/jpc/visu.php?ID=213
[81] http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=Internet_illicites.htm

M. FAURISSON n'en était pas l'auteur. Les demandeurs en revanche affirmaient que le style et les idées du texte présumaient de la responsabilité de l'auteur supposé. Pourtant, le tribunal a relaxé Robert FAURISSON, aux motifs que "*la seule indication du nom de Robert F. comme auteur du texte incriminé, sur le tirage du document diffusé sur le réseau Internet le 31 août 1997, n'est pas suffisante pour affirmer qu'il est responsable de cette publication accessible en France, cette indication ne revêtant aucun caractère d'authenticité ; qu'on ne saurait déduire du fond ou de la forme du discours incriminé un rapprochement avec des écrits antérieurs du prévenu, procédé qui relèverait du procès d'intention ; que la présence sur le site de nombreux documents concernant le prévenu, notamment de pièces relatives à ses procès, ne sont pas davantage de nature à démontrer sa responsabilité, toute personne intéressée pouvant prendre l'initiative de les publier sans autorisation particulière du prévenu ; qu'aucune investigation n'ayant été réalisée sur les conditions de fonctionnement du site " Aaargh ", sur ses relations avec le serveur ABBC.Com, et sur les contraintes techniques d'accès aux informations, à leur modification ou à leur diffusion, pour des raisons d'ailleurs explicitées par le parquet dans son réquisitoire écrit, il n'est pas possible d'affirmer que ce site est la propriété du prévenu, et que lui seul peut en disposer ; que l'absence de toute initiative du prévenu pour obtenir la suppression de son nom en tête du texte incriminé ne constitue pas un aveu implicite de culpabilité, bien d'autres mobiles pouvant expliquer l'inaction de l'intéressé"*. Ainsi, on atteint les limites d'un système de preuve – la seule présence d'un nom sur un site Web ne suffit pas à prouver que la personne visée en est l'auteur. En parallèle, si le texte visé avait été publié en version papier auparavant, l'accusé aurait très bien pu se protéger sur le fait que la copie sur le site Web avait été faite sans son autorisation, et poursuivre à son tour les auteurs du site pour copie illicite.

La question de la *date* de la mise en ligne joue un rôle important dans le cadre des infractions de presse qui, on l'a vu, s'appliquent à l'Internet. En effet, dans le but de ne pas faire peser une menace permanente sur les organes de presse et afin que les journalistes n'aient pas à garder leurs preuves de façon prolongée, la **loi de 1881** sur la presse a mis en place un régime dérogatoire au droit commun pour la prescription. Celle-ci, habituellement de 3 ans en matière délictuelle et 10 ans en matière criminelle, est rabaissée à 3 mois à partir de la mise à la disposition du public du contenu litigieux (**article 65 de la loi de 1881**).

La question du point de départ du délai s'est posée pour ce qui était des publications sur l'Internet. Contrairement aux journaux à tirage papier, les sites Web ne font pas l'objet d'un dépôt légal pouvant attester de la première diffusion. De plus, la modification de tout ou partie d'une page ou d'un site peut se faire rapidement et à n'importe quel moment. Les premières affaires ayant eu à

en traiter ont fluctué entre un délai classique de prescription de 3 mois et l'assimilation de la publication sur l'Internet à une infraction continue, faisant courir le délai de prescription à partir du moment où l'infraction était terminée, soit son retrait de la Toile. Argument en faveur de cette dernière théorie, les pages Web sont disponibles tout le temps pour tous les internautes, contrairement aux messages "*périssables voire furtifs*"[82] publiés sur support papier ou audiovisuel.

Dans un **arrêt du 27 novembre 2001** (qui confirme ceux des 31 janvier et 16 octobre de la même année), la Cour de Cassation a affirmé que le délai de prescription de l'action publique courait à partir du jour où "*le message a été mis en place pour la première fois à la disposition des utilisateurs*" :

> Lorsque des poursuites pour l'une des infractions prévues par la [loi sur la liberté de la presse] sont engagées à raison de la diffusion sur le réseau Internet, d'un message figurant sur un site, le point de départ du délai de prescription de l'action publique prévu par l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 doit être fixé à la date du premier acte de publication.

Pourtant, si l'on peut se satisfaire de ce système en accord avec la philosophie de la loi sur la presse de 1881, la preuve de la mise à disposition initiale demeure un problème juridique concret. Sauf à croire la date pouvant figurer sur la page elle-même (pouvant n'être qu'indicative, comme la prétendue signature de Robert FAURISSON dans l'affaire du même nom), ou à analyser les données de connexion au serveur de l'hébergeur, la date d'un fichier informatique est très facilement manipulable, permettant d'anti-dater un message et de le mettre ainsi à l'abri de toute poursuite avant même sa mise en ligne. De plus, le délai court à partir du moment où le document est "mis à la disposition du public" ; est-ce à dire le moment où la page est accessible, ou le moment où celle-ci est référencée dans un moteur de recherche, permettant à tout un chacun de trouver la page perdue dans l'immensité du Web ?

A moins d'instaurer un système authentifiant l'intégrité du fichier informatique disponible sur l'Internet, l'insécurité juridique et l'inégalité devant la loi pour cause de manque de connaissance informatique entacheront la démarche du juge.

B. La machine américaine – L'affaire MGM v. Grokster[83]

L'importance des droits d'auteur aux Etats-Unis et le préjudice financier (4,2 milliards de dollars par an[84]) causé par l'échange massif de fichiers copyrightés conduit la jurisprudence à élaguer

---

[82] **Affaire Costes – Cour d'Appel de Paris – 15 décembre 1999**
[83] **US District Court – Central District of California – 25 avril 2003 – MGM et al. V. Grokster et al.**
[84] Source : www.riaa.com – La RIAA (Recording Industry Association of America) est actuellement engagée dans de multiples procès contre des utilisateurs de logiciels d'échange de fichiers sur l'Internet et les sociétés éditrices de ces logiciels.

le droit de l'Internet et à le construire empiriquement. Les derniers relevés dénombraient près de 6,5 millions d'utilisateurs uniques par semaine pour Kazaa et 272.000 pour Morpheus, les deux plus célèbres logiciels d'échanges de fichiers encore en service actuellement.

En France, cela a pu se voir avec la fermeture de sites mettant en ligne des paroles de chansons d'auteurs affiliés à la SACEM, via de simples lettres recommandées de mise en demeure. Pourtant, ces petites incartades qui dans leur esprit visaient la plupart du temps à partager la passion que l'artiste suggérait en eux avec la communauté des internautes n'étaient en rien comparables à la puissance des nouveaux logiciels d'échange de fichiers disponibles actuellement. Le premier retentissement a eu lieu lors de la plainte portée contre Napster[85], logiciel qui permettait l'échange de fichiers sonores au format mp3 (son compressé). En effet, le juge californien a retenu que la centralisation des utilisateurs sur un même serveur ainsi que l'indexation des fichiers mis en commun sur une table centrale induisait la responsabilité de l'éditeur du service.

Face à cela, une nouvelle technologie, décentralisée, a vu le jour – le Peer-to-peer. Fers de lance de ces usages nouveaux, Morpheus et Kazaa n'ont pas longtemps résisté à la machine judiciaire des maisons de disques.

La technologie de pair-à-pair (*Peer to Peer - P2P*)

Ce procédé de communication se fonde sur la possibilité pour chaque intervenant d'avoir les mêmes prérogatives pour initier une "session" liant leurs ordinateurs entre eux. Par rapport à l'ancienne technique du client/serveur, chaque utilisateur d'un réseau pair-à-pair est à la fois client ET serveur pour les autres utilisateurs. La principale évolution apportée par cette technologie est la grande adaptabilité du réseau P2P – les nœuds (*nodes* – l'épine dorsale du système) sont interchangeables ; ils peuvent être des routeurs facilitant les interconnexions entre les pairs, ou bien ils peuvent être de simples pairs, devenant routeur, client ou serveur en fonction de l'information transitant par eux.

Cette structuration malléable stigmatise la décentralisation souvent associée à l'Internet, et les problèmes causés par des usages non-légaux de technologies non seulement légales mais couramment employées dans les entreprises (comme l'Advanced Peer-to-Peer Network [APPN] d'IBM).

> "*We are at the threshold of applying another paradigm to network and Internet architecture and communication. Many important industries regard this as a revolution and characterize it as the instrument for the Third Generation of Internet*"[86]

[85] **A&M Records, Inc. V. Napster, Inc. – North District of California, 2000.**
[86] Ross Lee GRAHAM – http://www.ida.liu.se/conferences/p2p/p2p2001/p2pwhatis.html

La Metro-Goldwyn-Meyer (MGM) et autres – maisons de disque s et de production cinématographique – ainsi que Jerry LIEBER et autres – auteurs-compositeurs et éditeurs de musique – ont porté plainte en référé pour atteintes aux droits d'auteur contre les sociétés éditrices des graticiels[87] d'échanges de fichiers utilisant la technologie *peer-to-peer*.

