



Département des Sciences juridiques

**La Liberté d'expression sur l'internet -
Une approche comparée entre
la France et les États-Unis**

Estelle WURTZBACHER

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Florence, Octobre 2007

INSTITUT UNIVERSITAIRE EUROPEEN
Département des Sciences juridiques

La Liberté d'expression sur l'internet - Une approche comparée entre la France et les États-Unis

Estelle WURTZBACHER

Thèse soumise au jury pour approbation en vue de l'obtention du grade de
Docteur en Sciences juridiques de l'Institut universitaire européen

Membres du jury :

Professeur Wojciech Sadurski, IUE (Directeur de thèse IUE)
Professeur Michel Troper, Université Paris X - Nanterre (Directeur de thèse extérieur)
Professeur Michel Rosenfeld, Université Cardozo - New-York
Professeur Jacques Ziller, IUE

© 2007, Estelle Wurtzbacher

Aucune partie de cette thèse ne peut être copiée, reproduite
ou distribuée sans la permission préalable de l'auteur.

Le libre jugement des hommes n'est-il pas infiniment varié ? [...] N'est-il pas impossible que tous les hommes aient les mêmes sentiments sur les mêmes choses, et parlent d'une seule bouche ? [...] Plus on fait d'efforts pour leur ravir la liberté de parler, plus ils s'obstinent et résistent.

Spinoza
Traité théologico-politique
Ch. XX

REMERCIEMENTS

J'adresse mes sincères remerciements à mes deux directeurs de recherche pour leur disponibilité et leur patience. À M. le professeur Troper pour ses lectures minutieuses et ses commentaires justes et pertinents sur mon travail. À M. le professeur Sadurski pour ses conseils et sa confiance, mais aussi pour m'avoir introduite à cette matière passionnante qu'est le droit américain de la liberté d'expression, et dont la méconnaissance de ce côté de l'Atlantique est source de nombreux fantasmes.

Une amicale pensée va à Otto Pfersmann qui m'a suivie et encouragée, ainsi que vers mes collègues de l'Université Jean Monnet de Saint-Étienne pour leur accueil et leur amitié.

Enfin, merci à tous ceux qui m'ont soutenue durant ce long travail, à ma mère pour ses relectures patientes, à Vincent et à mes amis chers.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

A.C.L.U. : American Civil Liberties Union
 Act. : Actualité
 A.I.J.C. : Annuaire International de Justice Constitutionnelle
 A.L.A. : American Library Association
 Annales H.S.S. : Annales Histoire, Sciences sociales
 Art. : Article
 A.R.T. : Autorité de régulation des télécommunications
 A.R.C.E.P. : Autorité de régulation des communications électroniques et des postes
 C.D.A. : Communications Decency Act
 Chron. : Chronique
 C.I.P.A. : Child's Internet Protection Act
 C.N.I.L. : Commission nationale informatique et libertés
 Coll. : Collection
 Cons. : Considérant
 C.O.P.A. : Child Online Protection Act
 Crim. : Chambre criminelle de la Cour de cassation
 C.S.A. : Conseil supérieur de l'audiovisuel
 D. : Revue Dalloz
 DC : Décision de constitutionnalité
 Déc. : Décision
 Éd. : Édition
 E.F.F. : Electronic Frontier Foundation
 E.P.I.C. : Electronic Privacy Information Center
 Fasc. : Fascicule
 F.C.C. : Federal Communications Commission
 F.C.L.J. : Federal Commission Law Journal
 Gaz. Pal. : Gazette du Palais
 Ibid. : Ibidem
 J.C.P. : La Semaine juridique édition générale
 J.O. : Journal officiel de la République française
 J.O.C.E. : Journal officiel des Communautés Européennes
 L.G.D.J. : Librairie générale du droit et de la jurisprudence
 N.Y.R.B. : New York Review of Books
 P.U.A.M. : Presses universitaires Aix-Marseille
 P.U.F. : Presses Universitaires de France
 R.A. : Revue administrative
 Rec. : Recueil des décisions du Conseil constitutionnel
 R.D.P. : Revue de droit public
 R.F.D.A. : Revue française de droit administratif
 R.F.D.C. : Revue française de droit constitutionnel
 R.U.D.H. : Revue universelle des droits de l'homme
 TI : Tribunal d'instance
 TGI : Tribunal de grande instance
 U.C.L.A. : University of California Los Angeles
 U.E. : Union européenne
 Vol. : Volume

SOMMAIRE

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	10
TITRE PRÉLIMINAIRE. LES CONCEPTIONS EXISTANTES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	21
CHAPITRE I. LES FONDEMENTS POSSIBLES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	24
SECTION 1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UN MOYEN AU SERVICE D'UNE AUTRE FIN	28
SECTION 2. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UNE FIN EN SOI.....	42
CHAPITRE II. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF	53
SECTION 1. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS.....	56
SECTION II. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF AMÉRICAIN.....	83
PARTIE I. LA RECHERCHE DES FONDEMENTS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LES RÉGLEMENTATIONS DE L'INTERNET	140
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES POSSIBLES DE L'INTERNET.....	142
SECTION I. LES DISCOURS TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIFS À PROPOS DE L'INTERNET	145
SECTION II. LES DISCOURS SYSTÉMIQUES À PROPOS DE L'INTERNET	167
TITRE I. LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET EN FRANCE.....	180
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FAIBLE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE.....	183
SECTION 1. LE CHOIX DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET À ADOPTER.....	185
SECTION 2. L'INSERTION DE L'INTERNET DANS LE SYSTÈME DU DROIT DE LA COMMUNICATION.....	202

CHAPITRE II. LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE MIXTE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE	223
SECTION 1. L'APPROCHE FONCTIONNALISTE DE L'INTERNET ET L'AUTORÉGULATION	226
SECTION 2. L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET ET LA CORÉGULATION	234
TITRE II. LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET AUX ÉTATS-UNIS.....	249
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE D'APPROCHE TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIVE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE	252
SECTION 1. LES VALEURS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EXARCERBÉES PAR L'INTERNET	254
SECTION 2. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES RÉGLEMENTATIONS AFFECTANT L'INTERNET.....	264
CHAPITRE 2. LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FORT DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE	276
SECTION 1. LES FONDEMENTS DE LA VALIDATION PAR LA COUR SUPRÊME DE L'OBLIGATION DE SÉLECTION DES CONTENUS	279
SECTION 2. LES CRITÈRES DE LA COMMUNAUTÉ, OU L'OBSCÉNITÉ SUR L'INTERNET	292

PARTIE II. LA RENCONTRE DES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR L'INTERNET	304
TITRE I. LA RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	312
CHAPITRE I. LA SOUMISSION DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES À UNE RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE EN FRANCE.....	314
SECTION I. LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	316
SECTION II. LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	337
CHAPITRE II. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ AUX ÉTATS-UNIS.....	357
SECTION I. L'APPLICATION DE LA <i>COMMON LAW</i> AUX INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	359
SECTION II. LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	369
TITRE II UNE IRRESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	382
CHAPITRE I. LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES EN FRANCE	384
SECTION I. L'AVÈNEMENT DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	386
SECTION II. LES OBLIGATIONS LIÉES AU RÉGIME D'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	409
CHAPITRE II. LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES AUX ÉTATS-UNIS.....	440
SECTION I. UNE IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES.....	442
SECTION II. LES OBLIGATIONS PESANT SUR LES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES.....	458
CONCLUSION.....	475
BIBLIOGRAPHIE	479
TABLE DES MATIÈRES	508

INTRODUCTION

Voilà plus de deux siècles que le principe d'une libre expression a été proclamé en France et aux États-Unis, en des termes toutefois différents. En France, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 dispose que : "la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi". Une célèbre décision du Conseil constitutionnel en date de 1971¹ élève cette Déclaration au rang de norme constitutionnelle. Aux États-Unis, le principe de liberté d'expression, appartenant à la *Bill of Rights* de 1771, est inscrit au Premier amendement de la Constitution : "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]"². Depuis le début du XXe siècle, c'est une norme de référence pour la Cour suprême lors du contrôle des lois et des autres actes adoptés par les pouvoirs publics. Dans les deux cas, la liberté d'expression est donc un principe constitutionnel.

Mais qu'est-ce que la liberté d'expression ? Cette question d'apparence triviale fait l'objet de réponses très variées. Chaque point de vue diffère quant à sa signification, mais c'est toujours la communication publique entre individus qui est protégée. Amorcer une réflexion sur la liberté d'expression par une définition serait une démarche erronée et réduirait considérablement le champ de l'étude. Aborder la liberté d'expression en général, et sur l'internet en particulier, appelle un certain nombre de réflexions.

1. Étudier la liberté d'expression, c'est découvrir sa conception dans un système juridique donné. Quels sont les éléments permettant cette découverte ?

1.1. Tout d'abord, dire qu'un principe juridique comporte une ou plusieurs significations revient à questionner les méta-principes pouvant le fonder, partant du fait qu'un

¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971, *Loi complétant les dispositions des articles 5 et 7 de la loi du 1er juillet 1901 relative au contrat d'association*, Recueil, p. 29.

² "Le Congrès ne pourra faire aucune loi [...] restreignant la liberté de parole ou de la presse [...]"

méta-principe est un principe sur un principe, qui l'explique et le justifie. Dans l'hypothèse d'un principe à valeur constitutionnelle, tel celui de la liberté d'expression, les méta-principes qui le fondent ne sont rien d'autre qu'un ensemble de valeurs, croyances morales ou philosophiques, donc des énoncés extra-juridiques insusceptibles d'être vrais ou faux. Certains y verront une condition essentielle au bon fonctionnement de la démocratie, d'autres une nécessité à leur développement personnel, d'autres encore une garantie contre les vérités officielles. Devant la multiplicité des méta-principes pouvant fonder le principe de liberté d'expression, un travail de catégorisation est nécessaire. Ce travail permettra de mettre en lumière le constat selon lequel dans un système juridique donné, il n'existe pas un fondement unique de la liberté d'expression, mais une pluralité de fondements. Ces fondements sont des éléments essentiels à la conception de la liberté d'expression dans un système juridique.

Ceci entraîne une autre réflexion, sur l'autonomie de ce principe par rapport à celui de la liberté en général. Si le principe de liberté d'expression fait l'objet d'un énoncé à part dans les Déclarations des droits, c'est qu'il existe de manière indépendante. Les systèmes de droit de la communication sont donc régis par des règles différentes de celles du droit commun, afin justement de garantir la liberté d'expression. Ainsi, les règles de la responsabilité qui gouvernent la presse sont de nature particulière car elles visent à protéger les journalistes des procès dont ils pourraient faire l'objet. Il en est de même des délais brefs instaurés en matière de prescription des délits commis par voie de presse.

1.2. La découverte d'une conception de la liberté d'expression est également déterminée par son objet, à savoir l'expression. Que faut-il entendre par ce terme ? Si le principe de la liberté d'expression est indépendant de celui de la liberté, l'expression a nécessairement une signification différente des autres conduites humaines. Pourtant, certaines expressions s'apparentent à des conduites dans la mesure où elles ne véhiculent aucune idée. Ainsi, les propos de celui qui clamerait qu'il faut tuer le Président ne seront pas protégés. De même, certaines conduites peuvent se révéler expressives, comme le fait de porter un signe vestimentaire révélant la croyance en une opinion.

Cette réflexion se prolonge sur le type d'expression couverte par le principe d'une libre expression, une fois entendu qu'il s'agit bien d'une idée, d'une opinion ou d'une information pouvant théoriquement faire l'objet d'une protection. On s'aperçoit que l'étendue de ce

principe dépend dans une large mesure du méta-principe servant à le justifier. Ainsi, si cette liberté est fondée sur le méta-principe de la démocratie, l'expression politique sera plus protégée que les autres, de sorte qu'on pourrait être conduit à accepter que soient publiquement énoncés des propos racistes ou révisionnistes, quand bien même ils heurteraient la sensibilité de certaines catégories de la population. De même, si son fondement est le méta-principe du développement individuel, aucune expression ne primerait *a priori* sur les autres. L'accès des adultes à la pornographie sera dès lors permis.

1.3. Ceci nous conduit à envisager les limites du principe de liberté d'expression. À l'instar du principe de liberté, ses limites conditionnent son existence. Il est certes une théorie absolutiste de la liberté d'expression, au nom de laquelle aucune restriction ne serait légitime, discours souvent tenu à propos du droit américain, notamment du fait de la rédaction apparemment absolutiste du Premier amendement. Une interprétation littérale laisserait supposer que le Congrès ne disposerait pas de l'autorisation constitutionnelle pour restreindre l'expression. Néanmoins, cela ne correspond pas à la réalité juridique, américaine comme française, où législateurs et juges restreignent l'expression dès qu'ils l'estiment nécessaire. La responsabilité est ainsi une limite interne au principe de la liberté d'expression.

Les limites à la liberté d'expression sont de trois ordres. Tout d'abord, les expressions sont plus au moins protégées par ce principe selon ses fondements. Ainsi, dans le cas de la justification par le biais du méta-principe de la démocratie, d'aucuns peuvent considérer que toutes les expressions qui ne seraient pas politiques pourraient faire l'objet de réglementation voire d'interdiction. Le méta-principe de la démocratie viendrait ici limiter la liberté d'expression.

Ensuite, d'autres principes juridiques limitent la liberté d'expression, tel le principe du dommage causé à autrui ou encore la protection de l'ordre public. Ceci est rappelé à l'article 11 de la Déclaration française des droits de l'homme où il est énoncé que les abus de cette liberté peuvent être punis par la loi, et c'est également le cas en droit américain. La plupart du temps, des expressions se trouvent limitées du fait des dommages qu'elles peuvent causer à une personne ou un groupe de personnes, ou à la préservation de la paix sociale. Si chacun est libre de donner son avis sur une personne, il ne peut proférer des propos portant atteinte à son honneur ou conduisant à ternir sa réputation. Certaines expressions peuvent être limitées pour protéger une catégorie de la population. Ainsi, l'accès des adultes à des contenus indécents

sera restreint afin de protéger les mineurs. Dans le même ordre d'idée, l'objectif de pacification sociale poursuivi en France interdit de proférer ou de publier des propos racistes ou remettant en cause le génocide juif ayant eu lieu durant la Seconde Guerre mondiale.

Enfin, les limites à la liberté d'expression sont parfois extérieures au système juridique. Elles prennent la forme de contraintes techniques ou psychologiques. Cette liberté s'exerce souvent par le biais de supports techniques comme la presse, l'audiovisuel, le cinéma ou l'internet qui font office d'intermédiaires entre celui qui s'exprime et ses récepteurs. Les régimes juridiques prennent en compte leurs contraintes techniques spécifiques, postulant ce qu'il est possible ou non de faire techniquement. Ainsi, l'audiovisuel a longtemps été considéré comme limité du fait de la rareté des fréquences hertziennes, ce qui justifiait sa soumission à un régime juridique où la liberté d'expression était la plus restreinte. Même si cet argument est dépassé à l'heure actuelle, du fait de l'utilisation de la technologie numérique, la restriction de son régime juridique reste justifiée par deux autres arguments de nature psychologique, son caractère intrusif et son influence considérable. La télévision et la radio s'inviteraient dans les foyers sans que l'on sache à l'avance ce qu'on verra ou entendra lorsqu'on les mettra en marche. De même, l'attraction psychologique qu'ils exerceraient sur chacun d'entre nous en ferait un support de communication apte à nous influencer. Dans les deux pays étudiés, une autorité publique contrôle les programmes audiovisuels, et décide des horaires de diffusion de certains d'entre eux. Au nom des contraintes techniques et psychologiques qui seraient propres à ce médium, cette autorité intervient également pour imposer que soit garanti le respect d'autres principes comme l'ordre public ou le pluralisme de l'information.

En fonction du régime juridique construit pour chacun des supports de la communication existants, qui dépendra de ces contraintes techniques et psychologiques, il existera plus ou moins de liberté d'expression. Les limitations pèseront sur les intermédiaires de la communication. Ils devront les mettre en œuvre et seront tenus pour responsables si, par exemple, un contenu illicite venait à être diffusé par leur biais. Il en est ainsi de tous les supports, l'internet compris, même si sur ce dernier, les intermédiaires sont d'un genre nouveau, ne pouvant s'apparenter à des journalistes pour qui les règles traditionnelles de la liberté d'expression ont été construites.

2. Une seconde remarque concerne les moyens utilisés pour s'exprimer. La liberté d'expression peut s'exercer dans tout lieu public. En Angleterre, ceci a été institutionnalisé par le *Speaker's Corner* à Hyde Park à Londres. Encore aujourd'hui, ce "coin" est utilisé par quiconque souhaite s'exprimer en public. La liberté d'expression s'exerce également par le biais de différents supports, qui vont de l'affichage, de la littérature, de la presse au cinéma, en passant par l'audiovisuel et l'internet. Chacun d'eux fait l'objet de règles différentes en fonction de la façon de communiquer. On peut ainsi distinguer autant de régimes juridiques de la communication qu'il existe de moyens pour s'exprimer. Les régimes juridiques du droit de la communication sont basés sur les supports. La réglementation des contenus se fait quant à elle de manière indépendante du médium utilisé pour les véhiculer. Ainsi, la diffamation est réprimée quel que soit le support, mais certaines conditions de cette répression seront différentes en fonction de leur régime juridique.

Qu'est-ce que l'internet ? Il s'agit d'une technologie qui a pour origine un réseau mis en place en 1969 par le ministère américain de la Défense, appelé *Arpanet*, dont le but était de protéger les données s'il était en partie détruit lors d'un affrontement dû à la Guerre froide³. Quelques années plus tard, le réseau devint civil et fut utilisé par la communauté scientifique. Depuis, il est devenu un nouveau médium de communication pour le grand public. Par ses caractéristiques techniques, l'internet modifie le sens de la communication, qui ne se fait plus de manière unilatérale, d'un émetteur vers un ensemble de récepteurs, mais de manière circulaire. Une des particularités les plus notables de l'internet est l'absence de point central dans la communication, effectuée par "paquets" de données qui transitent par différents serveurs à travers le monde, de sorte qu'*a priori*, il n'existe pas de points de contrôle. Sa singularité a soulevé beaucoup de perplexité lorsqu'il s'est agi de l'intégrer dans les systèmes juridiques et à suscité différents discours sur la place à lui accorder. L'étude de ces discours est essentielle à la compréhension des règles mises en place durant les différentes étapes d'intégration de l'internet dans nos droits.

3. Pour découvrir ce qu'est juridiquement l'internet, il est utile d'analyser ces discours par le biais des méthodologies dégagées en matière d'interprétation juridique. Elles regroupent les

³ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, Annexe 2, p. 237.

arguments interprétatifs servant à justifier le sens donné aux dispositions juridiques⁴. Parmi les nombreuses méthodologies existantes, une des plus exhaustives regroupe quatre types d'arguments⁵, au sein desquels on retrouve les procédés de raisonnement tels les arguments *a contrario*, *a fortiori*, *a simili* ou encore *ab exemplo*.

Les arguments linguistiques ou sémiotiques permettent de déterminer le sens d'un texte en fonction de son langage naturel, que ce soit dans le sens courant ou dans le sens technique des termes utilisés. Lorsqu'ils utilisent ce type d'arguments pour interpréter un texte, les juges parlent alors d'interprétation littérale, qu'adopterait toute personne familière avec ce langage.

Les arguments systémiques sont utilisés pour rechercher le sens d'un énoncé dans son contexte général. Il existe plusieurs types d'arguments systémiques⁶ : celui tiré de l'harmonisation contextuelle, qui permet d'interpréter un texte juridique à la lumière de l'ensemble législatif auquel il appartient, celui tiré du précédent, qui conduit à interpréter un texte compte-tenu de l'interprétation judiciaire dont il aurait fait l'objet au préalable, celui tiré de l'analogie, utilisé lorsqu'un texte présente de fortes analogies avec d'autres textes similaires, même si cette interprétation venait à s'éloigner du sens courant, l'argument logico-conceptuel, qui consiste à conserver un usage cohérent d'un concept juridique dans le système juridique, celui tiré des principes généraux du droit, qui revient à interpréter un texte en fonction d'un de ces principes si l'objet du texte le permet, et celui tiré de l'histoire, par lequel un texte est interprété afin d'être compatible avec la compréhension historiquement modifiée de son principe et de sa finalité, ou de l'idée du juste. Tous ces arguments systémiques sont utilisés afin de poursuivre l'idée de cohérence globale ou d'intégrité du système juridique.

Les arguments téléologiques ou fonctionnels sont utilisés en isolant un texte juridique du contexte historique de sa production et en lui attribuant une fonction propre et objective qui peut se révéler être différente de celle souhaitée à sa création. Ils permettent aux juges

⁴ Champeil-Desplats (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République- Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, Paris, p. 72 et s.

⁵ Parmi les nombreuses études et typologies existantes, on citera MacCormick (N.), "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation du droit", in Amssele (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 213-226, Bankowski (Z.), MacCormick (N.D.), Summers (R.S.) et Wroblewski (J.), "On Method and Methodology", in MacCormick (N.D.) et Summers (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991, pp. 9-27, Troper (M.), Grzegorzczak (Chr.), Gardies (J.-L.), "Statutory Interpretation in France", in MacCormick (N.) et Summers (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, précité, pp. 171-211.

⁶ Ces arguments sont décrits par MacCormick (N.), "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation du droit", précité, pp. 220-222.

d'adapter des textes anciens. Il est aussi possible d'attribuer une fonction subjective au texte à interpréter, qui révélera alors l'intention du législateur. Les interprétations téléologiques sont souvent entremêlées d'arguments axiologiques. Dans ce cas, on parle alors d'arguments téléologico-évaluatifs. L'interprète procèdera à une évaluation du texte compte-tenu de valeurs philosophiques ou morales, ou de considérations extérieures qui ne seraient pas juridiques, telle son utilité sociale.

Enfin, un texte peut être interprété à l'aide d'arguments tirés de l'intention du législateur. Ils sont utilisés lorsque cette intention n'apparaît pas par le biais du contexte linguistique du texte ou lorsque le texte ne l'exprime pas de manière suffisamment claire. Ces arguments conduisent à recourir à une interprétation génétique, c'est-à-dire au vu des conditions historiques préalables ou concomitantes à l'adoption du texte, ou bien à une interprétation historique, qui prendra en compte les évolutions ayant eu lieu depuis cette adoption.

Les méthodologies de l'interprétation développées en théorie du droit ont vocation à dégager le sens d'une disposition ou d'une institution juridiques. Or, ces méthodologies peuvent être utilisées dans d'autres contextes où une interprétation est nécessaire à la découverte de la signification d'un ensemble normatif. C'est justement le cas de l'internet où différents discours juridiques ont entraîné l'adoption de régimes juridiques pour le réglementer. La démarche poursuivie dans ce travail n'a d'ailleurs pas pour objectif d'appliquer une telle méthodologie en dehors de son contexte. Au contraire, c'est l'analyse de ces discours qui conduit à une cette application. Ceux-ci sont constitués d'arguments sémiotiques, systémiques et téléologico-évaluatifs. L'identification de ces arguments est nécessaire pour comprendre les stratégies argumentatives utilisées dans les discours visant à appréhender juridiquement un objet jusque là inconnu du droit. L'utilisation dans ce cadre d'une méthodologie construite originellement pour l'interprétation juridique conduit à se placer au niveau du méta-discours et à décrire les caractères présents dans les droits positifs existants, mais aussi les droits positifs possibles. On pourra ainsi comprendre les contraintes qui ont rendu nécessaires leur apparition de même que leurs contenus⁷, nous gardant de procéder à une quelconque évaluation comme le fait la dogmatique juridique.

⁷ Troper (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, P.U.F., Léviathan, Paris, 2001, pp. X.

S'agissant d'étudier la liberté d'expression sur l'internet, l'analyse de ces discours par le biais des méthodologies de l'interprétation des textes juridiques doit se conjuguer avec celle propre à l'étude de la liberté d'expression, et qui consiste à découvrir les méta-principes la fondant dans telle ou telle hypothèse. Ainsi, les tenants d'une vision absolutiste de la liberté d'expression tiennent un discours composé essentiellement d'arguments téléologico-évaluatifs, conférant à l'internet une fonction à part, hors des systèmes juridiques existants, fonction justifiée par l'idéologie selon laquelle aucune limitation de la liberté d'expression ne serait acceptable sur l'internet. L'interprétation du langage employé est également souvent révélatrice de cette vision, comme le montre l'emploi du terme "cyberespace". D'un autre côté, ceux qui voient l'internet comme un médium semblable à un autre postuleront pour son intégration dans le système juridique du droit de la communication, que ce soit par la construction d'un régime juridique autonome, distinct de ceux existant pour la presse ou l'audiovisuel par exemple, ou au contraire, pour la mise en place pour l'internet de règles inférées de celles développées pour d'autres supports. Dans tous les cas de figure, cette double analyse sera essentielle à la compréhension de la conception de la liberté d'expression sur l'internet dans un système juridique donné. Parfois même, elle pourra conduire à dégager des conceptions semi-clandestines de valeur différentes comme le progrès ou les craintes que peut inspirer un nouveau moyen de communication.

Le matériel pour lequel on appliquera les arguments tirés des méthodologies de l'interprétation judiciaire et de celle de la liberté d'expression sont les projets et les textes de loi, les débats dans les assemblées parlementaires, les décisions de justice, la doctrine, et parfois, les argumentations provenant d'acteurs non juridiques comme des associations de défense des droits sur l'internet.

