

# Citoyen, Droit & Société



## "Internet: la plasticité du droit mise à l'épreuve"

**DOMINIQUE GILLEROT ET AXEL LEFEBVRE**

**AVEC LA COLLABORATION ET SOUS LA DIRECTION DE  
MARC MINON ET YVES POULLET**

Rapport réalisé à la demande  
de la Fondation Roi Baudouin



**Ce rapport a été réalisé par:**

Dominique GILLEROT et Axel LEFEBVRE  
avec la collaboration et sous la direction de  
Marc MINON et Yves POULLET  
L.E.N.T.I.C - ULG - LIÈGE  
CRID - F.U.N.D.P. - NAMUR  
à la demande de la Fondation Roi Baudouin  
dans le cadre de la réflexion prospective  
"Citoyen, Droit et Société"

**Coordination pour la Fondation:**

Magda LAMBERT, Directeur  
Jean-Pierre GOOR, Chargé de mission  
Anne VIGNERON, Secrétariat

**Fondation Roi Baudouin**

Réflexion prospective "Citoyen, Droit et Société"  
21 rue Brederode  
1000 BRUXELLES  
Tél.: 02/549.02.80  
Fax: 02/549.03.11

**Cette étude est diffusée par:**

Centre de Diffusion de la Fondation Roi Baudouin  
B.P. 10 Anderlecht Erasme  
1070 BRUXELLES  
Tél: 070/233.728  
Fax: 070/233.727  
E-mail: KBSFRB@sitel-be.com

Editeur responsable: Luc TAYART de BORMS

ISBN: 2-87212-247-8  
Dépôt légal: D / 1998 / 2848-02

*Imprimé sur papier respectant l'environnement*

# "Internet: la plasticité du droit mise à l'épreuve"

**DOMINIQUE GILLEROT**

**ET AXEL LEFEBVRE**

**AVEC LA COLLABORATION ET SOUS LA DIRECTION  
DE MARC MINON ET YVES POULLET**

**L.E.N.T.I.C**

Laboratoire d'Études sur les Nouvelles Technologies de l'Information,  
la Communication et les Industries Culturelles ULG - LIÈGE

et

**CRID**

Centre de Recherches Informatique et Droit  
Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix NAMUR

Ce rapport a été réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudouin  
dans le cadre de la réflexion prospective "Citoyen, Droit et Société"

**OCTOBRE 1998**



## Avant-propos

*Du coeur de notre société monte une demande pressante de plus d'humanité. C'est sans doute le signe d'un malaise profond qui n'épargne personne.*

*Ce malaise nous invite à interroger un modèle de développement qui, si l'on n'y prend garde, risque de faire plus de victimes et moins de citoyens.*

*Il appelle aussi à interroger le rapport que nos sociétés entretiennent aux normes et aux valeurs pour permettre de reconstruire un projet politique et une culture de citoyenneté qui nous permette de nous projeter de façon positive dans l'avenir.*

*Le droit et la justice, instruments privilégiés de régulation sociale dans nos démocraties modernes, sont un levier essentiel pour oeuvrer à la recomposition de l'individu et du social dans des cadres nouveaux. Au-delà d'une fonction de pure régulation ou de gestion des échanges, le droit et la justice ont en effet une fonction d'institution: instances de médiation par excellence entre les citoyens et la société, ils contribuent à construire un monde commun et à y inscrire un sujet humain. Le défi à relever par le droit et ses appareils est aujourd'hui de renouer avec un processus d'institution citoyenne qui mette l'homme au coeur de la cité.*

*Comment aujourd'hui penser un droit qui fasse justice aux demandes de sens et d'humanité? Comment, dans le contexte qui est le nôtre, penser un droit qui "fasse société", encourageant participation et solidarité, favorisant l'affiliation des sujets humains, présents et futurs, dans une commune humanité? Et si nos sociétés de droit font de plus en plus appel à la justice pour pacifier le lien social, quel modèle de justice promouvoir pour assurer dialogue et échange, reconnaissance et dignité à ceux qui y ont recours ou qui y sont confrontés?*

*Dans ce contexte, une réflexion de fond sur la place du droit et de la justice dans ses rapports aux citoyens et à la société est nécessaire.*

*La Fondation s'est engagée dans un processus de réflexion qui verra tout d'abord la mise en place d'une commission de réflexion prospective "Citoyen, Droit et Société". Cette commission bénéficiera du temps et des moyens nécessaires pour remettre à la Fondation un rapport formulant des recommandations sur les relations Droit et Société.*

*Un colloque en mars 97 a entamé ce processus de réflexion afin de mettre en lumière certains aspects de la relation entre le citoyen, le droit et la société. Trois experts français, hollandais et américain y ont abordé les thèmes suivants: les grands défis de l'évolution de la société pour le droit, l'évolution du rôle de l'Etat, les modes alternatifs de résolution des conflits.*

*Enfin, la Fondation a confié à différents centres de recherche des études thématiques préparatoires qui analysent un certain nombre de tendances lourdes de l'évolution de la société et leurs interactions avec le droit.*

*Un cycle de séminaires poursuivra cette réflexion et permettra de présenter les enjeux soulevés par ces études tout en les confrontant aux réactions de praticiens.*

*Cette étude fait partie de la série d'études de prospective qui serviront à alimenter ce processus de réflexion.*



Dans la même série:

**ETUDES PREPARATOIRES "CITOYEN, DROIT & SOCIETE"**

- **"Crise du lien social et crise du temps juridique.** Février 98  
**Le droit est-il encore en mesure d'instituer la société?"**  
*François OST et Yves CARTUYVELS*  
 SIEJ- Séminaire Interdisciplinaire d'Études Juridiques  
 Facultés Universitaires Saint-Louis - BRUXELLES
- **"Wetten in opspraak"** Janvier 98  
*Koen RAES*  
 Vakgroep Grondslagen van het Recht  
 Universiteit GENT
- **Droit, pauvreté et exclusion** Septembre 98  
*Ivan DECHAMPS*  
 Centre Interdisciplinaire Droits Fondamentaux et Lien Social  
 Facultés Universitaires Notre-Dame de la Paix - NAMUR
- **"Internet: la plasticité du droit mise à l'épreuve"** Octobre 98  
*Dominique GILLEROT et Axel LEFEBVRE*  
*avec la collaboration et sous la direction de Marc MINON et Yves POULLET*  
 L.E.N.T.I.C- ULG - LIÈGE  
 CRID- F.U.N.D.P- NAMUR
- **Les Transformations du Droit moderne** Septembre 98  
*Benoît FRYDMAN*  
 Centre de Philosophie du Droit - ULB - BRUXELLES
- **Misdaad in toekomstperspectief** Septembre 98  
*Prof. Em. Lode VAN OÛTRIVE*  
 K.U.LEUVEN
- **Werking van Justitie en Juridische Beroepen** Septembre 98  
*A. BRUYNINCKX et Francis VAN LOON*  
*Faculteit Politieke en Sociale Wetenschappen*  
 UFSIA - ANTWERPEN
- **De relatie tussen media en justitie** Mai 98  
*Dirk VOORHOOF*  
 Vakgroep Communicatiewetenschappen  
 Universiteit GENT
- **Recht en politiek: een dubbele en dubbelzinnige relatie** Mai 98  
*Kris DESCHOUWER*  
 Centrum voor Politicologie - VUB - BRUSSEL
- **Alternative Dispute Resolution** à paraître  
*Stephan PARMENTIER*  
 Instituut Recht en Samenleving - K.U.LEUVEN

*Une traduction résumée dans l'autre langue sera disponible pour chacune de ces études.*

---

Nous tenons à remercier les chercheurs  
du Centre de Recherches Informatique et Droit,  
Etienne Davio, Cécile de Terwangne, Séverine Dussolier, Philippe Gérard et Anne Salaün,  
qui ont accepté de participer à la rédaction de cette étude en s'entretenant avec les auteurs sur  
les différentes questions techniques qui y sont abordées.

---

Cette étude n'aurait pas été possible sans le soutien des Services fédéraux  
des Affaires Scientifiques, Techniques et Culturelles, apporté dans le cadre du PAI-Programme IV  
"Société de l'Information: Réseaux, usages et rôle de l'Etat."  
Les opinions exprimées dans cette étude sont purement personnelles et n'engagent en  
aucune manière les institutions dont les auteurs font par ailleurs partie.





## SOMMAIRE

<b>Introduction</b> .....	p. 8
Le phénomène internet .....	p. 8
Internet, "objet-valise" .....	p. 9
Le règne des marchands .....	p. 11
La phobie de l'illicéité .....	p. 11
Internet et le droit .....	p. 12

### P A R T I E I

<b>Internet interroge le droit</b> .....	p. 13
1.1. Evolutivité et complexité technique et de marche .....	p. 14
1.2. Brouillage des repères .....	p. 15
1.2.1. Communication privée/communication publique .....	p. 15
1.2.2. Audiovisuel/télécommunications .....	p. 16
1.2.3. Signature/certification électronique .....	p. 17
1.2.4. Travail/non-travail .....	p. 18
1.2.5. Responsabilité individuelle/responsabilité collective .....	p. 19
1.3. La fin des frontières .....	p. 19
1.4. Vers de nouveaux équilibres? .....	p. 22
1.4.1. Accès au réseau vs. libéralisation du secteur des télécommunications .....	p. 23
1.4.2. Respect de la vie privée vs. intérêts des opérateurs économiques et institutionnels .....	p. 25
1.4.3. Sécurité des transactions vs. lutte contre la criminalité .....	p. 27
1.4.4. Liberté d'expression vs. contrôle des contenus et des comportements illicites .....	p. 28
1.4.5. Gestion électronique du droit d'auteur vs. libre circulation des idées .....	p. 29
1.4.6. Innovation vs. intérêts des acteurs en place .....	p. 30

### P A R T I E I I

<b>Solutions envisageables</b> .....	p. 32
2.1. Adaptation de concepts juridiques existants .....	p. 32
2.1.1. Vers une approche fonctionnelle de la communication .....	p. 33
2.1.2. Vers un élargissement des champs d'application de concepts juridiques existants .....	p. 34
2.2. Adaptation des modes de production du droit .....	p. 35
2.2.1. Le rôle des "autorités administratives indépendantes" .....	p. 35
2.2.2. La coopération internationale .....	p. 36
2.2.3. L'autoréglementation .....	p. 39

2.3. Adaptation des modes d'application et de sanction du droit:	
la responsabilisation des utilisateurs du réseau .....	p. 41
2.3.1. L'application des codes de bonne conduite .....	p. 41
2.3.2. Les contrats .....	p. 41
2.3.3. La mise à disposition de dispositifs techniques .....	p. 41
2.3.4. L'apparition de tiers certificateurs .....	p. 43

## P A R T I E I I I

<b>Evaluation des solutions</b> .....	p. 45
3.1. Adaptation des concepts juridiques existants .....	p. 45
3.2. Adaptation des modes de production, d'application et de sanction du droit .....	p. 47
3.2.1. Le rôle des "autorités administratives indépendantes" .....	p. 47
3.2.2. La coopération internationale .....	p. 47
3.2.3. Les nouveaux modes de production, d'application et de sanction du droit .....	p. 49
Conclusions .....	p. 51
Bibliographie .....	p. 55

## INTRODUCTION

Face à la complexité et à l'évolutivité de la société, le droit doit se doter de règles générales qui puissent s'appliquer à des cas que le législateur n'aurait pu prévoir lors de leur élaboration. Ainsi, notre Code civil fixe depuis 1804 le régime de la responsabilité civile, principe qui s'applique aujourd'hui à une infinité de matières inexistantes lors de la rédaction des textes. Les juristes doivent donc tenter de faire rentrer des situations nouvelles dans le champ de textes anciens, ce qui nécessite parfois d'assouplir les concepts, de forcer les mots à évoluer avec la société. Le législateur cherche à donner à ses textes une plasticité suffisante pour ne pas devoir amender sans cesse les règles de droit ou les multiplier à outrance. Internet met à l'épreuve cette plasticité car il requiert une réponse du droit dans de nombreux domaines tels que la responsabilité civile et pénale, le droit d'auteur, le droit des télécommunications ou encore le droit des marques. Il s'agit d'un phénomène si neuf et surtout si novateur que le droit a parfois du mal à lui appliquer ses concepts fondateurs. La présente étude va tenter d'apporter un début de réponse aux paradoxes que le réseau Internet semble poser à nos systèmes juridiques.

### **Le phénomène Internet**

Internet est un réseau de (télé)communications reliant, au niveau mondial, des ordinateurs et progressivement d'autres appareils terminaux, en particulier la télévision. Il est communément qualifié de "réseau des réseaux" pour mettre en évidence le fait qu'il permet de rassembler au sein d'un système mondial un ensemble de réseaux régionaux ou locaux ou encore des réseaux propres à des organisations. Ainsi, les terminaux sont-ils fréquemment reliés entre eux dans le cadre de réseaux fermés ou internes (par exemple, des intranets d'entreprises).

Il s'agit d'un réseau ouvert et multimédia, au sens où tout ordinateur supportant le protocole TCP/IP est susceptible d'accéder au réseau, et ainsi d'envoyer ou de recevoir n'importe quel type d'informations, qu'il s'agisse de données, de sons ou/et d'images.

Désormais, Internet est surtout connu pour le World Wide Web - WWW ou le "Web" -, un réseau d'accès à une multitude de bases de données: des informations générales et des informations spécialisées, des données commerciales et des données scientifiques, des jeux comme des contenus culturels ou encore des programmes informatiques. Ces données sont mises à disposition dans des sites identifiés chacun par un nom de domaine. Le langage informatique HTML (Hypertext Media Language) utilisé pour la création de sites, permet notamment la définition de liaisons - ce que l'on appelle des "hyper-liens" - entre les sites en fonction d'un nom ou d'un thème commun. Ce qui permet de "surfer" sur la "toile" - le réseau Internet - en passant d'un site à l'autre sans avoir à connaître préalablement ni la localisation physique, ni le nom, ni même l'existence des sites que l'on découvre successivement.

Le Web apparaît ainsi comme le vecteur privilégié d'activités de communication ciblées et interactives. Le Web n'est pourtant qu'une partie d'Internet, qui est aussi un puissant outil d'échanges interpersonnels via le courrier électronique ou les "E-mails". De plus, les "newsgroups", forums de discussion et autres "babillards électroniques" constituent une nouvelle forme de communication participative ou d'expression collective qui permet de réunir autour de thèmes d'intérêt spécifique, des internautes, sans que ceux-ci n'aient eu nécessairement à s'identifier préalablement.

Ces différentes formes de communication favorisent évidemment les échanges de tous types: envoi de messages personnels, accès à des bases de données, commerce électronique, partage d'informations à caractère scientifique, accès à des programmes de divertissement, etc.

### **Internet, "objet-valise"**

Au delà de ses fonctionnalités, Internet est aujourd'hui porteur de mythes. Comme pour toute innovation technologique d'ampleur, chacun espère en effet qu'il s'agit là du début d'une ère nouvelle, et ce faisant, y projette sa part d'utopies et de rêves, de peurs et de fantasmes<sup>1</sup>. Si Internet devait donc préfigurer une société nouvelle, de quel type de société s'agirait-il?

- Le développement d'Internet permet d'abord sans doute de concrétiser la vision prophétique du "Village global" proposée par Marshall Mac Luhan. Se profile notamment la possibilité d'une société sans distance. Internet ouvre en effet, pour la première fois, la possibilité de communiquer à un prix dérisoire vers tout point du globe, sans se soucier de la distance physique qui peut séparer les "interlocuteurs". La distance et les frontières s'évanouissent laissant libre cours à l'imagination de chacun pour retirer tous les bénéfices de cette nouvelle donne. De ce point de vue, Internet pourrait avoir un impact considérable sur l'organisation de la vie économique, sociale et culturelle.

- D'un point de vue économique, Internet et, de façon plus générale, l'ensemble des réseaux internationaux de transmission de données - ce que l'on appelle les "autoroutes de l'information" - contribuent sans nul doute à la mondialisation des marchés. Internet permet en effet de réaliser à coûts réduits<sup>2</sup> des opérations quasiment en temps réel entre des points extrêmes de la planète et supprime ainsi certaines contraintes spatiales et temporelles, éléments parmi d'autres à l'origine du cloisonnement des marchés.

S'ouvrent ainsi de nouvelles opportunités de développement économique. Le champ d'intervention des entreprises s'élargit; leurs activités de production peuvent être réparties dans les différentes régions du monde en fonction des compétences disponibles, du niveau de protection sociale, du coût de la main-d'œuvre, etc. En outre, l'accès à un marché plus large

1. Cf., à ce sujet, P. FLICHY, "Multimédia, objet-valise ou objet-frontière", Les Enjeux du multimédia, Paris, Futuribles, n° 191, octobre 1994, pp.5-10.

2. On accède au réseau via les services d'un fournisseur d'accès national. Celui-ci demande une charge d'accès, généralement sous la forme d'un forfait mensuel, pour ses services. A cela s'ajoute, en Europe, le prix d'une communication zonale pour se connecter par modem au serveur du fournisseur d'accès.

permet aux entreprises de développer une offre homogène et de bénéficier potentiellement d'économies d'échelle ou d'envergure.

Au-delà, Internet facilite considérablement l'accès et le traitement des informations. Ceci permet notamment aux entreprises de mieux répondre aux besoins des consommateurs, en individualisant leur offre. Internet peut donc faciliter simultanément la globalisation et la spécialisation des marchés.

- D'un point de vue social, Internet est susceptible de contribuer à accentuer la mobilité - physique ou "virtuelle" - des individus. La possibilité de travailler à distance pourrait permettre à chacun de choisir plus librement son lieu de travail et son lieu d'habitation, et de bénéficier d'une maîtrise plus grande de la gestion de son temps. Internet pourrait aussi permettre aux individus du monde entier de se regrouper en fonction d'intérêts communs. C'est la perspective de l'apparition de véritables communautés "virtuelles".

- Dans le même sens, mais d'un point de vue culturel, Internet préfigure une société multi-culturelle, en renforçant la tendance au métissage. Par ailleurs, le réseau ouvre la perspective d'une "*société de l'information et donc du savoir*" où chacun pourrait avoir accès, en tout moment, à l'ensemble des œuvres artistiques, des informations culturelles et des acquis scientifiques du monde entier.