Le juge a relèvé les analogies existant entre Morpheus et Kazaa d'une part, et Napster d'autre part, laissant présager une condamnation similaires des éditeurs. Néanmoins, afin de prouver la culpabilité des défendeurs, il revient aux demandeurs de prouver leur responsabilité directe ou indirecte du fait de leurs utilisateurs[88]. En premier lieu, la cour a relevé qu'il y avait en effet une violation directe des droits d'auteur opérée par les utilisateurs en bout de chaîne – les plaignants ont prouvé la propriété des droits des fichiers échangés, ainsi que l'opération de copie non-autorisée des œuvres par les utilisateurs du monde entier ; de plus, les défendeurs n'ont pas objecté.

- La responsabilité directe des sociétés du fait de leurs utilisateurs

Selon la tradition juridique américaine, la responsabilité n'est engagée que si, ayant connaissance des activités illicites des utilisateurs, la société fournissant les moyens de l'infraction incite, provoque ou contribue matériellement à la perpétuation du comportement frauduleux.

⇒ *La connaissance des activités illicites*

Pour que la responsabilité en cascade puisse s'appliquer, une simple connaissance générale des infractions ne suffit plus. Il faut que des actes spécifiques soient visés. Ainsi, dans le procès qui avait opposé **Sony USA et les Studios Universal en 1984**, la firme japonaise n'avait pas été reconnue responsable pour les copies non-autorisées de films grâce aux magnétoscopes qu'elle vendait. Et ce, même si elle avait une connaissance globale de la possibilité d'utilisation frauduleuse, et que ceci était de notoriété publique :

> "While Defendants, like Sony or Xerox, may know that their products will be used illegally by some (or even many) users [...] liability for contributory infringement does not lie [...] [a]bsent evidence of active and substantial contribution to the infringement itself [...]"

[87] Programmes informatiques gratuits - *freewares*, soulignant là-encore l'importance de la liberté et de la gratuité sur l'Internet dans des communautés d'utilisateurs.
[88] Ce qui pose problème au regard du droit français ne reconnaissant pas la responsabilité du fait d'autrui.

Il en va de même pour la technologie pair à pair, qui permet des copies substantielles autorisées par la loi, tout comme le droit français le reconnaît avec l'**article 122-5 du Code de la Propriété Intellectuelle**. Sont donc autorisés les échanges quotidiennement effectués de bande-annonce, chansons libres de droits ou œuvres tombées dans le domaine public, les documents officiels, les gratuiciels, partagiciels…

Par opposition au procès Napster, il n'y a pas eu dans ce cas un courrier interne mentionnant la nécessité d'ignorer tout des utilisateurs, puisque ces derniers pirataient de la musique. De même, Napster avait été notifié de plus de 12 000 fichiers visés par les lois sur les droits d'auteur sans pour autant réagir.

Enfin, il faut que cette connaissance des infractions ait lieu à un moment où il est possible pour les administrateurs du réseau de remédier à la situation. Un parallèle avec le leasing avait déjà été effectué dans le **procès Netcom de 1995**[89] où, dès le moment du contrat de leasing, la chose n'appartient plus au propriétaire qui ne peut donc la contrôler.

Ce dernier exemple pose la question de la participation aux infractions par les sociétés.

⇒ La participation matérielle aux infractions commises par d'autres

Cette idée vient de la notion que celui qui contribue directement aux infractions d'un autre doit être tenu également responsable comme complice (**Fonovisa Inc. V. Cherry Auction, Inc. – 1996**).

Avec Napster, la technologie employée centralisait dans un index les fichiers disponibles. Ce fichier central, hébergé sur le serveur de Napster, n'existe plus dans la technologie pair à pair, où les utilisateurs sont mis directement en contact de proche en proche. L'index permettait donc de savoir quels fichiers étaient en infraction ou pas, contribuant par là même à leurs copies illicites. Un filtrage a été d'ailleurs mis en place, à la suite du procès.

En revanche, Grokster et Morpheus se contentaient uniquement de fournir le logiciel, et disparaissaient ensuite de la scène. Même si les deux compagnies fermaient leur site, la technologie mise en place continuerait à permettre l'échange des fichiers.

Pour cela, la responsabilité directe n'a pas été retenue.

- La responsabilité indirecte des sociétés du fait de leurs utilisateurs

Le contrôle des droits d'auteur a été étendu à la responsabilité indirecte. Celle-ci vise les cas où la personne a la possibilité et la capacité de contrôler l'activité incriminée et où cette activité a un intérêt financier direct pour la personne. L'intérêt d'une telle extension est qu'elle n'impose plus la connaissance des infractions.

---

[89] **US District Court – Northern District of California – 16 mars 1995 – Religious Tech. Center v. Netcom OnLine Com.**

⇒ Les bénéfices financiers

La prise en compte de ces bénéfices est extensive – si ceux-ci doivent être direct, ils sont reconnus dès le moment où la participation aux infractions peut agir positivement sur la fréquentation du site par des utilisateurs potentiels. Dans le procès Napster, ce bénéfice a été reconnu car la possibilité de télécharger des fichiers illégaux a agi comme une publicité pour le logiciel d'échange.

Pour Grokster et Morpheus, bien que les logiciels soient gratuits, l'accroissement de la fréquentation entraîne une hausse des bénéfices de la publicité effectuée au sein du logiciel. En termes de chiffre, le gain était estimé à 2 millions de dollars pour la société StreamCast.

Sur le plan des bénéfices, donc, le tribunal a reconnu l'implication des deux sociétés.

⇒ Le droit et la possibilité d'encadrer les comportements des utilisateurs

Développé dans l'**arrêt Fonovisa**, cet argument repose sur un faisceau d'indices déterminant la responsabilité de la société sur les agissements de ces utilisateurs. Ces indices sont au nombre de 6 :

- Le droit pour la société de radier les utilisateurs pour quelque raison que ce soit.
- L'encouragement des échanges frauduleux.
- Le contrôle de l'accès au lieu des échanges.
- L'effectivité de certains contrôles de routine pendant les échanges.
- L'instauration de certaines règles de conduite qui sous-tend qu'aurait pu être imposé de ne pas commettre d'échanges frauduleux.
- La publicité faite pour le lieu d'échange.

Ce faisceau d'indices fut appliqué avec succès à Napster. Ces utilisateurs, en effet, devaient s'enregistrer afin d'avoir accès aux échanges, et la compagnie a à plusieurs reprises banni des utilisateurs non-respectueux des conditions d'utilisation du service.

Sur ce modèle, l'accusation a fait valoir qu'il y avait déjà sur Grokster et Morpheus un système de filtrage par mots clés, protégeant les mineurs de la pornographie. Ce filtre aurait pu être étendu aux fichiers copyrightés. Cependant, ce contrôle des contenus ne doit être pris en compte que si le défendeur a le droit et la capacité d'encadrer le comportement de ses usagers.

Or, on l'a vu, la structure maillée (*supra Figure* 5) de pair-à-pair des réseaux Sharman et GNUtella ne permet pas à un serveur central de contrôler ce qui se passe sur l'intégralité du réseau. Ainsi, les sociétés défenderesses ne peuvent prétendre à un encadrement effectif des agissements.

Et la responsabilité indirecte n'a pu donc être retenu également.

Conclusions

L'analyse pragmatique de la cour américaine a conduit à l'abandon des poursuites contre des systèmes pourtant similaires à Napster dans leurs fins. Ceci laisse même présager une confirmation de la décision en appel selon les commentateurs qui se félicitent de la tournure que prend ce droit spécifique de l'Internet, directement lié aux problèmes d'un réseau.

Pourtant, si les utilisateurs de ces réseaux ont été soulagés de la décision, la réaction des studios cinématographiques et des maisons de disques a été immédiate ; ces dernières ont commencé à assigner directement des utilisateurs des réseaux d'échange de fichiers pour rupture des copyrights, en prenant soin d'identifier les données échangées et de le faire constater par huissier.

Les dispositions critiquées du DMCA ont ensuite servi à faire pression sur les F.A.I. américains pour que ceux-ci fournissent aux enquêteurs et aux firmes de l'*entertainement non solum* les coordonnées numériques des échangeurs de fichiers *sed etiam* leurs identité, adresse et numéro de téléphone, en vertu de l'interprétation du juge John Bates en janvier dernier. De même, quatre étudiant ont été condamnés à verser chacun une dizaine de milliers de dollars aux industries du disque après avoir mis en place leur propre réseau privé d'échange de fichiers.

Ceci pose des problèmes évidents en matière de protection des données personnelles et de la vie privée. En réponse, une utilisatrice appelée à comparaître a attaqué la R.I.A.A. arguant que les fichiers qu'elle téléchargeait étaient des copies de chansons qu'elle possédait déjà en version légale non digitalisée ou bien alors des fichiers qu'elle avait laissés sur l'ordinateur de ses parents[90].