Le résultat de cette double analyse sera de comprendre la nature des régimes juridiques construits pour l'internet et la ou les conceptions de la liberté d'expression poursuivies. Construire-t-on un système juridique qui lui sera propre ou inférera-t-on les règles existantes pour un autre support de la communication ? Lui préférera-t-on l'application du droit commun ? Fera-t-on peser les limitations nécessaires de la liberté d'expression sur ses intermédiaires techniques, qui ne ressemblent pas aux intermédiaires classiques de la communication ? Enfin, l'appréhension juridique de l'internet conduira-t-elle à l'émergence d'un nouveau fondement de la liberté d'expression par le biais de l'apparition d'un nouveau méta-principe justificateur ou à une conjugaison nouvelle de méta-principes existants ?

4. La découverte des méta-principes fondant la liberté d'expression dans un système juridique donné n'est pas aisée car ils ne ressortent pas toujours clairement des discours juridiques. Le droit américain nous fournit un cadre de réflexion grâce à la tradition de théorisation de la liberté d'expression, pratiquement absente du droit français. Les multiples méta-principes énoncés sont catégorisés, et la liberté d'expression est justifiée par le recours à l'un d'eux ou par une conjugaison de plusieurs d'entre eux. Ce travail est le fait de la doctrine, mais aussi des juges qui justifient leurs décisions par la rédaction d'opinions parfois séparées de l'opinion majoritaire, parfois même dissidentes. Une étude de droit comparé trouve ici tout son intérêt, l'étude d'un système juridique pouvant conduire à éclairer sur la signification d'un autre système. Sans le recours à la théorisation américaine, il serait bien difficile de comprendre les enjeux de la liberté d'expression en droit français. D'autres systèmes juridiques dans lesquels les lois seraient examinées par des juges professionnels lors d'un contrôle diffus de constitutionnalité, *a priori* et *a posteriori*, pourraient fournir une aide similaire. Néanmoins, aucun système juridique n'offre une tradition aussi rigoureuse de défense de la liberté d'expression que celui des États-Unis. À ceci, il faut ajouter que l'internet est une technologie qui s'est d'abord développée dans ce pays, et qui y a fait l'objet des premiers différends. Le Congrès américain a été le pionnier de la construction d'un régime juridique de l'internet, secondé par la Cour suprême qui a fixé les règles que le législateur devait respecter afin que la liberté d'expression soit garantie.

Cette étude de droit comparé a pour vocation de découvrir la ou les conceptions de la liberté d'expression sur l'internet en France et aux États-Unis. Elle se fixe également pour objectif de mettre en lumière les différences et les similitudes entre ces conceptions, de même que les raisons de leur existence. Dans une première partie, nous dégagerons les fondements de la liberté d'expression dans les réglementations de l'internet, c'est-à-dire que nous chercherons à découvrir les méta-principes sur lesquels reposent les régimes juridiques de l'internet. Dans une seconde partie, nous irons à la rencontre des limites de la liberté d'expression sur l'internet en portant notre attention sur les intermédiaires techniques, acteurs sur qui pèsent ces limites. Mais au préalable, un titre préliminaire sera consacré aux conceptions existantes de la liberté d'expression en France comme aux États-Unis. Cette étude est nécessaire à la compréhension des enjeux que l'internet pose au principe d'une libre expression.

**TITRE PRÉLIMINAIRE. LES CONCEPTIONS EXISTANTES DE LA LIBERTÉ
D'EXPRESSION**

**PARTIE I. LA RECHERCHE DES FONDEMENTS DE LA LIBERTÉ
D'EXPRESSION DANS LES RÉGLEMENTATIONS DE L'INTERNET**

**PARTIE II. LA RECONTRE DES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR
L'INTERNET**

TITRE PRÉLIMINAIRE.

LES CONCEPTIONS EXISTANTES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

En France comme aux États-Unis, la mise en lumière des conceptions existantes de la liberté d'expression est un préalable nécessaire à la découverte des éventuelles modifications de ces conceptions engendrées par l'intégration de l'internet dans le droit de ces pays. Une conception de la liberté d'expression repose sur ses fondements, son objet et ses limites.

En droit positif français, il n'existe que très peu d'indications relatives aux fondements - c'est-à-dire aux méta-principes - de la liberté d'expression. Au contraire, en droit américain, et plus particulièrement au travers des décisions des tribunaux et des écrits de la doctrine, ce principe est justifié par les acteurs juridiques chaque fois qu'ils y sont confrontés. L'ensemble des justifications avancées peut permettre de dégager ce qu'ils entendent par liberté d'expression. Toutefois, une recherche plus approfondie dans le droit positif des deux pays étudiés est nécessaire afin de répondre à la question de savoir s'il existe un fondement unique, mais aussi une conception unique, de la liberté d'expression.

Les fondements possibles de cette liberté ont été depuis longtemps théorisés aux États-Unis, alors que l'étude même de la liberté d'expression ne fait guère couler d'encre en France⁸. La pauvreté du discours doctrinal en la matière est corroborée par l'absence de référence par les tribunaux aux principes constitutionnels. Pour sa part, le législateur ne s'y fait guère allusion,

⁸ Il faut néanmoins saluer le travail effectué par Laurent Pech qui a consacré sa thèse de doctorat à l'étude de la liberté d'expression en droit comparé, *La liberté d'expression et sa limitation, étude de droit comparé*, Thèse, Aix-Marseille III, 2001. Son étude est toutefois limitée pour plusieurs raisons. Tout d'abord, l'auteur envisage les valeurs de la liberté d'expression sous un angle partiel revenant à postuler la démocratie comme le méta-principe duquel découleraient toutes les autres. Ainsi, et par exemple, le marché libre des idées est considéré comme une conception particulière de la démocratie. Or, la doctrine américaine, comme les tribunaux, s'accordent généralement à la distinguer de cette dernière, ces deux valeurs se situant à un même niveau. Ensuite, et ceci découle de la remarque précédente, en fondant la liberté d'expression sur la seule valeur de la démocratie, l'auteur ne nous explique pas pourquoi cette liberté bénéficie d'une protection particulière dans les déclarations des droits étudiées, et donc il ne nous dit pas en quoi elle est un principe indépendant d'autres principes existants. Enfin, l'auteur base son travail sur la limitation de la liberté d'expression, à laquelle les valeurs - ou fondements - appartiendraient. Or, s'il est vrai que les fondements de cette liberté conditionnent sa limitation (et il faudrait d'ailleurs mieux parler de *ses limitations*), ils ne font pas corps avec elle. Ce sont plutôt deux éléments distincts de sa définition.

et besoin est de lire entre les lignes pour comprendre les arguments implicites sur lesquels s'appuient les discours relatifs à l'élaboration des règles dans le domaine de l'expression.

Par ailleurs, il s'agira également d'étudier l'objet de la liberté d'expression qui est contingent des régimes juridiques des supports désormais classiques de la communication que sont la presse et l'audiovisuel. Les expressions sont réglementées différemment selon qu'elles sont diffusées par l'un ou par l'autre. Il en va de même des limites de cette liberté, liées en partie aux contraintes techniques et psychologiques imposées par les particularités de chaque support.

La compréhension de la nature du principe de liberté d'expression et de ses applications en droit positif passe d'abord par la connaissance de ses fondements possibles (Chapitre I). De là, il sera possible de découvrir les conceptions de la liberté d'expression en France (Chapitre II) et aux États-Unis (Chapitre III).

CHAPITRE I.

LES FONDEMENTS POSSIBLES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION

Pourquoi accorder une protection spéciale à la conduite humaine que nous qualifions d'"expression" ? Qu'est-ce qui différencie cette activité de la liberté en général ? Quelles sont les activités couvertes par le principe de liberté d'expression ? Quelle est la définition du terme "expression" ? L'ensemble de ces questions fait l'objet d'une littérature abondante, essentiellement dans l'univers anglo-américain de la philosophie du droit. La protection constitutionnelle du principe de liberté d'expression par le biais d'un contrôle diffus de constitutionnalité⁹ aux États-Unis explique très certainement l'existence d'une réflexion de fond concernant la définition et l'étendue de ce principe.

La reconnaissance de l'indépendance du principe de la liberté d'expression par rapport au principe général de liberté est essentielle¹⁰. Cette indépendance signifie que ce principe de la liberté d'expression ne découle pas de celui de la liberté, qu'il se situerait donc à un même niveau normatif. La validité du premier ne dépendrait pas de sa conformité au second. L'existence d'un tel principe indépendant justifierait que l'expression connaisse une protection différente des autres conduites humaines. Il bénéficie d'ailleurs toujours d'une place spécifique dans les déclarations des droits, distincte de la liberté, et il est couramment invoqué dans les discours concernant l'activité de communication. Si donc on lui reconnaît une indépendance, il faut du même coup découvrir ses fondements propres. La liberté d'expression fait ainsi l'objet d'une théorisation qui met en lumière une multiplicité d'arguments dont la formulation repose sur un ou plusieurs méta-principes.

La doctrine anglo-américaine fait remonter la théorisation de la liberté d'expression à l'*Aeropagitica* de John Milton. Publié en 1644, son pamphlet était une critique de la censure publique pratiquée à l'encontre de la presse et de l'édition en général. Si ses arguments sur les

⁹ Le contrôle diffus de constitutionnalité est celui qui s'exerce par l'ensemble des tribunaux. Ainsi, chaque juge peut évaluer la conformité d'une loi aux dispositions constitutionnelles, et en écarter l'application le cas échéant dans le litige qui lui est soumis.

¹⁰ Schauer (F.), *Free Speech, A Philosophical Inquiry*, Cambridge University Press, Cambridge, 1982, p. 5-7.

méfais de la censure n'ont guère retenu l'attention des acteurs juridiques contemporains, Milton reste toutefois en mémoire comme celui qui s'est le premier élevé publiquement pour la reconnaissance de la liberté de la presse en Angleterre. Cette insistance contre la censure *a priori* a persisté au 18^{ème} siècle par les écrits de Blackstone. La théorisation de la liberté d'expression s'est étoffée au 19^{ème} siècle grâce à la publication par John Stuart Mill "De la liberté"¹¹. Mill s'attache moins à dénoncer l'existence de la censure dont fait l'objet la presse qu'à expliciter les bienfaits de la liberté d'expression sur la société. Liant le bonheur public à la liberté individuelle, il voit dans le pluralisme et la confrontation des idées un instrument au service de la découverte de la vérité. Cette quête de la vérité est devenue la première justification du principe de liberté d'expression.

Depuis lors, d'autres arguments visant à justifier l'existence d'un principe de liberté d'expression ont été développés, certains s'attachant à un marché des idées dans lequel les opinions circuleraient librement¹², d'autres à l'affermissement de la démocratie¹³, d'autres enfin à l'épanouissement individuel¹⁴. Selon l'argument développé, différents intérêts priment : celui de la société en général, celui des individus eux-mêmes, ou encore celui du *speaker*. Un même argument peut même lier entre eux plusieurs de ces intérêts. Les auteurs n'acceptent généralement pas qu'une seule de ces valeurs puisse justifier dans toutes les circonstances le principe de liberté d'expression. La théorie de la valeur unique, en tant que seule justification de la liberté d'expression, a peu d'adeptes à l'heure actuelle. La pratique judiciaire du Premier amendement aux États-Unis conduit des auteurs américains à reconnaître une multiplicité de ces valeurs. Certains considèrent que cette multiplicité de valeurs concurrentes forme une hiérarchie au sommet de laquelle se trouve celle choisie comme étant la meilleure. Les différentes valeurs conférées à la liberté d'expression seraient simplement subsumées sous la valeur fondamentale qu'ils défendent. D'autres auteurs estiment plutôt qu'à chaque problème spécifique lié à l'expression d'une idée correspondrait une valeur justificatrice particulière. Selon cette thèse, il y aurait donc plusieurs principes de liberté d'expression, ou encore

¹¹ Mill (J. S.), *De la liberté*, Folio essais, Gallimard, Paris, 1990.

¹² Il s'agit d'une variante de la valeur de la quête de la vérité mise en avant par Mill. Elle a été développée par deux juges de la Cour suprême américaine, Holmes et Brandeis, dans leur opinion dissidente dans l'affaire *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). Voir infra.

¹³ Meiklejohn (A.), *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Port Washington, Kennikat Press, 1948. Voir infra.

¹⁴ Comme nous le verrons plus loin, les auteurs sont ici particulièrement nombreux. Voir par exemple, Redish (M.), "The Value of Free Speech", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 591-645, et Baker (E. C.), "Scope of the First Amendment: Freedom of Speech", *U.C.L.A. Law Review*, 1978, vol. 25, pp. 964-1040.

plusieurs fondements de cette liberté. Il ne serait ainsi pas surprenant que le droit fondamental à la libre expression reflète une imbrication de plusieurs valeurs justificatrices¹⁵.

Ces différentes propositions théoriques ont une vocation épistémologique et elles visent à conférer un caractère normatif au principe de la liberté d'expression. Toutes ont pour postulat que la ou les valeurs choisies sont les meilleures ou les plus justes pour légitimer de l'existence spécifique de ce principe fondamental. L'objet de notre travail n'est pas de départager ces différentes propositions ni même d'en trouver une nouvelle qui supplanterait les anciennes. Notre étude est descriptive et il ne s'agit en aucun cas de dégager "la" bonne solution en matière de jugements de valeur. Nous nous contenterons ainsi de donner les grandes lignes des différentes propositions formulées, sans prétendre à l'exhaustivité. Ces propositions peuvent être rassemblées en deux groupes : celles qui considèrent la liberté d'expression comme un moyen au service d'une autre fin (Section I.), et celles, plus prisées actuellement, qui la considèrent comme une fin en soi¹⁶ (Section II).

¹⁵ C'est le point de vue exprimé par Ronald Dworkin dans *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Harvard University Press, 1996, notamment au chapitre 8, "Why Must Speech Be Free?", pp. 195-213.

¹⁶ Cette distinction est généralement adoptée par les théoriciens de la liberté d'expression. Voir par exemple, Schauer (F.), précité, et Dworkin (R.), précité, pp. 195-213.

SECTION 1.

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UN MOYEN AU SERVICE D'UNE AUTRE FIN

La liberté d'expression est souvent soutenue par des arguments à la fois conséquentialistes et utilitaires. Ils sont tournés vers la société, et axés sur ses intérêts. Leur but est l'épanouissement non pas de chaque individu mais de la globalité d'entre eux. Les intérêts de ceux qui s'expriment ne sont pas non plus pris en compte. C'est en cela donc que les arguments justifiant ici la liberté d'expression l'envisagent comme un moyen au service d'une autre fin, à savoir le développement harmonieux d'une société éclairée. Le méta-principe de la vérité et sa variante du marché libre des idées (§1.), et la valeur de la démocratie (§2.) sont les principaux moyens pour atteindre ce but.

§1. L'argument du méta-principe de la vérité

Le méta-principe de la vérité, soutenu à l'appui d'une libre d'expression, et surtout de la liberté de la presse, a servi de support au mouvement d'abolition des censures préalables de l'expression dans les siècles passés, notamment en Europe¹⁷. Il est à l'heure actuelle critiqué par les théoriciens malgré son utilisation fréquente par les tribunaux américains, principalement dans sa variante du marché libre des idées. Dans les deux cas, ce méta-principe vient soutenir l'émergence de la vérité afin de maximiser le bonheur de la société. La survenance d'une erreur au cours des débats serait un incident finalement heureux en ce qu'il conduirait à la vérité. La théorie de la quête de la vérité a été développée par John Stuart Mill¹⁸ (A.). Elle a très largement inspiré les juges de la Cour suprême américaine qui ont créé une théorie concurrente, basée sur la métaphore du marché libre des idées (B.), supposée mieux servir à l'accomplissement du bonheur de la société.

A. *L'argument de la quête de la vérité*

Basé sur une présomption de rationalité de chaque individu, le principe de la quête de la vérité induit qu'une liberté d'expression dénuée de contraintes permettrait l'accroissement du niveau de connaissance de chacun ou même d'atteindre une vérité objective. L'explication historique de ce principe tient au rationalisme des Lumières, bien qu'à cette époque il ait été utilisé afin de lutter contre l'absolutisme et la superstition, en faisant porter l'attention de chaque individu sur sa propre capacité à tester la vérité au moyen d'évidences empiriques.

La vérité est considérée théoriquement soit comme un bien autonome, soit plus généralement comme une valeur supportée par des considérations utilitaires quant au développement harmonieux de la société¹⁹. Elle peut ainsi être appréhendée aussi bien de manière intrinsèque et individuelle que de manière instrumentale et sociale, le but ici étant sa maximisation dans une communauté donnée²⁰. D'une manière plus générale, la théorie de la vérité est une théorie objectiviste de la connaissance qui ne fait pas dépendre l'évidence épistémologique d'opinions

¹⁷ Aux États-Unis, ce serait plutôt le méta-principe de la démocratie qui aurait conduit à l'avènement de la liberté d'expression dans le Premier amendement à la Constitution américaine.

¹⁸ *De la vérité*, précité.

¹⁹ Barendt (E.), *Freedom of Speech*, Oxford, Clarendon Press, 1992, p. 8.

²⁰ Campbell (T.), "Rationales for Freedom of communication", in Campbell (T.) et Sadurski (W.), *Freedom of Communication*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1994, pp. 21-22.

personnelles ou de critères établis par une communauté donnée²¹. Ce méta-principe est basé sur la prémisse selon laquelle la discussion ouverte, le libre échange des idées et la liberté de critique sont les conditions nécessaires à l'identification de la vérité, et ainsi au rejet de l'erreur. L'ensemble des variantes de cet argument partagent comme principes communs la croyance selon laquelle la liberté d'expression est non pas un but mais un moyen pour la quête de la vérité, la reconnaissance du pouvoir de la vérité de prévaloir dans la compétition des idées, et enfin la certitude qu'une part de vérité existe dans chaque opinion exprimée²².

Selon Mill²³, la recherche de la vérité est supérieure à tout autre intérêt social. Sa croyance dans l'existence d'une vérité objective le conduit à militer contre toute interdiction de l'expression des opinions. Son travail a permis de mettre en évidence le lien de causalité existant entre la liberté d'expression et l'accroissement de la connaissance, démonstration faisant défaut à la théorie concurrente du marché libre des idées. Le champ est laissé libre aux propositions erronées qui, loin de compromettre la quête de la vérité, en encourageraient l'émergence. En effet, dans une société où tous les points de vue seraient exprimés, la vérité finirait forcément par surgir à long terme, et ce, même s'il n'existe que peu de certitude quant à l'aboutissement de ce processus. Cette vision optimiste, basée sur le pouvoir intrinsèque de la vérité de se faire reconnaître par les individus - considérés comme rationnels, postule que le meilleur remède contre une expression erronée est plus d'expression. Aussi, l'interdiction par l'État d'un discours au nom de son caractère erroné est indésirable. Une expression rejetée parce que fautive pourrait bien s'avérer vraie à long terme, de même que chacune contient en elle une part de vérité. La faillibilité de la pensée humaine, notre capacité de nous tromper, commande de ne pas interdire ce qui serait pourtant considéré comme une erreur. Cette théorie non-objectiviste dérivée de l'argument de la faillibilité induit que chacun accepte d'avoir tort, et donc le refus de la censure. Même la survenance d'un dommage ne saurait justifier une interdiction²⁴. D'ailleurs, Mill doute du fait qu'une expression puisse causer un dommage. La survenance d'un tel événement serait de toute façon à proportionner avec les bénéfices d'une discussion ouverte, et cette dernière devrait le remporter dans tous les cas.

Aussi, la théorie de la quête de la vérité repose principalement sur son évidence propre, de même que sur la position absolue donnée à la connaissance sur les autres valeurs. Cette

²¹ Campbell (T.), précité, p. 23.

²² Schauer (F.), précité, p. 16.

²³ *De la liberté*, précité.

²⁴ Rosenfeld (M.), "La filosofia della libertà d'espressione in America", *Ragion Pratica*, vol. 12, 1999, pp. 23-25.

théorie n'est pas sans écueil, même si on peut en louer la simplicité. C'est d'ailleurs cette simplicité, voire cette naïveté, qui est au cœur de ses trois principales critiques.

En premier lieu, il est opposé à cette théorie que la vérité ne serait pas objective car les processus de compréhension individuels résulteraient de l'expérience et des choix opérés, et non de révélations²⁵. En d'autres termes, la vérité serait choisie ou créée, donc subjective. Dans le même ordre d'idées, le caractère limité de la théorie de la vérité a pu être constaté en ce qu'il s'appliquerait aux faits à l'exclusion des opinions²⁶. Si les faits sont des propositions susceptibles d'être vraies ou fausses, il n'en est pas de même des opinions. Aucun test de la vérité ne pourrait valablement s'appliquer aux opinions. Ainsi en est-il des expressions émotives, comme la pornographie. Ce type d'expression ne nous donne que des informations concernant les sentiments de celui qui s'exprime et son contenu serait purement subjectif. Il en résulte que l'acceptation d'une opinion dépendrait de notre propre jugement, ou bien de celui de la communauté à laquelle nous appartenons. Il nous serait impossible de prouver la validité de nos propres jugements alors qu'on pourrait prouver la véracité d'un fait. La validité des opinions étant improuvable, aucune ne saurait en dominer une autre, et la valeur de vérité deviendrait inutile les concernant²⁷.

En deuxième lieu, le postulat de la rationalité de chaque individu n'est pas admis par tous les auteurs. Certains pensent en effet que si est niée la possibilité d'une vérité objective, celle d'une découverte rationnelle de cette vérité devrait par conséquent l'être également. Il semblerait ainsi impossible d'affirmer avec certitude que la vérité remporte l'adhésion générale à l'issue de sa confrontation avec des opinions erronées. Le processus de rationalisation de la pensée que cette théorie suppose donnerait peut-être trop d'importance à la sphère intellectuelle des individus ainsi qu'à leur besoin - et à leur intérêt - de débattre des affaires publiques. Les processus psychologiques et l'irrationalité qui meuvent parfois les individus dans leurs prises de décisions contrediraient la possibilité d'émergence de la vérité²⁸.

Le caractère supposément objectif de la vérité ainsi que le postulat de la rationalité des individus dans leurs choix conduisent Mill à réprover toute forme de censure, notamment publique. Or, selon certains auteurs, cette théorie de la vérité, parfois appelée théorie de la

²⁵ Baker (E.C.), précité, pp. 974-976.

²⁶ Sadurski (W.), précité, p. 89 et s.

²⁷ *Ibid.*, p. 16.

²⁸ Baker (E.C.), précité, pp. 976-978.

survie ou du consensus²⁹ (la vérité est ce qui devrait survivre d'une confrontation d'idées libre de tout contrôle étatique) peut poser des problèmes éthiques comme par exemple lors de l'acceptation par une société d'un gouvernement extrémiste et intolérant³⁰.

Enfin, une dernière critique s'adresse cette fois au caractère absolu de la vérité comme justification du principe de la liberté d'expression. Il est avancé que d'autres valeurs sont souvent en jeu et viennent restreindre l'activité de communication, comme c'est par exemple le cas de la divulgation de secrets d'État ou d'informations commerciales confidentielles³¹. Ces valeurs pourraient justifier que l'expression d'une vérité soit interdite. D'autres, tel le respect de la vie privée, semble fréquemment conduire à interdire l'expression de faits qui pourtant peuvent se révéler vrais³². Accepter de telles interdictions reviendrait à reconnaître la possibilité de dommages causés par l'expression, dommages le plus souvent psychiques mais qui justifient que l'expression connaisse un régime distinct de l'action³³. Cette potentialité de dommage serait encore plus vive lorsque l'idée est fausse.

Ces critiques s'appliquent à la valeur de la vérité en général, et donc aussi à sa variante, la métaphore du marché libre des idées, en dépit de ses différences avec la théorie de Mill.

B. L'argument de la métaphore du marché libre des idées

La métaphore du marché libre des idées est une création jurisprudentielle de deux juges de la Cour suprême américaine au début du 20^{ème} siècle. Son point de départ est l'opinion dissidente du juge Holmes dans la décision *Abrams v. United States*³⁴ rendue par la Cour suprême américaine en 1919³⁵. La théorie est ainsi formulée :

²⁹ Cette qualification provient de l'interprétation de l'argument de la vérité par Frederick Schauer dans *Free Speech, A Philosophical Inquiry*, précité. Or, ceci est controversé car Mill n'a jamais écrit que la vérité surgit nécessairement du processus de confrontation des idées entre elles. L'erreur peut également se trouver à l'issue de ce processus.

³⁰ Schauer, précité, p. 21, donnant comme exemple l'acceptation du régime nazi en Allemagne.

³¹ Cette critique est élaborée par Barendt (E.), précité, pp. 11-12.

³² Sadurski (W.), *Freedom of Speech and Its Limits*, Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, 1999, p. 14.

³³ Campbell (T.), précité, p. 29.

³⁴ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 216 (1919). A cette opinion se sont par la suite ralliés plusieurs autres juges américains : le juge Brandeis dans la décision *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927) et le juge Frankfurter dans la décision *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951). La théorie du marché libre des idées est toujours une des théories prédominantes des tribunaux américains à l'heure actuelle.

³⁵ Comme nous le verrons dans le second chapitre de la première partie qui traite spécifiquement de la liberté d'expression aux États-Unis, c'est à partir de cette décision qu'une théorie de la liberté d'expression a commencé

"[...] [T]he ultimate good desired is better reached by free trade in ideas - that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out. That at any rate is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year if not every day we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country"³⁶.

