

## RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

### Aspects juridiques des systèmes d'information

Poullet, Yves

*Published in:*

Encyclopédie de l'informatique et des systèmes d'information

*Publication date:*

2006

*Document Version*

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

*Citation for pulished version (HARVARD):*

Poullet, Y 2006, Aspects juridiques des systèmes d'information. dans *Encyclopédie de l'informatique et des systèmes d'information*. Vuibert, Paris, pp. 1761-1770.

#### General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

#### Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

# Aspects juridiques des systèmes d'information

Yves Poulet

**Mots-clés:** Internet, auto et corégulation, normalisation technique, *Lex electronica*, commerce électronique, libertés et société de l'information, cybercriminalité, propriété intellectuelle, droit de l'Internet.

**Résumé:** entre le droit et la technologie des systèmes d'information, les interactions sont nombreuses. La technologie, dit-on, révolutionne le droit voire en sape les fondements. Ses caractéristiques: la globalisation, la dématérialisation, le caractère interactif, l'absence de toute autorité centrale, heurtent les bases mêmes de l'action réglementaire ou plaident en tout cas pour des modes de régulation nouveaux. Ainsi, est né le mythe de l'autorégulation du réseau. Le retour progressif du droit étatique, la multiplication des interventions des organisations internationales et régionales, en particulier celles de l'Europe s'expliquent dans le contexte d'une société de l'information naissante où l'Internet devient un fait sociétal majeur et ses applications envahissent nos entreprises, administrations et foyers. Tel sera le premier temps de notre réflexion centrée sur les acteurs de la régulation de l'Internet.

Entre le droit et la technologie des systèmes d'information, les interactions sont nombreuses. La technologie, dit-on, révolutionne le droit voire en sape les fondements. Ses caractéristiques: la globalisation, la dématérialisation, le caractère interactif, l'absence de toute autorité centrale, heurtent les bases mêmes de l'action réglementaire ou plaident en tout cas pour des modes de régulation nouveaux dont le droit étatique a été écarté dans un premier temps. Son retour progressif s'explique au fur et à mesure que l'Internet devient un fait sociétal majeur et que ses applications envahissent nos entreprises, administrations et foyers. Tel sera le premier temps de notre réflexion centrée sur les acteurs de la régulation de l'Internet.

Au-delà, se concentrant sur l'approche réglementaire européenne, l'étude propose quelques réflexions sur les *objets de la réglementation*. Pour faire bref, le droit impose quelques contraintes au développement tech-

nologique de manière à sauvegarder d'une part les libertés fondatrices de nos sociétés et d'autre part les équilibres essentiels inscrits au cœur des législations préexistantes à la société dite de l'information et, dans le même temps, le droit crée un environnement favorable au développement de cette société. Ce double souci se traduit à travers les nombreuses dispositions spécifiques consacrées aux phénomènes ou développements nouveaux créés par les technologies de l'information et de la communication.

## 1 Les acteurs de la régulation de l'Internet: la gouvernance de l'Internet

La production et l'application du droit selon ses modes traditionnels se trouvent profondément mises en cause dans le cyberspace du fait même de ses caractéristiques. Là où l'État national imposait le droit, dans le cadre de compétences clairement définies par nos

Constitutions et se réservait grâce au pouvoir judiciaire le quasi-monopole de son interprétation, le caractère global de l'Internet, son infrastructure totalement décentralisée, ses activités dématérialisées sans ancrage nécessaire dans un territoire donné et surtout sa nature interactive remettent profondément en cause les schémas traditionnels de réglementation fondée sur la souveraineté étatique.

Sous ce titre, notre propos sera dès lors double :

- il s'agira, dans un premier temps, au-delà de la distinction entre les notions de réglementation et de régulation, de rappeler le mythe fondateur de l'Internet, comme espace sans droit, livré aux seules vertus de l'autorégulation et de décrire la montée progressive de systèmes dits de corégulation ou de « régulation en réseau » (Trudel, 1997);
- le second temps s'attache aux conséquences de la dimension internationale de l'Internet qui justifient tant l'irruption de nouveaux acteurs, nés de l'autorégulation de l'Internet que la montée en puissance mais quelque peu désordonnée des organisations régionales et internationales.

### 1.1 Des modes de régulation variés

La création, l'utilisation et le fonctionnement des systèmes d'information ne se conçoivent plus sans leur intégration au sein du réseau mondial ou plutôt du réseau des réseaux que leur ouvrent les protocoles et applications de l'Internet. La régulation de l'Internet s'élabore dès lors dans un contexte doublement délivré des contraintes étatiques à la fois par le fait qu'elle peut se négocier du fait de l'interactivité du réseau et que le phénomène de l'Internet ignore les frontières.

#### L'affirmation de l'autorégulation

Il était dès lors tentant – et les premiers auteurs du droit de l'Internet ont succombé à cette tentation – de prôner l'abolition de toute réglementation étatique à propos des activités de l'Internet et de prôner une normativité ou régulation livrée aux seules volontés des concepteurs et utilisateurs de l'Internet, soit une « autorégulation » (Trudel, 2000). Ainsi, se sont développées, en marge des systèmes juridiques traditionnels, des normativités propres à des communautés virtuelles disposant de leurs propres contenus, modes de contrôles, systèmes de règlements de conflits et de sanctions (Amblard, 2005). Le cas d'e-Bay, sans doute la plateforme ou place de marché Internet la plus populaire, peut être cité en exemple (Reidenberg, 1998).

À cette autorégulation « contractuelle » née de l'interactivité des réseaux ou secrétée par les usages ou décisions d'acteurs ou de communautés virtuelles, s'ajoute celle dictée par la technique elle-même. Le vocable de *Lex electronica* ou *Lex informatica*, largement développé

par des auteurs comme L. Lessig (Lessig, 1999) et J. Reidenberg (Reidenberg, 1998) entend précisément que les choix opérés au niveau de l'infrastructure peuvent déterminer les usages de l'Internet et constituent donc une forme de régulation.

