

INTERNET ET DROIT

Michel VIVANT*

SOMMAIRE: I. *Introduction*. II. *L'Internet et l'élection du droit applicable*.
III. *L'Internet et l'élection de la solution applicable*.

I. INTRODUCTION

L'Internet, lieu étrange, lieu pascalien où dont le centre est partout et la circonférence nulle part,¹ lieu de tous les fantasmes, inquiète ou fait rêver selon les gens. Lieu de perversion où se croisent pédophiles et néonazis, pour les uns. Lieu de liberté où se vit enfin le village planétaire du savoir et peut-être d'une fraternité très "*seventies*", pour les autres. Lieu, en tout cas, colonisé de plus en plus par les marchands qui, à l'échelle d'un Bill Gates ou à plus modeste échelle, laissent les vrais timorés et les faux visionnaires débattre, pourvu que le *net* soit source de profit.

* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montpellier I. Profesor por agregación de la Facultad de Derecho en la Universidad de Montpellier I. Responsable del DEA "Creaciones inmateriales y derecho" del ERCIM. Es Doctor Honoris Causa de la Universidad de Heildeberg, Alemania. Es profesor asociado en la Universidad de Laval, en Quebec. Ha sido profesor invitado en la Universidad Nacional Autónoma de México, en la Universidad de Túnez, en la Universidad de la Sabiduría de Beirut, en la Universidad Libanesa de Beirut, en la Universidad Hassan II de Casablanca, Marruecos y en la Fundación Vargas, en Río. Es miembro del Consejo Superior de la Propiedad Intelectual Francés. Miembro del Legal Advisory Board del Consejo Europeo. Miembro de Intellectual Property Rights Task Force. Fue experto en el Comité sobre la criminalidad en el ciberespacio del Consejo Europeo. Ha publicado varios libros, entre los que podemos destacar: *El código comentado de la propiedad intelectual francés*; *El derecho de potentes*; *Los contratos del comercio electrónico*; *Lamy Informática y Redes* (reedición anual).

¹ "Nous avons beau enfler nos conceptions au-delà des espaces imaginables, nous n'enfantons que des atomes, au prix de la réalité des choses. C'est une sphère dont le centre est partout, la circonférence nulle part". Pascal, *Les pensées*, Pensée 72 de l'édition de Brunschvicg: "Disproportion de l'homme".

L'Internet, en tout cas, n'a plus rien d'un club. Et, dès lors, dès lors qu'il n'est plus réservé à quelques élus s'accordant sur quelques règles de comportement partagées de bonne grâce mais que tout un chacun peut s'y retrouver, il est inévitable qu'il quitte les espaces du non-droit pour celles du droit.

Bien sûr, il y a encore quelques francs-tireurs pour prétendre que l'Internet a vocation (naturelle?) à échapper au droit ou qu'il est tel qu'il ne peut qu'échapper au droit. Le développement fulgurant de la codification de leur pratique par les acteurs (codes de déontologie, codes de conduite...),² l'apparition d'une forte jurisprudence à travers toute la planète,³ le surgissement d'instruments internationaux (OMPI, Conseil de l'Europe...)⁴ ou nationaux,⁵ vient suffisamment prouver la fausseté de l'affirmation. Plus perverse, plus spécieuse est celle selon laquelle une *lex informatica* pourrait surgir des réseaux eux-mêmes, non —si l'on comprend bien— des acteurs, ce qui emporterait pleinement notre conviction, mais du réseau en tant que tel avec son architecture, ses contraintes techniques... On ne s'étonnera pas que la thèse vienne des États-Unis où elle se situe bien dans un courant ancestral d'enthousiasme fort peu critique pour la technique et sert fort à propos, au prétexte de neutralité, une mainmise de ceux qui détiennent la technique, c'est-à-dire... des Américains (États-Uniens) eux-mêmes.

² Au Canada, aux États-Unis, au Japon, en France, au Royaume-Uni, aux Pays-Bas,... Cfr., par exemple, là-dessus les travaux du forum que l'OCDE a réuni à Paris, début mars 1998, sur le thème de "*l'Internet content self-regulation*". Pour la France, on pourra lire notre contribution ("*Code de conduite: les initiatives françaises*"), normalement accessible sur le site de l'OCDE (<http://www.oecd.org>).

³ Là encore aux États-Unis, en Allemagne (où l'affaire *CompuServe* fit grand bruit à travers toute la planète), en Belgique, en France,... Nous reviendrons sur certaines de ces décisions ultérieurement (II).

⁴ Pour s'en tenir aux deux seules organisations citées au texte, il faut mentionner pour l'OMPI le Traité sur le droit d'auteur adopté par la Conférence diplomatique de Genève de décembre 1996 qui s'efforce de répondre à des questions telles que celle de la qualification de la mise à disposition d'œuvres via le réseau ou pour le Conseil de l'Europe les travaux en cours (auxquels participe le signataire de ces lignes) du Comité sur la Criminalité dans le Cyberspace. Mais bien d'autres exemples pourraient encore être donnés comme, entre autres, les diverses communications ou recommandations de la Commission européenne (Union européenne donc et non Conseil de l'Europe cette fois-ci) relatives aux réseaux, sans omettre la récente proposition de directive de décembre 1997 "*sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information*".

⁵ La loi allemande du 1er août 1997 fixant des règles quant aux conditions de la mise en jeu de la responsabilité des acteurs de l'Internet (sur laquelle nous reviendrons: II) en est certainement le meilleur exemple.

Souveraineté du réseau? C'est, en tout cas, le parfait moyen de mettre de côté la souveraineté des États et d'ignorer le politique qui est d'abord choix, certes souvent choix parmi des contraintes mais jamais abdication devant celles-ci.⁶

L'Homme est animal politique. Le droit est politique (au vrai sens du mot politique). Et, pas plus qu'aucun autre instrument humain, il ne convient de placer l'Internet sous le signe du fatalisme. Le droit de l'Internet doit être pensé, en termes de raison, entre le souhaitable et le possible... comme, à dire vrai, tout le droit.

La question est alors de savoir ce qui fait la spécificité du "net" pour justement l'appréhender et tenter d'apporter cette réponse de raison.

Or cette spécificité est double.

La spécificité première du phénomène, la plus évidente, est certainement que l'Internet ignore les frontières et même que les frontières sont une notion qui n'a plus de sens dans le cyberspace. Or cela est contradiction ouverte avec l'idée de souveraineté à l'instant évoquée puisque souveraineté renvoie à nation: frontières politiques contre réseaux sans frontières. Le défi est grand. Il est indiscutablement malaisé à relever. Mais on ne saurait, au prétexte de difficulté, conclure à la passivité et/ou accepter la loi dont on ne sait quel "big brother".

La seconde spécificité de l'Internet procède elle aussi de cette numérisation sans laquelle il n'y aurait ni multimédia ni réseaux, de cette numérisation qui ramène tout à des "bits" indistincts et confère à l'information la plus grande fugacité ou, en tout cas, donne le sentiment (sans doute injustifié) qu'il en est ainsi. Pourra-t-on identifier le responsable d'un message lancé sur le web comme on le faisait de l'éditorialiste d'un journal ou de l'auteur d'un livre? Et, à parler des auteurs, pourra-t-on, cette fois-ci, faire respecter leurs droits s'il est si facile de reproduire leur œuvres, de les transformer, de jouer avec elles, de les télécharger, etc.? Ce ne sont que des exemples car, si le cyberspace n'est jamais rien d'autre, au final, qu'un espace humain, la vérité est que tout le droit pourrait être passé au crible d'une telle interrogation sur son adaptabilité et son adaptation. N'a-t-on pas fait état de meurtre à travers les réseaux par changement à distance d'une posologie qui, de curative, se retrouvait ainsi homicide?