- A l'idée d'une société sans distance peut être associée celle du développement d'une société de l'immatériel dans laquelle les échanges porteraient essentiellement sur des contenus ou des services.

Tout ce qui peut être mis sous forme numérique est en effet potentiellement échangeable sur Internet. Ainsi en est-il de la plupart des productions de l'esprit : œuvres littéraires ou musicales, programmes audiovisuels et informatiques, etc.

De plus, les échanges à distance qui se font par Internet, engendrent une dématérialisation des relations : entre les acteurs de la communication, il n'y a plus nécessairement de contact physique. L'émetteur et le récepteur des informations n'ont plus obligatoirement besoin de s'identifier, à tel point qu'il est parfois délicat de localiser son interlocuteur. Le réseau permet donc non seulement d'entrer en contact avec des individus à l'autre bout du monde. Il permet aussi de communiquer avec son voisin tout en gardant l'anonymat.

- Internet ouvre enfin la perspective d'une société sans pouvoir centralisé. Il s'agit en effet d'un bien public qui n'appartient à personne, dont la croissance provient essentiellement des décisions prises individuellement par chacun des acteurs présents sur le réseau : fournisseurs d'accès, gestionnaires de réseaux privés, etc. Les seuls éléments qui requièrent une gestion centralisée - la définition des standards ou encore l'attribution des noms de domaines et des adresses - font, jusqu'à présent, l'objet d'une prise en charge par des organismes non-gouvernementaux.<sup>3</sup>

---

3. L'attribution des noms de domaines et des adresses, par exemple, est confiée à l'I.A.N.A. (Internet Assigned Number Society), qui a des relais en Europe et en Asie. (Cfr. Infra, pt. 3.2.3.)

La conjonction de ces différents éléments a pu nourrir les rêves et faire croire à la possibilité d'un monde sans contrainte. D'autres facteurs venaient d'ailleurs renforcer cette illusion :

- jusqu'à présent, du fait sans doute de la culture dont étaient imprégnés les premiers utilisateurs d'Internet - chercheurs et membres de la communauté universitaire, généralement friands d'échanges coopératifs - l'information distribuée sur le réseau a été majoritairement gratuite;

- tout utilisateur d'Internet, qu'il soit particulier ou professionnel, est par ailleurs en mesure de fournir des informations et de les diffuser au monde entier. Les moyens requis pour ce faire sont particulièrement faibles. De plus, l'importance croissante de l'anglais et, dans une certaine mesure, son acceptation comme outil commun de communication sur Internet, élimine la plupart des obstacles linguistiques;

- enfin, Internet est un espace vierge où tout - ou presque - reste à définir. Aucune tradition ni histoire n'existe qui définirait les usages sur le réseau. Un nouvel espace de liberté, a-t-on pu penser, est en train d'apparaître...

### **Le règne des marchands**

Mais tous les mythes sont mortels. Aux rêves libertaires, à la base du développement d'Internet, se substituent désormais l'idéologie libérale et la logique du marché.

- Si Internet est le produit de la convergence des secteurs de l'informatique, de l'audiovisuel et des télécommunications, c'est bien le modèle du secteur de l'informatique où l'intervention de l'Etat est la plus discrète qui semble s'imposer ici. Cette évolution est amplifiée par le mouvement de "libéralisation" qu'ont connu ces dernières années les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel sous la pression conjointe des évolutions technologiques, de la spécialisation des marchés et de l'internationalisation des pratiques.

- Parallèlement, le "réseau des réseaux" suscite l'appétit croissant des marchands pour lesquels le monde virtuel représente désormais la "dernière frontière". Les applications sur réseaux constituent en effet un secteur des plus dynamiques. Dès à présent, les technologies de l'information comptent, par exemple, pour près d'un tiers de la croissance du P.I.B. américain.

Même les organisations non-gouvernementales qui avaient, jusqu'à présent, pris en charge la gestion des éléments sensibles du réseau, comme la fixation des standards ou le "nommage" (la gestion des noms de domaine), font aujourd'hui l'objet de convoitises diverses, qui symbolisent bien la reprise - ou la tentative de reprise - par le marché du "réseau des réseaux".<sup>4</sup>

### **La phobie de l'illicéité**

En tout état de cause, chacun prend conscience du potentiel de croissance qui caractérise le secteur de l'Internet. Néanmoins, *pour nombre de personnes, la technologie (reste)*

4. Cf. infra, pt. 4.2.3.

*synonyme de danger, une force échappant à tout contrôle qui a un impact immoral sur la société.*<sup>5</sup> L'usage d'Internet par la criminalité organisée et par des réseaux à caractère pédophile stigmatise les craintes de l'opinion publique de perdre le contrôle d'une société licite et morale. Dans ces conditions, le développement d'Internet dépendra probablement de la confiance que lui accorderont les différents intervenants : les agents économiques doivent pouvoir y développer leurs activités dans un environnement stable et prévisible, si possible au niveau mondial. Les consommateurs souhaitent pouvoir tirer parti de l'existence de marchés globaux tout en bénéficiant des mêmes garanties que par le passé, et en voyant respectées les valeurs de leur communauté nationale. Et l'Etat doit continuer à assurer la réalisation de missions d'intérêt général, **en particulier ses missions de police.**

### **Internet et le droit**

Précisément, sera-ce possible? Nous disions plus haut "société sans distance, société de l'immatériel, société sans autorité centralisée". Or l'existence de frontières marquant les limites des Etats-nations, le fait que les biens matériels sont à la fois objet d'échanges et signe de richesse, et la consécration d'un pouvoir centralisé ne sont-ils pas précisément les éléments qui fondaient traditionnellement l'ordre juridique?

Dans quelle mesure les règles actuelles du droit, conçues dans le cadre d'un monde où les pouvoirs étaient centralisés et les responsabilités identifiables, où les échanges portaient essentiellement sur des biens matériels, et où les pratiques réglementaires avaient une base territoriale, resteront-elles d'application dans ce nouvel environnement?

En quoi l'émergence d'Internet - et, de façon plus générale, le développement de ce que Manuel Castells appelle "La Société en réseaux"<sup>6</sup> - bousculent-ils les modes d'élaboration et d'application du droit? Doit-on estimer que les formes actuelles de production des normes de droit et que leurs modes de mise en application seront bientôt rendus obsolètes? Ou, au contraire, peut-on considérer que les règles que nous connaissons aujourd'hui permettront de prendre en compte ces nouvelles réalités?

Ce texte ne prétend pas donner une réponse tranchée à ces questions. Il tente, par contre, de mettre en évidence en quoi Internet interroge les modes d'élaboration, d'application et de sanction du droit. Par ailleurs, il vise à identifier les évolutions qui préoccupent aujourd'hui les Etats face à l'émergence de la société de l'information.

Sur cette base, il fait état des évolutions qu'Internet, parmi d'autres phénomènes de société, semble imposer à l'approche classique du droit et à ses valeurs. De nouveaux modes d'élaboration du droit voient le jour. Leur capacité à contribuer à remplir le rôle du droit est évaluée.

5. J. KATZ, "Internet, les citoyens du futur, la naissance d'une nation numérique", *Courrier International*, 5-11/2/1998

6. M. CASTELLS, *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.



## INTERNET INTERROGE LE DROIT

En 1995, le directeur de la firme américaine Compuserve - un des trois premiers opérateurs mondiaux de "services en ligne" (récemment fusionné avec A.O.L.) - fut inculpé par le Ministère public de Bavière (Allemagne) pour avoir donné accès à ses abonnés à des forums de discussion pornographiques. En réponse, l'opérateur a, dans un premier temps, fermé l'accès à ces services. Plus de cinq millions de ses abonnés - dont moins d'un million et demi résidaient en Allemagne - se sont donc retrouvés dans l'impossibilité d'utiliser les forums déclarés potentiellement délictueux par les autorités allemandes.

Par après, Compuserve a rétabli l'accès aux forums concernés en mettant à disposition de ses abonnés un dispositif technique de filtrage. De la sorte, chacun de ses clients peut opérer un tri parmi les services reçus pour, si il le souhaite, n'avoir accès qu'aux sites ne devant pas troubler les mineurs. Dans le même temps, des projets législatifs ont pris forme en Allemagne pour préciser la responsabilité des fournisseurs d'accès.

Cette "affaire" met en évidence les questions suivantes :

- Les messages transmis sur Internet, notamment dans le cadre des "newsgroups" ou des "forums de discussion", qui s'adressent donc à un public non-identifié a priori - souvent même anonyme - mais qui demandent une démarche active de la part de l'utilisateur, doivent-ils être considérés comme une forme de communication publique soumis à contrôle ou comme une forme de communication privée garantie par le secret de la correspondance ?

- Pour autant que l'on estime qu'il s'agit là d'une forme de communication publique, quand est-il justifié d'intervenir pour contrôler le contenu des messages, c'est-à-dire pour limiter la liberté d'expression ?

- Qui - c'est-à-dire quel acteur économique ou quel Etat - peut légitimement intervenir en la matière ? Peut-on notamment admettre qu'un Etat empêche ou contribue à empêcher l'ensemble des utilisateurs du réseau - où qu'ils se situent dans le monde - d'avoir accès à des services jugés contraires aux règles morales partagées - au mieux - par les habitants d'un seul pays ?

- Qui enfin est responsable du contenu de ce qui transite par le réseau ? L'auteur des messages est-il le seul à pouvoir être incriminé ? Ou, au contraire, est-il souhaitable que les acteurs qui ont participé au transport, voire au traitement de ces informations, répondent des infractions ayant comme support leur infrastructure technique ? Dans quelle mesure notamment le fournisseur d'accès à des services en ligne doit-il être considéré comme responsable des informations accessibles à partir de son ou de ses serveurs ?

- La réponse proposée par Compuserve, c'est-à-dire la mise à disposition de chaque internaute d'un outil de contrôle, est-elle adéquate ? N'y a-t-il pas, au-delà de la responsabilité individuelle, une responsabilité sociétale vis-à-vis de la lutte contre les messages que l'on pourrait considérer comme illicites ou non-désirables ?

• Enfin, la technique, même si elle permet la mise en cause de libertés ou de l'ordre public (par la diffusion de messages illicites via un réseau sans limites), ne fournit-elle pas également les solutions nécessaires au contrôle du caractère licite ou illicite des informations passant par le réseau (par la mise au point de logiciels de filtrages)?

L'émergence d'Internet soulève donc des interrogations multiples. D'autant que d'autres conflits - on le verra plus loin - ont mis en évidence d'autres problèmes, davantage liés, par exemple, à la problématique des droits d'auteur ou à la protection de la vie privée.

Pourtant, sans doute ne s'agit-il là que de la face visible de l'iceberg. On peut en effet soutenir qu'Internet préfigure un monde extrêmement évolutif, caractérisé avant tout par la complexité, où les limites rassurantes précédemment admises entre espace public et espace privé, entre travail et non-travail, entre médias et communications privées s'estompent, et où les pratiques des différents acteurs de la vie économique sont difficilement rattachables à un espace national. Plus largement, c'est peut-être un ensemble d'équilibres fondant aujourd'hui le consensus social - ou exprimant les rapports de force sociaux - qui sont susceptibles d'être remis en cause par le développement d'Internet.

### **1.1. Evolutivité et complexité technique et de marché**

Depuis la fin des années 80, le secteur des technologies de l'information connaît une évolution particulièrement rapide. Les progrès enregistrés en matière de technologie numérique - notamment en ce qui concerne la compression des signaux - et de transmission optique, contribuent à décupler la capacité des réseaux de télécommunications. Dans le même temps, la puissance de calcul des ordinateurs augmente de façon exponentielle, au rythme de celle des microprocesseurs dont les performances doublent tous les dix-huit mois, et ceci depuis près de dix ans. Il convient d'être conscient du fait qu'il n'existe aucun élément, ni d'ordre physique ni d'ordre économique, qui pourrait donner à croire que cette évolution devrait désormais ralentir. Au contraire, on enregistrera très vraisemblablement dans les dix prochaines années de plus profondes modifications des modes de transport et de traitement de l'information qu'au cours des cinquante dernières années<sup>7</sup>. Jamais d'ailleurs les moyens humains mis à la disposition des activités de recherche par les organismes publics et privés du monde entier n'ont été aussi importants qu'aujourd'hui.

C'est d'ailleurs non seulement la production des innovations technologiques qui s'accélère, c'est aussi le rythme de leur diffusion au sein du corps social. Et, du fait de la globalisation des marchés et de l'abaissement des coûts des services de communication, le

7. "Quelques chiffres donneront une idée des progrès accomplis dans le domaine des débits de transmission d'informations. Dans les années soixante-dix, le réseau Arpanet (ancêtre d'Internet) aux Etats-Unis avait des liens supportant cinquante-six mille bits par seconde. Dans les années quatre-vingt, les lignes du réseau connectant les scientifiques américains pouvaient transporter un million et demi de bits par seconde. En 1992, les voies du même réseau pouvaient transmettre quarante-cinq millions de bits par seconde (une encyclopédie par minute). Les projets et recherches en cours prévoient la construction de lignes d'un débit de plusieurs centaines de milliards de bits par seconde (une grande bibliothèque par minute).", P. LEVY, *Cyberculture*, éd. Odile Jacob, 1997, p. 42

phénomène touche quasiment aujourd'hui le monde entier. Il n'était pas rare autrefois que plusieurs dizaines d'années soient nécessaires pour qu'une innovation technologique produise des effets significatifs dans un seul pays; désormais quelques années suffisent pour qu'un nouveau produit ou un nouveau service s'impose dans l'ensemble des économies développées.

Or, de par leurs répercussions potentielles, un certain nombre d'innovations technologiques posent, de toute évidence, des problèmes d'ordre éthique ou d'ordre politique. Ainsi en va-t-il évidemment des progrès enregistrés dans le domaine médical, dans le domaine de la génétique ou de la biotechnologie. Mais aussi, puisque ceux-ci sont susceptibles de modifier fondamentalement notre façon de vivre ensemble, des progrès enregistrés dans le domaine des technologies de l'information.

Dans ce contexte, la question est de savoir dans quelle mesure les modes traditionnels de production du droit - l'on connaît les délais nécessaires à l'adoption puis à la mise en application de nouveaux textes réglementaires - sont adaptés à un environnement aussi évolutif. Ou si, au contraire, il convient de trouver de nouvelles formules pour rendre le droit davantage proactif.

## **1.2. Brouillage des repères**

Non seulement la "Société de l'Information" est particulièrement évolutive. Par rapport à la société industrielle, elle est aussi caractérisée par la complexité, ce que certains chercheurs ont tenté de mettre en évidence en appliquant à l'observation de la vie sociale des acquis méthodologiques ou théoriques provenant de différentes disciplines des sciences pures.

Chacun est évidemment en droit de s'interroger sur la pertinence de ces démarches scientifiques. Il n'empêche : il n'en reste pas moins que les critères, les typologies et les définitions - entérinées par le droit et fondement de ses réglementations - qui nous permettaient de baliser avec assurance la vie sociale se révèlent chaque jour plus délicats à employer. L'émergence d'Internet contribue ainsi à brouiller les limites jusqu'ici acquises entre communication privée et communication publique, entre télécommunications et audiovisuel, entre signature et certification électronique ou entre travail et non-travail, toutes limites qui fondaient l'ordre juridique en ces matières. En outre, la multiplication des intervenants rend plus délicate l'identification précise des responsabilités.

### **1.2.1. Communication privée/communication publique**

A la base des différentes formes que peuvent revêtir les régimes réglementaires encadrant la communication se trouve la distinction entre communication publique et communication privée. Envoyer une lettre par courrier ou téléphoner relève évidemment de la communication privée. C'est donc le secret de la correspondance et des communications téléphoniques qui est ici le principe. L'Etat ne peut donc intervenir sauf à violer la vie privée; ce n'est, par exemple, que dans des circonstances exceptionnelles et à la suite d'une décision

prise dans un cadre légal, que des écoutes téléphoniques peuvent être autorisées. L'Etat doit, de surcroît, prendre les mesures nécessaires pour éviter toute intrusion d'un tiers.

Par contre, écrire un article dans la presse ou faire une communication à la télévision relève de la communication publique. Ce type de communication fait l'objet de diverses dispositions : principalement, le régime de la responsabilité éditoriale, les mesures relatives au statut des journalistes, les dispositions concernant le droit de réponse ou encore la protection du pluralisme.

A l'analyse, la distinction entre les communications privées et publiques se fondait traditionnellement sur trois réalités :

- la nature du médium utilisé.

Le courrier et le téléphone sont les supports privilégiés de la communication privée; la télévision, la radio et la presse écrite, les supports de la communication publique.

- la nature de la relation entre les personnes concernées par la communication

Une communication privée met en relation deux personnes qui se sont préalablement mutuellement identifiées; une communication publique est au contraire une communication d'une personne à plusieurs personnes constituant un public a priori non-identifié.

- la qualité des intervenants

Une communication privée ne demande pas, pour son émission, de compétences particulières, alors que les acteurs de la communication publique en font généralement leur activité professionnelle.

A cet égard, Internet brouille quelque peu les cartes. Comme on le sait, le "réseau des réseaux" permet, sur un même support, à la fois d'envoyer ou de recevoir du courrier électronique - des "E-mails" -, de participer à des forums de discussion et de consulter des bases de données sur le Web.

De surcroît, le fait de diffuser des informations via le réseau est loin d'être réservé aux seuls journalistes professionnels ou aux organes de presse reconnus. L'émergence d'Internet induit en effet une baisse considérable des barrières économiques à l'entrée dans le secteur des médias. L'information sur le réseau est ainsi pour partie l'œuvre de "nouveaux journalistes", qui sont loin de présenter tous les garanties éthiques et professionnelles que le statut lié à cette profession est censé en principe fournir.

### **1.2.2. Audiovisuel/télécommunications**

Jusqu'il y a peu, les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications faisaient l'objet d'une organisation sectorielle très différente, accompagnée de régimes juridiques spécifiques correspondant à deux activités et à deux métiers séparés :

- le régime juridique encadrant le secteur des télécommunications poursuivait essentiellement deux objectifs, assurer l'intégrité du réseau et permettre l'accès au service téléphonique au plus grand nombre;

- celui encadrant l'offre de services audiovisuels se rapportait essentiellement au contenu, cherchant à garantir à la fois une certaine diversité de programmes, la présence d'une offre de caractère national et un pluralisme d'opinion.