#### La régulation par la technique

J. Reidenberg (Reidenberg, 1998) souligne déjà le hiatus entre deux mondes : celui de la réglementation des opérations et celui de la normalisation technique.

Le premier monde ressortait indiscutablement de la compétence des législateurs nationaux traditionnels, simplement l'ampleur des questions nécessitant de plus en plus de coopérations au sein des organisations internationales ou régionales.

Le second monde émergeait à l'époque : la normalisation d'une infrastructure globale comme celle d'Internet exigeait des décisions qui ne pouvaient être prises qu'au sein des organes dits de régulation technique aux compétences encore balbutiantes, organes que les pionniers d'Internet avaient mis au point.

Ces organes, comme l'IETF<sup>1</sup>, le W3C, l'IANA devenue l'ICANN, ont en même temps qu'Internet tissé sa toile, acquis, sans renier leur statut d'origine, leurs lettres de noblesse parfois avec la complicité de gouvernements ou d'organisations internationales. Qui ne comprend qu'au-delà d'une normalisation technique, comme l'attribution de noms de domaines, l'adressage d'Internet, le « design » de l'infrastructure, la définition de protocoles techniques de filtrage des contenus, etc., il s'agit de décisions dont le contenu en un autre temps eût été pris par des auteurs, objet d'une légitimité constitutionnelle. Une telle assertion est à la base même de l'ouvrage qui, sans aucun doute, a le plus marqué la littérature juridique voire l'opinion publique sur les relations entre droit et technologie : *Code and other Laws of Cyberspace* de Lawrence Lessig (Lessig, 1999). Selon Lessig, l'architecture technique, les caractéristiques du réseau (les protocoles, les standards de communications retenus, etc.) créent un environnement autorisant certains comportements et en interdisant d'autres et jouent donc un rôle essentiel dans la régulation du cyberspace. Par ailleurs, il est remarquable de constater que les législateurs et juges devront tenir compte de ce donné décidé ailleurs que dans les enceintes traditionnelles du droit.

Celle-ci échappe largement aux États : « L'élaboration (des normes mises en œuvre par la technique), écrit Reidenberg (Reidenberg, 1998), ne dépend pas de la participation de tous les acteurs de l'Internet. Ce sont les spécialistes seuls qui décident des règles [...]. Les techniciens choisissent la mise en œuvre des protocoles techniques. Les citoyens à qui des règles s'appliquent ne participent pas de façon directe à

1. Internet Engineering Task Force.

leur développement.» « Tandis que les États continuent à se demander quel type de réglementation devrait être adopté, poursuit L. Lessig, le code du cyberspace continue à se développer avec quelque chose qui ressemble à une autorité souveraine. » Nous reviendrons plus loin sur les acteurs de cette gouvernance technique de l'Internet.

Si notre propos n'est pas de reprendre ici des réflexions proposées ailleurs (Poullet, 2004) sur les relations entre droit et technologie, relevons cependant à ce propos de cette interaction deux éléments pointés à partir de deux domaines distincts du développement technologique :

- le premier est celui des systèmes techniques permettant de protéger l'accès aux ressources informationnelles présentes sur le Net, de limiter ou d'interdire les copies, voire le cas échéant, d'assurer la traçabilité de leur utilisation au sein du réseau. Ces systèmes techniques dits de gestion des droits renforcent les protections juridiques des auteurs voire les rendent inutiles dans la mesure où la technologie assure une protection bien plus efficace et plus absolue des intérêts des concepteurs d'une « œuvre » qu'elle soit digne ou non de protection par le droit d'auteur. Ainsi, la technique peut au-delà de la protection des droits modifier profondément les équilibres inscrits au cœur de leur reconnaissance voire rendre inutile la proclamation de ces droits ;
- le second exemple est tiré des standards PICS<sup>1</sup> ou P3P<sup>2</sup>, développés tous deux par le W3C, organe privé de normalisation technique des applications liées au protocole HTML.

Des logiciels construits sur base de ces standards peuvent être introduits dans le navigateur de l'internaute ou mis à sa disposition par des fournisseurs de services. Grâce aux paramètres qui caractérisent ces logiciels, l'internaute peut fixer tantôt dans le cas des PICS, les critères de qualité des contenus des sites web à sélectionner et cela, selon la violence, le langage ou le caractère sexuel, tantôt dans le cas du P3P, les exigences de vie privée à respecter par ces sites web. La technologie offre ainsi la possibilité pour l'internaute de réguler lui-même son environnement et crée ainsi l'illusion d'un « user empowerment » (d'Udekem-Gevers, Poullet, 2001).

#### Vers un nouveau modèle : la corégulation

Dans la mesure où l'Internet est devenu un fait sociétal majeur, pénétrant au-delà de nos entreprises, nos administrations et nos foyers, dans la mesure où il met en jeu des valeurs éthiques et culturelles auxquelles les nations sont attachées, et, surtout, exige pour son développement, la confiance, le modèle de l'autorégulation

a progressivement montré ses limites. L'État est rappelé en force, d'une part, pour affirmer ses valeurs ou, après le 11 septembre noir, les impératifs de la sécurité publique, et d'autre part, pour créer le cadre de confiance et de sécurité juridique nécessaire pour un développement de l'économie basé sur le commerce électronique.