⁶ Pour une présentation critique de ces thèses, voir déjà notre étude "Internet et modes de régulation", Colloque "Internet face au droit", Namur, nov. 1996, publiée dans les *Cahiers du CRID* 1997, núm. 12, p. 215.

Notre prétention n'est pas ici de refaire tout le droit! Ni même, en quelques pages, d'écrire un droit de l'Internet.⁷ Nous voudrions seulement, suivant les deux perspectives dessinées, mettre l'accent sur quelques grands éléments de problématisation qui puissent participer à cette réflexion commune que rend absolument indispensable le phénomène Internet, proposer une sorte de “navigateur juridique” pour se retrouver dans les réseaux...

Suivant les deux axes décrits, nous nous intéresserons tour à tour aux deux questions suivantes, de droit international privé “régulateur” et de droit “matériel” ou “substantiel”:

- L'Internet et l'élection du droit applicable.
- L'Internet et l'élection de la solution applicable.

II. L'INTERNET ET L'ELECTION DU DROIT APPLICABLE

A dire vrai, l'internationalité de l'Internet n'appelle pas qu'une question de détermination du droit applicable mais implique aussi et tout autant qu'on s'interroge sur le juge compétent pour trancher les litiges que suscite le *net* (par exemple contrefaçon d'une marque par un nom de domaine) ou dont il peut être le lieu d'éclosion (par exemple, en ce cas, contrefaçon “en ligne”).

Ayant opté pour une démarche tendant à souligner la problématique juridique de l'Internet et non à un examen exhaustif des questions,⁸ nous laisserons cependant de côté cette question du juge compétent.

Qu'il nous suffise de dire que, s'agissant de commerce électronique, la technique bien connue de l'arbitrage permettra de répondre au mieux au défi de l'internationalité. Du moins dans le cas d'un commerce dit “*B to B*” (*business to business*) car si des consommateurs sont en cause la voie de l'arbitrage sera fermée dans la plupart des systèmes juridiques. Et il faut certainement encore explorer cette voie s'agissant du contentieux des noms de domaine, comme le fait l'OMPI.⁹

⁷ Pour une systématisation aussi poussée que possible, nous nous permettrons de renvoyer à notre ouvrage, Vivant, M., et Le Stanc, C., *Lamy Informatique et Réseaux*, Paris, Lamy, 1998, + de 1800 pages, au sein duquel à l'entour de 600 pages sont spécialement consacrées aux réseaux et à l'Internet.

⁸ Voir *supra* núm. 4.

⁹ Avec la création d'un “Centre de médiation et d'arbitrage”.

Cela dit, quant à croire à un “juge de l’Internet”, juge du réseau, officiant en ligne et dont la compétence serait reconnue: ce “*cyberjudge*” que, de fait, on rencontre au détour des écrits et au hasard des réseaux, il faut sans nul doute tempérer l’enthousiasme de ses zélateurs. Il *ne peut* être le juge de tous. Culturellement, il correspond à une certain usage de l’Internet et à certains utilisateurs comme, au demeurant, à certains contentieux, mais il ne correspond pas à une logique grand public et grand public sans frontière. Ce “juge” peut être reconnu comme médiateur par ceux qui acceptent de jouer ce jeu de la médiation et de l’Internet “civilisé”. Pourquoi pas? Mais le commerçant peu scrupuleux, le “cyberescroc” ou le propagandiste des idées du Ku Klux Klan ne relèvent pas d’une logique communautaire qui permette de s’accorder... même sur le règlement de ses différends.

Pour le reste, c’est-à-dire pour un nombre important d’hypothèses et certainement les plus délicates à trancher car ne postulant précisément pas un accord sur un certain mode de régulation, force est de revenir aux solutions qu’édicte le droit international privé. Elles pourront varier d’un pays à l’autre et varieront du contractuel au délictuel. S’agissant de cette seconde hypothèse, il convient surtout de noter ici que la problématique du conflit de juridictions n’est pas alors très différente de celle du conflit de lois.¹⁰ Nous ne nous en sentirons que plus fondé à restreindre ici notre interrogation à la détermination de la loi compétente pour appréhender le cyberspace.

Loi compétente: il faut encore sérier les questions. Pour tout ce qui est contractuel, la loi dépendant dans le plus grand nombre des systèmes de droit de la volonté des parties, que le vecteur de l’accord des volontés soit l’oral, le papier ou les réseaux ne change rien à des solutions reçues, pratiquées et ne présentant aucune difficulté majeure. Le contrat dit de commerce électronique sera, par exemple, régi par la loi choisie par les parties, sauf à ce que jouent d’autorité certaines dispositions telles qu’ici ou là, des dispositions nationales de protection des consommateurs, comme il en irait d’un banal contrat transfrontière de vente par correspondance passé par écrit ou téléphone.¹¹

Ce sont les situations qui échappent à la volonté des intéressés qui doivent plus spécialement retenir l’attention, à savoir tout le délictuel, voire en basculant dans le champ pénal le délictueux.

¹⁰ Désignation de la loi compétente et du juge compétents allant même de pair quand, abordant le terrain pénal, on quitte le droit international privé pour le droit pénal international.

¹¹ Pour aller plus loin sur toutes ces questions, voir, dans une perspective française et européenne, Vivant, M. et Le Stanc, C., *Lamy Informatique et Réseaux*, 1998, précité, spécialement, núm. 2528.

La vérité, toutefois, est que la détermination de cette loi compétente pour reconnaître une responsabilité, désigner un responsable, fixer une sanction... n'a pas la difficulté qu'on lui attribue parfois. Les mécanismes connus fonctionnent ici aussi fort bien. Nous le vérifierons aisément (A). Reste que s'en tenir aux solutions reçues, spécialement si cela doit conduire à s'arrêter de manière un peu mécanique à une loi nationale pour régir un phénomène substantiellement transnational, ne peut satisfaire pleinement l'esprit. Il convient d'éviter les réponses qui ne seraient qu'en trompe-l'œil, voire sources elles-mêmes de difficultés. Au juriste de s'avérer créatif. On proposera donc d'affiner l'analyse conflictualiste (B), voire, pour autant que cela soit possible, de la dépasser (C).

1. *Internet et lex loci delicti*

Les mécanismes de désignation de la loi applicable aux délits au sens le plus large du terme: fautes, négligences, légèretés... susceptibles d'engendrer une réaction juridique, sont, en vérité, multiples. Maître Vogel dans sa communication au Congrès de Monaco de l'Union des Avocats européens, de 1997, n'en dénombre pas moins de quatorze!¹² L'on sait que dans les systèmes anglo-saxons, le recours à la *proper law of the tort* est fréquent. Et, très loin de toute tradition, on a même vu, par exemple, certaines juridictions néerlandaises¹³ ou certains auteurs européens¹⁴ défendre l'idée selon laquelle les parties prenantes pourraient s'accorder sur le choix de la loi suivant laquelle le litige serait jugé.