Contrairement à Mill, Holmes rejette la possibilité d'une connaissance objective, ce qui le pousse au scepticisme face aux idées reçues et aux croyances couramment acceptées. Selon lui, la vérité ne saurait avoir un caractère absolu. Toutes les vérités n'étant que relatives, le meilleur test de la vérité est celui du marché, d'où l'expression de "marché libre des idées". Cette référence à la théorie économique libérale est basée sur la croyance développée par Adam Smith selon laquelle les meilleurs produits émergent de la libre compétition. La vérité provient donc d'un processus par lequel les idées sont acceptées ou rejetées³⁷. Mais l'argument peut également être fondé sur les vertus d'un processus contradictoire par lequel les idées opposées sont exprimées afin de pouvoir trancher pour la plus convaincante. De manière générale, l'argument postule que l'accroissement de la connaissance est bon pour la société. Mais au contraire de la théorisation de Mill, ce test ne s'intéresse pas à l'accroissement de la connaissance en soi – considérée comme une prémisse - mais à son processus lui-même car la vérité objective n'existe pas. La disponibilité du plus grand nombre d'expressions possibles permettrait aux individus de mieux former leur point de vue. Par conséquent, Holmes rejoint Mill en arguant contre la réglementation et la censure des expressions. Néanmoins, selon

à être formulée. Son succès a été grandissant tout au long du siècle dernier au point de faire à présent l'objet d'une discipline spécifique dans les facultés de droit américaines.

³⁶ *Abrams v. United States*, précitée. "Le bien ultime désiré est le mieux susceptible d'être atteint dans un marché libre des idées ; le meilleur test de la vérité est celui de la puissance de l'esprit de se faire accepter dans la compétition du marché, et cette vérité est le seul moyen d'accomplir nos souhaits sans risques. Ceci est sans aucun doute la théorie de notre Constitution. C'est une expérience, comme l'est la vie dans son ensemble. Chaque année, si ce n'est chaque jour, notre salut dépend de quelque prophétie proférée dans un langage imparfait. Cette expérience appartenant à notre système, je pense que nous devrions rester éternellement vigilants face aux tentatives de contrôle de l'expression d'opinions que nous détestons et estimons dangereuses, à moins qu'elles ne menacent si immédiatement les buts urgents de la loi qu'un contrôle immédiat soit nécessaire pour sauver notre pays".

³⁷ Schauer (F.), précité, p. 16-21.

Holmes, l'imminence, ou la survenance, d'un danger clair et présent (théorie du *clear and present danger*) permettrait de justifier une interdiction^{38 39}.

La variante du marché libre des idées, également confrontée à son lot de critiques, ne nous aiderait pas non plus que la valeur de la quête de la vérité à trouver une épistémologie adéquate à la liberté d'expression. Sa principale faiblesse proviendrait de son refus de reconnaître l'existence d'une vérité objective, car celle-ci ne peut dès lors pas être justifiée par un critère indépendant. La théorie du marché implique que le résultat de la confrontation des idées entre elles soit défini par son processus. En d'autres termes, cette théorie serait, selon Schauer⁴⁰, basée sur une tautologie consistant à définir la vérité comme le processus par lequel cette dernière émergerait. Il n'existerait pas ainsi de lien de causalité entre liberté d'expression et connaissance, ce qui du même coup grèverait la pertinence de cet argument.

Il est également reproché à la métaphore du marché libre des idées de placer les idées sur un terrain purement économique où elles seraient elles-mêmes monnayables. Ainsi, l'application stricte du raisonnement en termes de marché reviendrait à dire que les meilleures expressions seraient les moins chères et les plus accessibles, au détriment du critère de vérité. Le modèle du marché conviendrait mieux à l'idée de distribution et d'efficacité par laquelle on condamnerait les restrictions à l'entrée sur le marché. Dès lors, le marché présuppose une propriété des idées et un contrôle de leur circulation, ce qui va à l'encontre de la liberté d'expression⁴¹. Dans cet ordre d'idée, on pourrait reconnaître à la métaphore du marché des vertus en termes de développement de la connaissance, mais ceci ne garantirait pas en soi l'émergence de la vérité. De plus, la simple discussion n'étant pas suffisante à l'émergence de la vérité, celle-ci ne pourrait être réalisée que par la création de droits positifs d'accès à l'audience⁴².

L'avantage de la théorie de la vérité au sens large - incluant sa variante du marché libre des idées - serait de faire porter l'attention aussi bien sur celui qui s'exprime que sur celui qui reçoit l'information. Dans ce sens, elle ferait de la liberté d'expression un bien tant social

³⁸ Le juge Holmes décrit ce principe comme permettant de condamner celui qui crierait "au feu" dans une salle de théâtre remplie sachant son assertion fausse.

³⁹ Voir infra, Chapitre II, Section II, concernant la liberté d'expression aux États-Unis et ses limites.

⁴⁰ Schauer (F.), précité, pp. 20-23.

⁴¹ Sur la critique du marché libre des idées, voir Campbell (T.), précité, pp. 24-26.

⁴² *Ibid.*, p. 33.

qu'individuel⁴³. Néanmoins, selon des auteurs critiques, la faillibilité humaine sur laquelle reposent ces arguments occulterait la réalité de la censure d'expressions. La survenance d'un danger clair et présent pourrait effectivement justifier la censure selon Holmes, mais ce critère resterait trop étroit. D'autres censures ont lieu en-dehors de l'utilisation de ce critère.

Aussi, la théorie de la vérité au sens large ne pourrait expliquer à elle seule la reconnaissance du principe de la liberté d'expression. Son optimisme candide occulterait la réalité, et le scepticisme de Holmes pêcherait par l'absence de pertinence de la métaphore du marché. Aussi, c'est en conjuguant la vérité à d'autres valeurs que le principe de la liberté d'expression pourrait se justifier. Une des valeurs avec laquelle elle est couramment associée est celle de la démocratie.

§2. L'argument du méta-principe de la démocratie

À l'instar du méta-principe de vérité, celui de démocratie est instrumental et sa signification, de même que le but qui lui est assigné, dépendent de conceptions particulières de la forme du gouvernement. C'est d'ailleurs souvent une conception madisonienne de la liberté d'expression⁴⁴ - selon laquelle cette liberté doit protéger le pouvoir du peuple de se gouverner - qui est revendiquée par les tenants de la valeur de démocratie comme justification du principe de libre expression. Le but ici n'étant pas de discuter de la notion même de démocratie, nous nous en tiendrons à la définition stipulative dégagée par Frederick Schauer :

"I take democracy to mean a system that acknowledges that ultimate political power resides in the population at large, that the people as a body are sovereign, and that they, either directly or through their elected representatives, in a significant sense actually control the operation of government"⁴⁵.

⁴³ Voir Campbell (T.), précité. pp. 32-33.

⁴⁴ Sunstein décrit cette conception dans *Democracy and the Problem of Free Speech*, N. Y., The Free Press, 1995, notamment pp. xvi-xx. James Madison, un des pères fondateurs de la Constitution américaine, est l'inspirateur de la célèbre formule "We, the People". Sa contribution à la théorie de la souveraineté a été historiquement essentielle dans ce pays en ce qu'elle affirmait que la souveraineté absolue appartient au peuple et non au Gouvernement (entendu au sens large de l'ensemble des pouvoirs publics). La vision de Madison était de créer un gouvernement par la discussion et de définir le principe d'égalité politique. Le lien qu'il a établi entre le Premier amendement et sa propre conception de la démocratie est au cœur des développements de nombreux auteurs américains dont Meiklejohn et Sunstein, bien que leurs arguments diffèrent sur l'étendue du principe.

⁴⁵ Schauer (F.), précité, p. 36. "J'entends par démocratie un système qui reconnaît que le pouvoir politique ultime réside dans le peuple au sens large, où cette entité populaire est souveraine, et où ses membres, directement ou au travers de l'élection de leurs représentants, contrôlent de manière significative le fonctionnement du gouvernement".

Suivant cette définition, l'argument de la démocratie en tant que valeur justificatrice du principe de la liberté d'expression repose sur la prémisse de la souveraineté populaire ou de l'électorat souverain. De cette prémisse découlent deux propositions. La première est que l'électorat doit disposer de toutes les informations nécessaires afin de pouvoir participer au processus délibératif. Les restrictions de l'expression - du moins de l'expression politique - doivent être prohibées. Selon la seconde proposition, les élus sont responsables devant le peuple, et ce dernier dispose d'une liberté de critique à l'encontre des politiques édictées. Lui seul peut décider de ce qu'il accepte ou rejette, et l'État doit être neutre et se garder de présélectionner les expressions ou de les censurer.

Cette approche "participative" de l'argument de la démocratie⁴⁶ diffère d'une forme consensuelle – basée sur l'importance du processus délibératif – qui a été développée par le théoricien américain Meiklejohn⁴⁷. C'est dans les années 1950, que s'inspirant des processus délibératifs engagés dans les réunions politiques locales – les *town meetings*, il a fait de l'idée de *self-government* le concept clé de sa théorie de la démocratie. Il le définit comme un accord entre tous les citoyens sur le fait que l'ensemble des matières de politique publique soit décidé en commun, de manière obligatoire pour tous. Cette notion se rapproche de celle de souveraineté populaire, à savoir une souveraineté rousseauiste dans laquelle le gouvernement est exercé par le peuple, le mandat des gouvernants étant alors impératif. Les tenants de cette thèse en font remonter la paternité à James Madison, un des rédacteurs de la Constitution américaine. Les réunions municipales étaient la forme la plus pure du *self-government* dans la mesure où elles étaient simplement organisées par un modérateur chargé d'en faire appliquer les décisions. Les débats étaient publics et les décisions précédées d'une délibération. De cette théorie découle l'idée selon laquelle les seules expressions méritant absolument d'être protégées sont celles concernant la politique et les affaires publiques. Partant de là, Meiklejohn a formulé la distinction - stricte - entre expressions publiques et expressions privées, seules les premières ayant suffisamment de valeur pour être protégées au nom du principe de la liberté d'expression.

⁴⁶ Cette opposition est mise en avant par Robert Post, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", in Bollinger (L.C.) et Stone (G.R.), *Eternally Vigilant*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002, pp. 153-173.

⁴⁷ Meiklejohn (A.), *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Port Washington, Kennikat Press, 1948, p.9.

Cette vision absolutiste de la démocratie comme ne servant à protéger que l'expression politique, à l'exclusion de toute autre, y compris l'art, la littérature ou la science, a été défendue par le juge Bork⁴⁸. Les critiques les plus importantes de cette variante de la démocratie ont dénoncé son irréalisme. Il lui a été opposé que d'autres expressions ont tout autant vocation à servir la valeur de la démocratie, et qu'il est très difficile de distinguer nettement celles qui touchent à la politique, même au sens large, des autres.

C'est également l'achèvement d'une certaine forme de gouvernement démocratique que prône Cass Sunstein⁴⁹ à l'heure actuelle. Partisan de ce qu'il appelle un *New Deal* en la matière, il pense que le système de liberté d'expression devrait servir à corriger les failles du marché des idées. La réglementation publique serait souvent le seul instrument permettant de promouvoir cette liberté, souvent restreinte par le marché. Ainsi par exemple, le pluralisme nécessiterait une politique publique positive, donc la mise en place de réglementations interdisant l'exclusion de *speakers* par des personnes privées. Selon Sunstein, le droit à la libre expression serait une précondition de la démocratie. Néanmoins, et au contraire de Meiklejohn, il désapprouve le fait de n'accorder une protection absolue qu'aux seules expressions politiques. La distinction des expressions selon leur valeur⁵⁰ serait hasardeuse et conduirait sur le terrain de la morale où il ne peut exister de consensus. Il pense qu'il faudrait plutôt faire ce qu'il appelle une analyse des "deux niveaux" du principe de la liberté d'expression⁵¹, qui consiste à accorder une protection plus forte aux expressions qui permettent de promouvoir une pluralité de valeurs, et pour la limitation desquelles les pouvoirs publics ne pourraient opposer de raison valable. Ceci aurait l'avantage, selon Sunstein, d'éviter à la fois de n'octroyer une protection qu'aux seules expressions politiques, tout en procédant à une estimation - qui se heurte nécessairement à la controverse - de la valeur intrinsèque des différentes expressions.

⁴⁸ Bork (R.), "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971, pp. 1-35.

⁴⁹ Sunstein (C. R.), *Democracy and the Problem of Free Speech*, précité. L'auteur s'est également intéressé aux conséquences de l'émergence du *cyberespace* sur la conception américaine de la liberté d'expression, invitant les acteurs juridiques à y garantir la valeur de démocratie contre les risques de l'absence de délibération et de balkanisation des individus inhérents selon lui aux nouvelles technologies de la communication. Voir "The First Amendment in Cyberspace", *Yale Law Journal*, vol. 104, n° 7, 1995, pp. 1757-1804 ; et du même auteur *Republic.com*, Princeton University Press, 2001, ouvrage résumé par l'auteur dans "The Future of Free Speech", in Bollinger (L.C.) et Stone (G.R.) (eds.), *Eternally Vigilant – Free Speech in the Modern Area*, précité.

⁵⁰ Il s'agit de la distinction entre les "high value speeches" et les "low value speeches", terminologie employée aussi bien par de nombreux auteurs que par les juges américains.

⁵¹ Sunstein (C.R.), précité, notamment le chapitre 5 intitulé "Political Speech and the Two-Tier First Amendment", pp. 121-165.

Si la plupart des auteurs soutiennent la valeur de démocratie dans sa version instrumentale, certains la conjuguent avec une version intrinsèque : la liberté d'expression, justifiée par la valeur de la démocratie, serait une fin en soi dans la mesure où elle permettrait à chacun de développer ses capacités personnelles, promouvoir le courage, la maîtrise de soi et la vertu. Cette vision civique de la démocratie en tant que méta-principe de la liberté d'expression a été présentée par le juge Brandeis dans son opinion concurrente à la décision *Whitney v. California*⁵² rendue par la Cour suprême américaine en 1927. Dans la lignée des thèses de Madison, il met en avant l'obligation d'expérimentation du *self-government*. Les discours politique et public permettraient ainsi à chacun de devenir un citoyen apte à participer à la délibération publique. La politique n'en deviendrait que plus vertueuse.

Cette vision de la liberté d'expression, qualifiée de "romantique", a été reprise à l'époque contemporaine par Steven Shiffrin⁵³. Selon lui, le principe d'une libre expression devrait servir à l'épanouissement du courage du non-conformiste, de l'iconoclaste, du dissident. Les minorités politiques, donc les dissidents, devraient pouvoir s'exprimer contre les institutions existantes, mais aussi contre les habitudes, les traditions et les coutumes, et ce en-dehors de tout vote. Plutôt qu'une conséquence de l'individualisme, la dissidence serait l'arme qui permettrait de le combattre. La liberté d'expression de la dissidence aurait ainsi pour conséquence le développement de l'indépendance d'esprit et de l'héroïsme, vertus qui se trouveraient au cœur d'un système de liberté d'expression érigé sur la valeur de la démocratie.

Les thèses soutenant le méta-principe de la démocratie, et notamment leurs variantes romantiques, ont été critiquées sur un point important, à savoir le conflit inévitable entre le principe de la liberté d'expression et l'idée même de démocratie, reposant sur la souveraineté populaire. En effet, reconnaître comme prémisses la souveraineté populaire reviendrait à accepter que le peuple limite la liberté d'expression, comme n'importe quelle autre liberté. Or, le principe de la liberté d'expression est une limitation spécifique des pouvoirs de la majorité ;

⁵² *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Le juge Holmes s'est joint à cette opinion. Ces deux juges partageaient l'idée selon laquelle la liberté d'expression est indispensable à la découverte de la vérité politique, à condition qu'aucun danger clair et présent ne puisse découler de l'activité expressive. Néanmoins, pour Holmes, la politique est un marché comme un autre dans la compétition des idées. À son scepticisme quant aux vérités reconnues s'oppose l'optimisme de Brandeis, et même son romantisme selon Sunstein, dans son idée de contribution de la liberté d'expression à la délibération politique au profit du gouvernement démocratique et au développement des facultés humaines.

⁵³ Shiffrin (S.H.), *The First Amendment, Democracy and Romance*, Cambridge, Harvard University Press, 1990, 285.

il est par essence antidémocratique et anti-majoritaire⁵⁴. Accepter son existence indépendante conduirait justement à protéger les individus exprimant des opinions dissidentes. Sous l'argument de la démocratie, il n'existerait donc aucune raison particulière de protéger les minorités contre la volonté de la majorité, et le principe d'une libre expression pourrait facilement devenir lettre morte.

Selon ces mêmes critiques, ceci pourrait être en partie résolu en reformulant l'argument de la démocratie sur la prémisse de l'égalité et de l'égale participation. La protection des minorités permettrait d'encourager les possibilités de changements politiques⁵⁵ par l'accessibilité de tous à des opinions alternatives, voire dissidentes. La liberté de critiquer le gouvernement en toute circonstance devrait nécessairement être reconnue, ce qui implique la reconnaissance du pluralisme de l'information et de droits positifs de libre accès à celle-ci. Or, ces droits positifs sont généralement invoqués à l'appui de l'argument du respect de la dignité et des choix individuels⁵⁶.

Une confusion peut également s'établir avec la valeur de vérité dans laquelle celle de la démocratie pourrait se dissoudre. En effet, la majorité accepte ou rejette les opinions au terme du processus délibératif, donc d'une discussion ouverte. Elle déterminerait ainsi les vérités politiques grâce à l'utilisation de la pensée rationnelle, ce qui rappelle la théorie de la survie. Le droit de critique servirait ainsi à déceler des erreurs éventuelles, erreurs provenant de la faillibilité humaine dont ne sont pas exempts les dirigeants. Néanmoins, l'argument de la vérité n'est pas tout à fait à sa place ici dans la mesure où, comme nous l'avons vu, il reposerait sur la vérité de propositions factuelles et ne saurait concerner les opinions, qui ne sont quant à elles pas susceptibles d'être vraies ou fausses. De plus, l'argument de la démocratie ne pourrait être réduit à celui de la vérité dans la mesure où il concerne avant tout l'expression politique. Celle-ci est différente en genre et en degré d'importance des autres types d'expressions, ce qui conduit naturellement à lui accorder un traitement particulier⁵⁷. Cette apparente confusion nous révèle que certaines valeurs peuvent être partagées entre plusieurs arguments à la fois, mais elle les affaiblit dans le même temps. La faiblesse du méta-

⁵⁴ Schauer (F.), précité, p. 40.

⁵⁵ Barendt (E.), précité, p. 22.

⁵⁶ Schauer (F.), précité, p. 41. Hormis dans la variante développée par Sunstein (C.R.), analysée supra.

⁵⁷ Sur l'importance à accorder au discours politique, voir Schauer (F.), précité p. 45, et Sunstein (C.R.), *Democracy and Freedom of Speech*, précité.

principe de la démocratie en tant que justification d'un principe indépendant de la liberté d'expression est ainsi fréquemment mise en avant.

Les critiques de l'argument de la démocratie comme justifiant le principe de la liberté d'expression sont souvent identiques à celles du principe de la démocratie lui-même. Ceci révèle d'ailleurs l'étroite relation entre ces deux principes, et aussi la soumission du premier au second. Mais l'argument de la démocratie reste important pour de nombreux théoriciens de la liberté d'expression. L'exposé de ses faiblesses ne doit pas occulter l'ensemble des points positifs soulevés. La liberté d'expression y est valorisée tout d'abord parce que le modèle de *self-government* - modèle souvent préféré aux États-Unis car la volonté du peuple y serait le mieux respectée - reposerait nécessairement sur l'existence d'un processus de communication. C'est ainsi que les moyens de communication institutionnalisés telle que la presse peuvent être considérés comme faisant office de *checks and balances*, sauvegardant ainsi la séparation des pouvoirs nécessaire à une société démocratique. Enfin, un autre avantage de cet argument résiderait dans l'attention portée aux intérêts des récepteurs de l'information et de l'audience en général, alors que les autres arguments mettent généralement l'accent sur l'intérêt de celui qui s'exprime.

De manière générale, c'est l'étroitesse et la fragilité des arguments instrumentalistes de la liberté d'expression qui sont le plus souvent dénoncées. Il leur est opposé un argument pragmatique⁵⁸ selon lequel ils ne permettraient pas de justifier de nombreuses décisions, notamment aux États-Unis, où la conformité des lois au Premier amendement peut être contrôlée par les tribunaux⁵⁹. S'ils ont pourtant encore des adeptes, ce serait simplement par volonté de suivre une tradition rhétorique⁶⁰, en rupture avec laquelle se sont développées les thèses individualistes justificatrices de la liberté d'expression.

⁵⁸ Cet argument est soutenu par Dworkin (R.), précité, p. 202.

⁵⁹ C'est le cas de la décision *National Socialist Party v. Village of Skokie*, 432 U.S. 43 (1977) par laquelle la Cour suprême américaine a autorisé un défilé néo-nazi dans une ville habitée par de nombreux survivants de l'holocauste. La Cour s'est fondée en l'espèce sur une vision individualiste de la liberté d'expression qui consiste à dire qu'on ne peut être protégé contre des idées qu'on estime offensantes ou choquantes.

⁶⁰ Voir Dworkin (R.), précité.

SECTION 2.

LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UNE FIN EN SOI

Les théories du développement individuel, considèrent que la liberté d'expression est bonne en soi, les individus disposant d'un droit moral intrinsèque à l'expression. Cette approche libérale de la liberté d'expression fait porter l'attention sur la libre expression de l'individu. Si la société devait en tirer bénéfice, ce ne serait que de manière incidente.

Regrouper les principales variantes de cet argument en catégories est un exercice difficile⁶¹. Une méthode possible consiste à envisager la liberté d'expression soit comme permettant le développement individuel (§1), soit comme la manifestation de la liberté de choix des individus au nom de leur responsabilité morale ou de leur autonomie (§2)⁶².

⁶¹ Frederick Schauer classe les méta-principes découlant de l'intérêt individuel à une libre expression en deux catégories : la "bonne vie" et l'individualité. Il considère toutefois ce découpage peu satisfaisant dans la mesure où ces catégories sont étroitement liées entre elles. Voir *Free Speech, A Philosophical Inquiry*, précité, p. 47-72. Par ailleurs, les auteurs traitant des méta-principes de la liberté d'expression n'ont généralement recours qu'à certaines de ces valeurs. De notre côté, et étant donné l'importance du sujet, nous avons préféré les exposer de la manière la plus exhaustive possible.

⁶² Pour autant, le développement individuel passe par l'autonomie, qui à son tour conditionne la réalisation personnelle, d'où le caractère non satisfaisant des classifications envisagées jusqu'à présent. L'objet de cette étude n'étant pas de trouver un critère satisfaisant à une telle classification, nous suivrons une distinction inspirée des classifications traditionnelles.

§1. L'argument du méta-principe du développement individuel

La liberté d'expression a souvent été justifiée par le fait qu'elle permettrait aux individus de se développer personnellement, et donc d'atteindre une certaine forme de bien-être. Elle serait ainsi considérée comme une fin en soi - à savoir un bien indépendant et intrinsèque. La capacité des individus à s'exprimer serait une valeur inhérente à la nature humaine. Ainsi en serait-il également lorsqu'ils s'exposent à l'expression d'autrui, que ce soit volontairement ou non. Il existe de très nombreuses versions de ce méta-principe qui tournent autour des concepts d'épanouissement, de réalisation ou d'expression individuels.

L'énoncé lapidaire de la Déclaration française des droits de l'homme et du citoyen de 1789 posant le principe de la liberté d'expression est une illustration du méta-principe du développement individuel⁶³. Son article 11 dispose que la liberté d'expression est un des droits les plus précieux de l'homme. La liberté est ici envisagée de manière tautologique : l'activité expressive doit être protégée parce qu'elle est bonne pour les individus. Grâce aux cahiers des doléances, et notamment ceux rédigés par le Tiers État, il est possible de retrouver l'intention des rédacteurs de la déclaration. Ainsi, dans le cahier du Tiers de Nîmes⁶⁴, il était énoncé ceci:

"L'objet des lois étant de conserver à tous les citoyens [...] les biens qu'ils apportent en commun dans la société, les députés ne perdront pas de vue que les lois doivent tendre à conserver aux hommes la liberté d'agir, de parler, de penser [...] ; et que le comble de la perfection dans les lois est de procurer à ceux qui y sont soumis la plus grande forme de bonheur possible".

Cet énoncé met l'accent sur les vertus de la liberté d'expression dans la quête du bonheur dans le sens aristotélicien⁶⁵. Grâce à elle, l'homme pourrait se réaliser par l'usage de ses facultés de raisonnement et de pensée. Ce bel élan révolutionnaire qui a conduit à la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme ne nous permet toutefois pas d'estimer si l'article 11 est ou non indépendant des autres articles, et notamment de ceux qui traitent de la liberté, peut-être du fait de la rapidité de son adoption. Il semblerait que les révolutionnaires aient entendu

⁶³ La conception historique de la liberté d'expression en France sera étudiée de manière plus approfondie dans la section I du chapitre suivant consacré aux conceptions de la liberté d'expression en droit positif.

⁶⁴ Rials (S.) (Ed.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Pluriel, p. 115.