Cette décision américaine se fait l'écho du procès Kazaa/Sharman Network aux Pays-Bas, dans lequel la société enregistrée sur l'île de Vanuatu, dirigée depuis l'Australie, dont les serveurs, situés au Danemark, utilise un code estonien développé aux Pays-Bas, et qui compte des utilisateurs dans plus de 150 pays à travers le monde, avait pour seul lien avec les Etats-Unis est les utilisateurs du système d'échange de fichiers. Pourtant, la cour des Pays-Bas a déclaré : "*In so far as there are acts that are relevant of copyright, such acts are performed by those who use the computer, and not by Kazaa*"[91], et condamné Kazaa pour l'usage qu'en font ses utilisateurs serait aussi logique que condamner Einstein pour les victimes d'Hiroshima[92].

---

[90] Source : http://news.com.com/2100-1025-5066754.html?part=dht&tag=ntop
[91] "Bien que des actions préjudiciables aux propriétaires de droits d'auteur aient été commises, ces actes sont l'œuvre des utilisateurs des ordinateurs, pas de Kazaa elle-même."
[92] *New-York Times* 10 novembre 2002.

Une des grandes craintes des commentateurs[93] prophétise la submersion des réseaux pair-à-pair par des faux fichiers contenant en fait des chevaux de Troy ou des virus, pour observer ou punir directement les utilisateurs peu scrupuleux. Si de tels agissements conduiraient à une indignation de l'opinion publique, Orin KERR, professeur à l'université de droit George Washington, s'inquiète de ce que déjà, des propositions de lois pour immuniser les professionnels du divertissement soient à l'étude actuellement.

Sous-section 2. Une solution pour l'avenir ?

La volonté universelle de s'accorder sur une régulation de l'Internet est apparu avec le drame du 11 septembre 2001, qui a montré l'infiltration terroriste dans le Réseau. Pourtant, on ne peut que s'inquiéter de la tournure répressive et liberticide que prennent les décisions, tant aux Etats-Unis (**A**) qu'en France (**B**).

A. L'impact des attaques du 11 septembre 2001

Depuis les attaques du 11 septembre 2001, on constate une progression de la législation sur l'information circulant en ligne, créant un climat s'opposant au flou juridique propice aux libertés individuelles. En effet, lors de l'enquête ayant suivi les attentats, il s'est avéré que les terroristes s'était servis du réseau pour communiquer. Et les FAI anglais et américains ont été invités à collaborer à l'enquête du FBI, en surveillant en particulier les échanges de courriels. Ceci pose un problème important quant aux secrets des correspondances.

L'association Reporter Sans Frontière s'inquiète de cette situation, en la personne de son secrétaire général qui affirme : "Sous prétexte de lutter contre le terrorisme, on risque de sortir du cadre de l'Etat de droit. Aujourd'hui les mails d'un internaute peuvent être interceptés sans le feu vert d'un juge ou d'un magistrat"[94].

Dès le 20 septembre, le Congrès américain s'est vu soumettre un texte par l'Attorney général (le ministre de la justice) John ASHCROFT, visant entre autres à modifier les dispositions portant sur l'interception des communications et des données échangées sur l'Internet. Le système utilisé, appelé Carnivore, puis renommé DCS-1000, est une interface installée sur les machines d'un F.A.I.

---

[93] Voir en particulier l'article de Chris Springman – http://writ.news.findlaw.com/commentary/ 20030508_sprigman.html
[94] Cité par Caroline LEBRUN – www.01net.com - 23 juin 2003.

et qui permet de surveiller le trafic de données. Bien que le F.B.I. affirme que seuls les paquets de données autorisés à être saisis le sont, aucun détail sur le fonctionnement du projet ne permet de contrôler la légalité des traitements. Le FBI aurait encore exigé de responsables des géants de l'accès Internet – et obtenu – toutes les informations provenant de comptes dont l'adresse comportait le mot "Allah"[95].

Le système de communication reste lui aussi très opaque, comme le fait de le qualifier "*d'outil de diagnostic*" ce qui est en réalité ouvertement un "*outil d'écoute*". On sait cependant que l'opération se fait par le biais de filtres d'analyse sémantique ce qui ne permet pas de distinguer entre les diffèrents contenus interceptés. Ceci peut outrepasser à l'occasion le mandat d'une écoute classique. Le FBI refuse également d'en donner le code source, ce qui contribuerait à lever la polémique qui l'entoure, en argumentant sur les utilisations frauduleuses et illégales qui pourraient en être faites. Néanmoins, pour rassurer la sécurité juridique des citoyens, le DCS-1000 ne pouvait à l'origine être mis en place que sur décision de justice, sans pour autant qu'un contrôle puisse être effectué. Et pourtant, avec le "Combating terrorism act", voté en toute urgence après une demi-heure de débat par le Sénat le 13 septembre, soit à peine deux jours après les attentats, les services de sécurité américains peuvent se passer de l'aval de la justice pour l'utilisation de Carnivore.

La surveillance de l'information sur la Toile a été définitivement légalisée le 24 octobre 2001, avec l'adoption par la Chambre des représentants américains du **Patriot Act (Provide Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act)**. Cette loi, votée à une écrasante majorité, confirme l'autorisation accordée au FBI de brancher le système Carnivore sur le réseau d'un fournisseur d'accès à Internet pour surveiller la circulation des messages électroniques et conserver les traces de la navigation sur le Web d'une personne suspectée d'être en rapport, de près ou de loin, avec un présumé terroriste. Pour cela, seul l'aval d'une juridiction spéciale dont les activités sont confidentielles est nécessaire. Ce dernier point pose avec acuité le problème d'une définition claire de ce qu'est un acte terroriste.

Dans une lettre envoyé à la présidence de la commision européenne le 16 octobre 2001, le président américain George BUSH a insisté pour que l'Europe effectue une révision complète de son système de protection des données. En effet, afin de mener à bien les enquêtes anti-terroristes liées à l'Internet, les Etats-Unis apprécieraient grandement que les Etats européens soient moins regardant en matière protection de la vie privée et des données personnelles.

---

[95] Source : www.wired.com

Parallèlement, le Home Office (ministère de l'Intérieur anglais) a proposé la modification du **Regulation of Investigatory Powers Act - RIPA** avec comme motif les besoins des enquêtes anti-terroristes en cours. Cet amendement permettrait de conserver des données de connexion pendant un an. Il permettrait également à la police de les utiliser dans toute enquête. L'extension des pouvoirs policiers pourrait même aller, selon les dires des parlementaires anglais, jusqu'à l'interception en toute légalité des messages électroniques privés. La remise des données de connexion des utilisateurs de l'Internet par les F.A.I. aux autorités doit normalement se faire sur la base du volontariat, mais il a été clairement mentionné que cette mesure pourrait devenir obligatoire si le volontariat ne fonctionnait pas.

En France, la **Loi sur la Sécurité au Quotidien** (L.S.Q.) du 15 novembre 2001 et la **LOPSI** ont autorisé la conservation des données de connexion et de télécommunication pendant une durée maximale d'un an[96]. Ainsi **l'article 29 de la LSQ** prévoit que "*Pour les besoins de la recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions pénales, et dans le seul but de permettre, en tant que de besoin, la mise à disposition de l'autorité judiciaire d'informations, il peut être différé pour une durée maximale d'un an aux opérations tendant à effacer ou à rendre anonymes certaines catégories de données techniques*". Face à ces mesures, le Forum des droits sur Internet plaide pour une application restrictive de la loi. Le FDI craint qu'une interprétation trop large de la **LSQ** ne puisse menacer la vie privée de l'internaute, en permettant de retracer son profil. En effet, les dispositions de la **LSQ** laissent penser que pourraient être conservés les adresses IP des serveurs consultés ou l'URL des sites visités, alors que selon le Forum des droits sur Internet, la durée et l'heure de connexion sont amplement suffisantes.

La **LEN**, loi tant attendu sur l'Internet en France ne va pas dans un sens plus souple.

B. Les implications de la LEN

Visant la transposition de la **Directive Européenne de 2000 sur le commerce électronique**, la **Loi pour la confiance en l'économie numérique** reprend le projet de loi sur la société de l'information préparée par le précédent gouvernement (*supra*), en y ajoutant un **article 2** traitant de la responsabilité civile et pénale des prestataires techniques et une transposition de la **Directive européenne sur la vie privée dans les communications électroniques**. Outre une thématique directement liée à l'économie numérique sous la forme d'une augmentation du formalisme des contrats en ligne, le projet de **LEN** apporte des éléments nouveaux sur la responsabilité des hébergeurs ainsi que sur le régime de la communication en ligne.

---

[96] Source : *Les échos.net* - 09 septembre 2002, p. 14.

- *La responsabilité des hébergeurs*

Par rapport à la **loi du 1er août 2000**, le projet **LEN** introduit ou complète deux principes sur la responsabilité des intermédiaires techniques : ces derniers ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance du contenu (**Article 2** du projet, transposant **l'article 15 de la Directive Européenne** aux **articles 43-8-1 à -3 de la loi sur la liberté de communication**), et la règle demeure le principe d'irresponsabilité des hébergeurs de contenu, sauf dans les cas expressément visés par la loi, pouvant engager la responsabilité civile ou pénale des hébergeurs. Ces cas limités sont directement issus de la directive européenne.