Cette distinction se fondait notamment sur une forte spécialisation des infrastructures : le réseau de télécommunications étant un réseau bidirectionnel à bande étroite - ce qui est suffisant pour la transmission de signaux vocaux; les réseaux hertziens et câblés (ainsi que les infrastructures satellitaires) étant unidirectionnels à bande large - ce qui est nécessaire pour la diffusion de programmes audiovisuels. Par ailleurs, des dispositions réglementaires renforçaient cette séparation en interdisant aux opérateurs de télécommunications de diffuser des programmes audiovisuels, et aux opérateurs de réseaux câblés d'utiliser leurs réseaux à d'autres fins que la retransmission de programmes radio ou TV.

Aujourd'hui, cette distinction s'estompe progressivement : avec les progrès enregistrés en matière de numérisation des signaux et de compression, un même réseau peut, à la fois, supporter des services audiovisuels et des services de télécommunications. Les services de télécommunications comportent progressivement davantage d'images, alors que les services audiovisuels peuvent être caractérisés par une certaine interactivité (accès à la demande à des informations complémentaires, choix entre différents types de programmes, de séquences, d'angles de prises de vues, etc.).

Internet, auquel on pourra accéder, à court ou à moyen terme, aussi bien par les réseaux câblés que par les réseaux de télécommunications, apparaît comme le point central de ce mouvement de convergence :

- même si là n'est pas aujourd'hui son utilisation majeure, Internet peut offrir des services de téléphonie vocale;

- et, à l'opposé, des sites Web intègrent d'ores et déjà des images animées. Internet (ou un autre réseau similaire) pourrait d'ailleurs constituer bientôt le support privilégié pour des applications de type "vidéo à la demande".

Dans ce contexte, la convergence technologique soulève des questions importantes quand à la viabilité à long terme d'organisations sectorielles différentes et de régimes juridiques séparés pour les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel. La question est en effet de savoir si - et le cas échéant à quel horizon temporel - la convergence technologique - à laquelle s'ajoute d'ailleurs un mouvement de convergence en ce qui concerne les stratégies d'acteurs - doit donner lieu à une convergence réglementaire.

### 1.2.3. Signature/certification électronique

Le choix du régime de la preuve relatif aux transactions sur Internet fait l'objet de nombreux débats étant donné l'importance que cette question revêt pour le développement du commerce électronique. Actuellement, sauf dans un nombre limité de cas - lorsque les montants en jeu sont limités, lorsqu'il s'agit d'opérations entre commerçants ou lorsque les parties ont tenu expressément à déroger aux règles générales -, le système en vigueur, en ce

qui concerne les échanges commerciaux, est celui dit de "la preuve réglementée". Seule la signature de la ou des personne(s) qui a ou qui ont prétendu adhérer au contenu d'un document est censée en attester l'originalité; dans ce cadre, un document écrit signé constitue la seule preuve acceptable en cas de litige. En outre, des dispositions protectrices des consommateurs peuvent interdire des conventions assouplissant les modes de preuve.

Ce système ne fait pas explicitement référence à un écrit papier, ni à une signature manuscrite. Mais la nature tangible (sur support papier) et manuscrite de la signature est encore considérée par la jurisprudence<sup>8</sup> comme la seule acceptable.

A nouveau, nos certitudes sont ébranlées par le développement des technologies de l'information. L'introduction de l'informatique - essentiellement l'apparition de transactions électroniques sur des réseaux fermés comme les réseaux bancaires ou interbancaires - a contribué à ce que l'on déroge par convention à la conception formelle des notions d'écrit et de signature. L'acceptation d'une signature électronique, sous forme d'utilisation d'une carte accompagnée d'un code, a notamment été progressivement confirmée par la jurisprudence. Mais ceci n'est possible que parce que l'utilisation de ces cartes est précédée de la signature d'une convention, sur support papier, entre le banquier et son client, par laquelle les parties acceptent de déroger aux règles générales. Or un tel type de solution n'est évidemment pas possible en cas de transactions via un réseau ouvert comme Internet.

Si l'on veut prendre en compte les intérêts des utilisateurs sans freiner excessivement l'essor du commerce électronique, ce sont donc sans doute les notions de signature et de preuve électroniques qu'il faut revoir.<sup>9</sup> Convient-il, par exemple, d'étendre le système de la preuve libre aux transactions électroniques? Ou d'admettre de nouvelles dérogations au système de la preuve réglementée? Est-il au contraire souhaitable, pour limiter au maximum les risques de litiges, d'exiger un contrat papier préalable, ce qui supprimerait les avantages de la technologie et d'un réseau ouvert?

#### 1.2.4. Travail/non-travail

Jusqu'à présent, à l'instar des œuvres du théâtre classique, le travail salarié était caractérisé par une triple unité : unité d'action - l'activité laborieuse -, unité de lieu - matérialisée par l'atelier ou le bureau -, et unité de temps - concrétisée par une démarcation nette entre le temps de travail et le temps de non-travail. Mais Internet et, plus largement, les technologies de l'information contribuent aussi à remettre en cause ce schéma en permettant à la fois le développement du travail à distance et celui du temps de travail flexible<sup>10</sup>. Certes, il ne s'agit pas là du seul élément explicatif du succès actuel des différentes formes de flexibilité - recours

8. Cass. 2 octobre 1964, Pas. 1965, I, p. 106

9. Certains auteurs suggèrent de réfléchir sur la signification "fonctionnelle" des exigences de la signature et de l'écrit. Cette réflexion conduirait à reconnaître la valeur "équivalente" de certains modes de signature et de preuve électroniques.

10. Cfr., sur ces questions, G. VALENDUC & P. VENDRAMIN, *Le Travail à distance dans la société de l'information*, Fondation Travail Université, Bruxelles, EVO, 1997

accru à l'intérim, à la sous-traitance et à toute forme d'externalisation de la production, développement de contrats temporaires et du travail à temps partiel, annualisation de la durée du travail, développement de la polyactivité, etc. - mais les technologies de l'information constituent à coup sûr un des principaux éléments de ce phénomène. En tout état de cause, elles facilitent et accélèrent la tendance à "l'éclatement" des entreprises.

Or la plupart des dispositions du droit social actuel s'appuient précisément sur la possibilité de distinguer aisément ce qui relève ou non du travail. Il convient donc de s'interroger sur la question de savoir dans quelle mesure les activités exercées en dehors du cadre spatial et temporel habituel du travail doivent être soumises aux mêmes dispositions réglementaires que celles exercées traditionnellement à l'usine ou au bureau durant les horaires habituels de travail, telles que celles encadrant l'existence de conseils d'entreprise, la durée du travail ou encore les accidents de travail. A cet égard, la voie est de toute évidence étroite entre le risque d'ébranler les bases du modèle social européen, et celui de mettre en place de nouveaux facteurs de rigidité qui ne pourraient qu'inciter davantage nos entreprises à exporter leurs activités de production.

### **1.2.5. Responsabilité individuelle/responsabilité collective**

Une multitude d'acteurs interviennent dans l'émission et le transport d'informations sur Internet. Ainsi, l'envoi de courrier électronique sur Internet implique l'émetteur de la communication, le fournisseur d'accès, le fournisseur de services, éventuellement un fournisseur d'accès étranger, le récepteur de la communication... En outre, la dématérialisation des échanges et la complexité de la structure d'Internet ne permettent pas toujours d'identifier l'acteur à l'origine des messages.

Se posent dès lors les questions suivantes : qui porte la responsabilité de la présence éventuelle sur le réseau, d'informations illicites ou de sites qui violeraient le droit d'auteur? L'éditeur du site est-il seul responsable ou peut-on envisager une responsabilité collective des différents acteurs impliqués dans la mise à disposition de ces informations? Qu'en est-il notamment quand l'éditeur du site ne peut être identifié?

### **1.3. La fin des frontières**

Le brouillage des limites et des repères que l'on vient d'évoquer touche également et surtout les frontières géographiques.

Internet est un réseau mondial. Il met fréquemment en relation des acteurs situés dans des pays différents. Parfois même sans que ceux-ci ne puissent s'identifier mutuellement. En tout état de cause, il facilite le développement de pratiques commerciales et privées dépassant le cadre national.

Or le droit, censé être l'expression du consensus social au sein d'une communauté, reste pour l'essentiel caractérisé, de ce fait, par un ancrage national; et les processus d'élaboration de ce consensus sont prévus constitutionnellement.

En cas d'infraction - même dans l'hypothèse où l'action incriminée apparaît délictueuse sur chacun des territoires concernés -, l'application de règles juridiques est évidemment plus lente, plus aléatoire et plus complexe dès que l'infraction considérée implique divers Etats. Les signataires de "L'Appel de Genève" ont notamment mis l'accent sur le déséquilibre croissant entre le caractère transnational de certaines activités criminelles - transfert ou blanchiment d'argent sale via les réseaux, etc. - et les moyens mis à disposition des autorités judiciaires dans le cadre d'enquêtes dépassant le cadre d'un seul pays.

Par ailleurs, comme les bases du consensus social - ou, ce qui revient au même, des rapports de force sociaux - peuvent être différentes de pays à pays, les dispositifs réglementaires connaissent des différences importantes, que l'existence d'un réseau mondial comme Internet a tendance à souligner :

- ceci est vrai, par exemple, dans le domaine - très sensible - de la pornographie puisque, du fait de facteurs culturels et historiques, certaines pratiques peuvent être délictueuses dans certains pays et autorisées dans d'autres. Même l'âge de la majorité sexuelle n'est pas le même dans les différents pays européens;

- face au développement des bases de données, certains Etats sont plus attentifs que d'autres au respect de la vie privée. Par ailleurs, certaines informations peuvent être considérées comme sensibles dans un pays et anodines dans un autre;

- des consommateurs peuvent avoir accès, via le réseau, à des sites proposant des produits ou services dont la vente est interdite - ou à tout le moins réglementée - sur leur territoire national, mais autorisée - voire entièrement déréglementée - ailleurs;

- la diffusion d'un message publicitaire peut être licite ou illicite selon les pays, en fonction de sa forme - la publicité comparative est, par exemple interdite dans certains Etats -, ou de la nature du produit dont la promotion est faite, ce qui est notamment le cas pour des produits comme le tabac, les médicaments ou les boissons alcoolisées.

Comment donc arbitrer lorsque, sur le réseau, l'on constate l'existence de pratiques autorisées dans un Etat - par exemple, l'Etat d'émission - et interdites dans un autre - dans ce cas, l'Etat de réception ?

Cette question dite "du droit applicable" est loin de constituer un simple cas d'école : elle s'est notamment posée aux Etats-Unis où un centre serveur de Las Vegas proposait une publicité pour des jeux de hasard, sur un site évidemment accessible depuis tous les Etats américains, notamment depuis le Minnesota où ces jeux sont interdits. On sait, dans un autre registre, qu'en France - et d'ailleurs, désormais en Belgique - il est interdit de publier les résultats de sondages d'opinion directement avant les scrutins électoraux. Lors du dernier scrutin, certains organes de presse de l'Hexagone ont donc choisi de contourner la réglementation en diffusant ces informations depuis un site Internet abrité, pour l'occasion, sur un serveur localisé à l'étranger.



Face à ce type de problèmes, deux possibilités existent :

- la première consiste à appliquer la loi du pays de réception. Mais, dans ce cas, le risque existe d'imposer au monde entier la vision d'un seul pays, d'une seule région ou d'une seule communauté.

A nouveau, cette éventualité est loin d'être fictive : le cas Compuserve que nous avons déjà évoqué montre bien que l'intervention d'un Etat - en l'occurrence ici, l'Allemagne - peut aboutir à interdire aux habitants d'autres Etats d'avoir accès à un service qui n'a fait l'objet d'aucune mesure contraignante ni dans son pays d'émission, les Etats-Unis, ni dans les autres Etats de réception;

- la seconde possibilité consiste à appliquer, sous réserve de l'exception d'ordre public international, la loi du pays d'émission, c'est-à-dire du pays où est situé le centre serveur contenant l'information fournie. Outre le fait que cette solution présente des difficultés techniques - la notion de fichier en tant qu'espace physique de stockage d'informations pourrait être amenée à laisser progressivement la place à des opérations de traitement de données, plus difficilement localisables -, elle comporte un risque majeur : elle est susceptible de servir les intérêts des acteurs qui veulent se localiser dans les pays où la réglementation est la moins contraignante, et de renforcer la tendance de certains Etats à tirer avantage d'une politique du moins disant réglementaire.

La question du régime fiscal applicable au commerce électronique illustre bien les difficultés auxquelles sont confrontés les différents Etats. On sait en effet qu'aujourd'hui, selon les pays, entre un tiers et la moitié des ressources publiques proviennent des taxes indirectes. Chacun admet évidemment que le développement du commerce électronique devrait avoir lieu en respectant le principe de la neutralité fiscale : aucune charge supplémentaire ne devrait ainsi peser sur les nouvelles formes de commerce, par rapport aux activités traditionnelles. Par contre, les charges fiscales imposées au commerce classique - notamment, en Europe, la taxe sur la valeur ajoutée - devraient également peser sur le commerce électronique. Telle est, notamment, la position défendue par la Commission européenne.<sup>11</sup>

Néanmoins, comme nous l'avons signalé plus haut, il peut être difficile d'apprécier la localisation de l'offreur. En tout état de cause, le risque existe, si la taxation dépend du siège d'exploitation du vendeur, de voir celui-ci implanter son centre serveur là où le taux d'imposition est le plus avantageux.

Si, au contraire, la taxation dépend du lieu de livraison, il est nécessaire - ce qui est loin d'être acquis - de pouvoir repérer les actes d'échange et identifier les clients. Le lieu de livraison est d'ailleurs particulièrement difficile à déterminer quand l'échange ne porte pas sur un bien matériel. Or, dès à présent, le commerce électronique porte majoritairement sur

---

11. La Commission propose la mise en place d'une charte internationale visant à coordonner les diverses politiques de réglementation en matière de commerce électronique, notamment en ce qui concerne la fiscalité. Comme le souligne le Commissaire Martin BANGEMANN, "(cette charte) serait un instrument de coordination" souple "non contraignant qui constituerait une réponse pragmatique et moderne aux besoins des technologies modernes". Voir à ce sujet : (<http://www.lmb.cnrs.fr/ntic/livert.html>).

des activités de services. Et ce phénomène ne pourra que s'accroître puisque différents biens faisant aujourd'hui l'objet d'un échange physique - les livres, les C.D. audio, les cassettes vidéo, etc. - pourront, à court ou à moyen terme, être proposés, par le biais d'opérations de téléchargement, directement sur le réseau.

Quoi qu'il en soit, le développement des réseaux internationalisera les pratiques du shopping : le consommateur comparera les offres au niveau mondial et intégrera le niveau des taxes comme une composante de son choix. S'ils ne veulent pas pénaliser leurs entreprises, les Etats, qui se trouveront désormais dans une situation de concurrence directe, seront donc contraints d'aligner leur fiscalité indirecte sur les règles en vigueur dans les pays les moins taxants. Cette situation sera d'autant plus problématique qu'elle se produira dans un contexte de mobilité accrue des entreprises, des capitaux et de la main-d'œuvre qualifiée, qui empêchera les Etats de répercuter sur la fiscalité directe les effets d'une éventuelle diminution des taxes indirectes.

Tous les Etats sont concernés par ce problème. Mais ils le sont d'autant plus que leur situation de départ est caractérisée par un niveau d'endettement élevé. Dans cette situation, la recherche de modes de financement alternatifs (taxes sur l'énergie, taxes sur l'utilisation des réseaux informatiques - ou "cybertax"<sup>12</sup>, taxes sur les déchets, etc.) constitue un enjeu majeur de société.

#### **1.4. Vers de nouveaux équilibres ?**

Le droit est la formalisation de consensus et de rapports de force existants dans la société, à un moment donné. Tout ce qui modifie ces éléments, est donc à même d'influer sur les règles juridiques.

Or le développement des réseaux, à la fois parce qu'il bouleverse les pratiques et parce qu'il rend plus aléatoire les modes classiques d'intervention de l'Etat, est précisément en mesure de modifier les rapports de force entre acteurs sociaux. Certains aspects du droit, qui se basaient ou dont l'application se fondait sur un équilibre entre des intérêts divergents, se trouvent ainsi fragilisés dans ce nouvel environnement. Comme le souligne Pierre Trudel<sup>13</sup>, "les droits mis en cause dans la circulation de l'information ont tous un caractère interrelié. Le champ d'un droit ou d'une liberté est défini par les limites découlant des impératifs d'un autre droit ou d'une liberté invoquée à son encontre."

Ce propos peut être illustré par différents exemples, qui révèlent des tensions contradictoires entre des intérêts opposés mais sans doute légitimes. Les règles de droit devraient, pour relever ces nouveaux défis, opérer une juste balance entre ces intérêts.

12. Cfr. L. SOETE, The "Bit Tax": in the Case for Further Research, (<http://www.ispo.cec.be/hleg/bittax.html>)

13. P. TRUDEL et alii, Droit du Cyberspace, Université de Montréal, Editions Thémis, 1997, p.11-3

### 1.4.1. Accès au réseau vs. libéralisation du secteur des télécommunications

Le développement de l'Internet se produit dans un contexte général marqué par la libéralisation du secteur des télécommunications : l'offre d'infrastructures comme l'offre de services de télécommunications sont aujourd'hui ouvertes à la concurrence. Parallèlement, elles sont désormais essentiellement le fait d'entreprises privées - ou mixtes - ou encore d'entreprises en cours de privatisation. La libéralisation du secteur des télécommunications, c'est-à-dire l'ouverture à la concurrence, offre à n'en pas douter des avantages, notamment parce qu'elle doit théoriquement se solder par une baisse des prix ; à l'inverse elle pose pourtant des questions délicates du point de vue de l'accès au réseau. Les missions de service public sont en effet rarement prises en charge spontanément par des entreprises privées.