Dans les systèmes parfois qualifiés de romano-germaniques, et bien d'autres encore, c'est, cependant, la loi du lieu du délit —*lex loci delicti*— qui, de manière dominante, est tenue pour normalement compétente. C'est la solution reçue en France comme au Mexique.

¹² Colloque de l'UAE, "Télécommunications, autoroutes de l'information, multimédia", Actes à paraître chez Bruylant.

¹³ Ainsi *obiter dictum* du Hooge Rad 19 nov. 1993, NILR 1994, 363, note H. Duintjer Tebbens.

¹⁴ Ainsi en Allemagne, *cf.* cours donné à l'Académie de droit international privé de La Haye par le professeur Jayme, E., de l'Université de Heidelberg: *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne*, La Haye-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publ., 1996. Ou en Belgique: Fallon, M., *L'incidence de l'autonomie de la volonté sur la détermination du droit applicable à la responsabilité non contractuelle*, Mélanges, R., Dalcq, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 159.

Or, alors même que le réseau ignore les frontières, qu'il n'y a pas *a priori* de lieu auquel on puisse le rattacher ou rattacher tel fait qu'il a permis, ce recours à la *lex loci delicti* permet paradoxalement d'élire une loi comme compétente.

La difficulté, au premier regard, est, en effet, que si fait dommageable ou critiquable (et dommageable) il y a, celui-ci, dans le contexte du cyberspace est nécessairement plurilocalisé, *a priori* tout autant français que mexicain ou suisse. Mais cette plurilocalisation n'est pas chose nouvelle et n'a pas attendu le cyberspace pour être appréhendée par le droit. Un dommage de pollution, quand la pollution est transfrontière, est bien de cet ordre et il est une réponse usuellement donnée, quant à la détermination de la loi applicable, qui consiste tout simplement à prendre acte de cet éclatement et à reconnaître compétence à la loi avec laquelle un des éléments constitutifs du fait en cause présente un lien. Autrement dit: lieu d'où provient la pollution ou lieu où elle est ressentie, ou bien, par transposition en cas de dommage informationnel, lieu d'où provient le message et lieu où il est perçu. En vérité, comme toujours quand il s'agit de droit international privé, les solutions sont très flexibles et donc les choses moins arrêtées. Mais la solution française paraît bien être aujourd'hui celle dite. C'est, en effet, ainsi que l'on doit comprendre, nous semble-t-il, un arrêt remarqué de la Cour de cassation de janvier 1997.¹⁵

Le résultat est que, dans cette option —comme, au demeurant, dans celle qui privilégie le lieu du dommage—, le fait que le message potentiellement dommageable soit disponible en France justifie l'application de la loi française, de même que le fait que ce même message soit également disponible au Mexique justifie l'application de la loi mexicaine. Le raisonnement pouvant bien sûr être répété autant de fois qu'il est nécessaire (pour la Belgique, l'Argentine ou la Corée...).

D'ailleurs, ce classique principe de solution a déjà été retenu s'agissant des réseaux et notamment en France par un jugement du tribunal de grande instance de Draguignan du 21 août 1997 qui mérite une attention particulière en cela qu'il récuse expressément le recours à la loi d'origine préconisé par certains pour s'en tenir à la loi du territoire de "réception": "Considérant que les moyens tirés de l'hébergement d'informations et du lieu de leur émission, ne peuvent prospérer en ce qu'ils impliquent nécessairement une réception

¹⁵ Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 1997, D. 1997, 177, note Santa Croce.

de renseignements offerts au public dans une sphère territoriale soumise à l'application de la loi nationale en vigueur".¹⁶

Reste que le jeu des règles à l'instant rappelées conduit à des solutions bien mécaniques et, au final, à l'application simultanée, virtuellement au moins, de toutes les lois de la planète, c'est-à-dire dans le même temps des contraintes les plus diverses, ce qui, à l'évidence, n'est guère satisfaisant.

Nous l'avons déjà écrit: "Cet éparpillement du droit constitue nécessairement et objectivement en faute tout opérateur qui, par hypothèse, ne peut pas simultanément répondre aux impératifs, disparates et parfois contradictoires, d'environ deux cents lois. Un système juridique n'est pas bon, qui place le sujet de droit dans une situation telle que, sans y pouvoir mais, il soit fautif, sinon même délinquant".¹⁷

D'où la nécessaire question: comment éviter de telles "collisions"?

2. *Internet et affinement de l'analyse conflictualiste*

Éviter de telles collisions, ce peut être d'abord faire table rase des principes de tradition et c'est ainsi que certains ont préconisé l'adoption de la loi du pays d'origine. Cependant, pour nous, il est infiniment plus sage de rechercher à affiner l'analyse conflictualiste reçue.

La première démarche nous paraît éminemment critiquable. On en trouvera une critique argumentée par ailleurs.¹⁸

Qu'il nous suffise ici de faire rapidement deux observations.

La première est que la mise en avant de cette loi est souvent justifiée par le fait que l'information ne serait point diffusée sur l'Internet mais recherchée par qui veut bien le faire: "*pull*" contre "*push*". Mais, sans même observer que cette opposition méconnaît l'évolution actuelle de l'Internet, il faut surtout relever que cette analyse, très anglo-saxonne (l'idée a d'abord été lancée aux États-Unis), participe d'une conception techniciste du droit alors que, pour nous, la règle de droit a pour fin d'appréhender non une technique

¹⁶ Sur la critique de la thèse privilégiant le jeu de la loi du lieu d'émission, voir *infra* núm. 11.

¹⁷ Vivant, M., *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, JCP 1996, I, 3969, núm. 21. Pour une illustration en matière de publicité sur les réseaux: Vivant, M., *Internet, support publicitaire: régulation et déontologie*, Gaz. Pal. 1997, 21/22 nov., p. 2.

¹⁸ Vivant, M. et Le Stanc, C., *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, précité, 1998, spécialement núm. 2295.

mais un phénomène social. Or, pour prendre cet exemple, le message mensonger, raciste, etc., qui appelle réaction juridique, présente toujours les mêmes caractères qu'il passe par l'oral, l'écrit le plus traditionnel ou le *net*.

Par ailleurs —seconde observation à faire— donner compétence à la seule loi d'origine pousserait, à n'en pas douter, à l'apparition de "paradis informationnels" (comme il est des paradis fiscaux et des lieux propices aux pavillons de complaisance) et serait ainsi la voie ouverte à tous les abus, sans omettre qu'en l'état actuel de notre monde et de l'Internet, cela voudrait dire déjà, et sans penser fraude, que la loi américaine serait compétente dans l'immense majorité des situations. Pour qui l'américanisation de la planète n'est pas l'horizon indépassable vers lequel on doit tendre, ce n'est pas un cas de figure souhaitable.

C'est donc vers autre chose qu'il faut se diriger selon nous.

Et, de fait, plusieurs "pistes" ont été proposées pour dépasser le côté trop mécanique du jeu de la *lex loci delicti* dans le contexte des réseaux et de l'Internet.