⁶⁵ Sur la conception du bonheur selon Aristote, voir Schauer (F.), précité, pp. 49-55. Selon l'auteur, Aristote considérait l'utilisation du langage comme une composante vitale de l'humanité, de même que comme un élément clé permettant de distinguer l'homme des animaux. Le bonheur découlerait du développement personnel permis par l'activité communicative. Il résiderait dans l'achèvement d'une vie pleine par le biais de l'utilisation complète des capacités de la pensée.

avant tout protéger la presse et reconnaître l'inviolabilité du secret de la poste⁶⁶, mais rien n'est dit sur les vertus propres de la liberté d'expression. La sous-théorisation dont fait l'objet la liberté d'expression en France ne nous renseigne pas plus quant à ses justifications. Il nous est seulement possible d'affirmer qu'à l'époque révolutionnaire, la liberté d'expression avait pour fin le bonheur individuel, l'épanouissement personnel. Néanmoins, rien ne nous permet d'y déceler les raisons d'accorder une protection particulière à ce principe, ni de le différencier de celui de la liberté au sens large.

En revanche, aux États-Unis, des auteurs sont allés plus en avant dans l'explicitation d'arguments soutenant le développement individuel en tant que valeur au soutien d'une expression libre. Edwin Baker y a consacré ce qu'il a appelé le modèle de la liberté⁶⁷. La liberté d'expression permettrait la réalisation et l'autodétermination individuelles. L'expression aurait une valeur pour les individus eux-mêmes et ne devrait pas faire l'objet de restrictions de la part des pouvoirs publics. La seule limite acceptable de cette liberté serait l'interférence d'une expression individuelle avec les droits légitimes des tiers. Dès lors, les expressions qui devraient être protégées de manière absolue sont celles qui ne comportent aucun aspect coercitif, qui sont non-violentes, et qui seraient chargées d'une valeur substantielle. Il propose d'ailleurs de protéger pareillement toute conduite expressive, même non-verbale, qui remplirait ces critères. La question de l'identification de la valeur substantielle caractéristique d'une expression protégeable a valu à l'auteur de nombreuses critiques. Baker estime que seul le speaker disposerait d'un droit constitutionnel à la libre expression. Les récepteurs en seraient exclus, même s'ils en ont un intérêt. Cet argument le conduit à refuser une protection à l'expression commerciale car l'auteur d'une publicité chercherait moins à exprimer une idée qu'à vendre un produit. Son message ne dispenserait nullement les valeurs susceptibles d'être protégées par le principe de la liberté d'expression, et il importe peu que les consommateurs aient un intérêt en soi à sa diffusion.

C'est un argument plus large du développement individuel que propose Martin Redish⁶⁸. La garantie constitutionnelle de la liberté d'expression devrait servir une valeur ultime : la réalisation individuelle. Selon l'auteur, cette réalisation doit s'entendre comme le

⁶⁶ Rials (S.) précité, pp. 247-248.

⁶⁷ Baker (E.), "Scope of the First Amendment – Freedom of Speech", *U.C.L.A. Law Review*, 1978, vol. 25, pp. 964-1040.

⁶⁸ Redish (M.), "The Value of Free Speech", *University of Pennsylvania Law Review*, 1982, vol. 130, pp. 591-645.

développement des pouvoirs et des capacités individuels. Chaque personne doit pouvoir "réaliser" son plein potentiel par le biais de l'activité communicative, mais aussi par le contrôle individuel de sa propre destinée au travers de prises de décisions personnelles. À chacun de réaliser les buts qu'il s'est établis. Dans cette version, l'accomplissement individuel concerne aussi bien celui qui s'exprime que celui qui écoute. Ce dernier disposerait d'un véritable droit à recevoir l'information. Mais ceci n'explique pas non plus pourquoi l'expression devrait être protégée différemment des autres conduites.

La critique principale qui peut être adressée aux thèses du développement individuel est que, sauf à en faire un axiome, rien ne permet d'assurer que la communication soit un intérêt supérieur à la satisfaction d'autres désirs. La communication est un élément fondamental de la liberté d'expression sans lequel celle-ci serait réduite à la liberté de pensée ou encore à la liberté de conscience. Selon cette critique, on peut tout au plus constater la valeur donnée à la raison et à l'exploration mentale. Mais la communication ne semble ni nécessaire ni suffisante à la réalisation personnelle. La liberté d'expression ne serait qu'une des maintes possibilités d'expériences nécessaires au développement individuel.

§2. L'argument du méta-principe de la liberté de choix

La liberté de choix serait plus généralement un attribut de la liberté individuelle en ce qu'elle permettrait la satisfaction de buts et d'intérêts qui vont au-delà du simple fait de s'exprimer, mais qui en sont la conséquence. Deux valeurs essentielles peuvent être ici attribuées au principe de libre expression : la responsabilité morale individuelle et l'autonomie.

C'est à Ronald Dworkin que l'on doit l'accent mis sur l'aspect moral individuel de la liberté d'expression⁶⁹. Critiquant les thèses instrumentalistes développées à propos de cette liberté, il propose une justification dite "constitutive" de la liberté d'expression. La liberté d'expression serait ainsi une caractéristique fondatrice essentielle d'une société politique juste dans laquelle les pouvoirs publics traiteraient ses membres adultes comme des agents moraux responsables. Cette responsabilité morale présenterait deux dimensions. D'une part, les individus devraient

⁶⁹ Cette conception a été développée principalement par Ronald Dworkin dans son ouvrage *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Harvard University Press, 1978, pp. 240-278, puis, dans *Freedom's Law – The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, The Harvard University Press, 1996.

être libres de recevoir sans exclusive toutes les informations car il leur appartiendrait à eux seuls d'évaluer leur qualité et leur véracité. Les pouvoirs publics ne pourraient donc censurer des opinions au nom de leur dangerosité ou de leur mauvaise influence sociale. La dignité des individus commanderait de ne pas interdire une expression sous ce genre de prétexte. D'autre part, personne ne saurait être empêché de s'exprimer sous prétexte de l'absence de pertinence de son intervention. Le respect de la responsabilité morale et de la dignité conduirait ainsi naturellement à protéger toutes les opinions, aussi détestables soient-elles. La censure serait plus particulièrement pernicieuse lorsqu'elle touche au domaine de la politique car "les citoyens auraient autant le droit de contribuer à la formation du climat moral et esthétique que celui de participer à la politique"⁷⁰.

Dworkin nous offre un fondement négatif de la liberté d'expression dans lequel chaque expression est considérée comme la formulation d'une préférence interne, préférence rendue possible par l'exercice de la liberté de choix. Au sens large, cet argument est associé, comme nous l'avons vu, au respect et à l'indépendance individuels, mais aussi au concept d'égalité. Toutes les opinions se valent, et l'interdiction de l'une d'entre elles revient à considérer de manière générale que certaines sont moins valables que d'autres. Or, l'argument s'affaiblit ici car il est courant de discriminer parmi les idées, et ces discriminations peuvent répondre à un intérêt légitime de l'État. L'intérêt de la reconnaissance d'un principe de la liberté d'expression ne serait pas d'interdire la réglementation d'une expression mais de rendre celle-ci plus difficile. L'existence d'un tel principe ne remettrait pas en cause la possibilité de discrimination entre les expressions, certaines étant considérées comme moins importantes que d'autres. Le concept d'égalité ne justifierait pas le principe de la liberté d'expression⁷¹. Il faut finalement noter que Dworkin propose ici une justification en partie instrumentale de la liberté d'expression, alors qu'il a ardemment dénoncé les faiblesses d'une telle approche. En effet, il considère cette liberté comme une caractéristique d'une société politique juste qui traite les individus comme des agents moraux responsables. La liberté d'expression est donc un instrument nécessaire à la constitution de ce type de société. On rejoint bien ici l'argument - instrumental - de la démocratie.

⁷⁰ "Citizens have as much right to contribute to the formation of the moral and aesthetic climate as they do to participate in politics", *Freedom's Law*, précité, p. 201.

⁷¹ Schauer (F.), précité, p. 63.

Par ailleurs, vue sous un angle pragmatique, l'application des valeurs de dignité et d'égalité semble être réduite aux actes qui ne concernent que l'individu qui s'exprime - les actes *self-regarding*⁷². Selon l'argument décrit, la dignité d'un individu est bafouée lorsque l'État lui interdit de s'exprimer, il est alors victime d'une discrimination car l'activité expressive est le résultat de l'exercice de sa liberté de choix, la manifestation d'une préférence interne. L'absence de prise en compte des dommages causés par l'exercice de l'activité expressive réduit l'argument aux actes n'ayant pas de retentissements sur autrui. Pour les actes ayant un impact sur autrui – les actes *other-regarding*, l'argument n'aurait ainsi pas sa place. La prémisse du raisonnement serait donc que l'expression ne pourrait causer de dommages, et si un dommage survenait tout de même, l'interdiction de l'expression d'une préférence interne s'avèrerait de toute façon plus néfaste que la survenance du dommage. De plus, Dworkin ne réduit pas l'argument de la dignité à la seule activité expressive. Son analyse inclue toutes les conduites résultant de l'exercice de la liberté de choix. Il s'intéresse donc plus à la liberté personnelle qu'à la liberté d'expression en tant que telle.

Une autre variante de ce méta-principe repose sur l'idée que la diversité des idées, le pluralisme, résultent de l'exercice de la liberté de choix. Cet argument a été développé par Mill et il est à rapprocher de sa théorie de la faillibilité. Selon ce fondement, la diversité est bonne car l'exposé d'opinions différentes, voire divergentes, permet de rejeter celles jugées non pertinentes à l'issue du processus de rationalisation. La diversité d'opinions permet d'avancer des alternatives aux politiques établies et d'en encourager l'expérimentation. L'individu se voit ainsi pourvu d'une autonomie dans sa prise de décision, autonomie rendue possible par le pluralisme.

Une dernière variante de cet argument consiste à envisager l'autonomie au sens strict en postulant la souveraineté absolue de l'individu en matière de choix. L'individu disposerait d'une latitude que les pouvoirs publics ne sauraient aliéner. L'information nécessaire à la prise de décision ne saurait être restreinte. Cet argument de l'autonomie morale de l'audience est attribué à Thomas Scanlon⁷³ qui prône ainsi un droit pour chacun de recevoir l'information

⁷² La différence entre les actes qui ne concernent que l'individu lui-même – *self-regarding* – et ceux qui ont un impact sur les autres – *other-regarding* – provient de Mill. Cette distinction a pour but de tracer une ligne de protection de l'individu au-delà de laquelle l'État ne pourrait s'immiscer. Voir Dworkin, *Taking Rights Seriously*, précité, pp. 263-264.

⁷³ Scanlon (T.), "A Theory of Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs*, 1972, vol. 1, p. 204.

afin de pouvoir choisir en dernier ressort entre les alternatives offertes. Le fait que certaines expressions puissent heurter des sentiments ou causer des dommages à des croyances ne serait pas suffisant pour justifier la censure de l'État. Au contraire, la liberté de choix s'épanouirait dans l'abondance. Les individus auraient donc une égalité morale dans le sens où aucun point de vue ne serait supérieur à un autre. L'État devrait donc être neutre dans son action à l'égard de l'expression⁷⁴.

Une des faiblesses de la théorie du développement individuel – ou des justifications constitutives, selon la terminologie de Dworkin - réside dans l'absence de prise en compte des dommages causés par l'expression. Or, la liberté de choix de l'audience peut être réduite si celle-ci se trouve confrontée à une expression choquante, lui causant un préjudice moral sérieux. Un discours politique faisant l'apologie de la discrimination raciale peut avoir pour effet de développer la peur chez les personnes visées par ces propos. Mais selon cet argument, on ne peut donc être protégé contre des opinions que l'on juge mauvaises voire néfastes.

Une autre faiblesse de cette justification est qu'elle n'explique pas pourquoi l'autorité de l'État devrait être limitée vis-à-vis des individus⁷⁵. Cette lacune s'impose même si on associe la valeur du développement individuel à la théorie du contrat social selon laquelle l'État ne peut décider de ce qui est bon pour l'individu en termes de morale et de philosophie. Il ne peut restreindre l'information nécessaire aux individus pour exercer leur liberté de choix. L'argument repose sur la prémisse selon laquelle la position originelle⁷⁶ ne lui en donnerait tout simplement pas le pouvoir. Or, il n'existe aucune raison pour que cette même position originelle le lui accorde.

Enfin, dire que la liberté d'expression est une fin en soi ne serait pas satisfaisant car cela ne permettrait pas de distinguer l'expression des autres conduites humaines. Ainsi, et à l'instar des justifications instrumentales, les justifications "constitutives" manquent à leur but principal qui est d'expliquer en quoi le principe de la liberté d'expression se démarque de la liberté ou d'autres principes. Malgré tout, leur avantage est de ne pas dépendre du contexte qui

⁷⁴ Sadurski (W.), précité, p. 16, à propos de la théorie de Scanlon.

⁷⁵ Sadurski (W.), précité, p. 19, et Schauer (F.), précité, p. 69-71.

⁷⁶ *Ibid.* Schauer (F.) se réfère ici à la théorie développée par John Rawls dans *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1973.

entoure l'activité communicative ni même de son contenu cognitif. Elles sont neutres sur le contenu⁷⁷.

⁷⁷ Campbell (T.), précité, p. 34.

Conclusion du Chapitre I

Il ressort de cette étude qu'il n'existe pas un fondement unique de la liberté d'expression mais une multitude. Les valeurs justificatrices du principe sont nombreuses, et sans avoir voulu prétendre à l'exhaustivité, nous en avons détaillé les principales. Nous avons vu que de manière théorique, la liberté d'expression pouvait être envisagée soit selon une série d'arguments d'ordre téléologique, comme un instrument au service d'une autre fin – vérité, démocratie - soit selon des arguments d'ordre pragmatique, comme une fin en soi, cette liberté ayant alors pour vertu intrinsèque de permettre une certaine forme de développement personnel.

L'étude des valeurs essentielles participant à ces différentes justifications nous montre les limites de chacune d'entre elles. En fait, aucune ne pourrait légitimer à elle seule l'ensemble de la matière, et il apparaît que les décisions aussi bien judiciaires que politiques entremêlent plusieurs de ces arguments, parfois même au sein d'une même décision. La théorisation de la liberté d'expression par le biais de l'interception de valeurs fondatrices souffre de la faiblesse inhérente à toute théorie : elle entre souvent en conflit avec la réalité qu'elle tente d'expliquer. C'est essentiellement le cas lorsque l'analyse est entreprise de haut en bas, c'est-à-dire en mesurant le champ d'application de la valeur concernée avec l'ensemble des actes de communication. On s'aperçoit alors par exemple que la métaphore du marché libre des idées ne protège pas toutes les expressions qui communiquent effectivement des idées, mais seulement celles aptes à produire la vérité⁷⁸. Son champ d'application est ainsi restreint aux situations dominées par la quête de la connaissance, comme dans le monde académique par exemple⁷⁹. De même, certaines expressions sont réglementées, et d'autres interdites. La pratique nous révèle ainsi l'existence de catégories d'expressions, et la variabilité de leur protection en fonction de leur survie face à un conflit avec d'autres valeurs. La prise en compte de la survenance d'un dommage liée à l'activité de communication sera aussi à balancer en fonction des valeurs concurrentes. C'est pourquoi certains ont pu affirmer que les différentes justifications possibles, bien que fondamentalement différentes, ne sont pas

⁷⁸ Robert Post, "Reconciling Theory and Doctrine in First Amendment Jurisprudence", précité.

⁷⁹ *Ibid.*

exclusives. Il semble donc souvent difficile de trouver une cohérence argumentative générale dans les discours relatifs à la liberté d'expression.

Quoi qu'il en soit, l'étude des fondements possibles de la liberté d'expression offre un cadre d'analyse pertinent et essentiel pour comprendre ceux existants dans les droits positifs. C'est en appliquant aux droits français et américain les différents arguments développés par les théoriciens d'une libre expression qu'on pourra découvrir leurs fondements, élément essentiel à la détermination de leur conception de cette liberté.

CHAPITRE II.

LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF

La conception de la liberté d'expression dans un système juridique donné ressort de trois éléments qui sont ses fondements, son objet et ses limites. En France comme aux États-Unis, il existe des dispositions constitutionnelles qui consacrent un principe de la liberté d'expression. Plusieurs enjeux se dégagent de l'existence de ces dispositions. Le premier consiste à se poser la question de l'indépendance d'un tel principe par rapport à celui plus général de la liberté. En effet, il serait inutile de chercher à comprendre la signification du principe de la liberté d'expression s'il se justifiait au regard de celui de la liberté. Il suffirait alors d'étudier le principe de la liberté et les valeurs qui le supportent, et en subsumer un régime juridique pour la liberté d'expression. Mais il n'en va pas ainsi. Des dispositions constitutionnelles consacrant la liberté d'expression existent, et l'étude du droit positif conduit inévitablement à constater que ce principe est soutenu par des valeurs qui lui sont propres.

L'enjeu suivant conduit à s'interroger sur l'existence d'un fondement unique de la liberté d'expression dans un système juridique donné. Un fondement unique pour l'ensemble du système juridique ferait reposer les régimes juridiques de l'expression sur lui seul. Ainsi, tous les supports de la communication verraient leur régime juridique façonné similairement, nonobstant leurs particularités. Néanmoins, le plus souvent, les systèmes juridiques de la communication sont soutenus non par un seul fondement de la liberté d'expression, mais par une multiplicité, ce qui est le fait de l'existence d'autant de régimes juridiques qu'il existe de supports.

Un dernier enjeu tient à l'évolution du paysage technique de la communication. De nouveaux supports voient le jour, dont le plus important est l'internet. Une question importante se pose de savoir si les conceptions existantes en droit positif français et américain sont susceptibles d'être modifiées par l'apparition de cette nouvelle technologie. Pour cela, il est donc nécessaire de connaître l'état du droit avant cette apparition.

L'étude des droits positifs français et américain nous permettra de découvrir s'il existe dans ces deux pays un fondement unique de la liberté d'expression et si les valeurs qui la justifient sont ou non identiques. La détermination de l'objet et des limites de la liberté d'expression dans les droits positifs sera également déterminante à la mise en lumière des conceptions françaises et américaines, même si l'accent sera mis sur l'élément le plus difficile à découvrir, à savoir ses fondements. Il faut toutefois souligner la sous-théorisation française en matière de libertés fondamentales, qui a pour effet de rendre ardue la découverte des conceptions de la liberté d'expression. *A contrario*, aux États-Unis, la matière est largement théorisée depuis le début du siècle dernier. De plus, le contrôle diffus de la constitutionnalité des lois conduit les juges à exercer un contrôle des réglementations au regard du Premier amendement. Le droit américain est donc beaucoup plus riche et instructif, au point d'inspirer à notre étude des problématiques transposables en droit français. Dans les deux cas, il s'agira de déceler les stratégies argumentatives visant à opter pour une conception de la liberté d'expression plutôt qu'une autre. Nous étudierons tout d'abord les conceptions de la liberté d'expression en France (Section I.), pour ensuite procéder au même type d'étude en droit américain (Section II.).

SECTION 1.

LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS

En France, il existe deux régimes juridiques principaux de la communication, la presse et l'audiovisuel. Le régime juridique de la presse ressort de la grande loi sur la liberté de la presse adoptée le 29 juillet 1881⁸⁰. Cette loi marque une rupture définitive avec les régimes précédents qui, tout en proclamant la liberté de la presse dans leurs chartes fondamentales, introduisaient avec constance des mesures législatives de contrôle *a priori* de l'expression^{81 82}. Depuis lors, la presse est soumise à un régime dit répressif qui ne permet en principe qu'aux seules autorités judiciaires d'intervenir après la publication de propos litigieux. Cette loi de 1881 organise un régime libéral à l'expression, limité toutefois aux publications de presse.

Un siècle plus tard, cette même loi servit en partie de modèle à la libéralisation de la communication audiovisuelle. Toutefois, l'audiovisuel n'a pas reçu la même étendue de liberté que celle dont dispose la presse. Il s'agit ici de déterminer si ces deux régimes disposent de fondements, d'objets et de limites similaires, et dans le cas contraire, les raisons de leur différence. A-t-on affaire à des conceptions distinctes de la liberté d'expression ?

Par ailleurs, et au-delà des régimes des libertés de la presse (§1.) et de l'audiovisuel (§2.), le Conseil constitutionnel a dégagé une conception française de la liberté d'expression par sa référence à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme afin de juger la

⁸⁰ Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, insérée dans le code pénal, dans l'annexe "presse et communication".

⁸¹ C'était par exemple le cas de la Charte de 1814 qui proclamait dans son article 8 que : "les Français ont le droit de publier et de faire imprimer leurs opinions, en se conformant aux lois qui doivent réprimer les abus de cette liberté", cité dans Le Béguec (D.), "De la rhétorique parlementaire à la rhétorique judiciaire : la défense de la liberté de la presse sous la Restauration", *Droits*, n° 36, 2002, pp. 21-38, p. 29. S'en sont suivies les trois lois de Serre des 17 mai, 26 mai et 9 juin 1819 qui établirent un régime aussi libéral que celui mis en place en 1881. Ces lois furent néanmoins abrogées quelques mois plus tard en faveur d'un rétablissement de la censure. Le Béguec (D.), précitée, note n°1, p. 23.

⁸² Ainsi, le cautionnement des journaux fut supprimé et rétabli en 1830 de même qu'en 1848, supprimé à nouveau en 1870 pour être rétabli en 1871. Il fut définitivement supprimé par la grande loi sur la presse du 29 juillet 1881.

constitutionnalité des réformes en matière de communication. Nous verrons s'il est possible de dégager une conception générale de la liberté d'expression en France.

§1. La conception française de la liberté de la presse

Entre la Révolution de 1789 et la loi du 29 juillet 1881 consacrant la liberté de la presse, la France a connu une grande instabilité des régimes législatifs qui oscillaient entre censure préalable et répression *a posteriori*. L'adoption de la loi de 1881 ouvre une seconde période qui perdure depuis. Néanmoins, la conception de la liberté d'expression par voie de presse a évolué. Il s'agira de voir quelle est la conception initiale, ou historique de la liberté de la presse (A.), puis comment elle a évolué depuis lors (B.).

A. La conception historique de la liberté de la presse

L'histoire française de la liberté d'expression est marquée par une hésitation constante entre l'application du droit commun et la mise en œuvre d'un régime spécifique, découlant du principe d'une libre expression. Il est donc opportun de s'interroger sur le choix opéré lors de deux étapes fondamentales de la construction du régime de la presse : la Déclaration des droits de l'homme de 1789 (1.), et la grande loi sur la liberté de la presse de 1881 (2.).

1. La conception de la liberté de la presse lors de la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme

Lorsque les révolutionnaires rédigèrent l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ils entendaient consacrer la liberté d'expression mais également celle de la presse. Ceci ressort clairement des débats qui ont conduit à l'adoption de cet article lors de la séance à l'Assemblée constituante du 24 août 1789⁸³. La définition de la liberté d'expression ainsi que son fondement sont donc identiques à ceux de la liberté de la presse dans l'esprit des rédacteurs de la Déclaration.

⁸³ Rebérioux (M.), de Baecque (A.) et Godineau, (D.), *Ils ont pensé les droits de l'homme – Textes et débats (1789-1793)*, Paris, Etudes et documents internationaux, 1989, pp. 105-110.

Comme nous l'avons remarqué précédemment⁸⁴, la liberté d'expression fait en France l'objet d'une sous-théorisation qui *a priori* ne facilite pas la découverte de son ou ses fondements. Nous avons ainsi vu que l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789 reconnaît cette liberté en énonçant par le biais d'une tautologie qu'elle est "un des droits les plus précieux de l'homme". La liberté étant un droit précieux, chacun doit pouvoir s'exprimer librement⁸⁵. La liberté d'expression est ainsi reconnue et protégée parce que c'est une bonne chose pour les individus. C'est le méta-principe du développement individuel, la quête du bonheur⁸⁶, qui ont servi de fondement à la liberté d'expression et de la presse à l'époque révolutionnaire. Mais les débats restent muets quant aux bénéficiaires de cette liberté. Visait-on ceux qui s'expriment, ceux qui reçoivent l'expression d'autrui, ou bien les deux ? Bien que rien ne permette de l'affirmer, la doctrine s'accorde pour soutenir que seuls les premiers étaient visés par les rédacteurs de la Déclaration⁸⁷.

Les débats relatifs à l'article 11 de la Déclaration ont été brefs et ont porté essentiellement sur le point de savoir si la définition de la liberté d'expression devait ou non inclure ses limites. Ainsi, Rabaud de Saint-Étienne refusait une telle inclusion par l'argument suivant : "placer à côté de la liberté de la presse les bornes que l'on voudrait y mettre, ce serait faire une déclaration des devoirs, au lieu d'une déclaration des droits"⁸⁸. Deux thèses militaient contre la définition qui sera finalement retenue. La première provenait de Robespierre qui défendait une définition inspirée des Déclarations des droits américaines. Il soutenait que la liberté de la presse devait être énoncée purement et simplement, en se fondant sur un argument conséquentialiste en vertu duquel ce serait le seul moyen de lutter contre le despotisme : "vous ne devez pas balancer de déclarer franchement la liberté de la presse. Il n'est jamais permis à des hommes libres de prononcer leur droit d'une manière ambiguë ; toute

⁸⁴ Voir notre Chapitre I, "Les fondements possibles de la liberté d'expression".

⁸⁵ Troper (M.), "La loi Gayssot et la Constitution", *Annales HSS*, vol. 54, n° 6, 1999, pp. 1239-1255, notamment, note n°16.