La façon d'organiser dans ce cadre les missions d'intérêt général doit donc être revue. La reprise, en Europe, ces dernières années, de la notion américaine de "service universel" poursuit précisément cet objectif : garantir le respect d'un certain nombre d'obligations de service public quand les infrastructures de réseau ne sont pas - ou plus - gérées par un monopole de droit public mais par un ensemble d'entreprises de droit privé opérant en concurrence. Ainsi en Belgique, dans le secteur des télécommunications, la loi du 21 mars 1991<sup>14</sup> modifiée dernièrement par la loi du 19 décembre 1997<sup>15</sup>, garantit-elle l'offre d'un ensemble minimal de services de garantie donnée, à un prix raisonnable et égal quelle que soit la localisation de l'utilisateur sur le territoire national.

Si l'on admet - ce qui ne semble guère douteux - qu'il sera demain aussi important, pour les citoyens, d'accéder aux nouveaux services d'information interactifs, qu'aujourd'hui d'accéder au service téléphonique ou aux services de distribution d'énergie, deux questions doivent alors être soulevées : tout d'abord l'étendue précise de la notion de "service universel" dans le secteur des communications; ensuite le caractère opérationnel de ce concept.

#### a) La notion de "service universel"

En l'état actuel, les services de télécommunications concernés par les dispositions relatives au service universel sont limités aux services classiques : le service téléphonique de base, l'annuaire (pages blanches), le service de renseignement téléphonique et l'accès aux cabines publiques. La loi du 19 décembre 1997 prévoit néanmoins que ce concept est évolutif, c'est-à-dire susceptible d'être étendu en fonction des développements technologiques et de ce qui sera considéré comme un besoin essentiel pour l'ensemble de la population.

Depuis longtemps, les sociologues ont pourtant appris à se méfier de la notion de besoin qui est tout sauf objectivable; en outre, en matière d'innovation, le besoin naît souvent de l'offre. Dans ce cadre, sur quelle base pourra-t-on se fonder pour estimer que l'accès aux

14. M.B., 27 mars 1991, p.6155

15. M. B., 30 décembre 1997, p. 34986, err. 23 avril 1998

services d'information interactifs revêt ou non le caractère d'un besoin essentiel? Comment éviter que les autorités publiques n'admettent ce caractère que lorsque les nouvelles technologies seront largement répandues<sup>16</sup>? C'est-à-dire ne se limitent à avaliser des situations de fait?

## b) Les limites du service universel

L'expérience - certes récente, mais néanmoins réelle - acquise en Europe quant à l'application du concept du service universel dans le secteur des communications permet aujourd'hui de mieux en appréhender les limites<sup>17</sup>. Notamment le fait que, sans dispositions précises relatives aux tarifs, les règles relatives au service universel n'empêchent pas les prix des services - et surtout les structures de prix - d'évoluer au détriment des petits consommateurs.

Au-delà de cela, la garantie d'accès aux nouveaux services de communication ne peut évidemment être pensée uniquement en termes d'accès à un réseau physique ou en termes tarifaires. Tout effort destiné à lutter contre la dualisation de la société entre ceux qui ont accès à l'information : les "haves", selon l'expression de l'Administration américaine, et ceux qui ne l'ont pas : les "haves not" - doit vraisemblablement intégrer d'autres dimensions, plus larges, d'ordre culturel et social. Comment donc prendre en compte ces autres dimensions?

- Au cœur de tout dispositif se trouve sans doute la nécessité de formation à l'utilisation des nouvelles technologies. En Belgique, les initiatives conjointes de l'Etat fédéral, des Communautés et des Régions faciliteront bientôt l'équipement des établissements scolaires et leur connexion au réseau Internet. On ne peut néanmoins se passer d'un projet intégrant l'utilisation de ces nouveaux outils dans une démarche pédagogique adaptée, faute de quoi le recours à ces équipements pourrait se révéler inutile, voire néfaste.

- Par ailleurs, il convient vraisemblablement que les pouvoirs publics s'interrogent sur la façon d'utiliser les nouvelles technologies dans l'offre de services qu'ils proposent aux citoyens. L'objectif, à cet égard, ne peut évidemment se limiter à donner une image de modernité aux services publics et, indirectement, à ceux qui en ont la charge. On ne peut non plus, accepter que les moyens mobilisés pour offrir des services électroniques performants, n'entraînent une détérioration des services "traditionnels", préjudiciant les usagers n'ayant pas accès aux nouvelles technologies de l'information.

Malgré ces réserves, il serait sans doute dommageable que les pouvoirs publics ne puissent voir dans les nouvelles technologies une façon d'augmenter leur productivité, d'améliorer la qualité des services rendus à la population, de former celle-ci et de la conscientiser à l'intérêt de ces nouveaux outils. Dans cette perspective, il est pourtant nécessaire que le législateur examine si les lois d'accès aux documents administratifs ne devraient pas être revues en fonction des développements technologiques.

16. Voir par exemple à ce propos le U.S. Telecommunications Act, Pub. LA. N°. 104-104, 110 Stat. 56 (1996), <http://www.fcc.gov/tecom.htm#text>

17. Y. POULLET, Service(s) universel(s) d'informations publiques, Ministère de l'économie et des finances, 29/01/1997, pp. 51-60.

On peut aussi se demander s'il ne conviendrait pas, pour éviter que certains ne puissent être en mesure de bénéficier des services de l'Etat, d'inclure dans le "service universel" non seulement une garantie d'accès aux nouvelles technologies, mais également le droit pour chaque citoyen de bénéficier de documents administratifs sous forme papier. Quels que soient les moyens mis en œuvre pour élargir l'accès aux technologies de l'information et de la communication, une partie de la population ne sera très vraisemblablement pas atteinte par ces mesures. Dans cette perspective, le maintien des formes traditionnelles de communication est donc une garantie importante dans la problématique de l'accès.

#### **1.4.2. Respect de la vie privée vs. intérêts des opérateurs économiques et institutionnels**

La protection de la vie privée n'a pas réellement suscité d'inquiétude tant que les données à caractère personnel étaient contenues dans des fichiers localisés difficilement transmissibles et dont la finalité du traitement ne pouvait être détournée. Le développement de l'informatique a permis depuis les années 70, de rationaliser le stockage et le traitement d'informations. Désormais, la consultation à distance, le croisement des bases de données, la recherche "multicritère" de données sont possibles. Cela ne va pas sans soulever un certain nombre d'appréhensions, notamment lorsque ces informations émanent d'organismes de droit public.

Dans un premier temps, la crainte de voir l'Etat utiliser ces bases de données à des fins de contrôle avait engendré l'apparition d'un certain nombre de dispositions réglementaires visant à protéger le citoyen. La réglementation visait alors surtout l'outil de stockage des données, c'est-à-dire les fichiers centralisés.

Dans un deuxième temps, la multiplication et la diversification de ces bases de données ainsi que leur utilisation à des fins commerciales ont contribué à renforcer ces textes réglementaires. On a notamment estimé que le contrôle ne devait plus porter uniquement sur le stockage de données mais sur toutes les opérations de traitement. Ainsi, en Belgique, depuis 1992, la constitution et l'utilisation de bases de données à caractère personnel sont encadrées par un texte spécifique, la *Loi du 8 août 1992 relative à la protection de la vie privée à l'égard du traitement des données à caractère personnel*<sup>18</sup>. Ce texte stipule que la constitution comme l'utilisation de bases de données à caractère personnel sont subordonnées au respect des principes suivants : (i) le principe de transparence - devoir d'information vis-à-vis des personnes à propos desquelles des données sont traitées, droit d'accès et de vérification de ces personnes aux informations les concernant -, (ii) le principe de finalité légitime (utilisation des informations limitée aux finalités déclarées par le responsable du traitement et estimée légitime). Comme dans d'autres pays européens, la Loi a, de surcroît, prévu la création d'un organe (*la Commission de la Protection de la vie privée*) chargé d'enregistrer

---

18. M.B., 18 mars 1993, p.5801

les déclarations des opérateurs, de remettre des avis en cas de litige, et doté d'une fonction de conciliation.

Même perfectible, ce régime a permis d'aboutir à un relatif équilibre entre les intérêts des citoyens et des consommateurs, d'une part, les intérêts de l'Etat et des opérateurs économiques d'autre part. Ce souci d'équilibre entre les droits des individus et les intérêts économiques se traduit d'ailleurs bien dans l'intitulé de la directive censée harmoniser les différentes réglementations européennes en la matière, puisque celle-ci s'intitule "*Directive relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*<sup>19</sup>".

Mais le développement des réseaux ouverts, tels Internet, dont l'essor n'avait été prévu ni par la Loi de 1992 ni par la Directive de 1995, est de nature à multiplier les capacités de recueil, de stockage et de traitement des informations à caractère personnel, et à leur donner une dimension internationale. Plus encore, ce développement diminue la transparence des lieux et des finalités de traitement des données.

En outre, lors de transactions sur Internet, un volume important d'informations personnelles est souvent dévoilé consciemment ou inconsciemment. Dans le cadre de transactions commerciales, par exemple, les paiements par carte de crédit doivent souvent être complétés d'informations personnelles. De façon plus générale, la consultation régulière d'Internet laisse des traces dont l'utilisateur n'est pas toujours conscient. Les serveurs ont ainsi la capacité de stocker des informations concernant les pages consultées, les achats réalisés, et le temps passé par l'utilisateur à partir de "*cookies*" installés sur les navigateurs des ordinateurs connectés au réseau. Cette collecte d'informations permet d'analyser les comportements et d'établir des profils de consommateurs de plus en plus précis.

L'intérêt que les citoyens et consommateurs peuvent retirer d'une telle situation (développement d'une offre individuelle de services, amélioration des services prestés par les organismes publics, gains de productivité au sein de ceux-ci, etc.) n'est certes pas négligeable, mais peut-on raisonnablement échanger le bénéfice de sa vie privée contre des avantages sociaux ou économiques? Peut-on négocier sans limite ce qui représente une liberté fondamentale, un droit de l'Homme?

Quoi qu'il en soit, la protection des données à caractère personnel et leur traitement légitime ont toujours été un sujet délicat, exacerbé sur Internet. En effet, non seulement Internet simplifie la collecte de données à l'insu des personnes concernées, il peut aussi faciliter le détournement de la finalité du recueil de ces informations, de sorte que, finalement, l'individu peut perdre rapidement tout moyen d'entrer en contact avec ceux qui stockent ou utilisent ces données<sup>20</sup>. Les développements technologiques aboutissent donc sans doute ici aussi à remettre en cause les équilibres acquis. Et l'on est en droit de se demander si, face à cette évolution de l'environnement, les dispositions réglementaires actuelles resteront suffisantes.

19. Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L281, 23/11/1995.

20. M.-H. BOULANGER & C. de TERWANGNE, "Internet et le respect de la vie privée", Cahiers du CRID, n°12, p.189-213.

### 1.4.3. Sécurité des transactions vs. lutte contre la criminalité

S'il est vrai que le commerce électronique semble constituer un secteur au potentiel considérable, son développement dépendra probablement de la confiance que porteront ses utilisateurs potentiels - vendeurs et acheteurs - à Internet en tant que support pour des échanges commerciaux. On peut en tout état de cause s'attendre à ce que les parties souhaitent que les transactions soient suffisamment sécurisées pour que les opérations soient fiables et pour empêcher tout tiers de prendre connaissance des éléments constituant le moyen d'identification de l'acheteur et de les utiliser à des fins délictueuses.

Les techniques de cryptage sont sans nul doute aujourd'hui suffisamment sophistiquées pour permettre une sécurisation raisonnable des transactions commerciales. Mais, dans le même temps, elles contribuent à opacifier, pour les pouvoirs publics et les autorités judiciaires, l'utilisation du réseau. Et il semble que les organisations criminelles recourent d'ores et déjà intensément aux nouvelles technologies, notamment à Internet, pour procéder à des opérations illégales, particulièrement à des opérations de transfert et de blanchiment d'argent. Des auteurs affirment même que le nombre d'affaires criminelles où l'emploi de techniques de cryptage est mentionné connaît une croissance annuelle supérieure à 50 %<sup>21</sup>.

Les autorités policières et judiciaires expriment donc fréquemment la crainte que la généralisation de la cryptographie n'aboutisse à complexifier la lutte contre la grande criminalité. C'est, par exemple, l'opinion du Directeur du F.B.I., Louis FREEH, qui en juin 1997 prédisait l'avènement d'une société virtuelle entièrement soumise aux barons de la drogue et aux terroristes, si des pouvoirs renforcés en matière de surveillance des messages cryptés ne lui étaient pas accordés<sup>22</sup>. A l'inverse, l'industrie - notamment l'industrie des logiciels et tous les secteurs impliqués dans le développement du commerce électronique - et les associations d'utilisateurs d'Internet font pression pour une libéralisation de la cryptographie.

Au sein de différents pays, et entre ceux-ci, un débat parfois extrêmement vif est donc en cours entre les partisans d'une libéralisation totale et les défenseurs d'un maintien d'un contrôle étatique sur cette technologie<sup>23</sup>. A ce jour, en Belgique, l'utilisation de logiciels de cryptage n'est plus soumise, depuis la loi du 17 décembre 1997, à aucune contrainte particulière et est donc entièrement libre. Notons toutefois que le projet de loi du 4 juillet 1998 sur la criminalité informatique oblige les opérateurs à garder des traces des opérations réalisées, ce qui permet un certain contrôle *a posteriori* de celles-ci.

21. Pour une analyse approfondie de l'infiltration progressive du crime organisé sur le réseau, voir S. LE DORAN & Ph. ROSÉ, *Cyber Mafias*, Paris, Editions Denoel, 1998

22. Cfr. : (<http://www.epic.org/crypto/legislation/freeh6497.htm>)

23. L'affaire du "Clipper Chip" aux États-Unis qui a fait beaucoup de bruit mais qui n'a finalement pas abouti, illustre bien la question soulevée : le Gouvernement américain avait en effet fait développer une "puce" à installer sur chaque ordinateur. Le cryptage des messages n'aurait pu se faire qu'au travers de ces "chips", qui auraient tous utilisé une clé différente, dont les autorités américaines auraient gardé une copie. Sous la pression conjointe des milieux industriels et de l'opinion publique - très attentive aux libertés individuelles -, le Gouvernement américain a cependant abandonné son projet.

#### 1.4.4. Liberté d'expression vs. contrôle des contenus et des comportements illicites

La plupart des contenus disponibles sur Internet relèvent de toute évidence de la communication publique et donc du droit des médias. Les dispositions relatives à la liberté d'expression - qui n'est d'ailleurs pas seulement la liberté d'exprimer son opinion mais aussi celle de recevoir des idées ou informations - y trouvent sans nul doute un nouveau terrain d'application.

Certes, la liberté d'expression peut être limitée, mais uniquement dans des conditions très strictes, expressément détaillées dans la Convention européenne des droits de l'homme : la restriction doit être prévue par la Loi, elle doit répondre à des motivations légitimes et doit s'avérer nécessaire dans une société démocratique. En d'autres termes, la liberté d'expression peut et doit être mise en balance avec d'autres libertés et l'intérêt général. C'est ainsi que chacun admettra vraisemblablement sans difficultés que l'on ne peut tolérer que des sites Web diffusent des propos racistes, révisionnistes ou encore des images à caractère pédophile qui auraient été sanctionnés si ils avaient été publiés sur d'autres médias.

Est-il certain pour autant que le point d'équilibre entre le principe de la liberté d'expression et les autres libertés doive être le même pour Internet que pour les autres médias ? On a déjà souligné plus haut la difficulté d'isoler, parmi les informations transmises sur Internet, ce qui relève de la communication publique de ce qui relève de la communication privée. Au-delà de cela, doit-on prendre en compte le fait que la diffusion d'informations sur Internet s'inscrit, dans nombre de cas - pour le moment du moins -, dans le cadre d'activités sans but lucratif, fréquemment exercées à titre gratuit ? Convient-il de considérer qu'Internet, le support par excellence de diffusion de travaux non aboutis - ce que l'on appelle les travaux "in progress" - puisse être aussi le support de diffusion d'informations brutes, non nécessairement vérifiées ou recoupées ? Le profil socio-démographique particulier des premiers utilisateurs d'Internet - essentiellement des universitaires et de jeunes intellectuels urbains -, la structure décentralisée du réseau, le faible niveau des investissements requis pour pouvoir diffuser des messages ou des informations au monde entier, tous ces éléments ont fait d'Internet, dans un premier temps, un espace singulier de liberté. Cette situation doit-elle changer dès lors que l'utilisation du réseau se généralise ? Le droit des médias doit-il s'appliquer sans tenir compte de la spécificité du "réseau des réseaux" ?

Ajoutons qu'Internet n'est pas simplement un nouveau média. Les jeux en réseau sont aussi la préfiguration d'un ensemble de situations extrêmement nouvelles. Les progrès des technologies de l'information vont en effet faire apparaître un ensemble de services permettant à l'utilisateur d'agir sur des personnages dont l'existence sera exclusivement ou essentiellement virtuelle. Jacques ATTALI, dans son dernier ouvrage<sup>24</sup>, propose de libéraliser les espaces virtuels, allant, par exemple, jusqu'à soutenir que des pratiques à caractère

24. J. ATTALI, Dictionnaire du XXIème siècle, Paris, Ed. Fayard, 1998



pédophile devraient y être autorisées. La thèse est évidemment provocante; elle a néanmoins le mérite de souligner le fait qu'il est loin d'être évident que le "cyberespace" doive être régi par les mêmes règles que le monde réel.

#### 1.4.5. Gestion électronique du droit d'auteur vs. libre circulation des idées

Toutes les données circulant sur Internet ne sont pas le produit d'une œuvre de création et ne sont pas nécessairement, à ce titre, protégées par le droit d'auteur. Cette situation est pourtant fréquente. Pendant un temps, l'on a pu craindre, à cet égard, que la digitalisation et, plus spécifiquement, que l'offre sur le réseau d'œuvres protégées soient de nature à porter atteinte aux ayants-droit. Certains, en ce sens, allaient même jusqu'à annoncer la fin prochaine des régimes de droit d'auteur.