Ainsi en est-il de la formule dite du "bouquet de lois" qui consiste à offrir un choix entre plusieurs lois parmi lesquelles on retiendra celle qui paraîtra la mieux adaptée à la situation.¹⁹ Dans la présentation qu'en fait, par exemple, le professeur Gautier, le choix est offert de la sorte entre la loi du "serveur", mais aussi, pour autant que celle-ci s'avérerait impossible à déterminer ou insuffisante, celle du pays où est établi le "prestataire de services", voire, en ultime recours, l'"une des quelques deux cents législations potentiellement applicables" au nombre desquelles pourrait être privilégiée "par une sorte de présomption simple" la loi du pays d'émission. Est-il besoin de souligner la notable complexité du système?

Plus simple est la formule qui consiste à conserver comme "point d'ancrage" le lieu du dommage, mais aussi, afin d'éviter l'éclatement qu'emporte l'attachement à la *lex loci delicti*, à tenir ce dommage pour "survenu dans l'État dans lequel le lésé possède sa résidence habituelle ou son principal établissement d'affaires".²⁰ Il semblerait, d'ailleurs, qu'on

¹⁹ C'est ce que propose, par exemple, en France le professeur Gautier s'agissant particulièrement de conflits de lois en matière de propriété littéraire et artistique (P. Y. Gautier, "Du droit applicable dans le 'village planétaire', au titre de l'usage immatériel des œuvres", D. 1996, 131, spécialement num. 5).

²⁰ Évoquons dans la doctrine suisse le professeur Dessemonet, F., "Internet, le droit d'auteur et le droit international privé", SIZ 92 (1996), Nr. 15, p. 285; ou, dans la doctrine américaine, le professeur Ginsburg, J., "Global Use, Territorial Rights, Private Internatio-

s'achemine, à l'instant où est écrit cet article, vers une telle solution dans le cadre de "Rome 2", c'est-à-dire de la convention communautaire en préparation sur la loi applicable en matière délictuelle.

Des formules de rattachements subsidiaires sont encore proposées à l'occasion pour compléter le dispositif.

Pour nous, il nous semble qu'il faut revenir à l'idée que toute la recherche de la loi applicable en matière de droit international privé est dominée par l'idée qu'il convient de trouver quelle est la loi la mieux adaptée à la situation et que l'élection *a priori* de la *lex loci delicti* n'est jamais qu'une sorte de présomption en forme de commodité. Il faut rechercher ce qu'à propos des réseaux un auteur norvégien comme le professeur Bing appelle "*the closest connection*",²¹ chercher, dans l'abstraction des *locorum delicti*, le *locus* digne en pratique d'attention. C'est l'idée qui sous-tend, nous semble-t-il, les constructions faites, en matière d'atteintes aux droits de la personnalité, quand c'est le résultat qui est pris en compte pour s'attacher à la loi qui, au final, apparaît apte à déployer "les moyens les plus appropriés pour effacer les séquelles de l'activité dommageable".²²

Dans le cas de l'Internet, *on pourrait, voire on devrait s'attacher à la réalité de l'atteinte comme s'attacher au "profilage" (non frauduleux) donné à un agissement, un message*. Pour concrétiser l'idée, cela veut dire au premier cas qu'on jugerait telle loi nationale impropre à trancher, par exemple, une question de réparation d'une atteinte à la notoriété d'une personne si, dans le pays qui est celui de cette loi, ladite personne... est une parfaite inconnue ou peu s'en faut. Et, pour la seconde idée, cela veut dire, à prendre en illustration le cas d'un message publicitaire, que la loi française, qui impose l'usage de la langue française, ne devrait être tenue pour compétente que si le message "cible" la France et le marché français mais non si sa teneur est telle qu'il est manifestement conçu pour une clientèle nord-

nal Law Questions of the Global Information Infrastructure", *Journal of the Copyright Society of the USA*, 1995, p. 318.

²¹ Note inédite.

²² Voir en ce sens dans la doctrine suisse Chenaux, J. L., *Le droit de la personnalité face aux médias internationaux*, Genève, Droz, 1990, p. 189 et s. C'est ainsi que, pour reprendre l'exemple donné par cet auteur d'une photo indiscreète prise par delà une frontière, "la protection [devrait être] régie par la loi de l'autorité d'exécution si l'action du lésé tend principalement au séquestre du film. En revanche, le lieu où le préjudice est ressenti devrait être privilégié si la victime entend exclusivement être indemnisée".

américaine et seulement perceptible par des Français de par la nature même du réseau.²³

Au fond, d'un mot: "revisiter" la règle de conflit pour que celui-ci soit réglé en raison.

3. *Internet et dépassement de l'analyse conflictualiste*

Mais reste une ultime interrogation: faut-il rester dans une logique conflictualiste?

Il est clair que tout serait infiniment plus simple si l'on pouvait tableer sur une grande loi internationale fixant des principes communs. Il ne faut toutefois pas rêver. Le monde, virtuel ou non de l'Internet, est aussi vaste que le monde des hommes: c'est dire que toute question susceptible de susciter une réaction juridique s'y rencontre (de la diffamation à la contrefaçon) et que tout système de droit (du Mexique à la France) se trouve confronté à ces problèmes.

Comment imaginer alors un traité apte à *tout* régler entre *tous* les États?

On peut, au mieux, songer à l'adoption, dans un traité multilatéral largement ouvert à la signature, de solutions sur des questions bien précises. C'est ainsi que, dans son Traité sur le droit d'auteur adopté par la Conférence diplomatique de Genève de décembre 1996, l'OMPI a choisi de régler, dans la perspective particulière de l'Internet, la question de la mesure des droits d'un auteur en visant un droit de communication qui, à ce jour, existe indiscutablement dans certains droits mais non dans d'autres. On peut ainsi lire à l'article 8 du texte adopté: "Sans préjudice des dispositions des articles 11.1) 2°), 11 *bis* 1) 1°) et 2°), 11 *ter* 1) 2°), 14.1) 2°) et 14 *bis* 1 de la Convention de Berne, les auteurs d'œuvres littéraires et artistiques jouissent du droit exclusif d'autoriser toute communication au public de leurs œuvres par fil ou sans fil, y compris la mise à la disposition du public de leurs œuvres de manière que chacun puisse y avoir accès de l'endroit et au moment qu'il choisit de manière individualisée."

Plus ambitieuse peut sans nul doute être une démarche régionale: européenne, nord-américaine, etc., car les points de vue, sans être nécessairement

²³ Voir cette idée développée, en Varille, N., "Publicité sur Internet, droit et déontologie", *Gaz. Pal.* 21/22 nov., 1997, p. 5; Vivant, M., *Internet, support publicitaire: régulation et déontologie*, *cit.*, p. 2.

convergentes, sont alors plus faciles ou moins difficiles à concilier. L'initiative du Conseil de l'Europe donnant mandat à un Comité *ad hoc* de proposer un projet de traité sur la criminalité dans le cyberspace²⁴ est de cet ordre; encore est-il que sont plus volontiers envisagées les infractions "techniques" que les autres...

Ainsi, sans pour autant la négliger, ne faut-il pas trop attendre de la voie de la Convention internationale.

Mais il est une autre manière de dépasser l'approche traditionnelle qui est de s'attacher non à un droit savamment élaboré par les États mais à un droit qui très pragmatiquement "sourdrait" de la pratique, une sorte de coutume internationale que feraient peu à peu naître les acteurs du *net*, une *lex mercatoria* pour reprendre une expression naguère promue par Berthold Goldman et qui en l'occurrence ne serait pas nécessairement loi des seuls marchands mais précisément de tous les acteurs.