Cette « renaissance » du pouvoir étatique ne se conçoit cependant pas comme une affirmation brutale de l'autorité étatique. Elle se conçoit comme une « coopération entre la société civile et les pouvoirs publics » (Paul, 2000), un « effective mix », selon l'expression de l'OCDE, ou, tantôt, l'État consolide des processus d'autorégulation mis en place par le secteur privé lui-même ; tantôt, après avoir fixé législativement les objectifs à poursuivre, l'État laisse à des instances de consultation ou aux acteurs privés le soin de traduire les « standards » mis en place par ses lois (Poullet, 2004).

Cette multiplication sous diverses modalités des formes de coopération entre réglementation voire régulation publique et régulation privée dans le domaine de la régulation de l'Internet est largement prônée par le Sommet mondial de la société de l'information sur les conclusions duquel nous reviendrons dans le point suivant.

#### 1.2 De la montée en puissance des organisations supranationales

Le caractère « sans frontières » de l'infrastructure de l'Internet, la globalisation des activités que l'Internet permet remettent en cause la possibilité pour les États nations d'exercer pleinement leur souveraineté.

À partir de ce contexte, on soulignera :

- la volonté de créer ou renforcer des régulateurs « globaux ». À cet égard, nous reviendrons sur l'intervention déjà signalée des organes privés de normalisation technique et sur celle croissante des organisations publiques internationales ;
- entre ces institutions globales et les États nations, la montée en puissance des organes supranationaux régionaux. Notre propos sur ce point se limitera à quelques considérations sur l'action de l'Union européenne, cherchant à la fois à définir un droit européen harmonisé de l'Internet et à imposer son modèle vis-à-vis d'autres modèles, en particulier celui des États-Unis.

#### La remise en cause de l'État souverain

L'État national exerçait dans le cadre de son territoire, sa souveraineté. La technologie remet en cause cette « souveraineté » à plus d'un titre (Ruiz-Fabri, 1999).

Premièrement, la dématérialisation des investissements principalement immatériels que représente l'économie de l'Internet permet facilement la délocalisation de ces investissements et, l'État nation a le

1. Platform for Internet Content Selection.  
2. Platform for Privacy Preferences.

choix entre, d'une part, des stratégies d'isolement, ou de dumping réglementaires qui risquent de se retourner contre lui, et, d'autre part, la recherche d'une harmonisation des législations. Cette seconde solution sera préférée.

Deuxièmement, l'abolition des frontières rend dérisoire la «prétention des États à régenter le net». Ainsi, note M. Vivant (Vivant, 1997; Johnson et Post, 1996), il y a «contradiction entre un phénomène qui ignore les frontières et des entités qui n'existent et n'ont compétence qu'à l'intérieur de frontières données».

Troisièmement, si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières. L'affaire Yahoo, jugée par le tribunal de grande instance de Paris, le 20 novembre 2000, illustre à suffisance la vérité du propos. L'ordonnance du juge parisien qui enjoignait à une société américaine de prendre les mesures nécessaires pour que les internautes français ne puissent accéder aux pages web d'un site d'enchères d'objets nazis s'est vu dans les faits contrecarrée par une décision californienne du 6 juillet 2001 qui rappelle le principe sacré de la liberté d'expression (Reidenberg, 2004). Bref, dans cet espace sans frontières où toute information en définitive relève par son ubiquité des juridictions de tous les pays, il faut bien reconnaître que le droit n'apporte plus la sécurité juridique.

#### La montée en puissance des organisations internationales

Que la réponse adéquate à un phénomène de globalisation soit à trouver au niveau d'organisations globales, apparaît évident.

À propos de la régulation des infrastructures et des protocoles qui permettent d'assurer l'interopérabilité de l'ensemble des applications fonctionnant sur le réseau, nous avons déjà noté le rôle d'instances privées de normalisation technique.

L'IAB<sup>1</sup> et l'IETF<sup>2</sup>, les deux organes de régulation technique du réseau créèrent en 1992 l'Internet Society (ISOC). Quelque temps plus tard, en octobre 1994, avec l'invention du Web, apparaît le World Wide Web Consortium (W3C). Enfin, en décembre 1998, l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA), sous tutelle de l'administration américaine était remplacée par l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), une «non profit corporation».

1. IAB: Internet Architecture Board.

2. IETF: Internet Engineering Task Force.

Ces trois principales organisations privées, bien que n'ayant que des compétences techniques, détiennent un pouvoir normatif important. Elles déterminent les spécificités techniques du réseau qui s'imposent à toutes activités régulatrices. Les règles de conduite relatives à l'Internet ne sont efficaces que si elles se conforment aux caractéristiques techniques du réseau. Mais plus que ce cadre, les organisations peuvent également être une source normative, dans le sens où elles deviennent une technique de direction des conduites des internautes.

#### Les organisations globales

Sans doute, serait-il fastidieux de reprendre ici la longue liste des activités des organisations intergouvernementales œuvrant dans le domaine de la régulation de l'Internet.

Les compétences traditionnelles de l'UNESCO pour le développement de la science, de la culture et de l'éducation ont trouvé à s'appliquer à de nombreuses reprises en matière de technologies de l'information et de la communication.

L'organisation internationale de normalisation (ISO) s'occupe de normalisation technique y compris en matière de système d'information. Enfin, l'Organisation mondiale du commerce (OMC) veille au libre-échange en matière de commerce international et donc de commerce électronique et certains accords pris en son sein visent les services et produits de communication. Une autre institution spécialisée des Nations Unies, la Commission des Nations Unies pour le droit du commerce international a produit de nombreuses lois modèles en matière de commerce électronique. On citera également le rôle du G8 et de l'OCDE.

Les compétences de ces diverses organisations dites spécialisées se chevauchent. Ainsi, les questions de la propriété intellectuelle ressortent indiscutablement des compétences de l'OMPI mais ont également été abordées par l'OMC voire par l'UNESCO.