Ces propos doivent sans doute être aujourd'hui nuancés. Il convient vraisemblablement, en tout cas, de distinguer droit moral et droits patrimoniaux :

- droit moral

De toute évidence, le régime de protection morale des œuvres jusqu'à présent en cours est susceptible, si l'on n'y prend garde, d'être fragilisé par l'évolution technologique. L'intégrité des œuvres disponibles sur le réseau ne peut en effet plus être assurée dans des conditions satisfaisantes, chaque utilisateur étant en mesure d'apporter des modifications ou des ajouts à une œuvre de création et de la réinjecter sur le réseau sans précautions particulières.

- droits patrimoniaux

En ce qui concerne les droits patrimoniaux, le régime actuel résulte d'une volonté d'équilibre entre les intérêts des ayants-droit (les auteurs et les autres titulaires de droits) et ceux des utilisateurs, volonté d'équilibre qui s'est notamment traduite par l'instauration, dans les pays anglo-saxons, de systèmes dits de "*fair use*" et, en Europe continentale, par des systèmes "d'exceptions" aux termes desquels des dérogations au régime général du droit d'auteur peuvent exister (copie privée, non-voyants, etc.).

A cet égard, on peut craindre que, progressivement, des systèmes techniques ne soient mis en place pour protéger plus strictement les intérêts des titulaires de droits, c'est-à-dire pour généraliser la perception de rémunérations, quels que soient le mode d'utilisation et le statut des utilisateurs. Avant même que ces dispositifs techniques ne soient opérationnels, l'on assiste à une certaine inflation de textes réglementaires qui aboutit à étendre le champ des produits et services protégés par le droit d'auteur, c'est-à-dire à protéger des domaines qui jusqu'à présent ne l'étaient pas.

En ce sens, on doit se demander si l'on n'aboutit pas - moins d'ailleurs sous la pression des auteurs que sous celle des autres titulaires de droits - à remettre progressivement en cause les équilibres jusqu'à présent acquis.

Les législations relatives à la propriété intellectuelle se donnaient pour objectif de protéger l'auteur des œuvres puisque dans ses rapports avec l'utilisateur, il était considéré comme la partie faible. Avec l'avènement de la gestion électronique des droits, l'équilibre se modifie<sup>25</sup>. En effet, d'une part, le titulaire des droits accède<sup>26</sup> à une place centrale dans l'utilisation des œuvres, d'autre part, l'utilisateur devient la partie faible, toute utilisation de contenu étant désormais susceptible d'être contrôlée, interdite ou rémunérée, et cela, quel que soit le statut de l'œuvre, qu'elle fasse partie du domaine public ou non.

Au fait de l'évolution des technologies et des pratiques, l'équilibre légitime entre la protection des ayants droit et la libre circulation des idées et des œuvres se trouve donc remis en cause. Au-delà, ne doit-on pas considérer que ce sont les conditions de développement de long terme des marchés liés à l'information qui pourraient se trouver fragilisées, pour autant que l'on admette, comme certains auteurs le soutiennent, que les systèmes d'exception ou de "fair use" jusqu'ici prévus ne visaient pas seulement à garantir les intérêts des utilisateurs mais aussi à créer les conditions optimales de développement de marchés émergents ?

#### 1.4.6. Innovation vs. intérêts des acteurs en place

Internet, chacun s'en rend compte aujourd'hui, est au centre d'une puissante dynamique d'innovation :

- la gestion du réseau, la sécurisation des transactions, le développement de sites, l'aide à la recherche d'informations sur le Web sont autant de domaines d'activité pour des entreprises de logiciels, parmi lesquelles figurent une majorité de "start-ups". Netscape est l'exemple-type d'une P.M.E. qui, en l'espace de quelques années, a pu connaître une croissance fulgurante, avant, il est vrai, d'enregistrer quelques difficultés;

- par ailleurs, dans tous les secteurs utilisateurs, Internet contribue à fragiliser les situations de rente et à abaisser le niveau des barrières à l'entrée. Pour la première fois, le développement de stratégies globales n'est plus l'apanage des grandes sociétés multinationales.

Néanmoins, pour différents motifs que les économistes ont désormais bien identifiés - notamment en raison de l'existence ce que l'on appelle les "externalités de réseau" -, les industries de l'information sont soumises à des mouvements de concentration horizontale et d'intégration verticale extrêmement violents. Les entreprises leaders de ces nouveaux marchés en émergence font tout pour empêcher l'apparition ou le développement de nouveaux entrants. Le meilleur exemple de cette situation est évidemment celui de Microsoft qui a obtenu des constructeurs de micro-ordinateurs utilisant son système d'exploitation - soit 90 % des P.C. du monde entier - qu'ils installent d'office son "navigateur" de façon à étendre

25. J.-C. LARDINOIS, S. DUSOLLIER, "A propos de la proposition de Directive Européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société d'information.", *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, 03/1998, n° 98/1, p. 16-23

26. Ce titulaire ne sera bien évidemment pas l'auteur lui-même mais des ayants droits tels que des grosses sociétés de gestion.

sa position de leader au marché de l'Internet et à contrecarrer la montée en puissance de Netscape.

Le chiffre d'affaires et les bénéfices - fussent-ils exorbitants - des acteurs qui dominent aujourd'hui le marché constituent sans doute - au moins dans une certaine mesure - la juste rémunération des risques qu'elles et leurs actionnaires ont pris, de leurs efforts de recherche et de la pertinence de leur politique stratégique. Néanmoins, l'on peut s'interroger sur les effets de moyen terme de ces mouvements de concentration :

- Certains considèrent cette évolution peu préoccupante, estimant que, particulièrement dans les secteurs à forte évolution technologique, les situations de monopole ne peuvent en aucun cas être considérées comme pérennes. Et effectivement, le cas d'I.B.M. en qui chacun voyait, il y a peu, le leader indétrônable de l'ensemble des marchés liés aux technologies de l'information, mais qui, en quelques années, a dû céder pied devant de nouveaux compétiteurs, tendrait à prouver que de nouveaux entrants sont toujours prêts à profiter des innovations technologiques pour contester la situation des acteurs dominants.

- D'autres, à l'inverse, pensent que la constitution de monopoles est contraire à l'intérêt général : non seulement elle porte atteinte aux intérêts des utilisateurs, mais elle contribue également à freiner les processus d'innovation. On constate une tendance à la concentration des droits de propriétés industrielles et intellectuelles qui ne manque pas de générer des inquiétudes quant à la libre circulation des idées sur le réseau mondial. En outre, la normalisation de fait des standards techniques est de nature à permettre la création de monopoles mondiaux.

Dans ces conditions, pour arriver à une situation optimale - d'un point de vue social -, peut-on faire confiance aux seuls mécanismes du marché? Convient-il, au contraire, de les encadrer par des mécanismes réglementaires? Le cas échéant, l'application des lois générales de concurrence peut-elle suffire? Ou faut-il mettre en place des dispositifs spécifiques?

L'intérêt récent de la justice américaine pour les situations d'Intel et de Microsoft, ou encore celui de la Commission européenne pour les activités Internet de MCI montrent bien, en tout cas, que les technologies de l'information sont désormais au cœur des préoccupations des acteurs ayant en charge l'application des réglementations relatives à la concurrence. Il semble que les législations existantes puissent être appliquées au secteur des nouvelles technologies de l'information. Néanmoins, leur application s'avère délicate dans un contexte international et à forte tendance oligopolistique.

L'avènement d'une société de l'immatériel, modifiant la dynamique de croissance des entreprises, bouscule les équilibres plus ou moins acquis entre intérêts de court terme des entreprises, intérêts immédiats des utilisateurs et intérêts de long terme, de l'ensemble des acteurs de la vie économique et sociale.

## SOLUTIONS ENVISAGEABLES

Le caractère novateur d'Internet interroge donc le droit, et ceci à plusieurs niveaux. Quelles réponses apporter à ces questions? De nombreuses situations témoignent d'abord de la possibilité d'adapter les concepts juridiques. Par ailleurs, l'évolutivité et la complexité technique et de marché apportée par les développements dont Internet est une résultante, font apparaître de nouveaux modes de production du droit. Ceux-ci se traduisent par une coopération internationale accrue, ainsi que par la définition de règles nouvelles par l'intermédiaire de procédures définies par les utilisateurs du réseau eux-mêmes. Ceci suscite enfin le développement de nouveaux modes d'application de la réglementation et de nouvelles procédures de sanction.

### 2.1. Adaptation de concepts juridiques existants

Nous avons souligné que l'émergence d'Internet contribue à brouiller les limites jusqu'ici acquises, rendant plus délicate l'application de certaines règles. Le droit n'en est pas pour autant ébranlé dans ses fondements. En effet, les concepts qu'utilise le droit sont relativement plastiques dans la mesure où le langage juridique ne sert pas à décrire la réalité mais au contraire à agir sur la réalité. Il importe en effet peu qu'un forum de discussion soit classé par le langage courant - qui décrit la réalité - comme une communication privée ou publique; le législateur va au contraire se demander s'il convient de lui apporter une protection semblable à celle d'une communication privée ou d'une communication publique. On optera pour une qualification ou l'autre, voire une qualification sui generis avec un régime juridique ad hoc. Cette qualification sera donc moins dépendante de ce qu'est le forum électronique que de ce qu'on veut en faire.

Une nouvelle approche des concepts juridiques encadrant le secteur de la communication peut probablement permettre de résoudre les problèmes liés aujourd'hui à l'existence de réglementations sectorielles. De façon plus générale, les incertitudes qu'introduisent les nouvelles technologies ne doivent probablement pas être singularisées par rapport aux précédentes évolutions qu'ont connues la société et donc le droit. Chaque transformation technologique, sociale ou économique a imposé au législateur de repenser les textes ou tout au moins aux autorités judiciaires de faire évoluer la jurisprudence. Même si le phénomène est particulièrement spectaculaire aujourd'hui, les concepts juridiques ne sont pas figés mais peuvent au contraire s'adapter aux modifications de l'environnement introduites par le développement d'Internet.

### 2.1.1. Vers une approche fonctionnelle de la communication

Internet, avons-nous dit, brouille les frontières et les limites, notamment celles entre communication publique et communication privée, et entre secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications. Or, jusqu'à présent, les réglementations encadrant chacun de ces domaines sont distinctes et le critère permettant de déterminer le régime applicable est principalement celui du support utilisé.

Certains juristes proposent dès lors d'adopter une approche davantage fonctionnelle pour déterminer quel régime juridique appliquer aux communications utilisant le réseau Internet. Celle-ci consisterait à :

- déterminer les fonctions qui relèvent respectivement de la communication publique ou privée;
- classer les différentes formes de communication qui transitent par le réseau selon la fonction qu'elles remplissent;
- et examiner le régime juridique qui pourrait leur être appliqué en recourant à des analogies avec les formes "classiques" de la communication<sup>27</sup>.

Ainsi pourrait-on considérer que l'utilisation du courrier électronique pour échanger une correspondance privée relèverait - comme le téléphone ou le courrier postal - de la communication privée et devrait, entre autres, bénéficier de la confidentialité. Par contre, au même titre que la diffusion d'un service radio ou TV, ou encore que l'édition d'un titre de presse, la mise à disposition d'un site sur le Web pourrait être considérée comme une diffusion d'informations à un public non-identifié, relevant dès lors de la communication publique, et donc soumise à certaines obligations réglementaires en matière de contenu.

L'acceptation d'une telle approche pourrait avoir des répercussions diverses, notamment sur le champ d'intervention des organes de régulation, ainsi que sur le régime de responsabilité des acteurs.

- En effet, si l'on tirait toutes les conséquences de cette approche, il conviendrait sans doute de redéfinir les compétences respectives des organes de régulation de l'audiovisuel et des télécommunications. On pourrait, par exemple, être amené à considérer que la diffusion d'oeuvres audiovisuelles sur Internet devrait désormais relever de la compétence des organes de régulation jusqu'ici en charge essentiellement de la radio et de la télévision.

- Retenir une approche de type fonctionnel pourrait aussi faciliter l'identification des responsabilités sur Internet, puisque l'on sait qu'en matière de communication, le régime de la responsabilité repose sur la distinction communication publique/communication privée.

Dans une communication privée, l'émetteur et le récepteur du message sont soumis au régime commun de la responsabilité, alors que celui qui transporte les communications ne peut être tenu pour responsable du contenu des messages. Dans le cadre d'Internet, seuls

27. Voir, à ce propos, C. LAMOULINE, Y. POULLET, *Des Autoroutes de l'information à la " démocratie électronique "*, Bruxelles, Bruylant, 1997

donc l'émetteur et le récepteur d'un courrier électronique de nature privée, seraient responsables de son contenu.

Pour les communications publiques - dans le cadre, par exemple, de la télévision ou de la presse écrite -, c'est généralement le régime de la responsabilité en cascade qui est d'application. La responsabilité de l'imprimeur d'une publication à contenu révisionniste ou incitant à la haine raciale est, par exemple, susceptible d'être engagée si l'éditeur ne peut être identifié. Il serait possible d'appliquer le même régime dans le cadre d'Internet. Ce régime permettrait alors, quand il est impossible d'identifier l'origine des informations circulant sur le réseau, d'en faire porter la responsabilité sur le fournisseur d'accès ou sur l'opérateur de services en ligne qui, eux, sont facilement identifiables<sup>28</sup>. Il semble pourtant qu'un tel système comporte des inconvénients de taille; une doctrine majoritaire lui préfère donc le principe général de la responsabilité civile<sup>29</sup>.

### 2.1.2. Vers un élargissement des champs d'application de concepts juridiques existants

D'autres adaptations sont possibles. Ainsi, certains concepts juridiques sont progressivement interprétés de façon extensive, de façon à pouvoir s'appliquer aux pratiques en cours sur les réseaux. L'évolution du concept de la signature est un exemple de ce mouvement.

Comme nous l'avons vu, déroger au régime de la preuve réglementée par la signature préalable de conventions écrites entre les parties est peu applicable dans le cadre de réseaux ouverts. Il convient donc d'analyser la possibilité d'une application extensive du régime de la preuve. Dans ce cadre, le concept de signature doit pouvoir être étendu à l'environnement de réseau. Cette question de la validité de la signature électronique semble recevoir une réponse par une approche fonctionnelle<sup>30</sup> qui consiste, comme son nom l'indique, à analyser dans quelle mesure les principales fonctions de la signature - d'une part, l'identification des

28. Des règles susceptibles d'être appliquées à Internet font référence à ce régime de responsabilité. Une disposition de la loi sur les pratiques de commerce et sur l'information et la protection du consommateur, prévoit ainsi un système de responsabilité en cascade en matière de publicité. Cette disposition est apparue comme une forme de protection du consommateur belge face aux annonceurs étrangers. En effet, si le consommateur se sent lésé, l'action peut être dirigée contre l'éditeur ou le producteur, l'imprimeur ou le réalisateur, le distributeur ou encore toute personne qui aurait contribué sciemment à ce que la publicité produise son effet. On retrouve ici une possibilité pour faire porter la responsabilité sur le fournisseur d'accès au cas où l'annonceur ne pourrait être identifié. B. DE NAYER, "Acheter et vendre sur l'Internet: réflexions sur le cadre juridique belge", DCCR, 1997-1998, pp. 5-22.

29. E. MONTERO, "Les responsabilités liées à la diffusion d'informations illicites ou inexacts sur Internet", Cahiers du CRID, n° 12, 1997, p.127

30. C'était la thèse défendue dès 1991 par M. ANTIONE, J-F. BRAKELAND et M. ELOY, "Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information. Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents", Cahiers du CRID, n° 7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991. Cette thèse a été largement avalisée par les travaux de l'UNCITRAL et devrait être consacrée prochainement par le législateur belge. Cfr. M. ANTOINE et D. GOBERT, "Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification", R.G.D.C., sept. 1998, n°4, p. 285-310.

parties contractantes et, d'autre part, l'adhésion des signataires au contenu - sont remplies adéquatement par la "signature" électronique. Sur cette base est examiné comment l'informatique peut assurer ces fonctions. Plusieurs solutions techniques permettent de répondre aux exigences posées par cette double fonction de la signature, ainsi les signatures créées par des procédés de cryptographie asymétrique<sup>31</sup>, et/ou fondées sur la reconnaissance de caractéristiques biométriques.

Il est intéressant de noter qu'Internet pose des exigences nouvelles auxquelles la cryptographie peut répondre et qui pourraient être interprétées comme une extension des fonctions de la signature. Bien que *la signature au sens strict soit conçue comme la confirmation a posteriori d'une transaction à des fins de preuve, la signature électronique sur Internet devient une condition de reconnaissance d'autrui et dès lors une condition de reconnaissance de la transaction*<sup>32</sup>.

## 2.2. Adaptation des modes de production du droit

Au-delà de la plasticité des concepts juridiques qui permet d'envisager leur application au contexte nouveau des inforoutes, apparaissent de nouvelles procédures de production de règles qui impliquent à la fois des institutions publiques et des organismes privés.

### 2.2.1. Le rôle des "autorités administratives indépendantes"

La rapidité à laquelle évolue l'environnement technologique et de marché rend la tâche de l'Etat particulièrement délicate quand il s'agit de produire des règles juridiques

31. Pour plus d'informations, voir E. DAVIO, "Questions de certification, signature et cryptographie", Cahiers du CRID, n°12, 1997, p.79 e.s.

A titre d'illustration, nous reprenons une disposition de la Directive relative aux contrats à distance (Directive du 17 février 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, JOCE L97/7). En droit belge, la loi sur les pratiques du commerce et sur l'information et la protection du consommateur (Loi du 14 juillet 1991, Moniteur Belge du 29 août 1991), est aujourd'hui d'application en la matière. Elle doit néanmoins être adaptée pour reprendre les dispositions de la directive dont le contenu est susceptible d'être appliqué à Internet en matière de protection du consommateur. Cette disposition stipule qu'une offre est valable si elle répond à certaines conditions. Il faut notamment une confirmation écrite de la réponse de l'offre. Le support de cette confirmation doit être écrit ou durable. La possibilité d'utiliser un E-Mail, une disquette ou une cassette vidéo est spécifiée. De plus, le vendeur doit s'assurer que le consommateur soit le seul destinataire de la confirmation écrite et que son contenu ne soit pas modifié. L'application de cette disposition au contexte d'Internet permet de faire deux constats. D'une part, le courrier électronique ou autre support informatique semble être accepté aux côtés d'un écrit papier comme élément de preuve. Internet peut donc fournir des éléments de preuve. D'autre part, le vendeur doit répondre de l'authenticité du message et de sa destination. Sur Internet, il pourrait recourir à des techniques de cryptographie telles que décrites ci-dessus, pour y répondre. Ces techniques permettront au vendeur de prouver que c'est lui qui est à l'origine du message et de plus qu'il adhère à son contenu; en d'autres termes, ces techniques lui permettront de remplir les fonctions de la signature. L'absence de relation physique entre les acteurs requiert néanmoins également qu'il y ait une forme d'identification a priori des acteurs. De nouveau, la cryptographie asymétrique pourrait permettre d'y répondre.