Toutefois ces avancées génèrent des inquiétudes, voire une insécurité pour les hébergeurs en termes de mise en cause de leur responsabilité.

En effet, le nouvel article **43-8 de la loi sur la liberté de communication** prévoit que la responsabilité des hébergeurs pourra être engagée, civilement ou pénalement, si "*dès le moment où* [les hébergeurs] *ont eu la connaissance effective de leur caractère illicite, ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère illicite, elles n'ont pas agi avec promptitude pour retirer ces données ou rendre l'accès à celles-ci impossible.*".

La difficulté d'analyse porte sur l'appréciation de ce caractère illicite du contenu en cause, puisque cette détermination ne résultera plus seulement d'une décision du juge mais pourra émaner d'une allégation d'une personne s'estimant victime, par exemple, de propos tenus à son égard. Même si un équilibre a voulu être apporté, tant par les parlementaires, en introduisant une disposition visant à responsabiliser les personnes demandant à l'hébergeur le retrait ou la cessation de la diffusion d'un contenu particulier. En vertu du futur **article 43-9-1 du projet LEN**, "*le fait, pour une personne, de présenter aux personnes mentionnées à l'article 43-8, un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende"*.

Dans les cas de frontière entre licite et illicite, on peut se demander sur qui de la personne demandant la suppression ou de l'hébergeur reposera la responsabilité, si, en définitive, le contenu apparaît comme licite.

Le plus inquiétant reste néanmoins le rapport de force de justice privée qui se mettrait en place avec cette vision légale : en voulant insérer un principe corégulationiste associant les acteurs du Réseau au contrôle de celui-ci, le gouvernement a négligé le principe d'égalité devant la loi. Ainsi, aucun hébergeur (en général, une société commerciale dont le but premier est de faire des bénéfices) n'a intérêt à risquer des condamnations en justice, car cela réduirait les bénéfices de la société, et augmenterait la contribution financière des membres d'une association. En voulant éviter

des conflits coûteux, les hébergeurs auront tout intérêt à censurer tout contenu signalé par un tiers. Mais beaucoup d'hébergeurs risquent de se voir poursuivis ensuite par leur client pour avoir coupé leur site en violation de leur contrat. L'équilibre entre les deux risques de poursuite se pourrait éventuellement se faire selon le modèle du rapport de force entre David (un particulier) et Goliath (une grosse société ou une association influente) : si David se plaint de Goliath auprès de l'hébergeur, ce dernier ne fera rien pour ne pas risquer de poursuites de la part de Goliath, plus à même de lancer une bataille juridique, et tant pis s'il est poursuivi par David, qui en toute vraisemblance remettra son site chez un autre hébergeur. Robert Ménard, secrétaire général de Reporters sans frontière, met en garde contre les dérives potentielles : "*Cela risque de pousser les providers à devenir des autocenseurs et à écarter, par prévention, tout site problématique pour éviter d'avoir à rendre des comptes*"[97]. Ceci pose également la question de l'applicabilité de la LEN dans le monde numérique – selon toute vraisemblance, si l'on constate une censure massive par les hébergeurs français, les sites migreront vers des hébergeurs plus souples et non soumis au droit français.

Par ailleurs, a été introduite dans le projet LEN une exception au principe de non-obligation générale de surveillance des contenus, puisqu'il est demandé aux hébergeurs de mettre en œuvre "*les moyens conformes à l'état de l'art pour prévenir la diffusion de données constitutives des infractions visées aux alinéas 5 et 8 de l'article 24 de la loi du 29 juillet 1881 et à l'article 227-23 du Code pénal"*. Cette exception vise donc les cas d'illicéité les plus flagrants – apologie des crimes de guerre ou contre l'humanité, incitation à la haine raciale, promotion de pédophilie. On ne peut s'empêcher de constater que cette mesure instaure une véritable police des réseaux entre les mains des hébergeurs et des commentateurs[98] ont relevé la non-conformité de cette disposition avec la Directive européenne commerce électronique, ainsi que l'a déjà souligné la Commission européenne.

- *Le régime de la communication en ligne*

Tout comme le projet LSI, la LEN reprend l'idée d'un amalgame entre la communication audiovisuelle et la communication en ligne, contrairement à la Directive Européenne du 8 juin 2000 qui distinguait les deux régimes. Néanmoins, le Sénat a pris en compte dans une certaine mesure les différences en établissant des définitions distinctes de la communication publique en ligne, des services de télévision et des services de radio, outre la définition déjà donnée par la loi de 1986 de la communication audiovisuelle. La communication en ligne demeure tout de même un sous-

[97] Cité par Caroline LEBRUN – www.01net.com - 23 juin 2003
[98] Nadège MARTIN – http://www.adij.asso.fr/V3/fr/SYNTHESElen.pdf

ensemble de la communication audiovisuelle puisque la communication publique en ligne est définie comme "*toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication"*.

Pourtant, en vertu de cette convergence des notions, une entreprise "virtuelle" devrait impérativement désigner un directeur de la publication dont la responsabilité pénale peut être engagée, ce qui ne va pas dans le sens d'une confiance des acteurs dans l'approche de l'économie numérique.

Enfin, dans le projet adopté par le Sénat le 25 juin 2003, l'article 4 de la loi Léotard est modifié pour redéfinir les prérogatives du Conseil supérieur de l'audiovisuel en insérant un alinéa : "I. – Le Conseil supérieur de l'audiovisuel, autorité indépendante, garantit l'exercice de la liberté de communication audiovisuelle en matière de radio et de télévision par tout procédé de télécommunication […]". Ceci recadre bien le rôle du C.S.A. et surtout, prend finalement en compte les doléances des associations de défense de la liberté sur l'Internet et des professionnels : la distinction ne doit pas se faire en fonction du support véhiculant l'information mais en fonction de la nature du contenu proposé. En particulier, une présomption de compétence du C.S.A. existe dans un flux d'information de type "Un-à-plusieurs", comme la radio ou la télévision en ligne.

Chapitre second – Un retour à la lettre de l'Internet

L'Internet est plus qu'un moyen de communication, en ce qu'en abolissant temps et distance et en réduisant au minimum les coûts de production de contenu, il permet à tout un chacun d'exposer sa vision, son point de vue, avec une ampleur mondiale. En ce sens, la révolution du numérique est bien plus qu'une performance technique et technologique ; c'est une nouvelle façon de pensée, qui s'est effacée avec la démocratisation des accès. Cette pensée des origines (*infra*) avait pourtant prouvé son efficacité, et il serait peut-être pertinent de développer ses aspects les plus novateurs en termes de cohésion sociale d'une communauté donnée, afin de l'appliquer sur une plus large échelle à l'étendue du monde en ligne actuel.

En ce sens, la responsabilisation des acteurs demeure une tâche essentielle (SECTION 2), et le parallèle que l'on pourrait dresser avec la philosophie éducationniste de Diderot n'est pas superflu : la puissance potentielle d'un progrès social ne vaut que si le peuple auquel celui-là est destiné est assez guidé pour savoir l'utiliser en son âme et conscience.

Partant, le *locus numericus* construit en son sein de multiples citadelles indépendantes les unes des autres, et pourtant liées entre elles car vouées à communiquer. La démocratie en ligne, si chère à nos gouvernants successifs, ne serait-elle pas en fait une succession de Républiques en ligne, chacune réglée par des usages que les utilisateurs se doivent de respecter (SECTION 1) ?

Section 1. Les Républiques en ligne.

Le cadre privilégié de l'échange de points de vue sur l'Internet fut pendant longtemps les forums de discussion situés sur Usenet. Ceux-ci permettaient une interactivité, dès 1979 que la Toile n'a pu réellement apporter que 20 ans après..

Aujourd'hui, de nouvelles architectures accueillent des discussions sur toutes sortes de sujets (jeux vidéo, musique, mathématique...), non plus sur Usenet mais sur le Web lui-même. Ainsi, la responsabilité pose problème – incombe-t-elle à l'hébergeur du site, à celui qui développe et maitien le site ou à celui qui en a produit le contenu litigieux ?

Sous-section 1. L'expression sous cadre privé – la modération.

"*Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums ?*" – Le débat a ressurgi à l'occasion du passage au parlement du projet LEN. Même si les amendements adoptés par le Sénat assouplissent

l'engagement des prestataires techniques, ils n'en restent pas moins responsables des contenus illicites qu'ils hébergent. Pour que les organisateurs de forums ne soient pas systématiquement tenus pour responsables des propos à caractère illicite qu'ils sont susceptibles d'héberger, le FDI préconise une justice au cas par cas en publiant une recommandation sur la question.

Le rapporteur de ce projet, Lionel THOUMYRE, souligne les hésitations de la jurisprudence en ce domaine : "*L'organisateur de forums était tantôt considéré comme hébergeur, tantôt comme éditeur, sans spécifier pourquoi*"[99] .