Les méthodes utilisées par des organisations relèvent le plus souvent de la *soft law* c'est-à-dire consistent en des lois dites «modèles», des recommandations; la définition de *best practices* voire simplement en des collaborations de ces organisations intergouvernementales avec des organisations privées de régulation. On cite à cet égard, le rôle de l'OMPI dans l'élaboration des *Uniform Disputes Resolution Procedures* en matière de noms de domaines, règles adoptées par l'ICANN.

Enfin, on pointe la volonté d'instaurer une Constitution globale de la société de l'information, Constitution qui définirait les valeurs fondamentales de cette société et fixerait les règles tant d'un accès universel à cette société, que de son développement dans le res-

pect du multiculturalisme. C'est l'ambition que l'UIT, forte du mandat des Nations Unies, s'est donné à travers les sommets mondiaux de la société de l'Information, le sommet récent de Genève et celui à venir de Tunis.

*La montée des «régionalismes»: un droit européen de l'Internet?*

Jean-Jacques Lavenue (Lavenue, 1996) appelait de ses vœux un *ius communicationis* international que préfigure la déclaration de Genève. Dans l'attente, il y a fort à parier qu'entre un État nation incapable à lui seul de réguler un phénomène global et des institutions internationales en mal de légitimité et aux consensus difficiles, des organisations supra-étatiques, régionales fortes d'une certaine cohésion socioculturelle et donc juridique trouveront dans le phénomène de l'Internet, une justification à l'extension de leurs compétences. Il s'agit de garantir à partir de l'adhésion à des valeurs communes une régulation qui permette le libre établissement des prestataires, la libre circulation des services, bref un marché unique. L'exemple du droit européen de l'Internet atteste de cette montée de «régionalismes» (Poulet, 2002).

À cet égard, chacun se plaît à souligner la politique énergique d'unification des réglementations en matière de l'Internet et ce, bien au-delà du principe de subsidiarité: raccourcir les délais d'adoption et de transposition, intervention dans tous les domaines depuis la pédophilie sur Internet jusqu'à certaines dispositions de droit contractuel en vue de l'harmonisation des contenus réglementaires. Nous reviendrons sur ces contenus harmonisés, objet du § 2, pour nous attacher ici à deux autres points. Au-delà de l'harmonisation, on peut souligner les règles nouvelles qui visent à prévenir les conflits ou à lever les barrières au commerce intra-européen. Enfin, on analysera la façon dont la régulation européenne de l'Internet aborde les autres réglementations.

*Créer un marché interne unique*

Le premier mécanisme est certes l'abolition des barrières tantôt par l'harmonisation des réglementations, tantôt par la création de mécanismes de recours plus aisés en cas de litiges transfrontières.

Sur le premier point, la directive 98/48/CE du 20 juillet 1998 sur la transparence est remarquable. Considérant que l'harmonisation des règles en matière de services de la société de l'information décrétée a priori par les instances communautaires est trop risquée voire prématurée, la directive met en place un système de contrôle et de coordination communautaire de toute initiative nationale en la matière. Il s'agit là d'éviter la fragmentation du marché interne, des incohérences réglementaires ou une frénésie réglemen-

taire qui freinerait le développement de la société de l'information.

Ainsi, la directive impose aux États membres de soumettre tout avant-projet de réglementation relatif à un service de la société de l'information, notion définie de manière très large, à une procédure qui permet, le cas échéant, à la Commission de substituer à l'initiative nationale sa propre initiative.

La directive dite «commerce électronique» sur le contenu duquel nous reviendrons (paragraphe 2.1) va plus loin encore. Son article 3 affirme le principe selon lequel les opérateurs de services de la société de l'information sont soumis à la réglementation et au contrôle de l'État sur le territoire duquel ils sont établis. Leur conformité à cette réglementation les autorise à offrir le service dans toute l'Union européenne.

Au-delà de ces mécanismes visant à l'harmonisation des règles ou à l'abolition des obstacles réglementaires, divers textes facilitent le règlement des litiges nés des opérations de commerce électronique. Ainsi, plusieurs règlements de l'Union européenne autorisent la saisie de cours et tribunaux d'autres pays de l'Union européenne et reconnaissent aux décisions prises par ces juridictions, une force exécutoire accrue. Certes, l'intervention européenne en la matière ne s'explique pas uniquement par le développement des opérations en ligne, mais il faut reconnaître cependant que le développement du commerce électronique et la multiplication des opérations de caractère transnational qui s'en suit, a précipité la réflexion en la matière tant au niveau européen qu'international.

À ce second propos, on ajoutera, au premier mécanisme, la promotion des «procédures extrajudiciaires ou autres procédures comparables: médiation ou conciliation en ligne» qui favorise au-delà des droits parfois divergents, des solutions satisfaisantes. La reconnaissance appuyée de ce type de procédure par l'article 17 de la directive sur le commerce électronique dans le cadre des transactions électroniques s'élargit à tous les litiges civils et commerciaux dans le cadre de la proposition de directive du 22 octobre 2004 sur la médiation.

Enfin, troisième type de mécanisme, les textes réglementaires européens multiplient les obligations de coopération administrative. Ainsi, nombre de textes européens réclament une meilleure coordination des actions menées par les administrations nationales (échanges d'informations, relais de plaintes,...). Ces administrations nationales jouent en quelque sorte le rôle de guichet unique vis-à-vis de leurs citoyens lorsque ceux-ci ont quelques démêlés avec des opérateurs ou prestataires de services situés dans un autre pays de l'Union européenne. Au-delà, cette coopération entre administrations conduit, on l'espère, à une application plus uniforme, des textes européens.