⁸⁶ La valeur du bonheur revient à de nombreuses reprises au cours du processus de rédaction de la Déclaration des droits de l'homme et pas seulement à propos de la liberté d'expression. Elle est inscrite dans de nombreux projets de Déclaration, tels que celui déposé à l'Assemblée nationale par M. Peytton de Villeneuve (Art. 2 : "Le but de toute association doit être de procurer aux individus qui la composent, la plus grande forme de bonheur, de liberté et de sûreté"), celui discuté dans le sixième bureau de l'Assemblée nationale (Art. 1^{er} : "Chaque homme tient de la nature le droit de veiller à sa conservation et le désir d'être heureux" ; Art. 2 : "Pour assurer sa conservation et se procurer le bien-être, chaque homme tient de la nature ses facultés [...]"), voir Rebérioux (M.), de Baecque (A.) et Godineau, (D.), *Ils ont pensé les droits de l'homme – Textes et débats (1789-1793)*, précité, pp. 62 et 67. Il est également affirmé lors des débats du 1^{er} août 1789 à propos de la question de savoir s'il fallait une Déclaration des droits, que l'objet de la Constitution est le "bonheur public", *ibid.*, p. 71.

⁸⁷ Un auteur va même jusqu'à réduire la liberté d'expression à la liberté d'entreprendre, voir Chevallier (J.), "Constitution et communication", *Dalloz*, 1991, chron., pp. 247-256.

⁸⁸ Débats devant l'Assemblée nationale, le 24 août 1789, cité dans Rebérioux (M.), de Baecque (A.) et Godineau, (D.), précités, p. 107.

modification doit être renvoyée dans la constitution. Le despotisme seul a imaginé des restrictions : c'est ainsi qu'il est parvenu à atténuer tous les droits [...]. Il n'y a pas de tyran sur la terre qui ne signât un article aussi modifié que celui qu'on vous propose"⁸⁹.

À l'inverse, le Clergé se prononçait contre la liberté de la presse. Il demandait la censure royale sur tous les ouvrages afin de préserver la religion et les bonnes mœurs contre les dangers d'une telle liberté : "la religion est attaquée, la sainteté des mœurs est souillée, l'honnête homme est calomnié"⁹⁰.

Ces deux positions sont restées minoritaires et les débats ont plutôt porté sur le type de limites qui devaient faire l'objet de la définition de la liberté d'expression. L'argument généralement poursuivi fut celui développé par Mirabeau selon lequel il ne s'agissait pas de restreindre, mais de réprimer en cas d'abus⁹¹ : "on vous laisse un écritoire pour écrire une lettre calomnieuse, une presse pour un libelle ; il faut que vous soyez puni quand le délit est consommé : or, ceci est répression et non restriction ; c'est le délit que l'on punit, et l'on ne doit pas gêner la liberté des hommes, sous prétexte qu'ils veulent commettre des délits"⁹². Il restait alors à définir les limites de cette liberté. Celles-ci devaient-elles consister dans l'atteinte aux droits d'autrui, à l'ordre public, ou bien être définies par la loi ? Face au caractère jugé vague des deux premières limites, c'est la troisième qui fut retenue. Le principe fut ainsi posé, celui de la liberté de s'exprimer dans certaines limites⁹³. Depuis lors, c'est à la loi qu'il reviendra de définir les abus de cette liberté et d'établir un système affranchi de tout contrôle préalable. Le régime de la presse sera donc répressif, les abus étant sanctionnés par le régime législatif des responsabilités civile et pénale.

À l'époque révolutionnaire en France, la liberté d'expression - et *a fortiori* celle de la presse - avaient ainsi pour fondement le développement et le bonheur individuels, et elles furent définies comme des libertés soumises à des limites définies par la loi. Mais cette définition de la liberté de la presse ne devait pas perdurer. Entre la révolution et la grande loi de 1881, la

⁸⁹ *Ibid.*, p. 108.

⁹⁰ *Ibid.*, p. 109. Voir de même Conac (G.), Debene (M.) et Teboul (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Economica, 1993, pp. 225-232.

⁹¹ Gauchet (M.), *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, NRF, 1989, p. 176.

⁹² Débats devant l'Assemblée nationale, le 24 août 1789, cité dans Rebérioux (M.), de Baecque (A.) et Godineau, (D.), précités, p. 109.

⁹³ Troper (M.), "La loi Gayssot et la Constitution", précité.

presse a fait l'objet d'un très grand nombre de régimes législatifs oscillant entre censure préalable et régimes répressifs jusqu'en 1881⁹⁴. La grande loi de 1881 marque l'apparition d'une conception spécifique de la liberté d'expression pour la presse.

2. La conception de la presse en 1881

La loi relative à la liberté de la presse adoptée le 29 juillet 1881 fit l'objet de longs débats devant la Chambre des députés. Face au grand nombre de dispositions restreignant la liberté de la presse jusqu'alors, le Gouvernement proposa leur abrogation "absolue et intégrale"⁹⁵. La question essentielle qui se posait alors était de savoir s'il fallait se contenter d'appliquer à la presse les dispositions du droit commun découlant de l'article 1382 du Code civil ou si au contraire la presse était un instrument suffisamment spécifique de la communication de la pensée pour faire l'objet d'un régime particulier.

La réponse à cette interrogation reposait sur le choix à établir entre deux définitions fonctionnelles possibles de la presse. Perçue comme un simple instrument de la pensée humaine, sa complice, on considérait qu'elle ne permettait au mieux qu'une aggravation d'un délit. Dès lors, il semblait inutile de créer un régime spécifique afin de protéger la presse, le droit commun trouvant naturellement à s'appliquer. Cette thèse reposait sur trois arguments principaux⁹⁶ se situant dans des contextes différents. Il était tout d'abord soutenu qu'admettre que la presse soit un élément constitutif de délits prévus dans un texte spécifique reviendrait à créer des délits de presse - ou délits d'opinion, alors que leur suppression était justement un des objets principaux de la loi nouvelle. Ensuite, ce sont l'impuissance des répressions, et l'absurdité des mesures autoritaires qui servirent à caractériser l'inutilité d'une loi particulière réglementant la presse, et donc la nécessité de s'en remettre au seul droit commun en la matière. Enfin, la consécration d'une liberté dite absolue de la presse - par l'application du droit commun - fut justifiée par l'intérêt du citoyen-écrivain de participer aux choses

⁹⁴ Il y eut plus de quinze lois relatives à la liberté de la presse entre 1814 et 1830, et seules trois d'entre elles organisaient un régime aussi libéral que celui de 1881. Voir Le Béguet (D.), "De la rhétorique parlementaire à la rhétorique judiciaire : la défense de la liberté de la presse sous la Restauration", précité, p. 22 et note n° 1.

⁹⁵ Ce fut la proposition du rapporteur, le député Lisbonne, faite devant la Chambre des députés lors de la séance du 24 janvier 1881, in *Débats et documents parlementaires, Chambre des députés, Compte-rendu in extenso*, janvier-avril 1881, p. 33.

⁹⁶ Ces arguments ont été développés par le député Floquet lors de la séance du 25 janvier 1881 à la Chambre des députés, in *Débats et documents parlementaires, Chambre des députés, Compte-rendu in extenso*, janvier-avril 1881, p. 57.

publiques. Grâce à la destruction de tous les privilèges de la presse, chaque citoyen aurait ainsi le droit d'écrire librement sur les affaires publiques. Le nécessaire respect de sa dignité devrait conduire à faire preuve d'une même tolérance à l'égard de la presse.

Cette dernière argumentation reposait sur un double fondement instrumental de la liberté d'expression basé à la fois sur une vision civique du méta-principe de la démocratie telle que le juge Brandeis l'a décrite, ainsi que sur le méta-principe de la liberté de choix⁹⁷. Ce sont les individus qui sont ici les bénéficiaires de la liberté d'expression, considérés comme des citoyens mais également comme de simples êtres humains, mus par le désir de s'exprimer. Il faut par ailleurs se garder d'interpréter littéralement le concept de "liberté absolue" de la presse souvent évoqué par les tenants de cette thèse. En effet, en 1881, lorsque certains parlementaires soutenaient ce qu'ils nommaient une "liberté absolue" de la presse, ils entendaient non pas une liberté affranchie de toute contrainte - ce qui reviendrait à une vision absolutiste de la liberté d'expression, mais plutôt une liberté encadrée le plus simplement possible, par le biais de l'application du principe général de la responsabilité, donc du droit commun. Ils ne reconnaissaient donc tout simplement pas que la presse puisse être un instrument déterminant de la communication de la pensée.

C'est une définition inverse de la fonction que remplit la presse qui fut soutenue par les partisans de la loi pénale qui sera finalement adoptée le 29 juillet 1881. La presse n'était pas ici considérée comme un instrument facultatif de la perpétration des délits mais bien comme son nécessaire outil. Le député Agniel qui soutenait cette thèse affirmait à ce propos : "je défie un logicien quelconque de comprendre la possibilité de diffamer ou d'injurier publiquement, abstraction faite du concours essentiel et nécessaire de la parole de la presse"⁹⁸. Et s'il fallait par une loi unique abroger les législations précédentes, c'est parce que la simple application du droit commun n'était pas considérée comme satisfaisante afin de répondre à l'intérêt de la presse. Il était avancé que sans règles spécifiques en matière de droit de propriété, personne ne prendrait le risque de fonder un journal, ce qui vouerait la presse périodique à une mort certaine ; que l'insolvabilité probable de l'auteur rendrait illusoire l'engagement de sa responsabilité ; que la responsabilité de droit commun, fondée sur le régime institué par l'article 1382 du Code civil, était limitée aux intérêts privés. Face au

⁹⁷ Voir notre Chapitre I. Les fondements possibles de la liberté d'expression.

⁹⁸ Séance du 25 janvier 1881 à la Chambre des députés, in *Débats et documents parlementaires, Chambre des députés, Compte-rendu in extenso*, janvier-avril 1881, p. 60.

contre-argument selon lequel le code pénal de 1810 pouvait également suffire à réprimer les délits perpétrés par voie de presse, il était soutenu que ce dernier ne contenait aucune disposition particulière relative à la presse, justement parce que les lois impériales avaient jusque là nié la liberté de la presse en instaurant un système de censure absolue. Finalement, l'argument dominant avancé au soutien de cette loi sur la presse fut un argument finaliste : en ne reconnaissant pas l'incidence particulière de la presse dans la transmission de la pensée, en ne complétant pas le droit commun par des dispositions spécifiques, on serait conduit à être plus indulgent quand les délits seraient commis par voie de presse que lorsqu'ils n'auraient fait l'objet d'aucune publication.

Les rédacteurs de la loi de 1881 soutenaient d'ailleurs qu'il ne s'agissait pas de déroger au droit commun mais, en quelque sorte, de le compléter. Les délits seraient ainsi définis selon la logique établie par le code pénal de 1810, seuls les systèmes de responsabilité et de droit de la propriété y dérogeraient⁹⁹. La majorité des parlementaires d'alors ont donc opté pour l'instauration d'un système qui serait fondé sur l'intérêt de la presse elle-même. La conciliation ainsi opérée entre liberté et responsabilité visait à répondre à l'exigence de dignité, d'indépendance et de légitime influence de la presse. Si la nécessaire participation de chacun à la chose publique et l'intérêt reconnu dans la communication de sa pensée sont des valeurs qui ont effectivement été prises en considération lors de la rédaction du projet de loi, c'est surtout une vision instrumentale et participative du méta-principe de la démocratie qui fut poursuivie en dernier lieu¹⁰⁰. Liberté de participation aux affaires publiques et droit de critique à l'encontre des gouvernants étaient les valeurs considérées comme essentielles dans l'établissement d'un régime de liberté de la presse.

Cette conception désormais classique de la liberté d'expression par voie de presse est toujours d'actualité. Elle est toutefois complétée à l'heure actuelle par de nouveaux éléments visant à prendre en compte la liberté d'expression non plus seulement de la presse, mais également du public, et des lecteurs en particulier.

⁹⁹ Les développements suivants seront consacrés à la description du système de la liberté de la presse tel qu'institué depuis la loi du 29 juillet 1881.

¹⁰⁰ Voir notre Chapitre I. Les fondements possibles de la liberté d'expression.

B. La conception actuelle de la liberté de la presse

La loi du 29 juillet 1881 a mis en place un système basé sur la notion clé de publicité – ou publication - en énonçant à son article 1^{er} que "l'imprimerie et la librairie sont libres". La conception classique et libérale de la liberté de la presse a guidé à l'établissement des règles de responsabilité et de détermination des délits dont l'application dépend de cette notion centrale de publicité. Ses dispositions s'appliquent dès lors que des propos illicites sont proférés en public ou bien publiés par voie de presse, entendue *latissimo sensu*. Ils pourront être qualifiés de délits par le juge si les critères en sont remplis, et la loi guidera ce dernier dans la détermination des personnes responsables.

Ce sont les règles posées par la loi de 1881, de même que celles dégagées par les juridictions judiciaires et par le Conseil constitutionnel, qui nous permettront de saisir la conception actuelle de la liberté de la presse en France. Dans les années 1980, la reconnaissance par le Conseil constitutionnel d'un droit à l'information a conduit à la création de nouvelles obligations pesant sur les éditeurs et les propriétaires de presse. La conception de cette liberté s'est donc modifiée par la reconnaissance de cette valeur nouvelle. À la protection des intérêts de la presse (1.) s'est ajoutée à celle des intérêts des lecteurs (2.). L'ensemble de ces éléments, bien que descriptifs, sont essentiels pour les développements futurs consacrés à l'internet car la question s'est longtemps posée de savoir si le régime juridique de ce support devait ou non être inféré de règles existantes, et notamment de celles sur la presse.

1. La protection des intérêts de la presse

Les intérêts de la presse font l'objet d'une protection législative, notamment par le biais de l'instauration d'un régime de responsabilité dit en cascade. Ce type de responsabilité est institué afin de préserver la liberté éditoriale de la presse, et conduit de cette façon à protéger la presse institutionnalisée (a.). Toutefois, les tribunaux judiciaires ont pendant un temps accepté d'écarter l'application du droit de la presse à des infractions pourtant commises par voie de presse. La tension entre l'application à la presse d'un régime spécifique découlant du principe de la liberté d'expression ou du droit commun est réapparue (b.).

a. Les caractéristiques principales du régime de la presse

La presse est protégée par le biais d'un certain nombre de règles procédurales particulières, telles celles qui règlent le délai de prescription ou la preuve des faits en matière de diffamation. Mais c'est avant tout la publicité - ou publication - des propos qui emporte application de la loi du 29 juillet 1881. Bien qu'elle n'ait pas fait l'objet d'une définition légale, la publicité est caractérisée par la jurisprudence par la réunion de deux critères que sont la nature des lieux et la composition du groupe des récepteurs ou destinataires des écrits¹⁰¹. En matière de presse périodique et d'imprimés, la publication résultera de la fixation préalable des propos sur un support écrit. C'est ainsi que sera établie la chaîne des responsabilités lorsque la publication est contraire aux lois et règlements ou lorsqu'elle porte atteinte aux droits des tiers.

Conformément au principe législatif de la liberté de la presse, celle-ci n'est pas généralement soumise à un régime d'autorisation préalable¹⁰². Les imprimeurs et éditeurs doivent simplement remettre au Procureur de la République une déclaration comportant des éléments d'identification de l'écrit¹⁰³, et faire figurer sur chaque exemplaire publié certaines mentions spécifiques¹⁰⁴. Enfin, chaque publication doit faire l'objet de dépôts judiciaires¹⁰⁵, administratifs¹⁰⁶ et légaux¹⁰⁷. Une fois l'écrit publié, en principe, les interdictions et les saisies judiciaires ne pourront plus être pratiquées. Toutefois, en-dehors de l'application de la loi de 1881, la jurisprudence administrative laisse la possibilité en matière de police administrative ou en cas de circonstances exceptionnelles d'interdire de manière préventive la diffusion de certains écrits. Ceci reflète simplement les limites de la liberté de la presse, limites constituées en cas d'abus.

¹⁰¹ Voir infra Partie II, Titre II.

¹⁰² Sont soumises à un contrôle préalable certaines publications comme celles destinées aux enfants et adolescents, les publications étrangères et les annonces judiciaires et légales.

¹⁰³ Cette déclaration est prévue à l'article 7 de la loi du 29 juillet 1881, et doit comporter : "1) le titre du journal ou écrit périodique et son mode de publication ; 2) le nom et la demeure du directeur de la publication ; 3) l'indication de l'imprimerie".

¹⁰⁴ Aux termes de la loi de 1881, mention doit être faite des nom et domicile de l'imprimeur (article 2), du nom du directeur de la publication (art. 11), ainsi que des indications relatives au nom du propriétaire ou du principal associé, la dénomination ou la raison sociale, ou encore l'identification des principaux associés (art. 5 et 6).

¹⁰⁵ Deux exemplaires doivent être déposés au Parquet ou en mairie (art. 10-1 de la loi de 1881).

¹⁰⁶ Dix exemplaires doivent être déposés au ministère de l'information à Paris, et en préfecture, sous-préfecture ou mairie en-dehors de la capitale (art. 10-2).

¹⁰⁷ Depuis la loi du 20 juin 1992, des exemplaires doivent également être déposés en bibliothèque, au ministère de l'intérieur pour Paris et en préfecture en-dehors de la capitale.

Ces mesures ont pour vocation la conservation des écrits pour la mémoire collective, mais surtout l'identification rapide des responsables en cas de diffusion de propos illicites. C'est aux articles 42 à 44 de la loi du 29 juillet 1881 qu'a été institué le régime de la responsabilité de la presse dont la spécificité s'explique par le contexte de l'apparition de la liberté de la presse. Il s'agissait d'abolir la censure ainsi que de protéger le journaliste. Il en résulte un système de responsabilité en cascade, qui rend responsable en premier lieu le directeur de publication pour la presse périodique et l'éditeur pour les autres imprimés - qualifié d'auteur principal – puis les imprimeurs, vendeurs distributeurs et afficheurs en passant par les auteurs des écrits¹⁰⁸. De part ce système, la liberté d'expression du journaliste est garantie et les articles n'ont plus à être signés. De cette manière, "c'est la publication qui fait le délit"¹⁰⁹. La liberté éditoriale du directeur de publication dans le choix des textes et des articles à publier dans son journal est la contrepartie de son obligation d'en surveiller et d'en vérifier le contenu.

Cette responsabilité dite en cascade s'applique aux infractions de la presse, telles la provocation aux crimes et aux délits, la provocation à la discrimination raciale ou religieuse, la diffamation, les injures publiques. De leur côté, les publications destinées à la jeunesse font l'objet d'une réglementation particulière, toujours prévue par la loi sur la presse. Des différences de régime subsistent dans certaines matières, telle que la publicité sur l'alcool et le tabac. La loi de 1881 prévoit également une responsabilité civile qui renvoie généralement au Code civil comme nous allons le voir à présent.

b. Responsabilité civile et liberté de la presse

La loi de 1881 prévoit la possibilité pour les victimes d'engager une action civile en réparation, dès lors que le préjudice causé peut être rattaché à une des infractions qu'elle définit. Le cas échéant, les règles procédurales particulières, favorables à la presse, trouvent à s'appliquer. Par ailleurs, la pratique judiciaire a longtemps admis des actions devant les juridictions civiles sur le fondement du seul article 1382 du Code civil. Le recours au droit

¹⁰⁸ L'article 42 de la loi de 1881 prévoit aux alinéas 1 à 5 que : "seront passibles, comme auteurs principaux, des peines qui constituent la répression des crimes et délits commis par la voie de la presse dans l'ordre ci-après, à savoir : 1) les directeurs de publication ou éditeurs quelles que soient leurs professions ou leurs dénominations et, dans les cas prévus au deuxième alinéa de l'article 6, les codirecteurs de la publication ; 2) à leur défaut, les auteurs ; 3) à défaut des auteurs, les imprimeurs ; 4) à défaut des imprimeurs, les vendeurs, les distributeurs et afficheurs". L'article 43 prévoit que l'auteur sera alors poursuivi comme complice.

¹⁰⁹ Rapport M. Lisbonne, note au Recueil Duvergier 1881, p. 306, cité dans "Presse", fasc. 10, précité.

commun servait souvent à éviter les lourdeurs ou les "pièges" procéduraux de la loi de 1881¹¹⁰, ou encore à permettre de condamner moins durement l'auteur de propos répréhensibles. De son côté, le législateur a écarté un certain nombre de dispositions concernant la presse du champ d'application de l'article 1881. Ainsi en est-il de l'atteinte à la vie privée, de la provocation au suicide ou encore de la mise en péril des mineurs par des messages de caractères violents ou pornographiques¹¹¹.

Admettre que les préjudices liés à une publication de presse puissent être réparés sur le fondement du droit commun pose la question de la pertinence de l'existence de dispositions spécifiques pour la presse. Si la liberté de la presse a été reconnue et a fait l'objet de dispositions particulières, c'est parce qu'il était estimé qu'elle était un instrument nécessaire à la commission de certaines infractions. Lors des débats à la Chambre des députés en 1881, l'application du droit commun avait été écartée par la définition fonctionnelle donnée à la presse, mais aussi parce que le droit commun revenait à traiter de manière plus sévère les propos illicites proférés par voie de presse que ceux non publiés. Aussi, si la spécificité de la presse a été admise et qu'une loi particulière a été adoptée afin de la protéger, comment justifier l'admission du recours au droit commun en matière de presse ?

La réponse à cette question s'est faite progressivement et de manière implicite par les juridictions de l'ordre judiciaire. La Cour de cassation a ponctué l'évolution jurisprudentielle en trois temps : tout d'abord furent admises les actions civiles séparées¹¹², à la condition toutefois que les requérants ne fassent aucune allusion à la presse dans leurs moyens. L'autonomie du procès civil de la presse a de cette façon été consacrée dans un premier temps, et la Cour a refusé que le champ d'application de l'article 1382 ne soit restreint¹¹³. Elle justifiait cette solution par une interprétation à la fois sémiotique et génétique de la loi sur la presse :

"L'article 1^{er} du Code de procédure pénale a déterminé les mentions, énonciations et indications que doivent contenir les citations devant les juges d'instance ; elles doivent

¹¹⁰ Derieux (E.), *Droit de la communication*, précité, p. 511.

¹¹¹ Il s'agit respectivement des articles 226-1 et 226-9, des articles 223-13 et 223-15 et des articles 223-23 et 223-24 du Code pénal. Cités par Derieux (E.), "Faut-il abroger la loi de 1881 ?", *Légipresse*, n°154, p. 96.

¹¹² Nous pensons ici aux actions civiles entreprises sans référence aucune à la presse. Elles sont à distinguer des actions civiles prévues par la loi de 1881, comportant des particularités procédurales.

¹¹³ Ainsi, par un arrêt en date du 14 janvier 1996, la Cour de cassation a sanctionné la Cour d'appel de Paris qui avait jugé qu'en matière de presse, l'article 1382 ne trouvait à s'appliquer que si la faute revêtait des caractères particuliers, à savoir constituer une atteinte à des droits fondamentaux ou en une dénaturation, déformation des faits ou négligence manifeste dans la vérification de l'information, *Dalloz*, 1997, J, 268, note Ravanans (J.).

notamment énoncer sommairement l'objet de la demande ; il n'y a pas lieu d'emprunter à la loi du 29 juillet 1881 sur la presse les dispositions spéciales prescrites par les articles 50 et 60, qui règlent la forme des citations délivrées devant les tribunaux de répression, pour les appliquer aux instances introduites devant la juridiction civile, quand ces instances sont nées d'un délit prévu par ladite loi ; le texte, aussi bien que l'esprit de la loi du 29 juillet 1881, ne permettent pas cette extension"¹¹⁴.

Puis, récemment, la Cour de cassation a imposé l'application de certaines règles procédurales spécifiques posées par la loi de 1881 lorsque les recours étaient fondés sur le seul droit commun. C'est ainsi que par exemple, les recours civils séparés se sont vu soumis à la prescription triennale prévue par la loi de 1881, et ce même si aucune allusion à la presse n'était faite par les requérants. Enfin, dernièrement, elle a écarté purement et simplement l'applicabilité du droit commun dès lors que la presse a permis la constitution d'un délit par l'attendu suivant : "mais attendu que les abus de la liberté d'expression prévus et réprimés par la loi du 29 juillet 1881 ne peuvent être réparés sur le fondement de l'article 1382 du Code civil"¹¹⁵. Les requérants n'ont à présent plus le choix de faire porter leur action devant les juridictions répressives, la seule action civile leur restant étant celle prévue par la loi de 1881.

La doctrine a expliqué de différentes façons l'acceptation par les juridictions judiciaires du recours à l'article 1382 du Code civil en matière de presse. Une des justifications avancées était basée sur l'intention supposée du législateur d'assurer l'exercice effectif de la liberté de la presse. Des arguments *a fortiori* et conséquentialistes étaient énoncés : si une faute commise par voie de presse n'est pas constitutive d'un délit pénal, il est nécessaire que la voie civile reste ouverte¹¹⁶, et ce dans le but de mieux sanctionner les abus de la liberté d'expression. Écarter l'applicabilité du droit commun en matière de presse reviendrait donc à laisser impunies des fautes qui ne répondraient pas aux caractéristiques de délits pénaux. Cette justification de l'applicabilité sans restriction de l'article 1382 du Code civil était renforcée par le fait de sa constitutionnalisation par le Conseil constitutionnel¹¹⁷. Ainsi, la responsabilité du fait personnel ne devait pas être limitée en matière de presse.

¹¹⁴ Cass. civ., 29 octobre 1900, *D.P.* 1901, 1, 37, cité par Dezeuze (E.), "L'autonomie du procès civil de la presse", *Les Petites affiches*, 12 août 1998, n°96, p. 12.

¹¹⁵ Cour de cassation, Assemblée plénière, 12 juillet 2000, *Bulletin* 2000, A.P., n° 8, p.13, deux espèces, revirement confirmé dans deux espèces par la deuxième chambre civile, 8 mars 2001, *Bulletin*, 2001, II, n° 46 p.31 et *Bulletin*, 2001, II, n° 47 p. 32.