A. Une sécurité juridique accrue

La versatilité et la nouveauté des structures Web pour animer et héberger des forums ont inquiété les pouvoirs publics, contrairement aux forums Usenet faisant preuve d'une certaine maturité de régulation.

L'interactivité croissante des pages Web (grâce aux langages Java et php) a permis de calquer la structure des forums Usenet sur le Web, sans que la responsabilisation des acteurs, forgée par l'expérience et le microcosme de Usenet, n'ait eu lieu. Ainsi, on se retrouve actuellement avec des milliers de forums Web, plus ou moins clandestin, sur des sujets pouvant porter à controverse. Ainsi, on peut trouver assez facilement des forums ouvertement racistes :

Face à cela, et parce que le jeu des responsabilités est plus facilement imposable sur un réseau nécessitant un enregistrement et un hébergement, le Forum des Droits sur l'Internet a édicté une recommandation[100] à l'usage des juges et des organisateurs de forums, visant à accroître la sécurité juridique des acteurs, et unifier une jurisprudence qui aurait pu largement diverger.

---

[99] Cité par le 10 juillet 2003 par Caroline Lebrun – www.01net.com

[100] *Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web* – F.D.I. 8 juillet 2003 http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-forums-20030708.pdf

La première mise en garde du F.D.I. vise la disparité des situations, rendant impossible une solution unique. En fonction de la charge éditoriale effectuée par l'organisateur du forum, le régime applicable peut varier du régime de l'hébergement au droit de la presse, en passant par le simple droit commun. La seconde réaffirme la responsabilité personnelle des auteurs ou co-auteurs de contenu illégal, ainsi que celle de l'organisateur de mauvaise foi, modifiant un message licite pour lui donner un caractère préjudiciable. Il y aurait en effet un paradoxe à réprimer directement l'organisateur d'un forum exerçant une modération *a priori* ; cela n'encouragerait pas les comportements responsables

Ces constats amènent le groupe de travail à considérer :

- *L'applicabilité de la responsabilité d'hébergeur*

Le F.D.I. recommande pour l'activité consistant à gérer des forums de discussion sans modération *a priori* l'application de la définition de **l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986**.

Cet a**rticle 43-8** relatif à l'hébergement vise "*à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services.*". Au passage, on remarque la différence avec les Newsgroups, qui, eux, n'assurent qu'un stockage temporaire des contenus. On opposera également cette fonction d'hébergement à celle d'activité de cache (stockage temporaire et automatisé) à la lumière du rapport de Madame Michèle TABAROT du 11 février 2003 **:**

"On peut considérer que le stockage est qualifié de "permanent" par opposition au stockage "automatique, intermédiaire et temporaire" qui caractérise les activités "de cache", définies par l'article 13 de la directive et l'article 14 du projet de loi. Le terme "direct" est plus ambigu et pourrait effectivement laisser penser que seuls sont concernés les opérateurs qui effectuent directement ce stockage et non ceux qui ont recours à un prestataire pour cette fonction. Il semblerait que ce terme signifie en réalité que ces prestataires traitent directement les informations que leur transmettent les éditeurs, sans intervenir sur leur contenu."[101]

Ce stockage vise l'activité principale de l'organisateur de forum, qui, par déduction, n'exerce aucune fonction éditoriale sur les informations qu'il met à disposition. Les activités des organisateurs doivent donc être prises en compte dans le contexte donné : dans une autre affaire *Yahoo! inc.* relative, cette fois encore, au contenu des annonces passées sur son service de vente aux enchères en ligne (http://auctions.yahoo.com), la chambre correctionnelle du Tribunal de grande instance de Paris a distingué deux rôles différents assumés par la société *Yahoo! inc.*, dont celui de fournisseur d'hébergement des annonces rédigées par les vendeurs d'objets :

[101] http://www.assemblee-nationale.fr/12/rapports/r0608.asp

"*Editeur de service de communication en ligne, elle en a créé l'architecture, les règles de fonctionnement et les nomenclatures ; elle est également, à ce titre, responsable des sélections d'annonces ou de catégories qu'elle offre plus particulièrement à l'attention des acheteurs sur la page d'accueil du site.*

Fournisseur d'hébergement, elle stocke, pour leur mise à disposition du public, les annonces rédigées par les vendeurs d'objets et justifie, d'ailleurs, de ce qu'elle conserve et détient les données de nature à permettre l'identification de ces créateurs de contenu, conformément aux dispositions, évoquées ci-dessus, de l'article 43-9 de la loi du 30 septembre 1986."[102]

Ce schéma permet donc d'engager la responsabilité subsidiaire de forums non modérés, en maintenant tout de même les aménagements des régimes des prestataires techniques.

- *L'applicabilité de la responsabilité éditoriale*

Dans le cas d'une modération *a priori*, l'organisateur effectue un contrôle sur le contenu qui est ensuite publié en ligne. Ceci ressemble au traitement effectué par un éditeur sur le contenu d'une publication avant sa parution. Pourtant si l'on assimilait le régime de l'organisateur à celui de la responsabilité éditoriale pour les infractions de presse, cela découragerait les efforts des organisateurs qui, dans leur modération ne font qu'appliquer la charte du forum et éliminer les messages qui n'y ont pas leur place (contenus abusifs, nuisibles, hors sujet, *spam*). Le F.D.I. a sur ce modèle encouragé ce système, avec l'efficacité et la souplesse que permet ce système de corégulation, qui allie la puissance publique en dernier recours mais qui délègue la gestion des contenus au quotidien dans les mains d'opérateurs privés souvent à l'origine du projet du forum.

En revanche, l'application de **l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982** pour les infractions de presse devrait s'appliquer à celles commises sur un forum de discussion, lorsque l'organisateur procède à l'exploitation éditoriale des contenus des messages postés.

Il convient ensuite de déterminer les cas dans lesquels on assiste vraiment à une exploitation éditoriale. On en dénombre trois :

- l'apport d'une plus-value aux messages par une "*modification substantielle*" par l'éditeur:
- la "*sélection arbitraire des messages à publier*", sur des critères autres que le thème du forum ou le droit applicable ;
- le fait pour l'organisateur du forum de se comporter comme le propriétaire des droits d'exploitation du forum et de ses contenus.

---

[102] **TGI Paris, référé, 18 février 2002, aff. Finance net – Boursorama**
http://www.foruminternet.org

Ces situations accolent une responsabilité spécifique aux cas où l'investissement de l'organisateur est plus poussé et dans les cas où ce dernier va au-delà de la simple application de la charte du forum qu'il organise.

- *L'applicabilité du droit commun*

L'ajustement des régimes de responsabilité en fonction de l'investissement de l'organisateur du forum vise à ne pas pénaliser les initiatives citoyennes dans la gestion de comportements en ligne. Inversement, l'applicabilité du droit commun permet de sanctionner les cas où l'organisateur de forums de discussion n'agit plus comme simple hébergeur et doit, en conséquence, répondre d'une responsabilité plus directe.

En dehors des cas prévus par les régimes exposés ci-dessus, le F.D.I. relève le cas où l'organisateur de forums de discussion échapperait aux critères ci-dessus définis, mais qui aurait choisi d'"*initier une discussion sur un sujet particulièrement sensible ou s'adressant aux mineurs*" ou "*de ne pas mettre en place un système de collecte de données de nature à permettre l'identification des auteurs"*.

Par sujet sensible, le forum vise les conséquences prévisibles au message d'origine (abus systématiques et plaintes récurrentes). Ce durcissement de la responsabilité distingue le choix volontaire effectué par l'organisateur dans le sujet de discussion, qui ne permet pas de le considérer comme un simple prestataire technique. Ce potentiel délictuel crée une obligation de diligence à la charge de l'organisateur du forum.

Pour la collecte des données, le décret d'application de la loi, visant à définir les données mentionnées devant être détenues et déterminer la durée et les modalités de leur conservation n'a pas encore été publié. Le régime de droit commun dans cette situation sanctionne la responsabilité indirecte de l'organisateur vis-à-vis des infractions et de leur recherche par les autorités.

En ce dernier cas, on ne peut que déplorer la charge qui repose sur les petits forums dont les organisateurs n'ont pas forcément les connaissances techniques nécessaires à la mise en œuvre de ce principe. Mais au-delà de cette ombre, c'est l'inégalité des situations des forums Web et Usenet qui est mise en exergue.

B. Une expression sous tutelle

En ce qui concerne la gestion des forums Usenet, la présence ou l'absence d'une modération a été le facteur décisif dans la survie de certains groupes. La véhémence de certains propos sur des sujets sensibles.

Techniquement d'abord, un forum déclaré *modéré* sur un serveur est soit posté directement si, dans son en-tête, il contient le terme "*Approved"*. Dans le cas contraire, le message est redirigé vers l'adresse de modération déclarée dans la configuration du serveur. Les modérateurs qui reçoivent cet article l'acceptent ou non et le repostant avec l'entête d'approbation.