*Les relations avec les pays tiers : de la politique défensive à une politique plus participative*

Sans doute, et c'est un leitmotiv de leurs discours, les instances européennes sont convaincues de la nécessité de créer un cadre non seulement européen mais mondial du commerce électronique. L'idée de la « charte globale » d'Internet prônée par le Commissaire Bangemann en septembre 1997 au forum « Interactive Telecom 97 » de l'ITU a été prolongée par de nombreuses discussions, résolutions et débats menés au sein des diverses enceintes européennes.

Si cette coordination « globale » est réclamée et justifie l'action des organes de l'Union au sein des instances internationales publiques comme l'OCDE, l'UIT, le G8, etc., cette volonté ne s'entend pas d'une recommandation de l'Europe à défendre les valeurs auxquelles elle est attachée et de faire ainsi prévaloir une « souveraineté » non plus nationale mais européenne.

Cette défense de la souveraineté européenne s'opère de diverses manières :

- la première attitude est sans doute défensive : c'est celle notamment du juge français dans l'affaire Yahoo déjà analysée, c'est celle du Parlement européen dans l'affaire Echelon ou plus récemment à propos du contrôle des passagers de transport aérien. Il s'agit d'interdire certaines pratiques extraterritoriales ou du moins d'en limiter les effets vis-à-vis des citoyens européens, et ce, au nom de valeurs sociales jugées primordiales par un État donné ;
- la deuxième attitude possible est plus ouverte : il s'agit, sans renier les valeurs européennes, de chercher, sans impérialisme outrancier, dans le respect des systèmes des pays tiers, la protection adéquate des libertés et valeurs prônées par l'Europe. L'article 25 de la directive européenne 95/46 en matière de protection des données personnelles et plus encore l'application récente qui en a été faite dans le cadre des négociations entre l'Union européenne et les États-Unis illustrent cette deuxième voie ;
- enfin, une troisième voie est celle de l'entrée des instances européennes dans les organes d'autoréglementation. Cette troisième voie est celle suivie par les instances européennes à propos de « l'organisation et la gestion de l'Internet » en clair, l'entrée de la Commission européenne comme telle dans l'ICANN qui gère l'attribution des noms de domaine au niveau mondial.

## 2 Le contenu de la régulation européenne de l'Internet — quelques traits marquants

Trois domaines de régulation sont étudiés :

- celui des transactions électroniques : il s'agit essentiellement de définir un cadre dans lequel les opérations de commerce électronique pourront se développer en toute confiance ;
- celui des libertés qu'il s'agisse de celles assurées par la protection des données de la liberté d'expression ;
- celui des droits de propriété intellectuelle et voisins où, au temps des affirmations, succède le temps des doutes.

Un maître mot justifie l'action européenne : la confiance. Il s'agit en effet de conjurer les craintes des internautes et des opérateurs du réseau, en rassurant tantôt l'un, tantôt l'autre, tantôt l'un et l'autre que les opérations du commerce électronique respecteront les libertés essentielles des individus tout en offrant la sécurité des transactions et des investissements. Le législateur français l'a bien compris, lui qui adoptait le 21 juin 2004 une loi globale sur ces différents aspects et l'a intitulée « Loi pour la confiance dans l'économie numérique ».

### 2.1 Les opérations : un cadre juridique pour les transactions juridiques

Les directives de base

Deux directives mettent en place les principes fondamentaux et généraux propres aux acteurs et opérations du commerce international : la directive relative à certains aspects juridiques du commerce électronique du 8 juin 2000 et celle sur la protection juridique des signatures électroniques du 13 décembre 1999.

Sans prétendre être exhaustif, relevons quelques-uns de leurs principes. On notera à propos des acteurs que l'accès au marché des opérateurs de services de la société de l'information ne peut être soumis à des conditions supplémentaires à celles déjà existantes pour l'offre non électronique des mêmes services. Notons toutefois que les opérateurs de services de certification de signature électronique pourront être soumis à des conditions d'interopérabilité et au contrôle du respect de certaines conditions s'ils entendent que les signatures à l'appui desquelles ils émettent des certificats puissent être dotées d'une valeur probante particulière. Ce principe du libre accès est seulement tempéré par des obligations accrues de transparence, juste contrepartie de l'absence de « face à face » de l'offre et de la demande sur Internet. Ainsi, on priera le prestataire des services de la société de l'information de décliner son identité, sa localisation, le moyen de l'atteindre et on l'astreindra à rendre accessible directement et par des moyens aisés les conditions, codes de conduite et autres auxquels il accepte de se soumettre.

À propos des opérations du commerce électronique, un premier principe est l'obligation faite aux États membres de ne point discriminer directement

ou indirectement les opérations du commerce électronique par des prescrits légaux affectant la valeur, l'efficacité ou la force contraignante de l'utilisation de l'électronique, et ce, à quelque stade de l'opération. Ce principe de non-discrimination vaut également pour la signature électronique et on ajoute même que l'équivalence de valeur juridique de la signature électronique à celle de la signature manuscrite peut même être obtenue sous certaines conditions.

Ce principe est tempéré par l'exigence de considérer la transaction électronique comme le résultat d'une procédure à diverses étapes afin d'assurer que le consentement auquel elle aboutit soit éclairé, complet et certain. Cette découpe apparaît comme un juste contre-poids aux risques que fait courir l'utilisation d'une technologie de l'instantané entre contractants « à distance » (Katsch, 1995).

#### En ce qui concerne quelques aspects ou opérations spécifiques

L'Union européenne complète le cadre proposé par les deux directives analysées ci-dessus par des dispositions, d'une part, relatives à la protection des consommateurs et d'autre part, concernant la soi-disant monnaie électronique.