32. Y. POULLET, "Quelques considérations sur le droit du cyberspace", Cahiers de la Faculté de Droit, FUNDP, Namur, septembre 1998.

ou de les faire appliquer. De surcroît, les questions juridiques deviennent de plus en plus complexes, et requièrent de la part des autorités compétentes toujours plus d'expertise sectorielle.

Les formes classiques de production des normes de droit et leurs modes d'application sont, à certains égards mal adaptés à cette nouvelle situation. C'est pourquoi, l'intervention directe de l'Etat se voit parfois renforcée par la mise en place d'autorités administratives, plus ou moins indépendantes des pouvoirs législatifs et exécutifs, chargées en un domaine particulier, de produire des normes de droit, de les faire appliquer, voire de sanctionner les éventuels contrevenants<sup>33</sup>. Dans la plupart des pays développés, de telles autorités administratives ont ainsi été mises en place dans les secteurs de l'audiovisuel et des télécommunications. Dans certains cas, comme aux Etats-Unis ou au Canada, pour tenir compte du mouvement de convergence entre ces deux secteurs, un seul organe de régulation, respectivement la Federal Communications Commission (F.C.C.) et le Conseil de la radiodiffusion et des télécommunications canadiennes (C.R.T.C.), est chargé de ces deux domaines. Dans d'autres, notamment en France et au Royaume-Uni, l'on a mis en place des organes différents. C'est le cas également en Belgique où l'Institut Belge des Services Postaux et des Télécommunications (I.B.P.T.) est l'organe de régulation - au niveau fédéral - des postes et télécommunications, alors que le Mediaraad et le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (C.S.A.) sont, eux, en charge de l'audiovisuel. La convergence entre les secteurs des télécommunications et de l'audiovisuel impliquera nécessairement une collaboration étroite entre ces diverses autorités administratives.

### 2.2.2. La coopération internationale

La globalisation des marchés, la mondialisation des échanges économiques et la mobilité croissante des individus nécessitent, de toute évidence, davantage de coopération entre les différents Etats-nations, voire - mieux - un processus d'harmonisation des dispositifs réglementaires nationaux. Le développement d'Internet ne peut qu'accélérer ce processus. A ce titre, il est au centre des préoccupations de diverses instances gouvernementales.

Il apparaît aujourd'hui clairement que de nombreuses questions liées au développement des réseaux ne pourront être abordées qu'à travers une coopération internationale minimale. C'est vrai pour des questions relevant du droit fiscal ou du droit du travail mais aussi pour des problèmes plus spécifiques comme ceux relatifs aux noms de domaines - c'est-à-dire aux noms des sites Internet - ou ceux concernant l'interopérabilité des réseaux et des services.

Sans coopération internationale, Internet risque en effet de vider de leur sens les règles juridiques nationales. Nous l'avons vu : étant donné les différences entre celles-ci, les incertitudes liées à la question de la loi applicable ne permettent pas de garantir aux utilisateurs qu'ils pourront faire valoir sans difficultés leurs droits, même si ceux-ci sont inscrits dans la

33. Par exemple, la Commission de protection de la vie privée créée par la loi du 8 décembre 1992 est une autorité administrative indépendante qui joue un rôle essentiel dans la mise en place de la loi relative à la protection de la vie privée.



loi de leur pays. Certaines conventions internationales définissent des critères de rattachement en matière de la loi applicable<sup>34</sup>. Mais aucune convention spécifique n'a encore vu le jour pour les activités réalisées sur Internet.

Les efforts de coopération en cours portent à la fois sur la production des règles, sur leur application et sur la question de la standardisation :

- **La coopération internationale en vue de l'élaboration de règles internationales et la fixation de principes généraux**

Le travail d'harmonisation des lois nationales des Etats-membres de l'Union européenne en vue de la réalisation du marché unique a permis l'adoption de textes communautaires concernant des matières qui sont susceptibles de se poser sur Internet; c'est le cas notamment pour la directive sur la protection de la vie privée<sup>35</sup> et pour celle sur le commerce à distance<sup>36</sup>. Ces directives contiennent même des dispositions qui pourraient inciter des Etats non membres de l'Union à adapter leur réglementation dans le sens voulu par les autorités européennes. La directive sur la vie privée, par exemple, contient une disposition sur les flux transfrontaliers de données, qui spécifie que ceux-ci ne sont autorisés que lorsque le pays destinataire offre une protection jugée "adéquate"<sup>37</sup>. Les transferts de données à caractère personnel vers les Etats-Unis pourraient donc être considérés comme illicites puisque les U.S.A. ne disposent pas, à ce jour, de réglementation en matière de protection de la vie privée. Cette menace, conjuguée il est vrai, aux pressions des organisations consuméristes américaines, ont amené les autorités de Washington à commencer à revoir leur position, preuve, s'il en était besoin, que les dispositions communautaires ne sont pas sans effet, y compris en dehors des pays de l'Union.

En plus de ces textes de portée générale, sont prises différentes initiatives spécifiques à Internet. La communication de la Commission "*Une initiative européenne en matière de commerce électronique*"<sup>38</sup> vise ainsi à stimuler le développement du marché intérieur par le

---

34. C'est le cas, par exemple, de la Convention de Rome de 1980, en matière de protection du consommateur.

Cfr., sur ces sujets, Y. BRULARD et P. DEMOLIN, "Les Transactions commerciales avec les consommateurs sur Internet, Internet face au droit", Cahiers du CRID, n°12, 1997, pp. 42-62.

35. Directive 95/46 CE du parlement et du Conseil Européen relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel, JO 1995, L281.

36. Directive 97/7 CE du Parlement et du Conseil Européen sur la protection du consommateur en matière de contrat à distance, JO 4/6/97, L 144/19.

37. POULLET, Y., HAVELANGE, B., BOULANGER, M.-H., BURKERT, H., LEFEBVRE, A., Commission européenne DG XV, Elaboration d'une méthodologie pour évaluer l'adéquation du niveau de protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel., C.R.I.D., 12/1996.

38. COM(97)157.

commerce électronique<sup>39</sup>, et la communication "*Contenu illégal et préjudiciable sur Internet*"<sup>40</sup> a pour objectif de fixer des principes conformes à l'intérêt général".

Deux autres directives sont en cours d'adoption :

- la première sur les droits d'auteur<sup>41</sup> a été adoptée par la Commission en décembre 1997 et est actuellement soumise au Parlement. Elle propose une liste d'exceptions au régime général du droit d'auteur, que les Etats-membres auront la possibilité de reprendre dans leur législation nationale, mais qu'ils ne pourront en aucun cas étendre;

- l'autre sur la responsabilité des acteurs en matière de commerce électronique, tente, notamment, de préciser la responsabilité des fournisseurs d'accès.

Au-delà de ces initiatives communautaires, se mènent des travaux au sein d'organisations internationales aussi diverses que l'Organisation pour le Développement et la Coopération Economique (O.C.D.E.), le G7, l'Organisation Mondiale du Commerce (O.M.C.) ou le Conseil de l'Europe, qui aboutissent à la création d'organes de veille pour détecter les actions à entreprendre, ou à l'expression de recommandations à destination des Etats, de façon à ce que les dispositifs juridiques nationaux se fondent sur un nombre minimal de principes communs. L'O.C.D.E. a ainsi développé une réflexion sur le développement de la Société de l'Information et sur les obstacles qui pourraient éventuellement l'entraver<sup>42</sup>. Et le G7 a tenté de définir des orientations générales en matière de loi applicable, de définition des responsabilités et de coopération judiciaire.

Pour sa part, l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (O.M.P.I.) cherche à harmoniser les réglementations sur les droits patrimoniaux des titulaires de droits, et à préciser ce qui, sur Internet, doit être considéré comme une œuvre protégée.

### • La coopération judiciaire en vue d'améliorer l'application des lois et la sanction des délits à dimension internationale

Parallèlement aux travaux d'harmonisation des législations nationales, des accords de coopération judiciaire, en facilitant l'échange d'informations et la réalisation d'enquêtes internationales, ou en permettant de procéder à des extraditions, accentuent le caractère effectif des réglementations des différents Etats et renforcent la capacité de sanctionner des délits à dimension internationale.

39. On peut constater un nombre important de textes concernant, de façon directe ou indirecte, le commerce électronique: Directive sur la protection des consommateurs en matière de contrat à distance du 20 mai 1997, 97/7/CE, J.O., 4 juin 1997, 1144/19; Directive sur la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996, J.O., 23 juin 1996; Recommandation de la Commission européenne n° 97/489 du 30 juillet 1997 concernant les opérations effectuées au moyen d'instrument de paiement électronique, 97/489/EC, J.O., L208, 2 août 1997. Traité de l'OMPI sur Droit d'auteur et Traité de l'OMPI sur la protection des droits des artistes-interprètes et des producteurs de phonogrammes, adopté par la Conférence Diplomatique du 20 décembre 1996, disponible sur <http://www.wipo.org>.

40. COM(97)623

41. Proposition de Directive sur le Droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information, COM 97(628).

42. Lors des derniers débats, l'O.C.D.E. a ainsi semblé opter pour une libéralisation de la cryptographie, dans le but d'encourager le développement du commerce électronique.

## • La standardisation internationale

La standardisation est évidemment un élément clé dans le fonctionnement du réseau Internet. Entrepris initialement dans le domaine des infrastructures de télécommunications pour assurer l'interconnexion des réseaux et l'interopérabilité des services, les travaux de standardisation concernent progressivement d'autres questions, plus spécifiques peut-être au fonctionnement du "réseau des réseaux" :

- la sécurité des systèmes
- la protection des utilisateurs
- l'intégrité des données
- la qualité des services et des produits offerts
- ....

La préoccupation des instances compétentes à ce sujet - principalement l'Union Internationale des Télécommunications (U.I.T.) au niveau mondial et l'European Telecommunications Standards Institute (E.T.S.I.) au niveau européen - consiste essentiellement à établir un équilibre entre le besoin de standardisation et les impératifs de la concurrence. Dans le domaine de la cryptographie, par exemple, la volonté existe de fixer un standard qui rencontre des objectifs minimaux en termes de sécurité tout en permettant le développement de la concurrence dans l'offre de logiciels.

### 2.2.3. L'autoréglementation

La complexité des problèmes juridiques liée au caractère transfrontalier d'Internet, à son évolutivité et à son interactivité a suscité la mise en place de règles par les utilisateurs et/ou les agents économiques eux-mêmes. La production de ces normes et/ou leur application sur une base volontaire, ou en d'autres termes l'autoréglementation, apparaît en effet comme une façon nouvelle de fixer des règles de comportement sur Internet en partant du principe que ses acteurs connaissent mieux que quiconque leur secteur d'activité et sont capables d'en suivre les évolutions. Ils sont à même d'imaginer des règles flexibles, s'adaptant aux évolutions de l'environnement. L'Etat et les organisations internationales peuvent, de la sorte, être dégagés de certaines de leurs missions, et concentrer leur action sur la définition de principes-cadres.

L'autoréglementation se traduit essentiellement par l'élaboration de chartes ou de codes de bonne conduite, et par la mise en place de moyens qui permettent de les mettre en œuvre, de les faire respecter, voire de sanctionner les contrevenants. Initialement, cette idée de charte ou de code de bonne conduite auxquels souscrivent - ou sont encouragés à souscrire - les différents acteurs concernés par le développement d'Internet est d'origine américaine, mais elle progresse actuellement dans la plupart des régions du monde<sup>43</sup>.

43. En Belgique, plusieurs initiatives émanant du secteur privé ont déjà été prises. Voir à ce propos, *Bedrijven verkiezen zelf-regulering van elektronische handel*, De Financieel-Economische Tijd, 26 februari 1998.

Des initiatives sont prises à la fois sur le plan mondial, régional ou national et parfois également au niveau sectoriel. Ainsi, l'Internet Society, organisme privé qui rassemble des représentants de la société civile, du monde économique et de différents Etats dans le but de soutenir le développement d'Internet et l'innovation technologique, a publié des lignes directrices relatives à l'utilisation d'Internet. Celles-ci, formalisées dans la "Netiquette", définissent des règles acceptables d'utilisation du réseau. D'autres organismes interviennent davantage sur les questions concernant les aspects techniques du réseau. L' "Assigned Number Authority (I.A.N.A.)" gère ainsi l'attribution des adresses et des noms de domaines, alors que le "W3 consortium" qui a notamment été à l'origine du développement du standard P.I.C.S. (*Platform for Internet Content Selection*) et qui, plus récemment a développé la norme P3P en matière de protection des données (*Platform for Privacy Preferences*)<sup>44</sup>, joue un rôle important de promotion de standards techniques.

Les initiatives nationales concernent évidemment au premier chef les associations de fournisseurs d'accès et de services, par exemple, la *Safety Net Foundation* au Royaume-Uni, l'*Association des Fournisseurs d'accès (AFA)* en France, ou encore l'*Internet Service Providers Association (ISPA)* en Belgique. Les codes de bonne conduite énoncés par ces organismes sont d'ailleurs assez semblables : en règle générale, il s'agit d'encourager le recours à des dispositifs techniques qui permettent de classer les contenus - afin que l'utilisateur puisse choisir lui-même les contenus auxquels il veut accéder -, ainsi que l'ouverture de "points-contacts" susceptibles d'enregistrer les plaintes des utilisateurs qui constateraient que le contenu de tel ou tel site ne correspondrait pas à ce qu'ils sont légitimement en droit d'attendre. Ces textes admettent également la responsabilité des fournisseurs d'accès qui, bien qu'informés de l'existence de contenus préjudiciables, n'auraient pris aucune mesure pour en limiter ou en contrôler l'accès.

Certaines professions ou certains secteurs ont aussi été amenés à définir, à côté de ces codes de bonne conduite de portée générale, des codes de bonne conduite propres à leur domaine d'activité. Le secteur du marketing direct en est certainement le meilleur exemple<sup>45</sup>. On sait, en effet, que le développement d'Internet, en facilitant considérablement la récolte et le traitement d'informations à caractère personnel, est en train de bouleverser fondamentalement la physionomie de ce secteur. Les informations portant nominativement sur les consommateurs acquièrent une valeur stratégique et sont au centre de nombre d'opérations d'échange. Nous avons souligné plus haut les risques d'atteinte à la vie privée que ce mouvement comporte, et précisé que le consommateur ne peut désormais avoir l'assurance, quelle que soit la loi de son pays, que ses droits seront protégés par les opérateurs étrangers. C'est pourquoi le secteur du marketing direct a développé sa propre charte qui définit dans quelles conditions il est possible d'utiliser loyalement les données à caractère personnel.

44. Cf. infra pt. 3.3.2.

45. DMA' s Barton : ANIs Not a Threat, DM News, July 5, 1993, p. 1. ; DMA, Grassroots Advocacy Guide for Direct Marketers, p. 50 ( May 1993 ); K. Wilson, Your Life as an Open Book, Newsday, July 21, 1993, p. 49.

### **2.3. Adaptation des modes d'application et de sanction du droit: la responsabilisation des utilisateurs du réseau**

La définition de règles de comportement sur les autoroutes de l'information par les acteurs eux-mêmes, sera d'autant plus efficace si ces acteurs peuvent se doter de moyens adaptés aux exigences du réseau pour les faire respecter.

#### **2.3.1. L'application des codes de bonne conduite**

Diverses dispositions ont ainsi été prises, par les éditeurs de services ou par les fournisseurs d'accès, pour que les règles contenues dans ces chartes ou codes de bonne conduite soient appliquées, et ceci de façon à la fois effective et conforme aux spécificités du réseau :

- dans les groupes de discussion, des "modérateurs" sont de plus en plus fréquemment chargés d'écarter les messages qui ne répondraient pas aux conditions de participation à ces forums de discussion;
- les pratiques de "flaming" - elles aussi en plein développement - consistent à déconnecter du réseau les sites qui ne respectent pas les chartes ou codes de bonne conduite en vigueur;
- enfin, les "points-contacts", cités précédemment, constituent une autre façon de veiller à l'application des règles prévues dans les chartes et codes de bonne conduite.

#### **2.3.2. Les contrats**

Internet repose par ailleurs sur une structure susceptible d'intégrer parfaitement le régime contractuel de la responsabilité. Des accords contractuels, relatifs à l'accessibilité des contenus sur le réseau, peuvent en effet être conclus entre les différents acteurs, par exemple entre éditeurs de services et fournisseurs d'accès ou entre fournisseurs d'accès et utilisateurs<sup>46</sup>.

La société israélienne Toranet qui a une clientèle très ciblée, composée essentiellement de membres de la communauté juive orthodoxe, propose ainsi un accès au Web limité aux sites qui ne portent pas atteinte aux valeurs des membres de cette communauté, de sorte que ses clients peuvent être sûrs que toute information potentiellement offensive est filtrée en amont par le fournisseur d'accès et ne leur sera donc pas proposée<sup>47</sup>.