Cela soulève la possibilité technique de s'automodérer pour les utilisateurs des forums. Cependant, ce travers est mal vu dans les forums modérés et est traité comme un "*abus*" pouvant mener au bannissement de l'auteur du message. En revanche, dans les forums dits "*automodérés*", chacun s'autodiscipline et rajoute lui-même l'en-tête "*Approuved*". Les abus, dans un souci de clarté, sont listés dans un forum spécifique fr.usenet.abus.rapports.

L'occupation principale des modérateurs demeure donc le nettoyage des forums et, schématiquement, le trafic sur Usenet sur divise en trois : un tiers de spam, un tiers d'articles annulant les spams avant qu'ils ne soient vus par les utilisateurs, et enfin, un dernier tiers d'articles de fond. Des robots permettent de filtrer les sources principales de spams comme le *cross-posting* – l'envoi d'un même article dans plusieurs newsgroups engorgeant les forums lors des réponses – ou le *multiposting* – l'envoi d'un même article dans le même newsgroup mais sous un nom de fichier différent, permettant ainsi d'augmenter artificiellement son audience.

Un troisième moyen de modération est la rétro-modération – ceci consiste plus simplement en l'annulation d'articles non-conforme à la charte. Cette méthode est généralement utilisée pour nettoyer un forum non-modéré en vu de sa modération prochaine.

D'autres forums, plus rares, utilisent une liste limitative d'auteurs de messages (une *liste blanche*). Les messages postés par ceux qui ne sont pas sur la liste sont ensuite traités par le modérateur.

Le choix de la modération s'effectue à la création du forum ou *a posteriori* lorsque le forum est pollué. Le système de création d'un forum Usenet comprenant la rédaction d'une charte comprenant le nom des modérateurs ainsi que les critères de modération. Il n'y a pas de vote pour élire un modérateur, ce sont la confiance, le bénévolat et la cooptation qui font office de critères d'efficacité et qui permettent de modifier la liste de modérateurs.

La modération à proprement parler s'effectue sur deux modèles :

- **L***a modération sur le contenu* – Le modérateur lit le message et se rend compte que le message respecte ou pas la charte dans son contenu. En fonction de ce respect, le message peut être non-posté sur le forum ou bien alors modifié, mais uniquement par un

ajout type "*note du modérateur*" quant aux directions à suivre pour les messages suivants (comme "*ce fil commence à devenir hors charte, ce sera le dernier message accepté sur le sujet"*).

Un cas à part existe dans la hiérarchie fr. : fr.education.expression.enfants – ce forum a pour objectif de filtrer les messages ayant pour public des enfants, en rassurant les parents sur la nature saine des articles. Ces derniers peuvent donc sans souci laisser leurs enfants lire et poster dans ce forum.

- **L***a modération technique* – elle est le plus souvent effectuée par un robot, filtrant selon certains critères objectifs – refus des messages en HTML, des pièces jointes, des adél manifestement invalides des posteurs. Ceci est communément appelé la "*robomodération*".

On le voit, les forums de discussion Usenet sont très réglementés, tout en laissant une grande part de liberté aux utilisateurs. Les abus de modération, eux aussi, peuvent être dénoncés, mais l'autorégulation dans ce domaine a fait ses preuves d'efficacité.

L'absence de volonté gouvernementale dans le monde pour attacher une certaine responsabilité sur Usenet témoigne de la reconnaissance du système. L'abonnement aux Newsgroups se faisant sur une base volontaire, on estime que tout le monde peut avoir accès aux contenus, que ces derniers soient légaux ou pas dans le pays de destination, avec une autocensure des créateurs des groupes dans les différentes hiérarchies qui s'accroît avec le temps, en fonction des réactions de la communauté. Ainsi, pendant un certain temps, alt.binaries.pictures.erotica.pedophilia a été accessible, jusqu'à ce que la communauté s'en indigne et qu'il soit supprimé.

Sous-section 2. La maturité de l'Internet.

L'évolution de l'Internet, on l'a vu, est allée d'un groupe restreint vers une ouverture au grand public, créant ainsi un besoin normatif pour encadrer les nouveaux comportements. Si la régulation étatique est peu appropriée à l'étendue numérique, cela ne veut pas dire qu'il faille laisser l'entreprise livrée à elle-même. En revanche, ce que peut, et doit faire la puissance publique, c'est définir et encadrer ce que les acteurs sont tenus de faire pour qu'à l'intérieur de la sphère en ligne, un certain ordre public soit maintenu. Ceci peut se faire en associant ce qui a déjà été fait à une moindre échelle dans le domaine de la copie privée à l'époque des supports magnétiques (**A**) à une éducation des utilisateurs de l'Internet (**B**).

A. Le contentement des parties

Les suites des procès intentés aux sociétés éditrices de logiciels d'échanges de fichiers et aux utilisateurs eux-mêmes ouvrent la brèche à d'éventuelles modifications aptes à satisfaire les deux parties.

Déjà, dès la fermeture de Napster, des maisons de disques ont proposé des solutions de partages libres de fichiers musicaux moyennant un abonnement mensuel. Cependant, ces services ne proposaient que la location des fichiers, qui redevenaient indisponibles dès lors que l'abonné ne payait plus ses droits.

Apple, la société d'ordinateurs, a ensuite compris la possible évolution de ce système vers un achat en ligne des chansons, moyennant 99 cents par chanson ou 10$ par album. La baisse de coût par rapport à l'édition commerciale s'explique par l'absence de support disque et permet une rémunération équivalente aux maisons de disques. Elle s'explique également par la qualité moindre du son compressé aux formats permettant l'échange rapide en ligne.

Le succès de cette offre prouve deux choses importantes qui avaient été oubliées par les batailles juridiques : les internautes sont près à payer pour obtenir des chansons en ligne et les échanges de fichiers favoriseraient les ventes de disques en support de disques[103]. En effet, ces deux constatations font écho aux griefs principaux des acheteurs de disques : le prix des supports physiques et les techniques de marketing ne permettant pas de découvrir des artistes qui ne sont pas déjà connus.

Le rapport du F.D.I. sur les systèmes d'échanges pair-à-pair témoigne de la volonté des internautes d'utiliser le nouveau média comme une source d'essai de la musique pouvant ensuite mener à l'achat des disques en magasin.

En partant de cette constatation et en accord avec la volonté des pouvoirs publics de pouvoir filtrer les abus, il serait facile de mettre en place un contrôle des logiciels d'échanges basé sur le taux d'échantillonnage des fichiers y circulant. Ceci permettrait aux utilisateurs d'écouter des chansons de moindre qualité (équivalente ou inférieure à celle de la radio ou des cassettes), et aux éditeurs de consolider leur vente.

Par ailleurs, l'Union Française des Consommateurs souligne qu'une rémunération est d'ores et déjà versée aux auteurs (de l'ordre de 0,56 euro par CD-R) depuis le 20 janvier 2001 dès lors qu'un consommateur achète un support vierge d'enregistrement. Ceci permet une compensation pour les artistes.

---

[103] Source : http://www.zdnet.fr/actualites/Internet/0,39020774,2060890,00.htm

Cette solution, relativement satisfaisante pour les deux parties en conflit actuellement permettrait de canaliser les acteurs de l'Internet tout en demandant aux maisons de disques une valorisation des supports physiques justifiant leur prix plus élevé.

B. La responsabilisation des acteurs

Sur les 30 ans d'existence que compte l'Internet, seulement une dizaine d'années ont permis au grand public de prendre conscience du phénomène. Si lors des premiers abonnements offerts aux particuliers, uniquement les plus avertis et le plus curieux ont saisi les opportunités offertes par ce nouveau moyen de communication, l'Internet est aujourd'hui devenu un fait de société. Les statistiques montrent une croissance largement plus rapide que celle du téléphone, avec, pour un futur proche, une omniprésence dans les foyers dans les pays développés tout comme ce dernier.

Pourtant, le spectre des possibilités offertes par l'Internet est autrement plus large que celui du téléphone, et malheureusement, peu de personnes connectées en ont conscience.

Ainsi, si des familles sont connectées facilement à l'Internet, celles-ci ne savent généralement pas les risques encourus sur le réseau, et des moyens de protection (pare-feu, anti-virus…). La connexion à l'Internet apparaît pour beaucoup comme un service "clé-en-main", alors même que des outils de formation devraient être dispensés à ceux qui en font la demande.

Dans de telles conditions, l'approche de l'Internet n'est que partielle et ne permet pas d'appréhender le phénomène dans son ensemble – l'internaute lambda a l'impression que le contenu lui est donné contrairement aux avertis qui vont le chercher.

Cela amène à l'approche du volontarisme à la base de l'Internet.

Section 2. Le côté volontariste de l'Internet – Le cas de la pornographie en ligne.

"*Aux Etats-Unis, 68 % des parents, selon Family PC, citent la crainte de la pornographie et de la pédophilie comme principaux problèmes de l'Internet et appellent à une intervention publique pour y remédier.*"[104]

Ce constant alarmant atteste de e-phobies, nouvelles légendes urbaines qui plongent la communauté parentale dans des réactions stéréotypées de panique incompréhensive. Le Réseau se veut, selon eux, la toile tissée par des criminels en tout genre. Ce qui fait oublier un point de logique essentiel : pornographie et pédophilie (pornographie infantile) sont deux activités différentes :

- la pornographie est condamnable uniquement si elle est accessible aux mineurs, ce qui constitue un délit - **Article 227-24 du nouveau code pénal français**. Dans ce cas, le dommage est causé aux enfants qui peuvent voir le contenu choquant.