C'est une idée que nous avons défendue de longue date quand il n'était encore question que de télématique transfrontière²⁵ et, depuis lors, à propos de l'Internet.²⁶

Bien sûr, on peut faire à celle-ci les critiques que l'on adressait déjà à la thèse de Goldman: la *lex mercatoria* ne peut être que de portée modeste... si elle existe et, d'ailleurs, quant à ce doute, bien faibles sont les indices qui permettraient de conclure à la réalité d'une telle norme.

Le premier point n'est pas à discuter. La *lex mercatoria* ne saurait tout couvrir (non plus que le traité...). On peut espérer que, née de la pratique des acteurs du réseau, elle ait au moins le mérite de répondre à ce dont la pratique a besoin. Et, à cet égard, il est clair qu'elle trouvera une très naturelle application s'agissant de commerce électronique mais sera d'un faible secours en matière, par exemple, de l'appréciation d'un acte susceptible d'être tenu pour contrefaisant.

Ces ambitions justement mesurées, force est, en revanche, de constater, quant à la réalité d'une telle "loi", que les indices en ce sens ne sont pas

²⁴ Voir note 4.

²⁵ Vivant, M., *Quel droit pour les flux transfrontières de données? Bruxelles, Revue internationale de droit économique*, 1988, p. 255 (et Bulletin de l'IDATE, 1988, núm. 34, p. 79).

²⁶ Ainsi voir déjà, en langue espagnole, *Ciberspacio, ¿qué es el derecho para las redes sin fronteras?* (Cyberspace: quel droit pour les réseaux sans frontières?), 5o. Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática, La Habana, marzo de 1996. Además, *Cybermonde: Droit et droits des réseaux*, JCP, 1996, I, 3969.

négligeables: la “nétiquette” est peu de chose mais elle traduit bien le sentiment des internautes qu’il existe des règles à suivre; les contrats des fournisseurs d’accès font —significativement, curieusement?— référence à des “codes de conduite” qui n’existent pas toujours; ils imposent parfois aux bénéficiaires de l’accès des normes de comportement; de véritables codes de conduite voient le jour ainsi que des organismes de noms et de statuts divers qui viennent dire, sinon directement le droit, à tout le moins ce qui paraît devoir être fait... Tout cela traduit bien la “montée” d’“outils de régulation” informels ou en tout cas ne relevant pas de la “*hard law*”. Il est intéressant, de ce point de vue, de noter que certains contrats posent, en matière de traitements d’informations nominatives ou de reconnaissance de droits aux consommateurs, des règles qui, dans tels pays, trouvent certainement un support textuel mais non dans d’autres, comme si la règle avait sa raison d’être en soi, indépendamment de la référence faite à telle ou telle loi nationale.

Pourquoi ne pas rêver, dès lors, que le “bon père de famille” du Code civil français, la personne raisonnable, puisse être défini dans des termes communs par tous ceux qui veulent un Internet raisonnable?

Mais, ce faisant, nous avons déjà quitté le raisonnement internationaliste.

III. L’INTERNET ET L’ÉLECTION DE LA SOLUTION APPLICABLE

Loi nationale (française, mexicaine, canadienne, allemande,...) ou “vraiment internationale”,²⁷ il reste à savoir ce qu’elle est, peut ou doit être quant à sa substance.

Internet ne faillit pas à ce qui a toujours été un trait du droit des nouvelles technologies: non pas, comme certains le soutiennent périodiquement, justifier le rejet du “vieux” droit vite déclaré inadapté mais conduire à considérer celui-ci sous un éclairage nouveau et donc, ce faisant, à le reconsidérer.

Nous avons dit plus haut que tout le droit pouvait se retrouver sur la *net*. Et, de fait, les interrogations ne manquent pas. Application du droit pénal aux réseaux: interrogation sur le changement de *medium* en cas d’“infraction informationnelle” ou obligation de penser autrement la notion de système informatique dans une logique de “fraude informatique”. Utilisation des marques sur les réseaux qui va pouvoir se traduire par la coexistence de

²⁷ C’est ainsi que Goldman B., parlait de la *lex mercatoria*.

deux identifiants parfaitement semblables qui, dans le monde “réel”, resteraient “à distance”, à l’abri des frontières. Adaptation des règles de protection des consommateurs dans un contexte de commerce électronique, etc. Nous nous bornerons à illustrer l’observation faite de la nécessaire mise en perspective originale à travers deux exemples choisis pour la raison que les questions ont spécialement suscité le débat et dans l’environnement de l’Internet un débat (quasi) planétaire: Internet et responsabilité (A); Internet et droit d’auteur (B).

1. *Internet et responsabilité*

La question de la responsabilité est exemplaire de ce que nous venons d’appeler une mise en perspective originale.

On peut trouver de tout sur le *net*: le meilleur et le pire, le plus étonnant, l’inutile et l’utile. Qui est donc responsable de tout cela?

Une première réponse est donnée par tous: celui-là même qui “lance” le message sur le réseau, qu’il s’agisse d’information boursière, d’images ludiques ou de propagande xénophobe. On parlera indifféremment de fournisseur d’information²⁸ ou de fournisseur de contenu, en n’oubliant pas que, s’il est des professionnels dans cette activité, tout un chacun peut être fournisseur de contenu dans le monde des réseaux comme le moindre des internautes qui crée sa page *web*.

Mais cette réponse, si elle n’est pas discutée, présente un grave inconvénient: c’est qu’elle désigne un responsable qu’il n’est pas toujours facile d’atteindre. D’abord, l’identification de l’auteur peut parfois être malaisée. Mais ensuite et surtout, même à savoir qui est l’auteur d’un message, que faire quand il s’avère que celui-ci est hors d’atteinte de toute réaction juridique? Que faire quand la condamnation que cet auteur pourra encourir dans un pays donné ne pourra d’aucune manière être exécutée là où il réside?

On peut certes se résigner à ne rien faire. Il nous semble, cependant, que, dans certains cas, il ne faut pas reculer devant une action même purement symbolique quand, précisément, le symbole peut être important. Nous l’avons déjà écrit, observant, par exemple, qu’il n’était sans doute pas sans

²⁸ On ne manquera pas de lire, sur cette question de la responsabilité du fournisseur d’information: Proal, F., *La responsabilité du fournisseur d’information en réseau*, Presse Universitaire d’Aix-en-Provence, 1997.

intérêt, en présence de messages racistes ou pédophiles, sur le terrain pénal, de dire que, selon les vraies valeurs françaises, l'incitation à la haine ou l'exploitation abjecte des enfants n'étaient pas tolérables.²⁹ Pour qui veut plus toutefois, reste une possibilité commode qui est de se tourner vers celui qui est le passage obligé de tout accès à Internet: l'*access provider* ou fournisseur d'accès.