À propos des premiers, la conviction européenne selon laquelle le développement de la société de l'information implique obligatoirement la confiance des consommateurs a justifié tant des affirmations de principes, telles la résolution du Conseil de l'Europe du 19 janvier 1999 à propos de la dimension « consommateurs » de la société de l'information, véritable Charte des droits du consommateur – internaute que l'adoption de textes ayant une valeur normative plus directe. On note, à cet égard, la directive sur les contrats à distance du 20 mai 1997 qui étend au monde du commerce électronique, une série de droits impératifs affirmés pour toute transaction conclue à distance et oblige l'offreur de services à émettre sur « support durable » la trace des transactions opérées par voie électronique. On signale enfin la directive relative à l'offre à distance des services financiers (y compris services d'assurance) visant des consommateurs. Cette directive élargit notamment les obligations de transparence et d'informations, les délais de réflexion et de renonciation et prévoit des mécanismes efficaces et adéquats de plaintes et de solution des litiges. Parmi ces services, on trouve la mise à disposition de services de paiement à distance. Ce qui introduit le second sujet.

Ce dernier, ayant fait l'objet d'une intervention normative importante des instances européennes, est la monnaie électronique, autre élément indispensable pour assurer le développement du commerce électronique.

La communication et recommandation de la Commission européenne du 9 juillet 1997 instituent en particulier, outre des devoirs d'information sur l'utilisation du moyen de paiement et ses conséquences, des règles claires de répartition de responsabilités entre émetteur et utilisateur du moyen de paiement, en cas de vol, de fraude, perte ou erreur et des mécanismes efficaces de règlement des litiges. Des directives sont adoptées ou en chantier. Deux directives du 18 septembre 2000 visent, d'une part, à harmoniser les réglementations nationales relatives aux institutions de crédit en élargissant le nombre d'institutions aptes à émettre de la monnaie électronique et, d'autre part, à contrôler les opérations de ces institutions. Il s'agit de s'assurer de la stabilité et de la robustesse des émetteurs de moyens de paiement tout en distinguant différents statuts suivant l'importance des risques liés au type de moyens de paiement émis.

On ajoutera des décisions européennes à propos de la lutte contre le blanchiment d'argent et la contrefaçon des moyens de paiement non liquides.

#### 2.2 Les valeurs: un difficile équilibre entre «libertés» et «sécurité» du réseau

L'Union européenne comme les États-Unis reconnaissent la liberté d'expression comme une valeur fondamentale du réseau de l'Internet, même si l'une et l'autre de ces régions du monde se voient confrontées à la nécessité de fixer certaines limites à cette liberté lorsque l'exercice abusif de celle-ci nuit à autrui par des contenus illégaux ou dommageables. Sans doute, certaines nuances entre les réponses de l'une et de l'autre méritent d'être soulignées.

Plus grave est le fossé qui sépare ces deux régions en ce qui concerne la protection de données à caractère personnel. L'héritage de la convention n° 108 du Conseil de l'Europe a conduit l'Union européenne à adopter en 1995 une directive de base en la matière et plus récemment en 2002, une seconde directive dite « sectorielle » a adapté les principes de la première aux risques plus spécifiques des réseaux de communication électronique. Outre-Atlantique, hormis certaines législations très spécifiques, confiance est faite au marché et à son autorégulation pour assurer la protection des données à caractère personnel.

Les attentats du 11 Septembre ont modifié quelque peu l'attitude européenne en matière de protection des données. L'obsession de la lutte contre le terrorisme a conduit au-delà de la Convention du Conseil de l'Europe sur la cybercriminalité signée le 23 novembre 2001 à l'adoption de quelques mesures de procédure pénale dont l'ampleur selon de nombreux auteurs risque de mettre en cause les libertés individuelles.



### Le délicat équilibre entre la liberté d'expression et d'autres intérêts dignes de protection

Les articles 12 et suivants de la directive «commerce électronique» déjà citée affirment clairement le principe de la liberté d'expression sur l'Internet, en exonérant, sur le modèle du DMCA<sup>1</sup> américain, les opérateurs de réseaux, les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de toute responsabilité pour les contenus illégaux ou dommageables qu'ils véhiculent ou hébergent sans le savoir (R. Julia-Barcelo, K.J. Koelman, 2000).

La nécessité de lutter tant contre la pornographie infantile que contre le racisme et la xénophobie amène cependant progressivement l'Union européenne à adopter de nombreux textes à travers lesquels elle met en balance la liberté d'expression et ces autres intérêts.

À cet égard, on note que si les premiers textes européens, adoptés dans la foulée de la décision américaine déclarant l'inconstitutionnalité du *Decency Act* de 1996, se référaient exclusivement à l'autorégulation et aux développements technologiques pour assurer le développement d'un «réseau sûr», progressivement, l'intervention de l'État se fait plus pressante, tout d'abord, par un encadrement de l'autorégulation, ensuite, en instituant une coopération maximale entre opérateurs d'Internet et autorités publiques dans la mesure où les textes imposent aux premiers l'obligation de garde préventivement, trace des utilisations de chacun et, enfin, par l'obligation mise à charge des intermédiaires de mettre sur pied leurs propres systèmes de contrôle en ce qui concerne en tout cas la pornographie infantile (Granger, 2000).

### La protection des données à caractère personnel

La directive 95/46 permet d'assurer, par l'harmonisation poussée des règles en matière de protection des données, une libre circulation des données dans l'Union européenne tout en maintenant une certaine marge de manœuvre pour des États membres. Elle fixe les conditions de traitement des données à caractère personnel en distinguant du régime général, celui des données sensibles. Elle crée des obligations de déclaration et de sécurité pour les responsables de traitement, confère à la personne concernée des droits visant à permettre le contrôle par celle-ci de son image informationnelle et de sa circulation. Enfin, elle reconnaît les compétences des autorités nationales, indépendantes de contrôle et crée deux groupes de travail européens, chargés tant d'une veille technologique que de coordonner les points de vue.