[104] Arnaud HAMON, *Une approche de la liberté d'expression sur Internet* – Mémoire de DEA de Droits de l'Homme et libertés publiques – Université Paris X - Nanterre - 2000.

- la pédophilie est un crime pénalement et lourdement condamné par tous les pays. Dans ce cas, le dommage est causé directement aux enfants exploités dans la fabrication de ces images, et la condamnation vise ceux qui, par leur conduite, encouragent cette production. Ainsi, la Cour Suprême des Etats-Unis, dans l'arrêt **Ashcroft v. Free Speech Coalition**[105], a décidé que des images de synthèse représentant des enfants dans des situations sexuellement explicites étaient légales car elles rentraient dans le cadre de la pornographie et non pas de la pédophilie.

Cette menace pénale très pesante joue lourdement sur la potentialité de trouver des sites pédophiles avec pignon sur toile et la clandestinité reste de mise, alors que, pendant ce temps, la pornographie se retrouve à polluer le moindre moteur de recherche.

Néanmoins, au nom du libéralisme en vigueur aux Etats-Unis, on trouvait encore il y a trois ans des groupes Yahoo ! ayant pour thème la pédophilie, et qui mettaient à disposition de ses membres, des photos plus qu'explicites.

Dans le même temps, l'administration BUSH, soucieuse de protéger les enfants des dérives pornographes de l'Internet a voté le **Children Internet Protection Act – CIPA** qui dispose que les bibliothèques publiques ne pourront recevoir certaines subventions que sous certaines conditions. Parmi celles-ci, la plus importante est l'installation sur les ordinateurs disponibles aux visiteurs de filtres empêchant la consultation de sites pornographiques ou pédophiles, tant pour les adultes que pour les enfants.

On l'a vu, les systèmes de filtres sont loin d'être parfaits – de telles dispositions bloqueraient l'accès aux sites d'informations sur le cancer du sein, et même des sites religieux.

Pourtant beaucoup plus préoccupants, les filtres empêchent de visualiser les contenus. Si une majeure partie des Américains les mettent en place, la pédophilie en ligne ne sera plus visible que par les seuls intéressés. Ceci encouragerait donc son développement, soit l'effet inverse de la loi. Certaines bibliothèques ont préféré, au risque d'être privées de ces subventions, un investissement personnel des parents dans la surveillance des activités en ligne des enfants. D'autres encore, un système de contrôle de l'âge par la carte de bibliothèque – seuls les mineurs étant assujettis aux filtres de contenus.

En France, le récent débat ouvert par le C.S.A. sur la diffusion de films pornographiques ou d'extrême violence à la télévision a aussi ouvert le débat sur l'accessibilité de tels contenus en ligne. Une différence sépare la télévision de l'Internet : le choix limité de la diffusion hertzienne ou par câble laisse le spectateur essentiellement passif, alors qu'aucun contenu ne viendra directement s'afficher sur l'écran de l'internaute. C'est à lui qu'appartient de faire la démarche afin de trouver le contenu qui l'intéresse. Bien qu'aucune disposition spécifique à l'Internet ne règle la question de l'accès des mineurs à la

---

[105] **US Court of Appeals of the Ninth Circuit – 16 avril 2002**

pornographie, un **arrêt de la Cour d'appel de Paris du 2 avril 2002**[106] a condamné à 30 000 euros d'amende l'éditeur d'un site qui n'avait pas pris de "*précautions utiles*" pour bloquer aux mineurs l'accès à des contenus pornographiques.

Les systèmes en place actuellement pour vérifier l'âge des visiteurs de tels sites sont de deux sortes : soit une page de garde informe du contenu potentiellement choquant su site Web, et l'entrée dans le site se fait en cliquant volontairement sur le lien, soit un numéro de carte bancaire, uniquement délivrée aux personnes majeures, est demandé. On le voit, donc, les démarches à effectuer demandent une participation active de la part de l'internaute. Néanmoins, le premier système proposé n'offre que peu de "*précautions utiles*", alors que le second s'oppose à la réticence des internautes à laisser leur numéro de carte bancaire sans assurance du devenir de ce numéro.

En revanche, pour ce qui est des forums de discussion, aucune disposition n'est prévue et l'accès n'est en aucun cas réglementé. N'importe qui, de n'importe quel âge peut donc naviguer dans la hiérarchie alt.sex.pictures… ou alt.binaries.pictures…

Ce traitement différencié en fonction de la partie du réseau mise en cause n'est pas apte à favoriser la sécurité juridique des acteurs de l'Internet, ni la sécurité des mineurs.

La seule alternative viable, comme les critiques du CIPA aux Etats-Unis et le Parlement européen l'ont fait savoir, demeure la responsabilité parentale.

Avec 460 voix contre 0 et 3 abstentions, le Parlement européen a donc adopté le 11 avril 2002 le rapport Christopher J.P. BEAZLEY sur la recommandation du conseil de 1998 concernant la protection des mineurs et de la dignité humaine. Les eurodéputés ont ainsi estimé que la protection du bien-être des enfants confrontés aux contenus préjudiciables relevait essentiellement de leurs tuteurs légaux.

Ainsi, est recommandée une autorégulation par les acteurs sociaux eux-mêmes de ce qu'il convient de laisser leurs enfants consulter en ligne. Mais pour remédier au constat de démission parentale cité par *Family PC*, une éducation aux techniques disponibles pour les aider dans cette tâche (labellisation des sites, filtres configurés par les parents…) et aux types de sites que les mineurs peuvent éventuellement consulter doit être mise en place.

---

[106] **CA Paris - 13ème chambre - section A, 2 avril 2002 - Monsieur E. c/ Le Ministère public.**

Synthèse

La liberté offerte par l'Internet exige une plus forte responsabilité des acteurs en bout de chaîne. Longtemps les néophytes de ce vaste territoire numérique ont cru que, parce qu'on ne pouvait les appliquer commodément, les lois n'y avaient pas autorité. Le droit a su relever largement ce défi, grâce à l'adaptabilité des systèmes de régulation en place.

Pourtant, que ce soit du côté de la puissance publique ou des associations d'internautes, l'approche du droit de l'Internet s'est fait en opposition d'un groupe par rapport à l'autre.

La clé d'un développement durable et efficace de l'encadrement des comportements en ligne réside cependant dans une complémentarité entre les champs des acteurs de l'Internet, ce que la France a compris en essayant de mettre en place un système de corégulation.

Les spécificités de l'Internet semblent le rattacher moins au droit de la communication par voie de presse ou audiovisuelle qu'aux principes mêmes de la démocratie. C'est du moins ce que suggèrent les réticences de plusieurs pays autoritaires à ouvrir sans contrôle les nouvelles frontières digitales à leurs ressortissants. Démocratie et liberté de communication sont certes suffisamment liées pour que des parallèles puissent s'établir, mais jamais de tels degrés à la fois d'interactivité de tous en temps réel et destinés potentiellement à des millions de personnes n'ont été jusqu'à présent abordés dans le cadre des moyens de diffusion classique, qui ne le permettaient pas.

Tout comme presse et audiovisuel, l'Internet permet la libre expression des points de vue, et engage d'abord à une responsabilité personnelle et à une autocensure. Tout comme eux, si les infrastructures d'encadrement doivent y être limitées le plus possible, elles doivent cependant exister, afin de garantir le bon usage par et pour tous.

Comme la démocratie, l'Internet réclame une prise de conscience par les acteurs des possibilités qui leur sont offertes. Et comme elle, elle ne pourra l'assurer que si une politique d'éducation citoyenne précède d'éventuelles dispositions de censure ou de répression massive. Le droit prend ici pleinement sa vocation à protéger le faible contre l'arbitraire du puissant, celui-ci tînt-il sa puissance de son relatif anonymat.

Les classiques schémas territoriaux s'effacent au profit de mouvements d'affinités communes se développant dans les communautés en ligne. Certains préconisent la prise en compte des facteurs du public visé pour définir le droit applicable. Néanmoins, ce droit se doit d'être subsidiaire et privilégier des modes de résolution des conflits pré-contentieux. Ceci ne pourra se faire que si la puissance publique reconnaît la part nécessaire de l'autorégulation dans la construction progressive des normes applicables à l'Internet.