La tendance en ce sens est universelle comme est universelle la position diamétralement opposée de tous les fournisseurs d'accès de la planète qui ne manquent pas de souligner que leur fonction est purement technique et qu'incapables de contrôler le contenu des informations qui passent par eux, ils ne sauraient en aucune manière être responsables de quoi que ce soit. Ceux-ci, actifs en France, ne parvinrent pas à obtenir, comme ils le souhaitaient, qu'une loi leur reconnaisse ce statut d'irresponsabilité en contrepartie de la fourniture de logiciels de contrôle aux utilisateurs,³⁰ le Conseil constitutionnel devant censurer la loi adoptée par le Parlement.³¹ Mais la tentative d'adopter en France une "Charte de l'Internet" en 1997 a manifestement été guidée pour une bonne part par ce même souci de ces professionnels qui croyaient sans doute avec une certaine naïveté que mettre en place, comme il était prévu, un Conseil de l'Internet apte à formuler des avis pourrait avoir un tel effet à l'égard des professionnels qui se soumettraient à ceux-ci.³²

Présomption de responsabilité contre présomption d'irresponsabilité: voilà qui est bien neuf et, d'un côté comme de l'autre, peu conforme aux principes reçus.³³

N'est-il pas plus sage alors d'adopter simplement cette mise en perspective nouvelle dont nous parlions?³⁴

²⁹ Vivant, M., *Cybermonde*, "Droit et droits des réseaux", précité, núm. 19, d'autant, écrivions-nous dans ce même article, que: "La décision peut avoir un effet" "politique" en tant qu'elle constitue comme telle une menace interdisant à l'individu condamné de venir en France ou de déployer telle ou telle activité dans ce pays. Une telle menace d'entrave pour des activités futures peut même en certains cas avoir un effet dissuasif" (*idem*).

³⁰ Logiciels permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner.

³¹ Décision du 26 juillet 1996. L'obligation de fournir un logiciel subsiste à travers l'article 43-1 de la loi du 30 septembre 1986 tel qu'amendé.

³² Sur ce projet de charte, lire Vivant, Michel et Le Stanc, C., "Chronique Droit de l'Informatique", *JCP E.*, I, 657, núm. 23, 1998. Et sur le recul nécessaire à avoir quant à l'autorégulation — puisque la charte était présentée sous ce nom —: Vivant, M., "Autorégulation: l'impossible Graal?", *Planète Internet*, juillet-août 1997, p. 92.

³³ Comme l'a d'ailleurs jugé le Conseil constitutionnel.

³⁴ Voir *supra* núm. 16.

Une mise en perspective qui permette de concevoir la responsabilité de cet intermédiaire nécessaire, stratégique, qu'est le fournisseur d'accès de manière raisonnable.

Or la raison est ici qu'*a priori* il n'est pas responsable eu égard au caractère technique de sa fonction.

Mais, s'il ne peut l'être *a priori*, il ne saurait non plus, comme tel, par l'effet dont on ne sait quelle grâce mystérieuse, ne l'être jamais. Son comportement, comme celui de tout acteur social, peut donner prise à la critique. On a ainsi vu des décisions françaises s'attacher au comportement du fournisseur d'accès: fut de la sorte pris en compte le fait que le fournisseur avait effacé les informations litigieuses relayées par le serveur³⁵ ou au contraire qu'il n'avait pas procédé à la destruction de fichiers litigieux.³⁶ A l'argument suivant lequel aucun contrôle, susceptible de justifier une responsabilité, n'était possible sur le réseau, il fut répondu: "Attendu cependant que toute personne ayant pris la responsabilité de faire diffuser publiquement par quelque mode de communication que ce soit, des propos mettant en cause la réputation d'un tiers doit être au moins en mesure, lorsque comme en l'espèce cette divulgation est constitutive d'un trouble manifestement illicite, de justifier des efforts et démarches accomplis pour faire cesser l'atteinte aux droits d'autrui ou en limiter les effets".³⁷

Ce n'est pas sans évoquer l'affaire américaine *Cubby vs. CompuServe*,³⁸ le réseau CompuServe poursuivi comme co-défendeur en diffamation ayant été exonéré de toute responsabilité sur le motif qu'il ne pouvait avoir connaissance du caractère dommageable de l'information fournie en ligne mais —et c'est là ce qui est important— étant réservé le cas d'une négligence (non-surveillance d'abonnés suspects) ou d'une inertie (le gestionnaire qui acquiert la connaissance du caractère illicite d'informations transmises devant faire le nécessaire pour qu'elles soient retirées).

Une semblable idée est présente dans la loi allemande de 1997.³⁹

Si bien que notre sentiment est que l'on peut s'orienter vers l'idée que le fournisseur d'accès pourrait voir sa responsabilité engagée sur le schéma: pouvoir-savoir-inaction, que nous avons déjà présenté.⁴⁰

³⁵ TGI, Paris, référé, 16 avril 1996.

³⁶ TGI, Paris, référé, 23 mai 1996.

³⁷ Ordonnance précitée du 16 avril 1996.

³⁸ 776 F. Supp. 135 (S.D.N.Y. 1991).

³⁹ Précitée.

⁴⁰ Notamment au Lamy Informatique et réseaux, précité, spécialement num. 2408 où nous utilisons le mot "inertie" et non celui d'inaction.

L'idée est simple. On peut l'expliciter en reprenant ce qui a été dit dans le rapport du *Legal Advisory Board* installé auprès de la Commission européenne:

“La solution préconisée ... consiste à dire que le fournisseur d'accès ou d'hébergement n'est pas responsable pour le contenu qu'il a mis en circulation sauf si son attention a été attirée sur le caractère illégal du contenu:

“Les fournisseurs de services Internet ne doivent être jugés responsables que du contenu illicite qu'ils ont eux-mêmes fourni ou lorsqu'ils en ont été informés mais n'ont pas pris les mesures nécessaires pour éliminer celui-ci d'un service qu'ils hébergent”.⁴¹

Dans cette conception, il faut donc que soient réunies les trois exigences: pouvoir-savoir-inaction. Le fournisseur d'accès ou tout autre opérateur ne pourrait voir sa responsabilité engagée qu'à la triple condition:

- qu'il ait la faculté technique d'intervenir.
- qu'il ait eu connaissance du “message” critiquable.
- qu'il ait choisi de ne rien faire.

Mais il ne suffit pas que ces exigences soient remplies. Dans cette lecture, celles-ci sont des conditions nécessaires mais non point suffisantes. C'est-à-dire qu'à supposer celles-ci satisfaites, il faudrait encore apprécier —sous un éclairage pénal ou civil, selon les cas— le comportement du fournisseur d'accès pour juger s'il appelle ou non la critique; il se peut, par exemple, que ledit opérateur soit resté passif mais que, dans la situation précise, il ait eu raison de le faire.

Il ne s'agit donc pas de bouleverser ou de renier les principes. La preuve en est qu'à ce jour, ce sont des tribunaux qui, usant des ressources du droit positif, ont ouvert les pistes qui ont servi de base à notre réflexion. Il s'agit d'éclairer d'un jour nouveau des règles reçues. On peut sur le fond discuter la pertinence de l'option faite.⁴² Reste que la démarche suivie est celle qui concilie le mieux *en raison* la nécessité d'une régulation de l'Internet et du respect du droit.

⁴¹ Rapport sur la “Communication de la Commission du 20 nov. 1996: Suivi du Livre Vert «Le droit d'auteur et les droits voisins dans la Société de l'Information»”,... Rapport à la Commission européenne (DG-XIII / IPR Task Force), janvier 1997 (Vivant, M.).

⁴² Pour une telle discussion, voir Vivant, M. et Le Stanc, C., *Lamy Informatique et réseaux*, précité, núm. 2408 c. Cela dit, pour nous, l'approche présentée au texte nous semble bonne.