La seconde directive «sectorielle» applique les principes de la directive de base aux acteurs et opérations de communications électroniques qu'elles soient assurées par le réseau Internet ou non, qu'elles emprun-

tent le réseau téléphonique, de câblodistribution ou hertzien. L'utilisation des données de trafic et de localisation est sévèrement réglementée de même que les communications non sollicitées et l'envoi de logiciels espions ou cookies. La Commission se voit octroyer le droit de fixer des normes techniques relatives aux appareils de communication pour lutter contre des pratiques «privaticides».

La mise à charge d'une obligation pour les fournisseurs de services de communication, de conservation, des données de trafic et de localisation à des fins de recherche policière a fait l'objet de lourds débats au lendemain du cauchemar du 11 Septembre 2001. Sans avoir été résolue pour le moment au niveau européen, on note une large tendance des États membres à obliger les fournisseurs de services de communication à conserver ces données et à collaborer avec les autorités policières ou judiciaires, créant des risques de recherche proactive et des détournements de finalités de cette conservation.

### 2.3 Des contenus à protéger par les droits de propriété intellectuelle et les droits voisins: de l'affirmation aux doutes

L'analyse des tendances européennes en la matière révèle une hésitation entre deux volontés: celle, d'une part, d'assurer une protection maximale de l'investissement et cela, au-delà du domaine traditionnel protégé par le droit de la propriété intellectuelle; celle, d'autre part, de maintenir un système juridique de protection conforme à la façon dont les paradigmes traditionnels du droit de la propriété intellectuelle assurent une balance équitable entre les intérêts, d'une part, des «auteurs» ou de leurs «ayants droit» et, d'autre part, des utilisateurs de l'œuvre voire de la communauté en général.

La directive 96/9/CE sur la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996 participe certes de la première tendance. Elle crée un droit «sui generis» à la protection des bases de données dont il est reconnu qu'elles ne peuvent être objet du droit d'auteur. On sait combien la littérature américaine s'est insurgée contre cette déviance européenne qui protège clairement l'investissement et non plus la création intellectuelle.

La même tendance est présente dans la directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 sur la protection juridique des services d'accès conditionnel comme la télévision payante mais également tout service multimédia accessible sur la base d'une autorisation individuelle et dont l'accès est protégé par des systèmes techniques tel l'encryptage. Elle prévoit indépendamment de toute protection légale du contenu ainsi réservé que les mesures techniques de protection constituent en elle-même un objet digne de protection. Ainsi, la pro-

1. DMCA: *Digital Millennium Copyright Act* (1998)

tection technique devient source d'une protection juridique d'une œuvre en elle-même non nécessairement protégeable légalement et permet d'assurer le contrôle de l'accès à l'œuvre.

À l'inverse de cette tendance qui satisfait certes les lobbies des prestataires de services de la société de l'information et, de manière plus vaste, les promoteurs du marché de l'édition technologique, d'autres textes se révèlent plus soucieux de l'intérêt d'une meilleure circulation des œuvres et programmes. Ainsi, une résolution du Parlement européen en date du 22 octobre 1998 prône clairement le soutien aux logiciels libres et aux plates-formes ouvertes et interopérables. Plus récemment, on souligne que la directive du Parlement et du Conseil, adoptée le 9 avril 2001 à la suite de débats longs et difficiles, directive sur les droits d'auteur et droits voisins dans la société de l'information, a finalement consacré le droit des États membres de prévoir des exceptions aux monopoles de l'auteur (droit de reproduction ou de communication au public). Ces exceptions certes proposées de manière optionnelle, peuvent être justifiées par l'utilisation privée, à des fins de recherche, de citation, de journalisme, etc. La directive limite dans le même sens la protection que pourraient apporter des mesures techniques (S. Dusollier, 2005).

Il reste, il est vrai, à chaque État à inscrire dans sa législation nationale de telles réserves et à assurer ainsi la balance traditionnelle que les législations relatives au droit d'auteur garantissent entre les intérêts légitimes des créateurs (ou de leurs ayants droit) et ceux de la société au profit de certains acteurs comme la recherche, l'éducation, la presse, etc.

On relève également le débat difficile actuellement en cours au Parlement européen à propos de la brevetabilité des logiciels où il semble que les députés fraîchement élus remettent l'approche favorable retenue par leurs prédécesseurs.

Les limites de la protection des contenus de l'Internet ainsi tracées, c'est très légitimement que les instances européennes adoptent les mesures nécessaires pour une protection juridique plus efficace par une meilleure coopération entre les administrations en charge de la détection et de la répression des actes de piratage ou de contrefaçon.

### 3 Conclusion

L'introduction s'interrogeait sur le rôle du droit face aux technologies de l'information et de la communi-

cation. Le droit tel qu'on l'entend traditionnellement, c'est-à-dire l'expression des choix normatifs d'une société nationale souveraine, n'était-il pas condamné, à l'heure de l'Internet? La réponse apportée atteste certes de l'existence d'autres formes de régulation présentes dans la société de l'information et avec lesquelles le droit est désormais forcé de composer voire de trouver des alliances. Par ailleurs la souveraineté ne peut plus se concevoir au niveau des États nations mais au sein d'entités régionales. La dimension internationale de l'Internet exige le développement d'un droit international de l'Internet qui ne peut être l'adoption d'un plus petit commun dénominateur entre les peuples mais doit permettre, par l'instauration d'un dialogue entre les diverses parties prenantes de cette société de l'information, de définir les bases d'une société de l'information accessible à tous et respectueuse de valeurs essentielles.