#### **2.3.3. La mise à disposition de dispositifs techniques**

La mise en place de dispositifs techniques de plus en plus normalisés, permet de définir avec précision les termes des contrats passés entre les différents acteurs et d'en faciliter le respect ou l'application :

46. TRUDEL, P., "Le cyberspace : réseaux constituants et réseau de réseaux", Les autoroutes de l'information : enjeux et défis, Centre de recherche en droit public, 1996, p.151

47. F. CAIRNCROSS, The Death of Distance, Boston, Harvard Business School Press, 1997

- situés à la fois au niveau des centres serveurs et/ou des équipements terminaux employés par les utilisateurs, ces dispositifs peuvent, par exemple, apporter quelques éléments de réponse à la question de la diffusion de contenus illicites sur Internet. Le recours aux P.I.C.S. (Platform for Internet Content Selection) permet ainsi de classer les différents sites selon une liste de critères (sexe, racisme, violence, etc.) et une échelle de graduation établis par des associations représentant les divers secteurs de la société civile. Il est alors loisible à l'utilisateur de choisir le type de sites auxquels lui et les membres de sa famille peuvent avoir accès. Ceci a comme conséquence que, sous la condition que le fournisseur du service mette les dispositifs techniques adéquats à disposition de l'internaute, c'est ce dernier lui-même qui porte une large part de la responsabilité. Alors que dans l'approche classique du droit la responsabilité est spécifiée a priori par la règle de droit, ici l'utilisateur se doit de fixer lui-même au cas par cas ce qu'il estime être un comportement responsable.

- des dispositifs similaires sont progressivement mis en place pour améliorer le respect de la vie privée. Ainsi, la norme P3P (Platform for Privacy Preferences) permet de définir au niveau des centres serveurs le niveau d'intimité que l'éditeur d'un site s'engage à respecter. Cette même norme, définie au niveau des "navigateurs", permet d'enregistrer le niveau d'intimité que l'utilisateur souhaite conserver lors de la consultation de sites WEB. L'utilisateur est en effet invité à donner ou non son accord pour que soient communiqués des données permettant éventuellement de le contacter (adresse, numéro de téléphone, adresse électronique), des renseignements financiers le concernant (numéro de carte de crédit), des informations relatives aux sites qu'il a visités sur Internet, ...

- d'autres dispositifs techniques permettent de répondre au souci des utilisateurs de n'être reconnus et identifiables que - s'ils le désirent - par leur correspondant. L'utilisation de logiciels de cryptographie a précisément pour objet de répondre à ce souci de protection des données à caractère personnel, condition préalable au développement, sur grande échelle, du commerce électronique<sup>48</sup>;

- enfin, comme le souhaitent les ayants-droit, l'accès aux œuvres peut être mieux contrôlée et la perception des droits patrimoniaux y afférent rendue plus efficace en recourant à des dispositifs techniques comme l'"*Electronic copyright management system*" qui peut fonctionner avec un système de paiement par Internet après identification d'une "licence électronique".

---

48. Selon la méthode dite de la cryptographie asymétrique, chaque personne détient une clé secrète et une clé publique. Les messages cryptés par l'une de ces deux clés peuvent uniquement être décryptés par l'autre. La clé publique est mise à disposition dans un annuaire de clés. Les messages cryptés par l'utilisation de la clé secrète pourront être décryptés par la clé publique correspondante, ce qui attestera l'identité de la personne ayant envoyé le message. De même, un vendeur cryptant un message avec la clé publique de son client pourra s'assurer que ce dernier sera le seul à pouvoir lire son message.

### 2.3.4. L'apparition de tiers certificateurs

Enfin, plusieurs pratiques de régulation qui se développent progressivement sur Internet, nécessitent l'apparition de "tiers certificateurs", sorte de relais physiques et locaux, contrepoids au caractère anonyme et transnational des activités qui transitent sur Internet.

La technique de la cryptographie asymétrique, qui a pour but d'assumer les fonctions de signature électronique, induit notamment l'intervention de ces nouveaux acteurs. Une façon de s'assurer que les clés de cryptage appartiennent bien aux personnes concernées consiste en effet à leur proposer de déposer leur clé auprès de tiers certificateurs - des "notaires électroniques" - qui peuvent alors se porter garants de leur identité.

La fonction du tiers certificateur se limite donc dans ce cas à attester l'identité des acteurs impliqués dans une transaction sur Internet. Mais elle peut être plus large : ces organismes peuvent aussi certifier *la qualité* des services offerts sur Internet. En matière de commerce électronique, le tiers pourrait ainsi cautionner le vendeur, en lui attribuant un label de qualité. Techniquement, on pourrait imaginer que le logo du tiers certificateur soit repris sur les écrans des sites des sociétés qui répondraient aux critères de qualité fixés par le tiers (ou fixés contractuellement entre le tiers et ces compagnies). Ce logo serait automatiquement retiré dès que le vendeur ne répondrait plus à ces conditions.

Ce régime permettrait donc un système de sanction à la fois simple et efficace. Il est aussi basé sur la conviction que la seule éventualité du retrait du label devrait inciter les acteurs à ne pas avoir de comportement répréhensible sur le réseau.

Les premières initiatives en matière de certification de sites par des tiers ont été prises conjointement par le Canadian Institute of Chartered Accountants (CICA) et l'American Institute of Certified Chartered Accountants (AICPA). Ces deux organismes ont développé le label Webtrust. Ce dernier est octroyé aux sites commerciaux qui respectent les principes énoncés comme essentiels à l'accomplissement de transactions commerciales sécurisées, tels que les principes commerciaux applicables dans les transactions avec les consommateurs, l'intégrité des transactions et la protection de l'information. Ces initiatives ont donné lieu au développement d'activités similaires dans d'autres pays.<sup>49</sup>

Nous le voyons, les différents modes d'application et de sanction des règles définies sur le réseau font avant tout appel à la responsabilisation des utilisateurs. D'une part, l'accent est mis sur l'importance de l'appartenance à une communauté d'acteurs qui se veut

---

49. De tels organismes, se proposant de prendre en charge les fonctions de tiers certificateur, existent également en Belgique. L'institut des réviseurs d'entreprises Coopers & Lybrand et Belsign ont ainsi développé le label de qualité Trust2, qui est octroyé aux entreprises qui répondent à certains critères tels que le respect des droits d'auteur, l'utilisation loyale des données à caractère personnel, la ponctualité des livraisons, la sécurité des transactions, la possibilité d'annuler les commandes, etc. Le respect de ces critères par les entreprises est examiné régulièrement au travers d'un audit, ce qui explique la présence de Coopers & Lybrand dans cette initiative. Le rôle de Belsign consiste, lui, à confirmer l'identité des parties par l'octroi d'un certificat digital et à opérer une certaine régulation des comportements sur Internet.

---

respectueuse des règles qu'elle s'est imposées. D'autre part, on assiste au développement de dispositifs techniques qui donnent à l'utilisateur une plus grande liberté dans la définition de ce qu'il veut ou non faire sur le réseau. En ce sens, la technique est mise à sa disposition. Elle doit lui permettre de définir l'utilisation du réseau à laquelle il s'identifie. Finalement, la dématérialisation des relations entraînée par le développement des réseaux, demande que l'utilisateur puisse être rassuré sur l'identité de ses interlocuteurs. La création d'organismes tiers responsables de garantir la qualité d'une personne ou d'un service tente de répondre à ce souci et peut également être une garantie à l'acceptation des dispositifs techniques par les utilisateurs.



## EVALUATION DES SOLUTIONS

Différentes solutions se profilent donc. Probablement ont-elles toutes un rôle à jouer. Elles ne semblent pourtant répondre que de façon partielle et limitée aux questions que le développement d'Internet soulève.

### 3.1. Adaptation des concepts juridiques existants

Nous avons vu que l'approche "fonctionnelle" des problèmes suscités par l'émergence des réseaux exige à la fois (i) de pouvoir déterminer les fonctions qui relèvent respectivement de la communication publique et privée, (ii) de classer les différentes formes de communication transitant par le réseau selon la fonction qu'elles remplissent et (iii) d'examiner les conséquences législatives qui découlent des régimes juridiques "traditionnels" du monde de la communication. Or, procéder à de telles opérations, à de telles distinctions et à de tels classements est loin d'être aisé.

- La pertinence de la distinction entre communication publique et privée est mise en cause. A la différence de ce qui se passe pour les médias traditionnels, on ne peut, en effet, dans le cadre d'Internet, parler sans précaution de diffusion de contenus. Il s'agit davantage d'une mise à disposition d'informations auxquelles chacun accède et parmi lesquelles chacun "voyage" de sa propre initiative. En d'autres termes, l'utilisateur - le terme n'est d'ailleurs pas anodin -, détient un pouvoir de décision quant aux informations dont il prend connaissance. On est loin de la "passivité" du récepteur inhérente aux médias traditionnels, caractéristique qui motivait l'existence d'une réglementation spécifique.

Peut-on dès lors se proposer d'appliquer sans réticence aux contenus véhiculés par Internet, les régimes juridiques propres aux médias - notamment aux médias audiovisuels -, régimes dont l'origine se trouve précisément dans le manque de contrôle qu'ont les spectateurs sur la succession des informations qui leur sont présentées?

- **D'autre part, chacune des formes de communication transitant par Internet peut remplir différentes fonctions.**

Assimiler le commerce électronique à de la correspondance et donc à de la communication privée, et la mise à disposition d'informations via le Web à de la communication publique semble en effet réducteur :

- Peut-on en effet qualifier de communication privée l'envoi groupé - par l'intermédiaire de "robots" - d'E-mails au moyen de listes de diffusion collective?

- Inversement, les sites Web faisant appel à la technologie dite "push", qui consiste à envoyer automatiquement des informations à un ensemble d'utilisateurs selon les requêtes qu'ils ont préalablement définies ou en fonction de leurs centres d'intérêt, peuvent-ils être classés dans la communication publique?

Dans cette situation, seule probablement une approche au cas par cas permettrait de catégoriser ces formes de communication. Mais le caractère opératoire d'un tel procédé n'est pas garanti.

• **Enfin, il n'est pas acquis que l'on puisse appliquer tels quels les régimes juridiques propres aux médias traditionnels.**

Le système de la responsabilité en cascade, en vigueur dans les secteurs des médias écrits et audiovisuels, reviendrait ici à reporter - au moins dans un certain nombre de cas - la responsabilité des contenus des services transitant sur le réseau, sur les fournisseurs d'accès ou sur les opérateurs de services en ligne. Au-delà des difficultés techniques que cette formule engendre, l'on peut se demander si contrôler les contenus relève effectivement de la mission des fournisseurs d'accès. En outre, si la réponse était positive, ceux-ci seraient évidemment tentés de répercuter sur leurs prix le coût des opérations ou des dispositifs de contrôle, voire les risques liés à leur fonction, ce qui ne pourrait que freiner l'essor d'Internet.

Enfin, si aujourd'hui la solution consistant à reporter - sous certaines conditions - la responsabilité des contenus sur les fournisseurs d'accès, se justifie éventuellement par leur ancrage national, l'évolution technologique et de marché risque de rendre cette formule bientôt obsolète. En l'état actuel, les fournisseurs d'accès peuvent empêcher la diffusion de services illicites à un endroit tout en en permettant la diffusion à un autre, ce qui est, sans nul doute, un élément de réponse aux différences culturelles et donc réglementaires entre pays. Mais qu'en sera-t-il demain avec le développement des accès à Internet via satellite ou lorsque, avec la baisse inéluctable des coûts des services internationaux de télécommunications, chacun pourra choisir un fournisseur d'accès situé pratiquement en n'importe quel point du globe?

Dans ce contexte, l'on ne peut que se demander si les développements technologiques incitent davantage à approfondir les fondements des réglementations actuelles ou à les remettre en cause. L'analyse de la situation des - rares - pays qui ont tenté d'intégrer les nouveaux services dans leur législation met en tout cas en évidence les difficultés auxquelles sont confrontées les autorités publiques.

Ainsi en est-il, par exemple, en Allemagne, un des premiers pays européens à avoir adapté son cadre réglementaire de façon à prendre en compte le phénomène du multimédia. Le secteur de la communication y fait donc désormais l'objet d'une réglementation que l'on pourrait qualifier d'"horizontale", au sens où elle distingue différents types de services - les services de télécommunications, les services médias et les "nouveaux services" -, sans faire référence au support utilisé. Cette approche élargit donc le champ de la réglementation existante en mentionnant explicitement le cas des "nouveaux services" qui ne relèvent ni des télécommunications, ni de l'audiovisuel. Les difficultés liées à la qualification des différents types de services et les conflits de compétences que ceci ne manquera d'engendrer - puisque, selon les cas, ces services peuvent relever de la compétence de l'Etat fédéral ou des Länder - illustrent cependant bien les limites de ce type d'approche.

La même situation pourrait d'ailleurs se produire en Belgique, où, s'il est acquis que les télécommunications relèvent de l'Etat fédéral et l'audiovisuel des Communautés, la situation relative aux nouveaux services proposés sur Internet est nettement plus incertaine.

### **3.2. Adaptation des modes de production, d'application et de sanction du droit**

#### **3.2.1. Le rôle des "autorités administratives indépendantes"**

Les missions des autorités administratives indépendantes varient selon le mandat que le pouvoir législatif leur attribue. La complexité de ces missions provient essentiellement du fait que leur travail s'inscrit à l'intersection entre les intérêts de l'Etat et ceux des acteurs économiques.

L'existence de ces autorités ne se justifie que pour autant qu'elles disposent d'une indépendance minimale vis-à-vis des pouvoirs législatif et exécutif. Mais, dans le même temps, assez paradoxalement, ces institutions ne sont légitimes que parce qu'elles sont mises en place et leurs membres nommés par les représentants du Peuple ou par des Ministres responsables devant ceux-ci.

Ces autorités doivent aussi être suffisamment proches des acteurs économiques pour saisir l'ensemble des enjeux liés à des matières techniques et complexes; mais elles ne peuvent se limiter à exprimer les intérêts communs aux divers acteurs économiques, tant il est vrai que l'intérêt général est plus et autre chose que la simple addition des intérêts particuliers.

Entre indépendance et soumission au(x) pouvoir(s) politique(s), et entre incapacité à saisir la situation des acteurs économiques et sujétion aux intérêts des entreprises du secteur, la voie est nécessairement étroite comme l'attestent les nombreuses critiques qui ont été formulées tant à l'égard de l'I.B.P.T. - dont le pouvoir de tutelle est en même temps actionnaire principal de l'opérateur de télécommunications dominant - que vis-à-vis du C.S.A., dont la composition - comme d'ailleurs celle de la Commission de protection de la vie privée - résulte d'un laborieux travail d'alchimie motivé par des soucis d'équilibre politique et par la volonté d'associer à ses travaux les principaux acteurs du secteur, parfois au détriment d'une réelle indépendance.

#### **3.2.2. La coopération internationale**

Le mouvement d'harmonisation internationale des réglementations, bien qu'éminemment souhaitable, rencontre, lui aussi, différentes limites :

- il faut, d'une part, compter avec le fait que, sous le poids de facteurs culturels, religieux ou historiques, il est peu fréquent que des valeurs soient partagées de manière effective par de nombreux pays. On sait, par exemple, combien en matière de droit d'auteur, peuvent varier les approches anglo-saxonne et continentale, l'une étant construite autour de la notion du copyright, l'autre étant très orientée autour de la défense des intérêts moraux des auteurs;

- il existe, d'autre part, un attachement quasiment naturel des Etats nations et de leurs institutions à leur souveraineté. En effet, chaque ordre juridique est avant tout fondé par cette souveraineté nationale qui donne sens à la constitution, sommet dans la hiérarchie des normes. Les relations entre cette norme fondamentale et le droit international sont troubles dans la mesure où le fondement de la légitimité de ce dernier ne peut toujours s'inscrire dans les procédures de formalisation du consensus collectif.

- même quand ces obstacles ont été surmontés et qu'un travail d'harmonisation est entrepris, le mode de fonctionnement des institutions internationales rend aujourd'hui ces processus d'harmonisation particulièrement lents et délicats. Dans certains cas, la technicité des débats aboutit, de surcroît, à empêcher tout contrôle démocratique sur le déroulement de ces travaux;

- finalement, la représentativité des acteurs de la société civile qui sont associés à ces discussions n'est pas toujours assurée. De façon générale, les usagers - et particulièrement les utilisateurs résidentiels - sont les grands absents de ces réunions internationales. Dans les débats récents sur le "*fair use*", par exemple, les utilisateurs institutionnels (bibliothèques, etc.) étaient certes représentés, mais les usagers individuels étaient, par contre, absolument absents.

Même signés, les accords de coopération internationaux rencontrent des limites. Il n'est pas rare, notamment, de voir certains accords non ratifiés ou non appliqués par les Etats signataires. Comme de récents exemples, fortement médiatisés, l'ont montré, tout effort de coopération judiciaire internationale, y compris à l'intérieur de l'Union, est de nature à allonger considérablement les temps d'enquête et à complexifier les procédures. Selon les termes du Procureur du Roi de Bruxelles, signataire de "l'Appel de Genève", "*C'est un lieu commun de dire que l'Europe judiciaire n'existe pas : les personnes, les biens, les capitaux, les informations peuvent circuler librement, mais ceux qui sont chargés d'en réguler les abus restent confrontés à des frontières étatiques. Le droit est un colosse aux pieds d'argile, on ne peut pas perquisitionner par Internet. L'argent de la drogue peut faire le tour de la planète en quelques heures alors qu'il faudra plusieurs années avant qu'une commission rogatoire internationale n'aboutisse*<sup>50</sup>".

Ces difficultés ne touchent d'ailleurs pas seulement l'harmonisation des réglementations et la coopération judiciaire : les travaux de standardisation menés au sein des organismes internationaux rencontrent fréquemment les mêmes obstacles. Ce qui explique qu'ils doivent souvent laisser la place à l'instauration de standards *de facto* imposés par les opérateurs dominants du marché.

50. Propos de B. DEJEMEPPE, repris dans S. LE DORAN & P. ROSE, *Cyber Mafias*, Paris, Denoël, 1998, p.34

### 3.2.3. Les nouveaux modes de production, d'application et de sanction du droit

Ce sont enfin à la fois le statut des organes d'autoréglementation, leur composition et leur mode de fonctionnement qui soulèvent certaines questions.

On peut, en effet, observer que la légitimité des organismes qui se créent pour assurer le bon fonctionnement du réseau n'est pas encore réellement assise. Les débats actuels autour du "nommage", c'est-à-dire autour de la gestion des noms de domaine, illustrent, par exemple, le caractère fragile de ces institutions. Profitant de l'arrivée à échéance de la concession accordée par des organismes non gouvernementaux à une société privée, le gouvernement américain a, en effet, tenté d'imposer son propre système de régulation, en n'hésitant pas à s'opposer, pour ce faire, aux positions de l'Internet Society et de l'I.A.N.A. Cette proposition a été retirée devant le tollé qu'elle a suscité, notamment auprès des pouvoirs publics européens irrités par l'americano-centrisme de la démarche. Dans ce contexte, l'on s'attend à ce que l'Administration Clinton propose prochainement la création d'un organisme officiel dédié à cet effet. Mais quelque soit l'issue du débat en cours, cet épisode aura en tout cas clairement fait apparaître les limites des marges de manœuvre des organismes internationaux non gouvernementaux.