¹¹⁶ Ont ainsi été sanctionnés l'omission, l'information erronée, l'esprit de dénigrement systématique ou encore l'atteinte inconsidérée à des sentiments normaux de pudeur, cité par Ravanans (J.), "Liberté de la presse et responsabilité civile : l'illusion d'une hiérarchie des normes en conflit", *Dalloz*, Jp., 1997, p. 268. Ces délits civils sont bien entendus absents de la loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse.

¹¹⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 82-144 DC du 22 octobre 1982, *Recueil*, p. 61, où le Conseil a érigé en principe constitutionnel le droit des victimes à obtenir réparation du dommage qu'elles ont subi.

Le revirement récent de jurisprudence de la Cour de cassation est venu conforter l'opinion des opposants à une telle interprétation de la loi sur la liberté de la presse. Et c'est également sur le fondement de l'intention supposée du législateur que cette partie de la doctrine a dénoncé la position traditionnelle de la Cour. Le premier argument était systémique et basé sur la clôture du système institué par le législateur en 1881. Celui-ci aurait voulu instituer un système juridique clos pour toutes les manifestations de la pensée¹¹⁸. Le second argument militait contre l'applicabilité en matière de presse de cette disposition vague et générale, de la "*clausua generalis*, on ne peut plus *generalis*, de l'article 1382"¹¹⁹.

Finalement, en permettant l'applicabilité du droit commun en matière de presse, on écarte de nombreuses garanties que la loi de 1881 avait accordées à la presse justement dans le but de la protéger. Cette solution dévoilait une conception de la liberté d'expression par voie de presse différente de celle qu'avaient voulue les rédacteurs de cette loi¹²⁰. En ne protégeant que minimalement la presse, on accordait du même coup une protection plus forte aux récepteurs victimes de délits commis par voie de presse. C'est peut-être ce qui a conduit le Conseil constitutionnel à reconnaître le droit à la liberté de communication des lecteurs, ajoutant un élément nouveau à la conception traditionnelle de la liberté de la presse.

2. La reconnaissance de la liberté d'expression des lecteurs en matière de presse

En 1984, le Conseil constitutionnel fut saisi afin de vérifier la constitutionnalité de la loi réformant le statut des entreprises de presse¹²¹. Il s'agissait pour le Conseil de se prononcer sur les limitations législatives à la concentration des entreprises de presse, concentration conduisant inévitablement à réduire le nombre de quotidiens et donc d'informations disponibles. Ce fut l'occasion pour lui de rappeler l'interdiction de l'autorisation préalable dans le domaine de la presse. Mais le point qui nous intéresse plus particulièrement ici¹²² concerne

¹¹⁸ Ce fut l'opinion de Jean Carbonnier exposée dans un célèbre article, "Le silence et la gloire", *Dalloz*, Chron., 1951, n° 28, pp. 119-122.

¹¹⁹ *Ibid.*, p. 119.

¹²⁰ Voir supra : A. La conception historique de la liberté de la presse.

¹²¹ Conseil constitutionnel, Décision 84-181 DC, 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse, Recueil*, p. 78

¹²² Pour un commentaire précis sur l'ensemble des points soulevés par cette décision, voir Favoreu (L.) et Philip (L.), *Les grandes décisions du Conseil constitutionnel*, Paris, Dalloz, 2001, 11^e édition, pp. 597-611.

le fondement de la décision du Conseil constitutionnel. Hormis deux références à la liberté de la presse¹²³, il base sa décision sur l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme, érigeant la liberté d'expression en "liberté fondamentale, d'autant plus précieuse que son exercice est l'une des garanties essentielles du respect des autres droits et libertés et de la souveraineté nationale [...]". L'absence de renvoi à la grande loi de 1881 sur la presse s'expliquerait selon M. Favoreu¹²⁴ par le fait que cette dernière aurait pour vocation de protéger uniquement la liberté des éditeurs et les auteurs, alors que le Conseil constitutionnel souhaitait au contraire favoriser la liberté des lecteurs, comme le montre le considérant de principe de cette décision :

"Considérant que le pluralisme des quotidiens d'information politique et générale auquel sont consacrées les dispositions du titre II de la loi est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; qu'en effet la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent ces quotidiens n'était pas à même de disposer d'un nombre suffisant de publications de tendances et de caractères différents ; qu'en définitive l'objectif à réaliser est que les lecteurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché"¹²⁵.

Orientant le principe de la liberté d'expression sur la protection du libre choix des lecteurs, le Conseil impose ainsi une intervention positive au législateur afin de renforcer l'objectif constitutionnel nouvellement défini de pluralisme, objectif facilité par celui de transparence. On retrouve dans ce considérant deux variantes de l'argument en faveur du pluralisme, la première découlant du méta-principe de démocratie et la seconde des méta-principes axés sur l'intérêt individuel à l'expression¹²⁶.

Tout d'abord, le méta-principe de la démocratie est mis en avant de manière implicite, ce qui ressort d'une analyse sémiotique de ce considérant. Visant en premier lieu le public, le Conseil insiste sur la nécessité pour l'audience de disposer d'une diversité d'informations "de tendances et de caractères différents". De même, le Conseil évoque la nécessité de promouvoir le pluralisme dans les "quotidiens d'information politique et générale". Le choix

¹²³ À propos des droits accordés aux partis politiques et de la proportionnalité à opérer entre la liberté de la presse et l'objectif de transparence financière.

¹²⁴ Précité, p. 600.

¹²⁵ Décision 84-181 DC, précitée.

¹²⁶ Voir supra Chapitre I. Les fondements possibles de la liberté d'expression. Les méta-principes axés sur l'intérêt individuel à l'expression sont celui du développement individuel et celui de la liberté de choix. Ils reviennent à considérer la liberté d'expression comme une fin en soi.

du méta-principe de la démocratie en tant que valeur justificatrice de la liberté d'expression conduit à une hiérarchisation dans la protection des discours, le discours politique ayant un rôle premier. Le Conseil procède ici à une telle hiérarchisation en faisant primer l'expression politique. Sa conception serait même à rapprocher de la version intrinsèque, "civico-romantique"¹²⁷, de ce méta-principe qui habilite les citoyens à participer à la délibération publique et favorise l'expression d'opinions dissidentes, ou du moins minoritaires.

Il convient également de déterminer le sort réservé à la conception historique de la liberté de la presse, basée comme nous l'avons vu sur la fonction participative du méta-principe de la démocratie. Le Conseil ne semble pas avoir abandonné cette approche dans la mesure où la prise en considération de l'intérêt des lecteurs vient s'ajouter à celle de l'intérêt de la presse. Dans le considérant cité plus haut, les lecteurs sont "au nombre des destinataires *essentiels*"¹²⁸ de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789", et donc non pas les seuls destinataires. L'intérêt de la presse est pris en compte dans la conception de cette liberté par le Conseil.

Ensuite, dans la seconde partie de ce considérant, le Conseil met en avant l'intérêt des lecteurs, envisagés ainsi de manière individuelle. Il reconnaît que la fonction du pluralisme est de leur permettre une pleine liberté de choix. Mais sa référence directe à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme nous conduit à penser que le Conseil considère que la liberté de la presse n'est pas un principe indépendant de celui plus large de la liberté d'expression. Même si la presse fait l'objet d'une protection spécifique, insérée dans une loi spécifique, son existence est posée à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme de 1789. Les valeurs qui justifient la liberté d'expression justifieraient logiquement la liberté de la presse. Pour être valide, le droit de la presse doit donc être conforme à ces valeurs.

Cette décision du Conseil constitutionnel change ainsi en partie la conception de la liberté de la presse. Plus encore, par sa référence à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et non pas à la loi de 1881 sur la liberté de la presse, c'est la conception française de la liberté d'expression elle-même que le Conseil modifie ici. Cette modification passe par un renforcement de la valeur du développement individuel qui a inspiré les rédacteurs de la

¹²⁷ Voir supra.

¹²⁸ Souligné par nous.

Déclaration des droits de l'homme, mais aussi par l'imposition d'un interventionnisme des pouvoirs publics afin de pourvoir à une protection plus efficace de la presse. L'interventionnisme du législateur est souhaité au nom d'une conception également démocratique de la liberté d'expression. En effet, serait-il possible de protéger la liberté d'expression des lecteurs, de leur faire bénéficier d'une information pluraliste, sans l'édiction de normes contraignantes ? C'est en tous cas l'argument poursuivi par le Conseil et qui l'a conduit à modifier la conception de la liberté d'expression. Il reste à voir si ceci sera confirmé au cours de l'étude de la conception française de la liberté de communication audiovisuelle.

§2. La conception française de la liberté de communication audiovisuelle

La communication audiovisuelle fut libéralisée en 1982¹²⁹, et bien qu'elle connaisse depuis la loi du 30 septembre 1986¹³⁰ le régime le plus libéral de son histoire, reste encore aujourd'hui assujettie à un grand nombre de limites. Il est un des plus limité de tous les supports de la communication¹³¹, et il s'agira de voir comment ceci est justifié. Dans l'histoire de l'audiovisuel, deux stratégies argumentatives principales se sont succédées, la première visant à justifier l'établissement d'un monopole de l'audiovisuel (A.), la seconde afin de consacrer sa libéralisation (B.). Ces stratégies ont en commun de se baser sur des arguments techniques identiques, qui constituent autant de contraintes juridiques. Les conséquences qui en sont tirées sont toutefois différentes.

A. Du monopole à la reconnaissance de la liberté de communication audiovisuelle

Dans un premier temps, l'audiovisuel fut soumis à un régime de monopole étatique en France¹³². Un établissement public unique gérait à la fois la diffusion, la programmation et la

¹²⁹ Dans son article 1^{er}, la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, *J.O.*, 30 juillet 1982, p. 2431, disposait que : "la communication audiovisuelle est libre".

¹³⁰ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 1^{er} octobre 1986, p. 11755, pour sa version originale.

¹³¹ Hormis le cinéma, mais ce dernier pose des problèmes juridiques bien moindres.

¹³² L'ordonnance du 23 mars 1945 a révoqué les autorisations jusque là accordées afin de consacrer le monopole de l'État qui se manifestait par un droit exclusif d'exploitation à son profit. Voir Chevallier (J.), "Le statut de la communication audiovisuelle", *A.J.D.A.*, 20 octobre 1982, n°10, p. 555.

production audiovisuelles. Le premier argument avancé pour soutenir ce monopole¹³³ était technique¹³⁴, reposant sur la rareté des fréquences hertziennes et leur répartition entre les États dans le cadre de conventions internationales. Un bien aussi rare et touchant d'aussi près la souveraineté nationale ne pouvait être laissé à l'initiative privée. L'État était considéré comme l'unique entité disposant des compétences nécessaires à cette répartition. Le second argument était téléologique et consistait à affirmer que seule une gestion publique de l'audiovisuel, par le service public, pouvait le mettre à l'abri des pressions politiques et garantir le pluralisme des idées ainsi que la qualité des programmes¹³⁵. Puis, à partir de 1964, un lent mouvement de libéralisation s'est profilé pour aboutir au système actuel mis en place par la loi du 30 septembre 1986. Entre temps, la loi du 29 juillet 1982 a consacré pour la première fois la liberté de l'audiovisuel - et partant, la fin du monopole d'État. L'idée même d'une gestion de l'audiovisuel dans le cadre du service public fut remise en question. Jusque là, l'audiovisuel était soumis à un régime de concessions de service public. Ce régime était jugé comme idéal dans le cadre du monopole de l'État car il permettait un assouplissement et une diversification de la gestion des services audiovisuels¹³⁶. Il fut remplacé en 1982 par un régime d'autorisation préalable¹³⁷, et le caractère de service public de l'audiovisuel fut maintenu pour le secteur public seulement.

Ce mouvement de libéralisation se retrouve dans l'encadrement réglementaire de l'audiovisuel. Pas moins de six autorités publiques se sont succédées¹³⁸, dont les structures ont évolué vers une plus grande indépendance vis-à-vis des pouvoirs publics. Le Conseil

¹³³ On retrouvera l'ensemble des arguments dans Chevallier (J.), "Constitution et communication", précité, p. 251, et "Le statut de la communication audiovisuelle", précité, p. 555.

¹³⁴ Les arguments techniques, en général, qu'ils concernent la rareté des fréquences hertziennes ou encore le caractère intrusif de l'audiovisuel, sont finalement considérés comme des axiomes de la part des acteurs juridiques qui les utilisent dans la mesure où la démonstration de leur vérité ne vient jamais au soutien de leur affirmation. Leur vérité est simplement postulée.

¹³⁵ Chevallier (J.), "Le statut de la communication audiovisuelle", précité, p. 555.

¹³⁶ *Ibid.*, p. 563.

¹³⁷ Si le monopole a été abandonné et l'initiative privée reconnue, il n'en reste pas moins que le secteur privé se trouve tout de même soumis à des obligations proches de celles qui incombent au service public. Pour une liste exhaustive des différentes obligations des secteurs public et privé de l'audiovisuel, voir Derieux (E.), *Droit de la communication*, précité, pp. 160-162.

¹³⁸ L'ordonnance du 23 mars 1945 a institué le monopole de l'audiovisuel et l'a confié à la R.D.F (Radiodiffusion française). Celle-ci devint la R.T.F. (Radiodiffusion-Télévision française) en 1949. L'O.R.T.F. (Office de radiodiffusion et télévision française) fut créée en 1964 en remplacement de la R.T.F. afin de gérer ce qui sera appelé ensuite l'audiovisuel. En 1974, l'O.R.T.F. fut éclaté en sept sociétés et il fallut attendre 1982 pour que soit créée la Haute autorité de l'audiovisuel. Celle-ci fut la première à disposer d'une certaine forme d'indépendance par rapport aux pouvoirs publics, mais une loi du 27 novembre 1986 la remplaça par la C.N.C.L. (Commission nationale de la communication et des libertés). Enfin, c'est en 1989 que le législateur créa le C.S.A. (Conseil supérieur de l'audiovisuel), autorité administrative indépendante qui régule toujours l'audiovisuel français. Voir Albert (P.) et Tudesq (A.-J.), *Histoire de la radio-télévision*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 5^e édition, 1996, pp. 51-52 et 95-97.

constitutionnel a d'ailleurs admis l'existence de telles autorités, à condition qu'elles soient créées par la loi, sans toutefois considérer leur création comme une condition de la liberté de communication¹³⁹. La question de leur pouvoir réglementaire s'est rapidement posé, et le Conseil a estimé que, l'exercice d'une liberté publique étant en cause, il devait être encadré par les lois et règlements et être circonscrit à un domaine déterminé. Cet encadrement devait également concerner le pouvoir de sanction de ces autorités. Les pouvoirs du C.S.A. sont ainsi soumis au contrôle du juge administratif.

Le discours qui marque la libéralisation du régime de l'audiovisuel repose sur l'affirmation selon laquelle l'évolution technique aurait conduit à la création de besoins nouveaux de communication chez le public. Il fut même avancé que l'argument fondé sur la rareté des fréquences perdrait de son importance du fait du développement de nouvelles technologies, telles que le câble et le satellite, et de l'abaissement des coûts de diffusion. À cela s'ajoute la progression des radios libres dès 1977, c'est-à-dire de radios privées émettant sans autorisation, dont la popularité a conduit le législateur à en réglementer le statut par la loi du 9 novembre 1981¹⁴⁰. Ces progrès technologiques serviraient à justifier les revendications visant à instituer une véritable liberté de communication audiovisuelle, revendications fondées essentiellement sur l'accroissement de la liberté de choix des récepteurs.

Les débats à l'Assemblée nationale concernant le statut de l'audiovisuel en 1986 avaient porté essentiellement sur l'interprétation à donner au concept de "liberté"¹⁴¹. Le législateur voulait élargir la liberté de communication aux libertés d'établissement des réseaux, d'exploitation des services et de libre choix des programmes. L'argument principal était de type axiologique : le contrôle de l'État sur l'audiovisuel ne pourrait se justifier qu'au regard du principe de la démocratie. Il semblerait donc que le législateur ait voulu étendre à l'audiovisuel la conception de la liberté d'expression énoncée par le Conseil constitutionnel à partir 1984. Comme nous l'avons vu, le Conseil en avait alors donné une interprétation nouvelle et plus forte en la justifiant par les versions instrumentale et participative du méta-principe de la

¹³⁹ Voir les décisions n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation*, Recueil, p. 55., n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, Recueil, p. 141, et n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, Recueil, p. 18, citées dans Chevallier (J.), "Constitution et communication", précité, pp. 254-255.

¹⁴⁰ Albert (P.) et Tudesq (A.-J.), précités, p. 110.

¹⁴¹ Ces débats sont analysés par Chevallier (J.), "Le nouveau statut de la liberté de communication", *AJDA*, 20 février 1987, pp. 59-79, et notamment pp. 62-63.

démocratie, mais aussi par le méta-principe du développement individuel pris au sens large. Ceci l'avait conduit à reconnaître la liberté d'expression des récepteurs. La lecture des débats à l'Assemblée confirme cette interprétation, la majorité estimant que l'information et la distraction n'étaient pas des services publics mais des libertés¹⁴².

De son côté, l'opposition aussi insistait sur la défense de la liberté d'expression des récepteurs. Il existait donc un large consensus quant à la reconnaissance de l'intérêt des récepteurs. Sa position divergeait toutefois sur les modalités de sa mise en œuvre : seul le service public serait à même de garantir la liberté d'expression des récepteurs, il en serait la condition nécessaire. Dès lors, l'opposition considérait que la privatisation ne servait que les seuls intérêts des émetteurs, et que la loi du marché conduirait à l'affaiblissement du pluralisme des programmes.

Ces débats montrent donc un accord au sein des pouvoirs publics quant à la conception de la liberté d'expression à poursuivre pour l'audiovisuel. Cet accord a été confirmé par le Conseil constitutionnel, appelé à contrôler la constitutionnalité de la réforme, comme nous le verrons plus loin. Ceci étant, les craintes de l'opposition de voir l'audiovisuel laissé aux aléas du marché se sont révélées infondées. En 1986, le législateur, en procédant à la privatisation de la première chaîne de télévision française et en démantelant définitivement le monopole étatique, mettait en place un système d'autorisation administrative préalable pour le secteur privé de l'audiovisuel¹⁴³, tout en conservant un régime de service public dans le secteur public audiovisuel. Voyons à présent voir les contours du système actuel de l'audiovisuel français, préalable nécessaire à la découverte de la conception de la liberté d'expression sur ce support de la communication.

¹⁴² Débats analysés par Chevallier (J.), "Le nouveau statut de la liberté de communication", précité, p. 63.

¹⁴³ Il est important de relever que l'audiovisuel fait en réalité l'objet de deux régimes distincts depuis 1986 : les services de radio et de télévision utilisant la voie hertzienne sont soumis à autorisation et conventionnement du C.S.A. (a. 28 à 32 de la loi du 30 septembre 1986), de même que les services distribués par voie de câble ou de satellite ; les services distribués sur des réseaux de télécommunications (ceci concerne les services audiovisuels n'utilisant pas des fréquences assignés par le C.S.A.) sont eux soumis à un régime de déclaration préalable (a. 33-1 de la loi de 1986). L'obligation de déclaration préalable pour les services télématiques a été abrogée par l'article 2 de la loi du 1^{er} août 2000, voir supra, Titre II., Chapitre I. La réglementation de l'internet en France.

B. Le système actuel de l'audiovisuel

Le législateur a organisé depuis 1982 la liberté de communication audiovisuelle. Se basant sur le régime institué pour la presse par la loi du 29 juillet 1881, il a établi un régime juridique de l'audiovisuel spécifique qui se justifie par les contraintes particulières supposées de ce support de la communication (1.). Le Conseil constitutionnel est intervenu pour imposer au législateur des exigences visant à garantir la liberté d'expression dans l'audiovisuel (2.).

1. Les caractéristiques principales du régime de la communication audiovisuelle

La définition de la communication audiovisuelle déterminera l'application des règles mises en place depuis la loi du 29 juillet 1982 et notamment la chaîne des responsabilités. La jurisprudence a statué depuis longtemps sur le caractère incontestablement public des émissions de radio¹⁴⁴. Ce ne sont pas les lieux où se déroulent les émissions qui importent, mais plutôt la possibilité de leur audition par quiconque. La notion de publicité – ou publication – est donc essentielle à la définition de la communication audiovisuelle. Aux termes de l'article 2 alinéa 2 de la loi du 30 septembre 1986¹⁴⁵, la publicité s'entend comme "toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée.". *A contrario*, une circulaire du 17 février 1988¹⁴⁶ rappelle les critères de la correspondance privée définis par la jurisprudence : "il y a correspondance privée lorsque le message est exclusivement destiné à une (ou plusieurs) personne physique ou morale, déterminée ou individualisée". Aussi, et comme le résume le rapport Falque-Pierrotin¹⁴⁷, il y a communication audiovisuelle lorsque :

¹⁴⁴ Tribunal correctionnel de Bourges, 19 juillet 1934, *Dalloz*, 1934, II, p. 121.

¹⁴⁵ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée. Depuis la loi de 2004, le terme de publicité s'entend à présent comme une communication au public par voie électronique, loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, *J.O.*, 22 juin 2004.

¹⁴⁶ Circulaire interministérielle du 17 février 1988 prise en application de l'article 43 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication audiovisuelle, concernant le régime déclaratif applicable à certains services de communication audiovisuelle, *J.O.*, 9 mars 1988, p. 3149.

¹⁴⁷ 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.

"- le message est destiné indifféremment au public ou à des catégories de public, c'est-à-dire un ensemble d'individus indifférenciés, sans que son contenu soit fonction de considérations fondées sur la personne ;

- le message transmis est à l'origine mis à la disposition de tous les usagers du service, à titre onéreux ou gratuit".

Les programmes de radio et de télévision ont intrinsèquement un caractère public par application du concept de publication. Il reste ainsi à déterminer la chaîne des responsabilités. La logique de la cascade a été ici transposée car les supports que sont la presse et l'audiovisuel impliquent tous deux une communication de type unilatéral, d'un émetteur vers un ensemble de récepteurs. Et, à l'instar de la presse, en matière d'audiovisuel, le but a d'abord été de protéger la liberté d'expression de ceux qui s'expriment¹⁴⁸. La responsabilité en matière d'audiovisuel concerne également les mêmes infractions que celles définies pour la presse¹⁴⁹. Mais les articles 42 à 44 de la loi de 1881, qui prévoient la responsabilité propre au droit de la presse, ne pouvaient s'appliquer sans adaptation à la communication audiovisuelle, ces deux médiums ne faisant pas appel au même type d'acteurs.

La chaîne des responsabilités a été fixée par la loi du 13 décembre 1985¹⁵⁰. Sont responsables le directeur de la publication, à défaut l'auteur et à défaut encore le producteur. Toutefois, cette chaîne de responsabilité n'est valable que si la communication audiovisuelle a fait l'objet d'une fixation préalable, c'est-à-dire si elle a été préalablement enregistrée, de sorte que le directeur de la publication aura eu le temps et l'occasion d'en contrôler le contenu. Dans le cas d'une émission en direct, qui n'a pas fait l'objet d'une fixation préalable, c'est le droit commun, pénal comme civil, qui s'appliquera. Donc, le responsable sera logiquement l'auteur des propos incriminables ou fautifs, le directeur de la station pouvant éventuellement être considéré comme complice.

¹⁴⁸ Les programmes de l'audiovisuel dépassent la simple information du citoyen et comportent à l'heure actuelle essentiellement des programmes de divertissement. Or, c'est pour cette raison qu'à l'origine, aux États-Unis, l'audiovisuel ne bénéficiait pas de la garantie de la liberté d'expression. Les juges n'iaient au divertissement le statut d'expression protégée. Ce n'est qu'avec l'expansion de la présence des postes de télévision dans les foyers que les juges ont modifié leur approche. Voir Powe, L. A., *American Broadcasting and the First Amendment*, Berkeley, University of California Press, 1987, pp. 1-48.

¹⁴⁹ Ce sont les mêmes infractions que celles pouvant être commises dans le cadre de la presse. Voir supra, §1. La conception française de la liberté de la presse, B. b.

¹⁵⁰ Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi du 29 juillet 1982 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 14 décembre 1985, p. 14535.

Le concept de publication, qui permet l'application de l'ensemble des règles posées pour l'audiovisuel - et notamment celles concernant la responsabilité, a été directement transposé du droit de la presse, en protégeant de prime abord celui qui s'exprime. Conformément à la conception de la liberté d'expression existant jusque là, le législateur, en permettant l'initiative privée en matière d'audiovisuel, a dans un premier temps favorisé les émetteurs. Toutefois, un certain nombre de contraintes justifiaient que de nombreuses obligations leurs soient imposées. Le Conseil constitutionnel a été amené à contrôler constitutionnalité de ces obligations.

2. Les exigences posées par le Conseil constitutionnel

Les contraintes législatives à la liberté d'expression audiovisuelle reposent d'une part sur un argument technique, lié à la rareté des fréquences hertziennes, et d'autre part, sur un argument téléologique, affirmant que le service public est une garantie de l'indépendance de l'audiovisuel face aux pouvoirs publics et du pluralisme des programmes¹⁵¹. Ces contraintes aboutissent à limiter la liberté d'expression des émetteurs faisant de la liberté d'expression sur l'audiovisuel une liberté réduite.