L'intervention du droit dans divers domaines n'est pas dictée par le seul fait technologique. Elle s'inscrit au contraire dans un dialogue avec les acteurs du développement technologique. Il s'agit tantôt – l'exemple de la signature électronique le montre – de rappeler les exigences que le droit véhicule à travers ses concepts, tantôt – l'exemple des exceptions en matière de droit d'auteur en témoigne – d'exiger que le développement technologique s'opère en conformité avec les équilibres mis en place par les législations traditionnelles. Si certains développements technologiques affectent nos libertés, sans doute, le droit se doit-il d'intervenir, de contraindre la technologie à trouver en elle-même les solutions adéquates voire d'affirmer de nouveaux droits aptes à corriger les déséquilibres sociétaux nouveaux créés par ces développements. Ainsi, s'expliquent les droits nouveaux apportés par les législations dites de protection des données ou l'affirmation d'un droit « universel » à l'accès à certains services de la société de l'information.

En définitive, si le droit se trouve bousculé par la technologie, il n'en est pas moins bien vivant. Créant de nouveaux lieux de dialogue en dehors des enceintes parlementaires et y recherchant non sans hésitation et parfois avec précipitation de nouveaux consensus, il accomplit sa fonction traditionnelle qui est la recherche du juste, le respect des libertés et le développement de tous.

### Bibliographie

Ph. Amblard, Régulation de l'Internet, *Cahier du CRID*, n° 24, Bruylant, Bruxelles, 2005.

R. J. Barcelo et K.H. Koelman, « Intermediary Liability in the e-Commerce Directive: so far good but it is not enough », *CLSR (Computer Law and Security Report)*, 2000, Vol. 16, p. 213 et s.

- S. Dusollier, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique*, Larcier, 2005.
- G. Granger, «Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberspace», in *Les dimensions internationales du droit d'auteur*, Unesco, Economica, Paris, 2000, p. 90 et s.
- D.R. Johnson et DG Post, «Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace», *Stan. L. Rev.*, 1996, vol. 48, p. 1367 et s.
- E. Katsch, *Law in a Digital World*, New York, Oxford Univ. Press, 1995.
- J.J. Lavenue, «Cyberspace et droit international: pour un nouveau ius communionis», *Rev. de la recherche juridique-Droit prospectif*, 1996, p. 811 et s.
- L. Lessig, «The Constitution of Code: Limitations on Choice and critiques of Cyberspace Regulation», *Comm. Law Conspectus*, 1997, vol. 5, p. 181 et s.
- L. Lessig, «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», *Harv. L. Rev.*, 1999, vol. 113, p. 501 et s.
- L. Lessig, *Code and other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999, p. 24, p. 206.
- C. Paul, «Du droit et des libertés sur l'Internet, La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale», Rapport au Premier Ministre, Paris, *La Documentation française*, 2000, n° 141, Supplément.
- H.H. Perritt, Cyberspace and State Sovereignty, in *J. Int'l Legal Studies*, 1997, Vol. 3, p. 155 et s.
- Y. Poulet, «De retour d'un sommet mondial de la Société de l'Information», *RTDI*, 2004, n° 18, p. 5 et s.
- Y. Poulet, «Vers la confiance: Vues de Bruxelles – Un droit européen de l'Internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace», in *Le droit international de l'Internet, Actes du colloque de Paris 19-20 novembre 2001*, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 133 et s.
- Y. Poulet, «La technologie et le droit, Du défi à l'alliance», in *La technologie et le droit: du défi à l'alliance*, Liber Amicorum Guy Horsmans, Bruylant, 2004, p. 943 et s.
- Y. Poulet, «Technologies de l'information et de la communication et "corégulation": une nouvelle approche?», in *Liber Amicorum*, M. Coipel, Kluwer, Antwerpen, 2004, p. 167 et s.
- J. Reidenberg, Governing Networks and Rules: Making in Cyberspace, *Emory Law Journal*, 1996, Vol. 43, p. 912 et s.
- J. Reidenberg, «Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology», *Texas Law Review*, 1998, Vol. 76, p. 553 et s.
- J. Reidenberg, «Privacy Protection and the Interdependence of Law, Technology and Self-Regulation», in Variations sur le droit de la société de l'information, *Cahier du CRID*, n° 20.
- J. Reidenberg, «States and Internet Enforcement», Univ. Ottawa L. & Tech.J., 2004, disponible sur le site: <http://www.srn.com/abstract=487965>
- J.R. Reidenberg, «Yahoo and Democracy on the Internet», *Jurimetrics J.* 2002, Vol. 42, p. 261 et s.
- H. Ruiz-Fabri, Immatériel, territorialité et État, *Arch. Phil. Droit*, T. 43, 1999, p. 187 et s.
- P. Sirinelli, «L'adéquation entre le village virtuel et la création normative – Remise en cause du rôle de l'État» in *Internet: Quel tribunal décide? Quel droit s'applique?* K. Boele-Woelki et C. Kessedjan (dir.), La Haye, Kluwer, 1998, p. 1 et s.
- P. Trudel, «Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace?», *Sociologie et Sociétés*, 2000, vol. 32, p. 190 et s.
- P. Trudel, «Le cyberspace: réseaux constituants et réseaux de réseaux» in *Les autoroutes de l'information: enjeux et défis*, Montréal, Chemins de la recherche, 1996, p. 137 et s.
- P. Trudel, *Droit du cyberspace*, Ed. Thémis, Montréal, 1997.
- M. d'Udekem-Gevers et Y. Poulet, «Internet Content Regulation: Concerns from a European User Empowerment Perspective», *CLSR*, 2001, p. 371 et s.
- M. Vivant, «Internet et modes de régulation» in Internet face au droit, E. Montero (ed.), *Cahier du CRID*, n° 16, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p. 215 et s.
- M. Vivant, «Cybermonde: droit et droits des réseaux», *JCP, G*, 1996, I, 3969.
- M. Vivant, «L'irrésistible ascension des droits de propriété intellectuelle?» in *Mélanges Mouly*, LITEC, Paris, 1998.