De plus, l'effacement des modes classiques de production ou d'application du droit au profit du recours de plus en plus systématique à des procédures d'autoréglementation, à des dispositifs techniques et aux pratiques contractuelles amène, elle aussi, quelques remarques critiques :

- Si l'on n'y prend garde, le risque existe en effet d'aboutir à une situation où la réglementation serait définie et mise en œuvre par les seuls acteurs dominants du marché. La représentativité des organisations, associations ou fédérations professionnelles impliquées dans l'élaboration des chartes et codes de bonne conduite, et dans le développement ou la promotion de dispositifs techniques doit en tout cas être examinée avec attention<sup>51</sup>. De même, il s'agit de vérifier dans quelle mesure les utilisateurs sont effectivement associés à ces procédures.

- Ce point est évidemment important quand les nouveaux dispositifs se substituent à la loi, plutôt qu'ils ne la renforcent.

On peut craindre ainsi qu'à l'avenir les relations entre les titulaires de droits et les utilisateurs ne soient plus encadrées par la loi ou par des textes réglementaires mais fassent uniquement l'objet d'accords contractuels, s'appuyant sur les dispositifs techniques mis en place par les principaux acteurs économiques. C'est d'ailleurs l'objet même du "*Copyright Management System*".

---

51. La mise en place de systèmes de filtrage, tels que les standards PICS, pose notamment la question de la représentativité de l'organisme qui fixe les critères de classification ou du moins de la publicité des discussions qui ont pu mener à la décision.

---

- Le risque existe enfin de voir les acteurs économiques se montrer - par conviction, par prudence ou par intérêt - plus coercitifs que la puissance publique ne l'aurait été. Rappelons que, dans le cas *Compuserve*, la compagnie américaine a interdit l'accès aux forums controversés à une base d'utilisateurs bien plus importante que ce que n'exigeaient les autorités judiciaires allemandes.

## CONCLUSIONS

Nous avons examiné comment les nouvelles technologies de l'information brouillent les repères établis de notre système juridique, les troisième et quatrième parties de notre étude nous ont permis de détailler puis d'évaluer les solutions envisageables (adaptation des concepts juridiques, adaptation des modes de production, d'application et de sanction du droit, la responsabilisation des acteurs). Nous voudrions conclure ce travail en montrant comment derrière ces enjeux et ces nouvelles solutions, c'est bien des transformations fondamentales du droit qui s'opèrent. Ces transformations du droit ont lieu tant au niveau de la nature du droit que de son élaboration et de son application.

Les changements que l'on peut constater ne résultent bien entendu pas uniquement des nouvelles technologies de l'information, celles-ci ne doivent en effet pas être isolées du mouvement de mondialisation des échanges dont elles constituent l'un des instruments et sans doute autant l'un de ses effets que l'une de ses causes.

### **Nature et élaboration du droit**

L'instrument privilégié du droit était jusqu'à présent la règle de droit impérative et contraignante; désormais, l'internationalisation<sup>52</sup> des échanges, la complexité et l'évolutivité du secteur des technologies de l'information et enfin la difficulté de faire appliquer certaines normes juridiques conduisent le droit à se tourner vers une autre forme de réglementation. Par opposition au législateur prescriptif et prospectif, désormais, le droit tend à privilégier la participation des acteurs collectifs de la société civile (mouvement associatif, organisations professionnelles et syndicats, O.N.G., ...) pour engendrer un droit délibératif en mouvement plutôt que de figer la volonté du législateur dans des textes autosuffisants. Dans cette lignée, la procéduralisation du droit est le mouvement qui conduit le droit à déterminer des procédures rendant possible la délibération des acteurs collectifs au lieu d'imposer des comportements prédéterminés à ses destinataires.

C'est dans ce contexte que l'on voit se développer l'autoréglementation comme une façon de s'assurer de l'adhésion des acteurs d'un secteur en les faisant participer directement à la création des règles qu'ils seront amenés à respecter. Bien entendu, ce mécanisme a des avantages non négligeables. Il permet une parfaite adéquation de la règle avec la réalité d'un secteur, il favorise le respect "spontané" de la règle, il rend possible une évolutivité rapide de la règle, enfin, son champ d'action n'est pas limité aux frontières des Etats. Pourtant on ne saurait omettre de souligner les questions qu'il pose. En effet, l'autoréglementation crée des règles en évitant les procédures démocratiques de formalisation du consensus collectif. Au

---

52. La dimension internationale d'Internet qui, pour reprendre les termes de Marc GUILLAUME, est " consubstantielle à son développement spectaculaire " (M. GUILLAUME (Ed.), *Où vont les autoroutes de l'information ?*, Paris, Ed. Descartes & Cie., 1997, p. 75 , nécessite un travail d'harmonisation internationale des règles, ce qui implique que les Etats-nations renoncent à une part croissante de leurs prérogatives.

lieu d'émaner de tout le peuple par le biais d'une assemblée représentative, les normes d'autoréglementation sont adoptées par les acteurs d'un secteur, sans prendre en considération, même de façon indirecte, les citoyens extérieurs à ce secteur. Les professionnels d'un secteur sont certes les mieux placés pour comprendre tous les enjeux techniques d'un débat, on peut néanmoins se demander si l'autoréglementation ne souffre pas d'un important déficit de légitimité.

Quoi qu'il en soit, il est souhaitable que, chaque fois que cela est possible, les autorités publiques puissent déterminer les missions des organes d'autoréglementation, en fixer les modes de fonctionnement, ou, à tout le moins, prévoir des mécanismes de recours, de façon à assurer que les intérêts de chacun soient respectés et que l'apparition de ces organes ne se solde pas, *in fine*, par l'existence de régimes léonins.<sup>53</sup>

Au-delà, le mode précis de relation entre les différentes instances de réglementation reste sans doute à inventer. Sans doute, cette relation doit-elle d'ailleurs moins être pensée dans une logique hiérarchique que dans une logique coopérative. Mais tout donne à croire que l'équilibre à trouver entre ces différentes instances, sera par essence relatif, et amené à évoluer avec le temps.

On peut par ailleurs noter que la procéduralisation du droit à laquelle participe l'autoréglementation favorise une "désubstantialisation" de la notion de bien commun et de justice. En effet, de moins en moins, le bien commun n'a de substance précise, fixée dans des textes; on fixe au contraire les règles d'un jeu qui permettra, hors des structures étatiques, de déterminer ce bien commun. La justice sociale n'est plus la résultante qualitative d'une délibération collective (par le biais des représentants), elle devient l'optimum quantitatif issu de la rationalité économique considérée comme conforme à la nature de l'homme. Le secteur des télécommunications en est un bon exemple, en effet, la libéralisation du marché indique que le bien commun passe par la confrontation des acteurs économiques selon les règles du marché afin de faire baisser les prix et de stimuler l'économie. Dans ce cas, malgré le correctif du service universel, l'Etat désubstantialise donc le bien commun en modifiant son rôle et son pouvoir d'action sur ce secteur.

53. Plusieurs initiatives témoignent déjà d'une approche où des règles fixées par des Etats ou par des institutions internationales officielles définissent les conditions auxquelles doivent répondre d'autres sources de régulation :

- ainsi, dans sa recommandation relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, la Commission européenne a-t-elle incité le secteur bancaire à établir un code de bonne conduite qui définisse des techniques de paiement sécurisés pour le commerce électronique, estimant que les émetteurs de moyens de paiement sont les mieux à même de définir les conditions nécessaires pour répondre à cet objectif de sécurité;
- dans le même sens, la directive relative à la protection des données à caractère personnel (Directive 95/46) affirme que les Etats-membres et la Commission encouragent l'élaboration de codes de bonne conduite destinés à contribuer en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales. Les rédacteurs de tels codes pourront les soumettre aux autorités de contrôle qui en vérifieront la conformité au regard de la réglementation.
- La proposition de décision du Conseil européen visant à promouvoir une utilisation sûre d'Internet (COM97-582) va encore plus loin, en ce sens qu'elle préconise d'associer aux procédures d'auto-régulation les différents acteurs concernés : professionnels, et utilisateurs. En d'autres termes, elle définit des conditions de composition, de représentativité et donc de légitimité des mécanismes d'autorégulation.



Face à cette situation, on peut s'interroger sur le rôle que le monde économique joue dans l'élaboration du droit au sein même des institutions démocratiques. Dans le contexte de la globalisation des échanges, la latitude d'action de l'Etat s'est considérablement restreinte. La place que les acteurs économiques prennent dans les délibérations politiques n'est-elle pas susceptible de briser le lien entre d'une part la somme des intérêts individuels -cristallisés par les procédures législatives en un consensus collectif- et d'autre part la règle de droit? En effet, la loi devrait n'être que le seul résultat de ce consensus, alors qu'elle est de plus en plus le résultat de la confrontation de ce consensus avec les acteurs économiques. Ne doit-on considérer ces derniers comme des intrus dans nos procédures démocratiques?

Quoi qu'il en soit, tout ceci ne signifie pas pour autant, comme certains voudraient le faire croire, que nous plaidons pour un inéluctable retrait de l'Etat en ces matières. Au contraire, les enjeux des technologies de l'information sont tels que la puissance publique ne peut s'en désintéresser. Chacun ou presque s'accorde, par exemple, à reconnaître que, sans mécanisme correctif, dans un environnement de marché, les technologies de l'information constituent un puissant facteur d'accroissement des inégalités.

Enfin, les modes traditionnels d'élaboration du droit sont mis en cause par les nouveaux médias à vocation mondiale. En effet, si chaque règle de droit est sous-tendue par l'idée qu'une collectivité se fait de la justice, comment une introuvable communauté mondiale peut-elle avoir un consensus commun sur cette notion de justice sociale; et si c'était tout de même possible, comment pourrait-elle le formaliser? C'est une question importante car elle touche au cœur de la juridicité des règles. Par là même, c'est l'acceptation de la règle supranationale ou des normes d'autoréglementation par les citoyens qui est ici en cause.

### **Application de la règle de droit.**

Le contexte international et immatériel des nouvelles technologies de l'information rend la mise en œuvre des sanctions très difficile. On peut donc se poser la question de savoir s'il faut réaménager l'arsenal des sanctions utilisées par le droit. On voit d'ailleurs apparaître des sanctions "non juridiques" telles que l'exclusion spontanée d'un groupe ou les sanctions commerciales et marketing à l'égard de celui qui ne respecte pas une règle. Enfin, certains ont tendance à remettre en cause la nature du lien qui unit le droit à la sanction en avançant que la meilleure loi est celle que tout le monde a intérêt à respecter, selon l'analyse économique du droit. C'est ainsi, par exemple, que le concept de "*corporate governance*", qui est apparu à la suite des mouvements de concentration enregistrés dans le monde financier, traduit la proposition d'adjoindre aux conseils d'administration des grandes entreprises, des experts externes à la firme, capables à la fois d'avoir une vision globale de la compagnie et de l'inciter à avoir un comportement en accord avec des objectifs d'intérêt général. De même en est-il des discussions liées aux événements récents dans le Sud-Est asiatique, visant à impliquer davantage le secteur privé dans la prévention et la gestion des crises financières.

En examinant brièvement les transformations du droit au niveau de sa nature, de son élaboration et de son application, on voit clairement que c'est le rôle de l'Etat qui est ici en question. Ce rôle est en effet appelé à évoluer pour devenir davantage régulateur que réglementateur. L'Etat joue désormais le rôle de catalyseur de la discussion publique et de gérant de la participation à celle-ci. Il est certain que cela laisse moins de poids aux structures démocratiques institutionnalisées au profit d'entités privées. Il serait sans doute vain de vouloir s'opposer à une telle tendance. Néanmoins, il convient de veiller à ce que, à l'intérieur de ce nouveau cadre, il soit possible pour le citoyen de récupérer la force politique qu'il avait par ses représentants. En intégrant à ses actes de consommation des prises de positions politiques, le citoyen peut notamment orienter le jeu politique qui se joue hors des institutions démocratiques. Refuser d'acheter une voiture d'une telle marque pour désapprouver la délocalisation sauvage, boycotter tel fabricant de vêtements qui tolère le travail d'enfants, confier son argent dans une banque d'économie sociale, refuser tel produit dont le fabricant ne respecte pas un code de conduite,... Tous ces actes individuels, s'ils sont multipliés, ont le pouvoir d'infléchir le comportement des acteurs économiques. Le déficit de légitimité de l'autoréglementation, l'intrusion excessive de la sphère économique dans l'élaboration des règles de droit et la difficulté de sanctionner des comportements trouvent alors leur contrepoids dans un nouveau comportement citoyen. La réalité actuelle des pratiques citoyennes est, certes, bien éloignée de ce schéma idéal. Mais une éducation politique tant au niveau fondamental que secondaire et universitaire permettrait sans doute graduellement de conduire le citoyen à comprendre que son pouvoir politique ne se limite pas à l'isoloir, qu'il se trouve aussi dans les supermarchés. Les transformations du droit - spécialement le mouvement de procéduralisation - pourraient alors lui permettre de trouver une place nouvelle: active et responsable.

## BIBLIOGRAPHIE

- ANTOINE M., BRAKELAND J.-F., ELOY M., "Le droit de la preuve face aux nouvelles technologies de l'information. Aspects techniques et juridiques du transfert et de la conservation des documents", Cahiers du CRID, n° 7, Bruxelles, Story-Scientia, 1991.
- ANTOINE M. et GOBERT D., "Pistes de réflexion pour une législation relative à la signature digitale et au régime des autorités de certification", R.G.D.C., sept. 1998, n°4, p. 285-310.
- ATTALI J., Dictionnaire du XXIe siècle, Paris, Fayard, 1998.
- CAIRNCROSS F., *The Death of Distance*, Boston, Harvard Business School Press, 1997.
- CASTELLS M., *The Rise of the Network Society*, Oxford, Blackwell Publishers, 1996.
- DE NAYER B., "Acheter et vendre sur l'Internet: réflexions sur le cadre juridique belge", DCCR, 1997-1998, pp. 5-22.
- FALQUE-PIERROTIN I., *Internet, Enjeux juridiques*, Rapport au Ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au Ministre de la Culture, Paris, La Documentation française, 1997.
- FLICHY P., "Multimédia, objet-valise ou objet-frontière", *Les Enjeux du multimédia*, Paris, Futuribles, n° 191, octobre 1994, pp.5-10.
- GUILLAUME M., *Où vont les autoroutes de l'information?*, Paris, Ed. Descartes & Cie., 1997.
- GUISNEL J., *Guerres dans le cyberspace*, Paris, La Découverte, 1997.
- KAHIN B. et alii, *Borders in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 1997.
- LAMOULINE C., POULLET Y., *Des autoroutes de l'information à la démocratie électronique*, Bruxelles, Bruylant, 1997.
- LARDINOIS J.-C., DUSOLLIER S., "A propos de la proposition de Directive Européenne sur l'harmonisation du droit d'auteur dans la société d'information.", *Intellectuele Rechten - Droits Intellectuels*, 03/1998, n° 98/1, p. 16-23.
- LE DORAN S., ROSÉ P., *Cyber mafias*, Paris, Denoël, 1998.
- LEVY P., *Cyberculture*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997.
- MONTERO E. et alii, "Internet face au droit", *Cahiers du CRID*, n°12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997.
- POULLET Y., *Service(s) universel(s) d'informations publiques*, Ministère de l'économie et des finances, 29/01/1997, pp.51-60.
- POULLET Y., "Quelques considérations sur le droit du cyberspace", *Cahiers de la Faculté de Droit*, n°4, FUNDP, Namur, septembre 1998.
- TRUDEL P. et alii, *Droit du cyberspace*, Université de Montréal, Ed. Thémis, 1997.
- VALENDUC G., VENDRAMIN P., *Le travail à distance dans la société de l'information*, Fondation Travail Université, Bruxelles, EVO, 1997.
- VAN EECKE P., *Criminaliteit in cyberspace*, Gent, Mys & Breesch, 1997.

## FONDATION ROI BAUDOIN

La Fondation Roi Baudouin est un établissement indépendant d'utilité publique. Lorsqu'en 1976 la Nation célébra le 25<sup>e</sup> anniversaire de Son accession au Trône, le Roi Baudouin souhaita la création d'une fondation au service de la population. L'article 3 des statuts décrit en ces termes la mission de la Fondation: prendre "toutes initiatives tendant à l'amélioration des conditions de vie de la population, en tenant compte des facteurs économiques, sociaux, scientifiques et culturels." La Fondation entend donc s'attaquer à des enjeux et à des défis de société en stimulant la solidarité et la générosité et en agissant comme catalyseur de changements durables.

Afin de promouvoir la générosité, la Fondation donne la possibilité à des particuliers, des associations et des entreprises d'instituer des fonds qui appuient des réalisations et des projets novateurs. La formule de 'Transnational Giving Europe' et la création de la King Baudouin Foundation U.S., Inc. visent à favoriser une solidarité transfrontalière. Outre les dons d'innombrables sympathisants (au CCP 000-0000004-04), qui constituent un encouragement de tous les instants, la dotation de la Loterie Nationale est également indispensable pour garantir l'impact de la Fondation.

Les projets et les campagnes de la Fondation s'articulent autour de trois thèmes: promouvoir la prospérité et le bien-être de la population, favoriser une cohabitation harmonieuse au sein de la société, contribuer au développement et à l'épanouissement personnels. Concrètement, cela signifie que la Fondation développe des initiatives centrées sur la pauvreté et l'exclusion sociale, le travail et l'emploi, le développement durable dans les secteurs socio-économiques, la justice et les pouvoirs locaux, le développement de la société civile, les médias, la formation, la culture et le sport.

La Fondation Roi Baudouin exerce une fonction de forum en réunissant autour d'une même table des experts et des citoyens. Elle stimule également une réflexion à long terme et sensibilise la population à des thèmes qui lui sont chers.