Les obligations des émetteurs en matière audiovisuelle sont nombreuses, qu'elles touchent le secteur public ou le secteur privé. Une des plus importantes est l'obligation de respecter le pluralisme de l'expression¹⁵². Déjà dans sa décision du 27 janvier 1982¹⁵³ à propos de la loi sur la communication audiovisuelle, le Conseil avait érigé le pluralisme au rang des objectifs à valeur constitutionnelle. Mais c'est surtout lors de son examen de la loi de 1986 établissant la liberté de communication audiovisuelle¹⁵⁴ que le Conseil a énoncé son considérant de principe dans ce domaine. Comme en matière de presse, le pluralisme aurait pour rôle de servir à l'accomplissement du principe de la liberté d'expression dans sa version démocratique, de même qu'il est l'instrument nécessaire à l'exercice de la liberté de choix individuel des récepteurs des médias concernés :

¹⁵¹ Il faut noter ici encore que bien que la gestion de l'audiovisuel par le biais du service public n'ait été conservée que pour le secteur public, le secteur privé connaît des obligations similaires. Voir supra.

¹⁵² À l'obligation de pluralisme s'ajoutent dans le cas de l'audiovisuel notamment la sauvegarde de l'ordre public et le respect de la liberté d'autrui.

¹⁵³ Décision n° 82-141 du 27 janvier 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle, Recueil*, p. 48.

¹⁵⁴ Décision n° 86-217 du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication, Recueil*, p. 141.

"Considérant que le pluralisme des courants d'expression socioculturels est en lui-même un objectif de valeur constitutionnelle ; que le respect de ce pluralisme est une des conditions de la démocratie ; que la libre communication des pensées et des opinions, garantie par l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, ne serait pas effective si le public auquel s'adressent les moyens de communication audiovisuelle n'était pas à même de disposer, aussi bien dans le cadre du secteur public que dans celui du secteur privé, de programmes qui garantissent l'expression de tendances de caractères différents dans le respect de l'impératif d'honnêteté de l'information [...]"¹⁵⁵.

On le voit, cet énoncé ne change guère de celui relatif au pluralisme dans la presse. Une différence subsiste néanmoins. Alors que pour la presse l'obligation de pluralisme consiste à empêcher un certain degré de concentration des entreprises de presse, elle conduit dans le cadre de l'audiovisuel à permettre aux pouvoirs publics de s'ingérer dans la structure de la programmation. Les contraintes techniques postulées s'ajoutent à l'obligation de pluralisme pour réduire encore le champ de la liberté de communication audiovisuelle par rapport à celle de la presse, qui ne connaît pas les mêmes contraintes.

Par ailleurs, le Conseil constitutionnel, dans un autre considérant de sa décision de 1986, pose des contraintes sur les émetteurs du secteur privé :

"Considérant qu'il appartient au législateur, compétent en vertu de l'article 34 de la Constitution pour fixer les règles concernant les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques, de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de la liberté de communication telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication, par leur influence considérable, sont susceptibles de porter atteinte"¹⁵⁶.

La conciliation qui doit être opérée par le législateur entre "les contraintes techniques inhérentes aux moyens de la communication audiovisuelle" et des objectifs constitutionnels, tel que le pluralisme, est ainsi conditionnée aux yeux du Conseil par "l'état actuel des techniques et de leur maîtrise". Il s'appuie ici des arguments proches de ceux qui justifiaient jadis le monopole de l'État sur l'audiovisuel, aussi bien techniques que téléologiques. C'est l'état de connaissance et de maîtrise de la technologie qui apparaît comme la raison d'une telle limitation de la liberté d'expression pour l'audiovisuel. Cette référence à des contraintes

¹⁵⁵ *Ibid.*

¹⁵⁶ *Ibid.*

technologiques supposées indique donc que dans l'esprit du Conseil, l'évolution technique conditionne la liberté de communication audiovisuelle, mais que dans le même temps, elle ne justifie pas l'abandon d'un régime juridique contraignant. À cela s'ajoute une méfiance envers les opérateurs, qui, non adéquatement encadrés, seraient susceptibles de présenter des programmes choquants ou partiels, ou même encore d'occulter les points de vue auxquels ils n'adhéreraient pas. L'"influence considérable"¹⁵⁷ de l'audiovisuel est un nouvel argument technique qui justifie ainsi l'édiction de contraintes visant à protéger le public.

Le Conseil constitutionnel confirme également la solution qu'il avait déjà apportée deux ans plus tôt en matière de presse, à savoir la reconnaissance de la liberté d'expression des récepteurs :

"[...] en définitive, l'objectif à réaliser est que les auditeurs et les téléspectateurs qui sont au nombre des destinataires essentiels de la liberté proclamée par l'article 11 de la Déclaration de 1789 soient à même d'exercer leur libre choix sans que ni les intérêts privés ni les pouvoirs publics puissent y substituer leurs propres décisions, ni qu'on puisse en faire l'objet d'un marché"¹⁵⁸.

La liberté d'expression des récepteurs, constituée par leurs libertés de choix et d'accès à l'information, est fondée ici encore sur la Déclaration des droits de l'homme et plus particulièrement sur son article 11. Elle est justifiée par le méta-principe du développement individuel au sens large. Cette liberté d'expression nécessite une intervention de la part du législateur. La référence à la valeur de la démocratie est cette fois explicite. La liberté de communication audiovisuelle rejoint celle de la presse en ce qu'elle est également justifiée, selon le Conseil, à la fois par une conception instrumentale et intrinsèque de la démocratie et par la reconnaissance de la liberté de choix des individus. Leur différence de régime ne repose pas sur leurs fondements, mais plutôt sur leurs limites. L'audiovisuel se voit reconnaître une liberté d'expression moins large que la presse du fait de présupposés techniques relatifs à sa structure. L'audiovisuel est sujet à la rareté des fréquences hertziennes, et il dispose de la capacité d'influencer considérablement le public. Sa liberté sera inévitablement plus restreinte.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Ibid.*

Conclusion de la Section I

Existe-t-il une conception unique de la liberté d'expression en France ? Nous avons dégagé l'existence d'une conception de la liberté d'expression du Conseil constitutionnel. Elle consiste en un attachement à deux valeurs centrales, celle de la démocratie, à la fois dans ses versions participative et intrinsèque, et celle de la liberté de choix. Mais elle ne concerne que la liberté d'expression envisagée en fonction du support de la communication utilisé. Une étude approfondie de chaque contenu de l'expression nous révélerait qu'il existe d'autres conceptions de la liberté d'expression en France. Les solutions judiciaires dans les affaires mettant en cause les auteurs de contenus diffusés publiquement varient en fonction des valeurs de la liberté d'expression sur lesquelles les juges s'appuient, le plus souvent implicitement. Comme il n'existe pas en France de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois, le Conseil constitutionnel n'est jamais amené à se prononcer sur le bien-fondé de ces solutions judiciaires, et aucune harmonisation n'est réalisée si ce n'est au sein de chaque ordre de juridiction. Étant donné la densité de la matière, une telle analyse devrait faire l'objet d'une étude spécifique.

Par ailleurs, qu'en est-il de la place des libertés de la presse et de l'audiovisuel par rapport à la liberté d'expression ? Ces libertés sont-elles indépendantes, donc justifiées par des valeurs propres, ou bien dérivent-elles du principe général de la liberté d'expression ? La réponse nous est donnée par la jurisprudence du Conseil constitutionnel. La presse et l'audiovisuel dépendent du principe de libre expression et leurs régimes juridiques doivent ainsi être justifiés par les mêmes valeurs. D'après le Conseil, les limites posées dans ces régimes dépendent de considérations axiomatiques quant à leur structure technique, et téléologiques quant aux buts poursuivis pour leur élaboration. C'est ainsi que la presse connaît une liberté d'expression élargie par rapport à l'audiovisuel, soumis à des contraintes techniques spécifiques. Voyons à présent ce qu'il en est en droit américain.

SECTION II.

LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF AMÉRICAIN

Aux États-Unis, le principe de la liberté d'expression est inscrit au Premier amendement de la Constitution dans lequel il est indiqué que "le Congrès ne pourra faire aucune loi [...] restreignant la liberté de parole ou de la presse [...]"¹⁵⁹. Promulgué en 1791 au sein de la *Bill of Rights*, le Premier amendement n'a servi de norme du contrôle de constitutionnalité des lois qu'à partir de 1919.

On doit à la Cour suprême le développement de la protection de la liberté d'expression grâce à ses multiples interprétations du Premier amendement. Au fil du temps, elle a développé différentes méthodes d'interprétation qui correspondent à autant de conceptions de la liberté d'expression. Ceci l'a conduite à octroyer une protection différenciée des contenus et des supports de l'expression. De cette manière, la Cour a mis en place une méthodologie de la liberté d'expression, touchant à chaque aspect de l'activité expressive. Il s'en dégage une matière particulièrement riche, malheureusement absente du droit français. Les contours de la liberté d'expression seront étudiés (§1), cette étude étant un préalable à la découverte des différentes conceptions de la liberté d'expression contingentes des supports de la communication utilisés pour l'exercice de l'activité expressive¹⁶⁰ (§2).

¹⁵⁹ "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press".

¹⁶⁰ Notre travail consiste à étudier les régimes juridiques existants dans les droits de la communication français et américain, préalable nécessaire à la compréhension des solutions qui seront dégagées pour l'internet. Il est entendu que l'étude des contenus nous offrirait une palette encore plus large des différentes conceptions de cette liberté. Nous l'avons écarté du fait de la grande densité de la matière, qui mériterait une étude à part.

§1. Les contours de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis

Depuis la création au début du siècle dernier d'une protection judiciaire de la liberté d'expression, cette matière a acquis une telle importance qu'elle est désormais enseignée dans les facultés de droit américaines. Un droit du Premier amendement est apparu progressivement (A.). Son objet, à savoir le type d'expressions susceptibles d'être protégés, a été une des questions essentielles auxquelles a répondu la doctrine, secondée par une jurisprudence abondante de la Cour suprême (B.). Enfin, dans le but de protéger du mieux possible l'expression, les juges ont mis en place des critères auxquels doivent répondre les réglementations des contenus expressifs (C.).

A. L'apparition de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis

La première interprétation du Premier amendement américain fut établie par les juges de la Cour suprême. Contrairement aux idées reçues à propos d'une vision absolutiste de la liberté d'expression, c'est par ses limites que la liberté d'expression a historiquement été définie (1.). Par la suite, la Cour a recherché lesquelles étaient les plus adéquates au regard des conceptions de cette liberté qu'elle a consacré au fil du temps (2.).

1. La première interprétation du Premier amendement

Le vocabulaire, apparemment absolutiste, du Premier amendement américain n'a pas fait l'objet d'interprétation avant 1919. Il était d'ailleurs rarement invoqué. Dans trois décisions - *Schenck*¹⁶¹, *Debs*¹⁶² et *Frohwerk*¹⁶³, la Cour suprême a amorcé ce qui sera le début d'une longue évolution jurisprudentielle et la création d'un droit du Premier amendement. Ces affaires concernaient toutes trois des individus qui avaient appelé à la désertion lors de la Première guerre mondiale. Les juges devaient se prononcer sur leur éventuelle immunité au regard du principe de la liberté d'expression.

¹⁶¹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919).

¹⁶² *Debs v. United States*, 249 U.S. 211 (1919).

¹⁶³ *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919).

Le juge Holmes, délivrant l'opinion pour la Cour dans l'affaire *Schenck*, avait estimé que les propos tenus par l'accusé étaient répréhensibles du fait de l'engagement armé des États-Unis dans le conflit. Il affirmait aussi qu'en d'autres circonstances, ces propos auraient probablement été protégés par le principe de la liberté d'expression découlant du Premier amendement. Holmes insistait ici sur les circonstances dans lesquelles les propos avaient été proférés. En l'espèce, les propos tenus publiquement pouvaient conduire à un "danger clair et présent"¹⁶⁴. D'après Holmes, la constitutionnalité des propos était une question de "proximité et de degré". Ainsi, un homme qui crierait faussement au feu dans un théâtre, causant ainsi une panique parmi le public, ne pourrait arguer de son droit à la liberté d'expression¹⁶⁵.

C'est par cette censure de propos tenus en temps de guerre et au nom du principe du "danger clair et présent" qu'une première interprétation fut donnée au Premier amendement, mais également une première limite. Depuis lors, les juges de la Cour suprême n'ont eu de cesse de faire évoluer le critère des limitations de la liberté d'expression et d'en créer de nouvelles.

Il est intéressant de constater que cette démarche consistant à interpréter une liberté pour la limiter s'éloigne de ce qu'il est coutume de penser de la conception américaine de la liberté. Le discours répandu consiste à dire qu'aux États-Unis, la liberté doit être appliquée sans contraintes, ses limites ne faisant pas partie de sa définition. Elle serait le principe, et les limitations seraient rares et mal accueillies, comme le montre le langage apparemment absolutiste du Premier amendement. Or, dès leur première interprétation du Premier amendement en 1919, les juges de la Cour suprême ont retenu la pertinence du moyen tiré de la violation de la liberté d'expression, mais débouté les plaignants au nom du dommage pouvant être causé par l'activité expressive. La liberté se trouve ainsi consacrée en même temps que ses limites. Aux États-Unis comme en France, la liberté se définit par ses limites. Le langage du Premier amendement n'est donc absolutiste qu'en apparence, et le discours décrivant le système américain de protection de la liberté d'expression comme généralement dénué de limites est erroné. Voyons d'ailleurs comment ces limites sont déterminées par les juges.

¹⁶⁴ Il s'agit de la théorie du *clear and present danger*, encore appelée *harm principle* ou "principe du dommage". Cette notion est à rapprocher de celle de "troubles à l'ordre public" du droit français.

¹⁶⁵ La formule exacte, qui a été énoncée dans la décision *Schenck v. United States*, précitée, est la suivante: "the most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic".

2. La détermination des limites de la liberté d'expression

Les premières affaires qui ont conduit à la détermination des limites de la liberté d'expression aux États-Unis portaient sur la provocation aux crimes et aux délits¹⁶⁶. La difficulté à résoudre pour les juges était de qualifier comme tels des propos proférés sur des sujets divers, comme le refus de la guerre, le syndicalisme ou encore la dissémination de propagande communiste. La Cour suprême a reconnu la nécessité de protéger l'expression, et posé en même temps les limites d'une telle protection. La liberté d'expression est définie aux États-Unis par ses limites:

"With regard to that argument we think it necessary to add to what has been said in *Schenck v. United States*, only that the First Amendment while prohibiting legislation against free speech as such cannot have been, and obviously was not, intended to give immunity for every possible use of language. We venture to believe that neither Hamilton nor Madison, nor any other competent person then or later, ever supposed that to make criminal the counselling of a murder within the jurisdiction of Congress would be an unconstitutional interference with free speech"¹⁶⁷.

Il s'agissait ensuite pour les juges de déterminer les contours de ces limitations¹⁶⁸. La première limite historique fut, comme nous l'avons dit, celle du "danger clair et présent" :

"The most stringent protection of free speech would not protect a man in falsely shouting fire in a theatre and causing a panic. It does not even protect a man from an injunction against uttering words that may have all the effect of force. The question in every case is whether the words used are used in such circumstances and are of such a nature as to create a clear and present danger that they will bring about the substantive evils that Congress has a right to prevent. It is a question of proximity and degree"¹⁶⁹.

¹⁶⁶ Ce qui en anglais est appelé *advocacy of illegal conduct*.

¹⁶⁷ *Frohwerk v. United States*, 249 U.S. 204 (1919). "Au regard de cet argument, il est nécessaire d'ajouter à ce qui a été jugé dans *Schenck v. United States* que le Premier amendement, tout en interdisant les législations contraires à la liberté d'expression, n'a pu avoir, et n'a d'évidence pas comme vocation d'accorder une immunité à toutes les utilisations possibles du langage. Nous osons croire que ni Hamilton ni Madison, ni toute autre personne compétente alors ou depuis, n'a jamais envisagé que criminaliser la provocation au meurtre serait une interférence inconstitutionnelle sur la liberté d'expression".

¹⁶⁸ Il faut signaler que déjà en 1917, le juge Hand, alors membre de la District Court de New York, avait considéré dans une affaire portant sur la qualification de provocation à donner ou non à une expression, qu'il était nécessaire de différencier l'agitation légitime et l'incitation directe de la résistance violente, seule cette dernière pouvant être punie. Toutefois, cette décision n'impliquait pas le Premier amendement et aucune mention n'était faite du principe de la liberté d'expression, District Court, S.D. New York, *Masses Publishing Co. v Patten*, 244 F. 535 (1917).

¹⁶⁹ *Schenck v. United States*, 249 U.S. 47 (1919). "La protection la plus vigoureuse de la liberté d'expression ne protège pas un homme qui crierait faussement au feu dans un théâtre, causant la panique. Elle ne protège pas même de se voir interdire d'énoncer des mots qui auraient les effets de la force. La question à résoudre dans chaque cas est de savoir si les circonstances et la nature de ces mots sont telles qu'elles sont susceptibles de créer

Toutefois, ce test du "danger clair et présent" a fait l'objet de nombreuses reformulations, et connu une variante par la formulation du test de la "mauvaise tendance"¹⁷⁰ à laquelle pourrait conduire une expression. Il n'était plus question de s'attacher au danger de rupture de la paix - ou de trouble à l'ordre public - auquel une expression peut exposer la société, mais à son aptitude à créer une situation que sa réglementation avait justement pour but d'éviter¹⁷¹.

Cependant, la décision *Gitlow*, qui pose ce test de la "mauvaise tendance", est surtout connue pour l'opinion dissidente rédigée par le juge Holmes. En l'espèce, Gitlow, qui était membre du parti socialiste, avait supervisé l'édition et la distribution d'un pamphlet appelant à la révolution socialiste et à la lutte des classes. Il a été condamné pour incitation à l'anarchisme, condamnation confirmée en appel, puis par la Cour suprême. Or, pour Holmes, les autorités publiques n'avaient pas démontré l'existence d'un "danger clair et présent", qui seul pouvait justifier une limitation de la liberté d'expression. Faute de cette démonstration essentielle, Holmes considérait que le manifeste incriminé ne pouvait être qualifié d'incitation, sauf à considérer toute idée comme telle :

"Every idea is an incitement. It offers itself for belief and if believed it is acted on unless some other belief outweighs it or some failure of energy stifles the movement at its birth. The only difference between the expression of an opinion and an incitement in the narrower sense is the speaker's enthusiasm for the result. Eloquence may set fire to reason. But whatever may be thought of the redundant discourse before us it had no chance of starting a present conflagration. If in the long run the beliefs expressed in proletarian dictatorship are destined to be accepted by the dominant forces of the community, the only meaning of free speech is that they should be given their chance and have their way"¹⁷².

un danger clair et présent qui conduirait aux maux que le Congrès a le droit de prévenir. C'est une question de proximité et de degré".

¹⁷⁰ Il s'agit du *bad tendency test*, formulé dans la décision *Gitlow v. New York*, 268 U.S. 652 (1925).

¹⁷¹ "In such case it has been held that the general provisions of the statute may be constitutionally applied to the specific utterance of the defendant if its natural tendency and probable effect was to bring about the substantive evil which the legislative body might prevent", *Gitlow*, précité.

¹⁷² *Ibid.* "Toute idée est une incitation. Elle cherche à être crue et si elle l'est, elle s'imposera sauf à ce qu'une autre croyance soit plus forte qu'elle ou qu'elle manque d'énergie pour survivre dès son origine. La seule différence existant entre l'expression d'une opinion et une stricte provocation réside dans l'enthousiasme du *speaker* quant à son résultat. L'éloquence peut enflammer la raison. Mais quoi qu'on pense du discours redondant que nous devons juger, les chances sont faibles pour qu'il provoque un conflit. Si à long terme, le discours de la dictature du prolétariat devait être accepté par les forces dominantes de la communauté, la liberté d'expression signifie de lui accorder cette possibilité".

Les autres juges de la Cour suprême ne sont pas restés indifférents à cette opinion dissidente car l'année suivante, dans une affaire similaire¹⁷³, ils ont reconnu l'existence d'un "danger clair et présent" pouvait justifier l'interdiction de l'exercice du syndicalisme. Le juge Brandeis, dans une opinion concurrente à cette décision, a profité de cette occasion pour reformuler cette théorie. Pour qu'un danger soit qualifié de "clair et présent", il faudrait démontrer que l'expression soit la cause d'une violence sérieuse immédiate ou qu'elle y incite, ou bien que des conduites passées fournissent des raisons de croire qu'une provocation serait suivie d'effet¹⁷⁴. Ainsi, seule l'urgence face à un risque de trouble à l'ordre public justifierait l'interdiction d'une expression, la détermination législative d'un tel danger étant insuffisante.

Le test du "danger clair et présent" ainsi formulé par les juges Holmes et Brandeis est toujours utilisé par la Cour suprême lors du contrôle de constitutionnalité des réglementations réprimant la provocation aux crimes ou délits. Sa formulation a fait l'objet de deux évolutions notables. La première ressort de la décision *Dennis* rendue en 1951¹⁷⁵ où la Cour a pris en considération l'imminence d'un danger, et donc celle d'un dommage potentiel, afin d'effectuer son contrôle. Une réglementation restreignant la liberté d'expression est ainsi réputée valide dans la mesure où elle se donne pour but d'éviter un danger dont l'imminence semble probable. La seconde évolution provient de la décision *Brandenburg*¹⁷⁶ rendue par la Cour en 1969. Il a été décidé que l'expression ne pouvait être restreinte qu'à trois conditions : qu'elle incite expressément à la commission d'une conduite illégale, qu'elle incite à sa commission imminente et que cette conduite paraisse effectivement imminente¹⁷⁷. L'analyse du contexte de la commission de cette conduite et de l'intention de son auteur sera essentielle. De

¹⁷³ *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927).

¹⁷⁴ Selon le juge Brandeis, il s'agit de la survenance d'un mal sérieux ou *serious evil*. Cette expression est centrale dans sa pensée.

¹⁷⁵ *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951).

¹⁷⁶ *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

¹⁷⁷ Une controverse existe quant à la signification du test de *Brandenburg*. Certains considèrent que la Cour combine ici à la fois des éléments du test du juge Hand dans la décision *Masses*, et des éléments de celui posé par les juges Holmes et Brandeis. D'autres pensent au contraire que le test du juge Hand est absent de cette décision. L'enjeu de cette controverse concerne la détermination exacte des limites à la liberté d'expression posées par la Cour suprême, notamment lorsque l'expression en cause pourrait constituer une provocation à la commission d'actes illégaux, voir Bollinger (L.C.) et Stone (G.R.), "Dialogue", in Bollinger (L.C.) et Stone (G.R.), *Eternally Vigilant – Free Speech in the Modern Area*, Chicago, précité, pp. 5-6. Enfin, un auteur estime que le test du "danger clair et présent" et celui de *Brandenburg* sont identiques, qu'il suffit dans ce dernier de remplacer les mots "danger clair et présent" par ceux d'"action illégale imminente", voir Rawls (J.), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993, p. 348.

nombreux auteurs¹⁷⁸ louent la souplesse de ce test et le préfèrent aux autres précédemment dégagés par la Cour.

Toutefois, le test du "danger clair et présent" ainsi adopté par la Cour suprême ne fait pas l'unanimité des auteurs. C'est notamment la détermination de la dangerosité d'une conduite que critique John Rawls¹⁷⁹. L'auteur estime que tout discours politique est par nature souvent dangereux, ou du moins paraît l'être¹⁸⁰. Pourtant, la théorie constitutionnelle implique que le discours politique soit protégé, sauf à ce qu'une crise institutionnelle ait lieu, rendant difficile le fonctionnement des institutions démocratiques. Une telle limitation ne pourrait donc se justifier que pour prévenir un danger plus grand, menaçant - directement ou non - les libertés de base auxquelles appartient le discours politique. Dans ce cas seulement, selon Rawls, il pourrait être envisagé de restreindre la liberté d'expression politique. Ainsi, si les tribunaux devaient continuer d'utiliser le test du "danger clair et présent", ils devraient démontrer que les maux substantiels que les réglementations tentent d'éviter touchent aux libertés essentielles, telle la liberté de pensée, et qu'il n'existe aucune autre alternative pour les éviter¹⁸¹.

Ce test a peu à peu été remplacé par un nouveau, également important, mais d'une autre teneur. Dans son opinion concurrente à la décision *Dennis*, le juge Frankfurter, tout en admettant la solution donnée par la Cour, a rejeté l'applicabilité du test du "danger clair et présent", lui préférant un autre, celui de la proportionnalité¹⁸². La Cour l'utilisa d'ailleurs fréquemment par la suite¹⁸³.

Une définition du test de la proportionnalité avait d'ailleurs été formulée une année auparavant dans une décision rendue par la Cour¹⁸⁴ :

¹⁷⁸ Voir notamment Haiman (F.S.), *Speech and Law in a Free Society*, Chicago, The University of Chicago Press, 1981, pp. 276-283.

¹⁷⁹ *Political Liberalism*, précité.

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 348-356.

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Il s'agit ici du *balancing test*, qui est une sorte de contrôle de proportionnalité.

¹⁸³ "The demands of free speech in a democratic society as well as the interest in national security are better served by candid and informed weighing of the competing interests, within the confines of the judicial process, than by announcing dogmas too inflexible for the non-Euclidian problems to be solved", *Dennis*, précitée. ("Les exigences de liberté d'expression dans une société démocratique, comme l'intérêt de sécurité nationale, sont mieux réalisées par l'établissement d'une proportionnalité stricte et avertie des intérêts en présence, dans le cadre d'une procédure judiciaire, que par l'énoncé de dogmes trop inflexibles pour les problèmes non-euclidiens soient résolus").