2. *Internet et droit d'auteur*

Une même démarche peut être suivie à propos du second thème que nous avons retenu en exemple: celui du droit d'auteur sur le *net*.

Le réseau foisonne d'images, de textes, de sons... Ceux-ci ont été "grappillés" ici ou là, parfois avec l'accord des titulaires de droit, plus souvent sans se préoccuper de ceux-ci. Des œuvres sont créées pour les besoins propres de l'Internet —telle qu'une "page Web"— ou par son canal —comme ces tableaux virtuels ou ces romans écrits à mille mains dont le lieu d'éclosion est le réseau lui-même—. On trouve même offerts en lignes bases d'images ou logiciels à disposition, cette offre étant, d'ailleurs, bien souvent... l'offre de la chose d'autrui.

Le fait est que le droit d'auteur est dans le flou sur le réseau. Le message suivant trouvé sur un site donné est bien révélateur à cet égard, puisqu'on peut y lire: "Les photos que vous trouverez ici ont été collectées sur le réseau et nous estimons donc qu'elles sont disponibles"! Encore qu'en pareil cas, l'hypocrisie l'emporte manifestement sur la naïveté.

Cela dit, on sait que certains ont préconisé la "mort" du droit d'auteur (ou du *copyright*) dans le cyberspace, considérant qu'il y avait là des entraves potentielles majeures au développement d'un marché de l'information. Tout serait si beau si l'on pouvait ignorer les auteurs!⁴³ Mais voilà: ignorer (méconnaître) le droit d'auteur, c'est ignorer (dénier) que les créateurs puissent prétendre à des droits pour le fruit du "travail" accompli. Le discours de la dénégation se pare volontiers des vertus de l'efficacité et donc du modernisme, réputé efficace, mais il ne faut pas oublier quelle régression il implique.

Il est vrai que, moins radical, il peut déboucher sur une autre conception de la "rémunération" de l'auteur. Il n'est pas absolument interdit de penser en d'autres termes que droit de propriété ou déclinaisons originales de ce droit pour ceux qui ne veulent pas considérer le droit d'auteur comme une propriété.⁴⁴ Mais on voit tout de suite qu'une telle formule n'est réellement envisageable que *de lege ferenda* et, s'agissant des réseaux, à l'échelle de la planète.⁴⁵

⁴³ Et/ou autres titulaires de droits.

⁴⁴ L'idée que d'autres voies seraient explorables est défendue au Canada par un auteur comme MacKay, Ejan. Nous mêmes avons avancé que le "schéma" de la propriété ne devait pas être considéré comme un modèle insurpassable (voir Vivant, M., *Pour une épure de la propriété intellectuelle*, Mélanges Françon, Dalloz, 1995, p. 415).

⁴⁵ Sur la question des traités internationaux pour répondre au défi de l'Internet, voir *supra* núm. 14.

De lege lata, les choses sont tout autres et, pour certains, à l'opposé des premiers, rien ne doit bouger, rien ne doit évoluer.

On ne s'étonnera pas que nous inclinions vers cette (simple) relecture en raison que nous appelons de nos vœux.⁴⁶

A dire vrai, pour ce qui est du principe même de l'application du droit d'auteur aux réseaux, il n'y a pas grandement matière à remise en cause. On peut, certes, discuter de la notion (centrale) de public. Le "public" de l'Internet est plus éclaté encore que celui de la télévision: éclaté dans l'espace, éclaté dans le temps, éclaté quant à l'objet car, de par l'interactivité, l'œuvre sur les réseaux est recomposée par chaque utilisateur... Mais doit-on, pour autant, lui dénier cette qualité de public? Personnellement, nous en doutons.⁴⁷

—S'agissant alors du droit de reproduction, si l'on admet qu'il recouvre toute fixation sur quelque support que ce soit, la mise à disposition d'une œuvre sur le réseau, qui suppose nécessairement mise en mémoire (donc fixation), relève indiscutablement de ce droit. Les premières décisions françaises n'ont d'ailleurs pas hésité à retenir la qualification de reproduction.⁴⁸ Et si certains firent valoir que, dans la définition française du droit de reproduction, la fixation devait être conçue comme destinée à la communication de l'œuvre au public, il fut justement répondu qu'"en permettant à des tiers connectés au réseau Internet de visiter ses pages privées et d'en prendre éventuellement copie (...) [le créateur du site] favorise l'utilisation collective de ses reproductions".⁴⁹

Mais la technique des réseaux suppose des fixations intermédiaires et la question peut alors légitimement se poser de savoir si ces fixations-là relèvent toujours du droit de reproduction. Or, à considérer les choses *en raison*, il nous semble que ce qui importe réside dans la dimension humaine de l'opération et donc que la simple fixation technique ne devrait pas être

⁴⁶ Voir *supra* núm. 16.

⁴⁷ Dans son rapport remarqué (Industries culturelles et nouvelles techniques, La doc. fr., 1994), notre savant collègue Sirinelli conclut, d'ailleurs, à l'homogénéité des situations.

⁴⁸ Ainsi TGI, Paris, réf. 6138/96, 14 août 1996, JCP, 1996, II, 22727, note Olivier et Barbry, JCP, 1997, E., I, 657, núm. 24, obs. Vivant et Le Stanc, TGI, Paris, réf. 60139/96, 14 août 1996, JCP, 1997, E., I, 657, núm. 24, obs. Vivant et Le Stanc, D. 1996, 491, note Gautier, TGI, Paris, réf., 5 mai 1997, JCP, 1997, II, 22906, note Olivier, JCP, 1998, E., p. 850, obs. Vivant et Le Stanc.

⁴⁹ *Cfr.* ordonnances précitées. Étant observé au passage qu'il était implicitement retenue par l'auteur de l'ordonnance une vision dynamique du public propre à répondre à l'interrogation soulevée plus haut au texte.

prise en considération.⁵⁰ Nous partageons pleinement l'avis du professeur Lucas qui écrit à ce propos: "On peut se demander si la méthode ... qui consiste à isoler des actes techniques au sein d'un processus (de traitement ou de communication) pour les confronter à la définition de la reproduction, ne conduit pas à une impasse. *Morceler le processus de communication* en isolant artificiellement des reproductions soumises en tant que telles au droit exclusif nuirait à la lisibilité du droit et *accréditerait l'idée d'une surprotection*, d'un excès de protection, ce qui ne semble pas de bonne politique à une époque où le droit d'auteur est même attaqué frontalement. Il est d'ailleurs intéressant d'observer qu'on s'est bien gardé dans le passé de raisonner de la sorte avec le cinéma et la télévision. S'est-on demandé s'il fallait mettre en cause le droit de reproduction sous prétexte que les images étaient fixées sur l'écran de la salle ou du téléviseur? La réponse aurait sûrement été négative. Or le problème est bien le même, en particulier pour l'affichage sur écran de l'ordinateur ou de la télévision".⁵¹ Ajoutons qu'à notre sentiment, non seulement l'analyse contraire pourrait être taxée d'être surprotectrice mais que, même, elle conduirait, nous semble-t-il, à une protection indue.