Bibliographie

OUVRAGES GENERAUX :

- ASSERAF-OLIVIER Fr., BARBRY E. – *Le Droit du Multimédia*, *Que sais-je ?* – PUF, 2e éd, 2000 et 3e éd., 2001.
- AUBERT J.-Luc – *Introduction au droit* – Ed. Armand Colin, 7e éd., 1998.
- BERTRAND A., PIETTE-COUDOL Th. – *Internet et le Droit*, *Que sais-je ?* – PUF, 2e éd, 2000.
- CASTELLS Manuel – *La galaxie Internet* – Fayard, 2001.
- DERIEUX E. – *Droit des Médias* – Connaissance du Droit – Dalloz, 2e éd, 2001.
- FLORIDI L. – *Internet*, *Domino* – Flammarion, 1997.
- PANSIER Fr.-J, JEZ E. – *La Criminalité sur Internet*, *Que sais-je ?* – PUF, 2e éd, 2001.
- ROSE L. – *NetLaw* – Edition Osborne, 1995.
- SEDAILLAN V. – Droit de l'Internet – Coll. AUI, éd. NetPress, 1997.
- *Internet et l'audiovisuel au-delà de la convergence – Dossiers de l'audiovisuel n°89,* La Documentation Française, 02/2000.

RAPPORTS:

- CONSEIL D'ETAT – Etudes – *Internet et les Réseaux Numériques*, La Documentation Française, 1998.
- F.D.I. – *Quelle responsabilité pour les organisateurs de forums de discussion sur le Web* – 8 sept. 2003.
- JOYANDET, HERISSON et TÜRK – *L'entrée dans la société de l'information* – Rapport d'information 436 - Mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information - 1996/1997.
- MARTIN-LALANDE P. – *L'Internet, un vrai défi pour la France*, La Documentation Française, 1998.
- Rapport du M.R.A.P. du 18 juillet 2003.
- PAUL Ch. – *Du Droit et des Libertés sur Internet*, La Documentation Française, 2001.
- *Internet et l'audiovisuel au-delà de la convergence* – Dossiers de l'audiovisuel n°89, Documentation Française – 02/2000.

SUR LA LIBERTE D'EXPRESSION :

- BERGER Fr. R. – *Freedom, Right and pornography* – Kluwer Academic Pub., 1991.
- CHEMLA L. – *Confessions d'un voleur. Internet : la liberté confisquée.*
- COLIN N. – *La liberté d'expression sur l'Internet : la liberté d'expression aux Etats-Unis, gravée dans le marbre* – Fév. 2001.
- GUERIN S. – La cyberpresse – Hermes, 1996.

SUR LES ASPECTS CIVILS ET SOCIAUX DU DROIT DE L'INTERNET :

- BALDI Pierre – The Shattered Self – MIT Press, 2001.
- BLANDIN-OBERNES Annie – *L'Union européenne et Internet* – Apogée, 04/2001.
- BOUNON Laurence – *Les rapports entre Ethique, Morale, Déontologie, Droit et Loi.*
- BROUSSEAU Eric – *Régulation de l'Internet : L'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ?* septembre 2001.
- DUFRESNE D., LATRIVE F. – *Pirates et Flics du net – Contre-enquête*, Seuil, 2000.
- GAUTIER Pierre-Yves – *Pour ou contre le droit de copier des fichiers protégés sur l'Internet ?* – Le Dalloz, 2000, n°37.
- GRANJON F. – *Internet militant.*
- LUCAS A., DEVEZE J., FRAYSSINET J. – *Droit de l'informatique et de l'Internet* – PUF, sept. 2001.
- MOURGEON J. – *De l'immoralité dans ses rapports avec les libertés publiques* – D. 1974, Ch., p. 248.
- VIER Ch. – *Internet et le droit. Droit français, européen et comparé de l'Internet* – Charlotte Vier, CFPJ, juin 2001.
- SMITH Graham J. H. – *Internet Law and Regulation* – 3e édition, Sweet & Maxwell, Déc. 1997.

SUR LES DIMENSIONS POLITIQUES DE L'INTERNET :

- CAPUL J.-Y. – *Internet* – Cahiers Français n°295 – La Documentation Française, mars-avril 2000.
- MOUNIER P. – *Les maîtres du réseau. Les enjeux politiques d'Internet.*
- UNESCO – *Les dimensions internationales du droit du cyberspace* – Coll. Droit du cyberspace, Economica, 2000.
- HABERMAS JÜRGEN – La technique et la science comme idéologie – Gallimard, 1973.

SUR L'HISTOIRE DE L'INTERNET :

- HUITEMA Ch. – *Et Dieu créa l'Internet* – Eyrolle, 1995.
- MOSCHOVITIS et autres – *History of the Internet : A Chronology, 1843 to the Present* – Library of Congress, USA, 1999.

PERIODIQUES :

- New-York Times – 10 novembre 2002.
- Le Monde Diplomatique – Février 2002.
- Les échos.net – 09 septembre 2002, p. 14.
- Le Monde – 27 janvier 1997.
- Les Echos.net – 13 mai 2002, p. 13.
- LesEchos.net – 23 septembre 2002 – p. 14.

SUR LES ALTERNATIVES OPEN SOURCE :

- O'REILLY Tim, *Open Source : The Model for Collaboration in the Age of the Internet.*
- *Les Ténors de l'Informatique Libre* – Ed. O'Reilly.
- RAYMOND Eric S. – *La cathédrale et le bazar* – Ed. O'Reilly, octobre 1999.

AUTRES TRAVAUX DE RECHERCHE :

- HAMON A., *Une approche de la liberté d'expression sur Internet* – Mémoire de DEA de Droits de l'Homme et libertés publiques – Université Paris X - Nanterre, 2000.
- BOUDIES C., *La régulation d'Internet* – Mémoire de DESU - Réseaux câblés et Technologies de Communication – Université Paris VIII, Saint-Denis, 2002.

SITES INTERNET VISITES :

- Source de jurisprudences : www.foruminternet.org/ ; www.legalis.com ; www.juriscom.net
- support.free.fr/services/netiquette.html
- www.lex-electronica.org
- www.ldh-france.org
- www.droit-technologie.org
- www.slashdot.org
- www.transfert.net
- www.iris.sgdg.org
- www.canevet.com
- catherine.boudies.free.fr/memoire.pdf
- www.ebay.co.uk
- www.ebay.fr
- www.ebay.com
- www.mrap.asso.fr/article.php3?id_article=532
- www.liberty-Web.com
- www.aclu.org
- www.eff.org
- www.lafil.org
- www.isoc.asso.fr
- www.google.com
- www.assises.sgdg.org/2000/preparation-assises00/contribs/JacquesChatignoux-at3.html
- zeus.inalf.fr/
- www.culture.fr/culture/dglf/cogeter/16-03-99-Internet.html
- www.granddictionnaire.com
- perso.wanadoo.fr/tyds/delmas/documents/YDelmas-20011018-Internet-services/index.html
- www.tout-savoir.net/lexique.php?rub=definition&code=3592
- www.w3.org/MarkUp/
- www.isc.org/ml-archives/inn-workers/1997/12/msg00053.html

- www.Internet.gouv.fr
- www.forumInternet.org
- www.approches-croisees.net/page/peinemrt/peinemort2.html
- membres.lycos.fr/sgodeluck/cathedralbazaar.htm
- www.homo-numericus.bonidoo.net/article.php3?id_article=34
- www.riaa.com
- www.news.com
- www.01net.com
- www.wired.com
- www.zdnet.fr
- www.oreilly.com

LISTE INDICATIVE DE JURISPRUDENCES :

- Reno v. ACLU – 1997.
- Fonovisa Inc. V. Cherry Auction, Inc. – 1996.
- Sony USA et les Studios Universal – 1984.
- A&M Records, Inc. V. Napster, Inc. – North District of California, 2000.
- US District Court – Central District of California – 25 avril 2003 – MGM et al., V. Grokster et al.
- US Court of Appeals for the sixth circuit – 29 janvier 1996 – U.S.A. v. Thomas.
- US District Court – Northern District of California – 16 mars 1995 Religious Tech. Center v. Netcom OnLine Com.
- US Court of Appeals of the Ninth Circuit – 16 avril 2002 – Ashcroft v. Free Speech Coalition.
- CA Paris - 13e chambre – 2 avril 2002 – Monsieur E. c/ Le Ministère public.
- T.G.I. de Paris – 13 novembre 1998 – Affaire FAURISSON.
- Ordonnance du T.G.I. de Paris du 22 mai 2000 – Affaire Yahoo!
- CAA Paris – 22 janvier 2002 – Affaire REYNOUARD.
- T.G.I. Rochefort-sur-Mer – 28 février 2001 – Monsieur Christophe G. c./ S.A. France Télécom Interactive.
- T.G.I. Paris – 15 janvier 2002 – Ordonnance de référé – Monsieur P. V. c/ Société Liberty Surf et Société Free.
- CE Sect. – 18 décembre 1959 – Société Les Films Lutétia.
- CEDH – 17 septembre 2001 – Ekin.
- C.A. Paris – 15 décembre 1999 – Affaire COSTES.
- TGI Paris – Ordonnance de Référé – 18 février 2002 – Affaire Finance net – Boursorama
- CE Ass.– 27 octobre 1995 – Commune de Morsang-sur-Orge Rec. Lebon p. 372 en cassation de : TA Versailles – 25 février 1992 et TA Marseille – 08 octobre 1992.
- CE Sect. 18 décembre 1959 – Société Les Films Lutétia.