—Pour ce qui est ensuite du droit de représentation, le jeu de celui-ci, dans des systèmes de droit qui, comme le système français, définissent cette représentation comme communication au public, ne fait pas problème. L'analyse a déjà été retenue en France.⁵² Mais, dans les droits de même famille, c'est certainement une décision belge qui est la plus nette puisqu'on peut lire sous la plume du magistrat belge: "L'accès à Central Station [le site en cause] est accessible à toute personne munie du matériel électronique nécessaire et qui s'est connectée à l'adresse électronique attribuée au service sur le réseau Internet; que l'accès à Central Station est donc aussi large que celui

⁵⁰ Une telle idée avait déjà été mise en avant, en France, dans un rapport présenté au Ministère de la Culture sous les signatures Lucas, A., et Vivant, M., à propos notamment des techniques de compression de sons, la question étant posée de savoir s'il était raisonnable de prétendre faire jouer le droit d'auteur quand l'œuvre était l'objet d'un traitement qui ne la rendait plus humainement perceptible. Voir *Les nouvelles technologies de l'information, Recension technique et première analyse de leur impact sur la propriété littéraire et artistique*, IDATE, 1993, avec Lucas, A. et Vivant, M., pour la partie juridique; Lange, A. (IDATE), et Sidi, J. A. (XIS), pour la partie technique.

⁵¹ Lucas, A., "La propriété intellectuelle sur Internet", *Le Communicateur*, núm. 35, 1996, p. 5 et ss., spécialement p. 10.

⁵² Ainsi T. commerce Paris, réf., 3 mars 1997, JCP, 1997, II, 22840, note Olivier et Barbry, JCP, 1997, E., I, 657, núm. 24, obs., Vivant et Le Stanc.

réservé au spectateur d'un concert par exemple; qu'Internet a précisément pour raison d'être la communication de données au public; que l'article 1^{er} de la loi du 30 juin 1994 [loi belge] vise la communication au public "par un procédé quelconque"; qu'il n'y a pas de raison d'exclure du champ d'application de cet article, les diffusions par le biais de la télématique".⁵³

La difficulté est plus grande quand la notion de représentation n'est pas construite sur celle de communication. C'est ce qui explique que l'OMPI tente d'uniformiser sur ce point les règles nationales.⁵⁴

L'uniformisation est moins simple s'agissant des exceptions au monopole, comme en témoigne l'impossibilité des États membres de l'Union européenne de s'accorder en ce sens si ce n'est en trompe-l'œil. *Fair use? Fair dealing? Copie privée? Mise à l'écart de telles exceptions qui ne seraient pas de mise sur les réseaux, comme le préconisent certains? Tout peut être soutenu et la difficulté, ici, n'est pas seulement d'adapter le droit à un environnement nouveau mais aussi de faire coexister au mieux des droits aux solutions différentes. Nous avons déjà évoqué cette dernière difficulté attachée à la nature transfrontière de l'Internet et nous n'y reviendrons pas.*⁵⁵

S'agissant de l'adéquation du droit existant (qu'il ait telle ou telle teneur) à l'Internet, il est sans doute intéressant de noter que la Commission installée auprès du Conseil d'État français et qui reçut mission de réfléchir à la régulation juridique de l'Internet,⁵⁶ jugea globalement qu'il n'était pas nécessaire de revenir sur les exceptions existantes, sauf peut-être à restreindre la portée de l'exception de copie privée.⁵⁷ Mais il s'agissait moins d'abandonner une exception de tradition que d'éviter que, par la double facilité de la numérisation et de la mise en réseau, de copies privées en copies privées, le monopole même fût méconnu.

Ici comme ailleurs, l'Internet et, plus largement, les nouvelles technologies obligent à voir différemment ce qui jusqu'alors pouvait sembler aller de soi. Témoin la question du "*browsing*" (pour user d'un terme anglo-saxon) joliment qualifié en français de "butinage" ou de "bouquinage". Faut-il admettre qu'une exception doive être ménagée pour le cas de l'internaute

⁵³ T. Premier Instance de Bruxelles, 16 oct. 1996, AGJPB c. Central Station; voir à ce sujet, Triaille, J. P., Création et diffusion des œuvres, Cahiers du CRID, 1997.

⁵⁴ Voir *supra* núm. 14.

⁵⁵ Voir première partie.

⁵⁶ Commission dont le travail s'étendit de 1997 à 1998 sous la présidence de madame Falque-Pierrotin (et auquel appartient le signataire de ses lignes).

⁵⁷ Document remis au Premier Ministre.

qui, cherchant de l'information, parcourt un site comme on peut feuilleter un livre dans les rayons d'une librairie? Reconnaître une sorte de "droit de survol"? Certes, à s'en tenir aux stricts principes, il est clair que les droits d'auteur sont mis en cause par cette pratique. Mais, à bien y réfléchir, ils ne le sont pas davantage que par la pratique qui consiste à feuilleter un ouvrage en rayon. Jugerait-on raisonnable de l'interdire? Et voici que l'Internet ne devient pas simplement occasion de voir différemment des droits connus quand il s'agit de cyberspace mais, la dynamique du cyberspace aidant, tout simplement l'occasion de concevoir différemment ces droits.⁵⁸

D'autres exemples auraient pu être avancés, nous l'avons dit.⁵⁹ Nous nous en tiendrons là.

Il ne s'agissait pas, en effet, en quelques pages, de faire ou refaire un droit pour l'Internet, mais de montrer les vertus d'un autre regard. Et tout peut toujours être considéré autrement. C'est même là le propre de l'homme.

Internet n'est pas exempt de droit et, mieux, il n'est pas besoin de "fabriquer" un droit spécifique pour les réseaux. L'important est, selon la démarche qui est celle du droit international privé, démarche qu'on peut opportunément généraliser, de savoir discerner quelle loi, quelle norme, est la mieux adaptée à la situation. Sans doute, il peut parfois être nécessaire d'imaginer des règles nouvelles.⁶⁰ Mais le strict droit commun peut aussi suffire. Tout au plus, comme nous l'avons vu en matière de responsabilité, ce droit commun doit à l'occasion être pensé par référence aux situations neuves que font naître les réseaux (ainsi le fournisseur d'accès est-il une "figure" nouvelle dont la fonction doit être prise en compte) et donc repensé. Mais précisément, repenser les solutions reçues, les refuser comme idées reçues, les passer au crible de la critique, et cela qu'au final l'Internet soit en cause ou ne le soit pas, c'est là sans doute le premier mérite d'une réflexion (sérieuse) sur le droit des réseaux. Le "butinage", le "bouquinage" ou la "copie de travail" dont nous avons dit un mot plus haut sont d'intéressantes questions que les réseaux ont donné l'occasion de poser mais qui se posent en dehors d'eux. L'Internet —comme plus largement le droit des nouvelles technologies—

⁵⁸ Cyberspace ou non.

⁵⁹ Núm. 16.

⁶⁰ Tel est certainement le cas pour tout ce qui est "nommage", question très politique que nous avons ici laissée de côté.

est d'abord un révélateur. Révélateur des peurs et des espoirs suggérons-nous en commençant. Révélateur aussi, pour nous juristes, de problèmes occultés et, partant, les problèmes dévoilés, promoteurs de solutions raisonnées. De la technique comme dévoilement selon Heidegger? Sans doute, mais, selon Heidegger encore, le "dévoilement" est construction et c'est à nous qu'il appartient de construire l'espace des hommes, fût-il un cyberspace.