¹⁸⁴ *American Communications Ass'n v. Doubs*, 339 U.S. 382 (1950).

"When particular conduct is regulated in the interest of public order, and the regulation results in an indirect, conditional, partial abridgment of speech, the duty of the courts is to determine which of these two conflicting interests demands the greater protection under the particular circumstances presented"¹⁸⁵.

Cette méthode a été largement suivie par la Cour suprême. Depuis, d'autres tests ont été mis en place tels celui dit de la "position préférée"¹⁸⁶, celui de l'imprécision de la réglementation¹⁸⁷, celui de l'excès de pouvoir¹⁸⁸ et enfin celui du "moyen le moins restrictif"¹⁸⁹. Les juges recourent alternativement à ces différentes méthodes, sans en préférer une en particulier.

À L'heure actuelle, on ne saurait donc parler d'un seul critère de limitation de la liberté d'expression aux États-Unis. Les tribunaux choisissent telle ou telle méthode en fonction des mesures en cause, et aucune règle précise ne semble se dégager de l'ensemble de la jurisprudence dans ce domaine. En tous cas, cet ensemble jurisprudentiel nous montre que la liberté d'expression est constamment en tension avec des mesures prises par les autorités publiques afin de la restreindre. Malgré quelques opinions dissidentes relativement isolées, il est possible de dire que le Premier amendement américain a été interprété comme consacrant la liberté d'expression, mais aussi comme la limitant. Le langage employé dans le Premier amendement n'est effectivement absolutiste qu'en apparence.

Cependant, les limitations de la liberté d'expression ne peuvent être réduites au concept de dommage. Ce principe doit être également délimité au regard de la distinction, très malaisée à mettre en œuvre, entre expression et conduite

¹⁸⁵ "Lorsqu'une conduite particulière est réglementée au nom de l'ordre public, et lorsque cette réglementation conduit à une restriction indirecte, conditionnelle et partielle de l'expression, le devoir des tribunaux est de déterminer lequel des deux intérêts en conflit requière d'être le mieux protégé en fonction des circonstances de l'espèce."

¹⁸⁶ La "position préférée" a été énoncée par opposition au test du "balancement" par le juge Black dans son opinion dissidente à la décision *Konigsberg v. State Bar of California*, 366 U.S. 36 (1961). Se fondant sur l'intention supposée des Pères fondateurs, il considère qu'on ne peut "balancer" entre les droits et libertés, et les réglementations. Cette position absolutiste de la liberté d'expression est basée sur la croyance selon laquelle le Premier amendement interdirait clairement au Congrès toute restriction de l'expression.

¹⁸⁷ Ou *vagueness* en droit américain. Il s'agit d'un vice entachant l'équité d'une réglementation, qu'elle soit pénale ou civile.

¹⁸⁸ Ou *overbreadth*. Cela consiste pour les juges à vérifier que la réglementation est rédigée avec une précision suffisante.

¹⁸⁹ Ou *less restrictive means*. Les tribunaux vérifieront ici que les pouvoirs publics ont effectivement choisi parmi toutes les possibilités de réglementation la mesure restreignant le moins la liberté d'expression.

B. La distinction malaisée entre expression et conduite

Une fois l'expression protégée sur le fondement du Premier amendement, il restait aux juges de la Cour suprême à en fixer l'étendue. Il leur fallait ainsi déterminer ce qui peut constitutionnellement être considéré comme une expression protégée, le type d'acte protégé, de même que le cadre admissible de la limitation de l'expression par les pouvoirs publics. Parallèlement aux décisions rendues par les juges (2.), la doctrine a théorisé les méthodes de la protection de l'expression (1.).

1. La distinction entre expression et conduite selon la doctrine

Une théorisation de la liberté d'expression suppose une démarche prescriptive visant à déterminer les expressions et les conduites qui seront protégées et celles qui ne le seront pas. Il s'agit donc de définir ce qu'on entend par le terme "expression". La distinction entre l'expression et l'action, le discours et la conduite, est essentielle à la méthodologie du Premier amendement. L'expression est protégée par le principe de la liberté d'expression, de sorte qu'en cas de survenance d'un dommage lié à l'activité expressive, son auteur sera soumis à un régime de responsabilité spécifique, généralement favorable. Ceci s'explique par le fait que le principe de la liberté d'expression se justifie par des valeurs différentes de celles qui régissent la réglementation d'autres conduites humaines¹⁹⁰. L'action, quant à elle, est soumise à des règles posées selon le schéma classique de la responsabilité en vertu duquel chacun est tenu de réparer le dommage dont il est à l'origine. Ignorer cette distinction reviendrait à traiter l'expression comme toute autre conduite, et ainsi à appliquer aux activités expressives les règles juridiques des simples conduites. On retrouve ici la tension dans le choix entre la mise en place d'un régime spécifique à l'activité expressive ou la simple application du droit commun¹⁹¹.

Ce schéma se complique toutefois par le fait que des conduites peuvent être considérées comme expressives (comme par exemple porter des symboles de contestation politique sur un vêtement), de même que des expressions peuvent être jugées comme dénuées de toute

¹⁹⁰ Voir notre chapitre I. Les conceptions possibles de la liberté d'expression.

¹⁹¹ Voir notre chapitre précédent consacré aux conceptions françaises de la liberté d'expression.

vocation communicative (comme par exemple crier faussement "au feu" dans un théâtre). Dans ce dernier cas, ces expressions pourront être qualifiées d'action pure et traitées comme telles. En revanche, dans le premier cas, une protection sera parfois accordée à ce type d'expression qu'on qualifie de discours symbolique¹⁹². Il est possible d'identifier au sein de la doctrine américaine trois approches distinctes afin de déterminer le ou les critères de différenciation entre l'expression et l'action, et donc le champ d'application du Premier amendement.

Une première approche repose sur le concept de *speech acts*¹⁹³, ou actes de langage. La philosophie du langage a servi de modèle à la construction de la théorie des *speech acts*, qui sont des conduites pouvant être expressives, et perçues comme des exceptions à l'application du Premier amendement. Poursuivant l'héritage des philosophes du langage que sont Wittgenstein¹⁹⁴, et à sa suite, Austin¹⁹⁵ et Searle¹⁹⁶, de nombreux auteurs américains ont formulé des propositions en vue de trouver une ligne de démarcation entre l'expression et l'action. Le professeur Greenawalt¹⁹⁷ a utilisé la théorie des actes de langage afin de tenter d'identifier un tel critère. Il existerait, selon Greenawalt, des propos qui, une fois énoncés, modifieraient le contexte social dans lequel nous vivons, des *situation-altering utterances*. Ce critère, qui se veut plus large que celui des actes performatifs¹⁹⁸ ou illocutionnaires¹⁹⁹,

¹⁹² Le terme anglais est *symbolic speech*.

¹⁹³ De nombreux auteurs ont proposé une théorie des *speech acts*, tel Greenawalt (K.), *Speech, Crime, and the Uses of Language*, New York, Oxford University Press, 1989, analysé par Haiman, (F.S.), "*Speech acts*" and the *First Amendment*, South Illinois University Press, 1993, notamment pp.10-20.

¹⁹⁴ Wittgenstein (L.), *Culture and Value*, Chicago, Chicago University Press, ed. Winch (P.), 1980, cité par Haiman (F.S.), *Speech and Law in a Free Society*, précité, p.10.

¹⁹⁵ Austin (J.L.), *How to Do Things with Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.

¹⁹⁶ Searle (J.R.), *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1969.

¹⁹⁷ Greenawalt (K.), *Speech, Crimes, and the Uses of language*, analysé par Haiman (F.S.), précité.

¹⁹⁸ La théorie des actes performatifs, ou *performative utterances* - a été développée par Austin, notamment dans son article "Performative Utterances", in *Philosophical Papers*, 3è éd., Londres, Oxford University Press, 1979, pp.233-252, ainsi que dans son ouvrage *How to Do Things with Words*, précité. Austin, à l'instar de Searle à propos des actes illocutionnaires, distingue ces utilisations du langage des locutions - qui sont des énoncés sur des faits ou des valeurs, du fait que leur seule énonciation conduit à changer la nature des choses, voir Haiman, précité, p.10. Austin donne l'exemple d'une cérémonie officielle au cours de laquelle un navire est baptisé *Reine Elisabeth*. Le simple fait de briser une bouteille de champagne sur la coque du navire au cours de cette occasion suffirait à accomplir l'acte voulu. *A contrario*, si un individu quelconque venait à dérober la bouteille de champagne afin, par le même geste, de baptiser ce navire *Généralissime Staline*, l'acte ne serait pas accompli, exemple relaté par Haiman, précité, p.14.

¹⁹⁹ Searle a identifié au sein du langage l'existence d'actes illocutionnaires qui seraient des actes de langage complets, qui accomplissent en même temps qu'ils énoncent. Toutefois, il a reconnu que certains d'entre eux nécessitent pour être accomplis une institution extra-linguistique dans laquelle se positionneraient le *speaker* et son audience. Ainsi, une excommunication, pour être effective, doit être accomplie par un homme d'Église. Voir *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, précité, et "A Taxonomy of Illocutionary Acts", in Gunderson (K.) (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975, pp.344-369, cite par Haiman (F.S.), précité, p.14-15.

permettrait d'identifier ce qui serait une conduite verbale protégée par le Premier amendement :

"[there] are ways of doing things, not asserting things [and are thus] subject to regulation on the same basis as most noncommunicative behavior [that is] outside the scope of the principle of free speech"²⁰⁰.

Ainsi, certaines conduites créeraient dans l'esprit des participants des droits ou des obligations qui n'existaient pas auparavant. Il peut s'agir par exemple du prononcé des vœux de mariage par les futurs époux. Mais, selon Greenawalt, ceci ne vaut qu'à la condition que ces conduites verbales soient énoncées par une autorité officielle. On serait ici face à des actes de langage plutôt qu'à de simples expressions²⁰¹, et de tels actes ne bénéficieraient pas de la protection du Premier amendement. La théorie des actes de langage énonce donc que dans l'ensemble, ces actes devraient être exclus de la protection offerte par le principe de la liberté d'expression.

Le professeur Haiman, critiquant cette thèse, offre une approche intermédiaire, entre une tentative de conceptualisation tirée de la philosophie du langage et une interprétation de certaines conduites basée sur l'empirisme²⁰². Il récuse l'idée selon laquelle les mots seuls auraient la capacité de changer quoi que ce soit, qu'ils seraient des actes, comme l'affirmait Wittgenstein²⁰³. Les activités verbales lieraient leurs participants grâce à leur vocation persuasive, et non parce qu'une autorité officielle l'aurait établi. Tout acte symbolique comporterait des éléments physiques, et toute expression serait par essence un acte symbolique. Dès lors, toute expression serait forcément une "expression plus" – *speech plus*, à savoir une expression comportant des éléments physiques dérivés²⁰⁴. Ce qui transformerait un comportement symbolique en un comportement non symbolique serait un simple acte de définition. Ainsi, la différence fondamentale entre les interactions symboliques et les interactions non-symboliques tiendrait dans le fait que le Premier amendement est toujours

²⁰⁰ Cité dans Haiman (F.S.), précité, p.4. "Il existe des façons de faire des choses en les exprimant qui sont soumises à réglementation de la même manière que les comportements non communicatifs, qui sont en-dehors du champ d'application du principe de la liberté d'expression".

²⁰¹ Cette approche est largement critiquée par Haiman qui considère que ce ne sont pas tant les mots proférés qui importent ici, mais plutôt la position officielle de celui qui les profère. Les ordres ne seraient qu'une autorisation pour agir, et non l'action elle-même. Voir Haiman (F.S.), précité, p.13.

²⁰² Haiman (F.S.), précité, pp.1-17.

²⁰³ Wittgenstein, dans sa seconde période, affirmait que les mots sont des actes, "words are deeds", voir *Culture and Value*, Ed. Peter Winch, Chicago, University of Chicago Press, 1980, cité par Haiman (F.S.), précité, note n°1, p.90.

²⁰⁴ Tiré par Haiman de l'article de Kalven (H.Jr.), "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", *Supreme Court Review*, 1965, p.23.

impliqué dans les premières, et parfois seulement dans les secondes²⁰⁵. C'est la raison pour laquelle les éléments physiques dérivés des comportements symboliques devraient bénéficier de la garantie de la liberté d'expression (telles les cendres provenant d'un drapeau brûlé dans un geste de protestation). De même, les comportements non symboliques contiendraient parfois des éléments symboliques dont on pourrait revendiquer la protection au nom du principe de la liberté d'expression. D'après Haiman, il reste toutefois évident que les comportements symboliques ne peuvent obtenir une telle protection de manière systématique. Comment, en effet, ne pas punir celui qui aura tué le Président au nom d'une certaine conception de la politique ? Le but symbolique poursuivi serait ici de faible ampleur face au dommage causé.

S'éloignant de la philosophie du langage et de la théorie des actes de langage qu'elle a permis de dégager, d'autres auteurs²⁰⁶ offrent une approche différente, à la fois axiologique et systémique. Ils s'attachent aux valeurs de la liberté d'expression que ces catégories d'actes intermédiaires, situés entre expression et conduite, permettent ou non de mettre en avant. Ainsi, selon Thomas Emerson²⁰⁷, aussi artificielle que soit la distinction entre expression et conduite, elle doit reposer sur un jugement consistant à estimer si la conduite revêt les qualités essentielles de l'expression ou bien celles de l'action. Pour cela, deux facteurs peuvent être pris en considération. Le premier consiste à se demander si le dommage potentiel lié à la conduite serait immédiat et instantané, de sorte qu'il serait préférable d'interdire la conduite en question. Un second facteur repose sur la question de savoir si la réglementation de cette conduite serait conciliable avec le système de la liberté d'expression. En d'autres termes, il s'agit ici de résoudre le conflit entre la liberté d'expression et d'autres valeurs et objectifs. L'auteur apporte des éléments supplémentaires à cette distinction en proposant de faire porter l'attention sur le dommage, de telle façon que ne pourront être protégées par le Premier amendement les conduites qui impliquent une interférence coercitive ou physique. Ainsi, le fait de brûler sa carte de conscription est un acte protégé par le principe de la liberté d'expression, alors que bloquer les routes par signe de protestation reste un simple acte compte tenu des désagréments causés. Le champ d'application du Premier amendement serait ainsi grandement élargi, peut-être même trop selon l'auteur. C'est la raison pour laquelle

²⁰⁵ *Ibid.*, p.5.

²⁰⁶ Il s'agit, pour les plus importants, de Thomas Emerson, "Towards a General Theory of the First Amendment", *The Yale Law Journal*, 1963, p. 877, et d'Ewin Baker, *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York, Oxford University Press, 1989.

²⁰⁷ Emerson (T.), précité, p.917.

Emerson propose de renoncer à la quête d'un critère de distinction entre l'expression et la conduite. Il suggère l'utilisation d'une démarche plus triviale, consistant simplement à protéger les conduites qui mettent en avant les valeurs clés du Premier amendement²⁰⁸.

C'est par des arguments pourtant similaires que des auteurs ont critiqué la position d'Emerson. Ainsi, Edwin Baker²⁰⁹ estime que l'expression comme l'action ne disposeraient pas de qualités essentielles qui permettent de les différencier entre elles. Les actions sont pour la plupart expressives par elles-mêmes, et les conduites verbales *font* souvent quelque chose. Ainsi, la distinction reposera sur la qualification de la conduite par l'interprète, qui choisira de s'attacher à ce qui est fait ou bien à ce qui est dit. L'auteur propose alors quatre critères afin de qualifier la conduite bénéficiant de la protection du principe de la liberté d'expression : la conduite doit être expressive et répondre à au moins une des valeurs clés du Premier amendement ; cette valeur doit être mise en avant aussi adéquatement que ne le ferait une conduite expressive ; sa protection doit être essentielle pour une réalisation satisfaisante de cette valeur ; enfin, l'identification de la conduite à protéger doit se faire en même temps que les formes de sa protection²¹⁰. Cette thèse est donc au fond un approfondissement de ce que le professeur Emerson proposait déjà.

De son côté, Frederick Schauer²¹¹ désapprouve cette approche, et propose de différencier l'étendue du principe de la liberté d'expression de sa protection. Il serait possible de découvrir quelles sont les activités couvertes par ce principe pour ensuite déterminer comment et jusqu'où elles seraient protégées²¹². Dès lors, un problème essentiel devrait être résolu, celui de savoir ce qu'on entend par "expression"²¹³. Cette découverte suppose l'adoption d'une définition fonctionnelle de cette dernière. Pour ce faire, il est nécessaire de discerner les activités qui justifient d'en appeler au principe de la liberté d'expression. Une solution serait de s'attacher aux différents méta-principes de la liberté d'expression, et de déterminer ainsi l'étendue de protection auxquels ils conduisent. Le méta-principe de la démocratie conduit

²⁰⁸ Voir l'analyse d'Emerson par Baker (E.C.), *Human Liberty and Freedom of Speech*, précité, p.73

²⁰⁹ Baker (E.C.), précité, pp.70-73.

²¹⁰ *Ibid.*, p.70.

²¹¹ Schauer (F.), *Free Speech: A Philosophical Enquiry*, précité, Chapitre 7, pp. 89-112.

²¹² L'auteur propose une distinction entre l'étendue et la protection des droits : "many discussions of right make the unfortunate mistake of masking the important distinction between the coverage of a right and the protection of a right", *ibid.*, p.89. ("De nombreuses discussions sur les droits s'égarent malheureusement en occultant l'importante distinction entre l'étendue d'un droit et sa protection").

²¹³ L'auteur s'interroge plus spécifiquement sur le terme de *speech*. Ce point est indépendant du débat américain ayant cours sur la distinction entre les notions de "freedom of speech", et celle de "freedom of expression" que nous avons déjà abordé en introduction de ce chapitre.

ainsi à valoriser l'expression politique ; celui du développement individuel permet quant à lui de valoriser des expressions plus diverses telle la pornographie. Toutefois, l'auteur estime que cette démarche est insuffisante car elle revient à regarder ce qui est protégé, et non les raisons de cette protection²¹⁴. Or, l'étendue de la protection est déterminée par ces raisons mais n'est pas identique à elles²¹⁵. L'activité communicative en elle-même est une particularité de la liberté d'expression, quelle que soit la justification avancée. Il resterait donc, pour Schauer, à découvrir ce qu'on entend par "activité communicative" dans le sens du Premier amendement.

Enfin, c'est une approche différente, téléologico-évaluative, qui est proposée par Stanley Fish²¹⁶. D'après cet auteur, l'expression n'est jamais une valeur en soi, mais toujours le produit d'une certaine conception du bien. Dépendamment de cette conception, il sera possible d'exclure du champ d'application du Premier amendement certaines expressions considérées comme intolérables. En pratique, lorsque les tribunaux protègent une expression en invalidant une réglementation la restreignant, ce n'est pas parce que cette expression serait sans conséquence, mais parce que ses conséquences ont été évaluées en fonction du *bien* qui a été jugé supérieur à sa restriction²¹⁷.

La distinction entre expression et action est, nous l'avons dit, essentielle à la découverte de l'étendue de l'application du Premier amendement. Elle a également conduit des auteurs à se tourner cette fois vers une question sémantique, celle de la dénomination précise à donner au principe d'une expression libre et qui ne peut se comprendre que par l'utilisation de la langue anglaise²¹⁸. Il s'agit de la distinction entre les termes d'*expression* et de *speech*, à savoir entre expression et parole. Poussant un peu plus en avant l'analyse de la distinction entre expression et action, deux auteurs américains ont eu l'intuition selon laquelle la compréhension de la

²¹⁴ De plus, chaque méta-principe offre une protection plus ou moins grande aux expressions. Ainsi, le méta-principe de démocratie conduit souvent à restreindre l'étendue de la protection aux expressions de nature politique, alors que celui de la vérité admettra la protection d'un plus grand nombre de d'expressions. *Ibid.* pp.104 et s.

²¹⁵ Schauer (F.), précité, p.94.

²¹⁶ Fish (S.), *There's No such Thing As Free Speech, and It's a Good Thing Too*, New York, Oxford University Press, 1994, notamment pp.102-109.

²¹⁷ *Ibid.*

²¹⁸ La liberté d'expression se traduit par le terme *freedom of expression*, et la liberté de parole par le terme *freedom of speech*. Durant cette étude, lorsque nous nous référerons à la *liberté d'expression* aux États-Unis, nous entendrons plus spécifiquement le terme de *freedom of speech* qui représente le plus fidèlement la théorie américaine sur ce point.

signification du Premier amendement américain passait également par l'appellation à donner au principe de la liberté d'expression.

Emerson²¹⁹, qui fut le premier auteur américain à offrir une théorie du Premier amendement, préférait le terme de *freedom of expression* à celui de *freedom of speech*, pourtant employé dans l'énoncé du Premier amendement. L'auteur ne fournit aucune justification à ce choix sémantique, et on doit à Schauer une analyse étoffée de la distinction à opérer entre ces deux notions. Il part du constat qu'aucune rigueur ne préside dans le choix entre les termes de *freedom of expression* et de *freedom of speech*, et qu'ils sont employés par les auteurs comme s'ils étaient synonymes, ce qui selon lui serait erroné. L'explication qu'il offre à cette confusion provient de la double signification du terme "expression", qui peut être entendu à la fois comme une "communication" et comme le simple fait de s'exprimer, c'est-à-dire la manifestation externe de sentiments personnels. Cette confusion serait selon lui renforcée par l'idée que toute communication induit de toute façon une forme d'expression personnelle, comme ce serait d'ailleurs le cas de toute conduite volontaire. De plus, définir l'expression comme une forme d'expression personnelle ne serait pas non plus satisfaisant car toute activité en est une. Donner au Premier amendement la signification de *freedom of expression* conduit à offrir une protection à un grand nombre d'actes non verbaux qui devraient se trouver en-dehors de sa protection. Il préfère donc la notion de *freedom of speech*, qui rendrait mieux compte de l'étendue de la protection du Premier amendement.

Comme nous allons le voir à présent, les tribunaux américains, et surtout la Cour suprême, ont eu à s'intéresser à cette distinction entre expression et conduite, offrant de la sorte un nouvel apport à cette théorisation.

2. La distinction entre expression et conduite selon la Cour suprême

La question de la distinction entre l'expression et la conduite s'est posée pour la première fois devant la Cour suprême par le biais du contrôle de conformité au Premier amendement d'une interdiction de piquets de grève²²⁰. La Cour devait déterminer si certaines conduites (tels les piquets de grève, et par la suite les manifestations sur la voie publique ou encore la

²¹⁹ Emerson (T.I.), *The System of Freedom of Expression*, Vintage Books Edition, 1971, notamment pp.3-20.

²²⁰ *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940).

distribution de tracts) pouvaient être qualifiées d'expressives et bénéficier ainsi de la protection particulière découlant du principe de la liberté d'expression. Dans un premier temps elle a reconnu la constitutionnalité de telles pratiques. Cependant, la Cour a admis par la suite que les autorités publiques locales pouvaient désormais les interdire²²¹. Ce revirement de jurisprudence a été justifié par la qualification de ces pratiques de *speech plus* – "expression plus". Elles seraient définies comme expressions, mais elles auraient la particularité de comporter des éléments physiques dérivés. Ce faisant, la Cour a admis que les autorités publiques locales réglementent le "plus" de ces pratiques expressives²²², comme par exemple l'éparpillement de tracts sur la voie publique pendant une manifestation pour des raisons de propreté.

Pourtant, même si les autorités peuvent les réglementer, voire les interdire, la Cour suprême estime que ces pratiques sont protégées par le Premier amendement. Ainsi, les autorités ne peuvent pas, sous couvert de réglementation de ces conduites, tenter de supprimer l'opinion qui s'y exprimerait. Une telle réglementation devrait se limiter aux aspects non communicatifs de la conduite. La question est plus complexe à résoudre lorsque la réglementation ne s'adresse pas directement à l'activité expressive, mais lorsque son application conduit à la restreindre. C'est le cas lorsqu'un acte municipal interdit la distribution de tracts au titre du respect de la propreté des lieux publics. La Cour a été amenée à élaborer des critères que les autorités publiques doivent remplir afin que de telles réglementations soient constitutionnelles. L'ensemble de ces critères est connu sous le nom du test d'*O' Brien* :

"[A] government regulation is sufficiently justified if it is within the constitutional power of Government; if it furthers an important or substantial governmental interest; if the governmental interest is unrelated to the suppression of free expression; and if the incidental restriction on alleged First Amendment freedom is no greater than is essential to the furtherance of that government interest"²²³.

Si la formulation de ces critères a pratiquement fait l'unanimité au sein de la Cour suprême, les avis ont été partagés lorsque les juges ont dû se prononcer sur la constitutionnalité de la

²²¹ *Teamsters Local 695 v. Vogt*, 354 U.S. 284 (1957).

²²² La décision de principe en la matière est désormais *Cox v. Louisiana*, 379 U.S. 559 (1965), où la Cour a estimé qu'une manifestation était du *speech plus*, caractérisé comme un type d'expression bénéficiant d'une moindre protection que celle accordée à l'expression pure. Dans cette même décision, le juge Black a pris une position plus radicale, estimant que la manifestation était une simple conduite, donc non protégée par le Premier amendement. Selon lui, si on ne veut pas protéger une action, il suffit de la qualifier de "non-expression".

²²³ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968). "Une réglementation est suffisamment justifiée si elle découle des pouvoirs constitutionnels du Gouvernement, si elle promeut un intérêt gouvernemental important ou substantiel, si cet intérêt ne vise pas à censurer une expression protégée et si la restriction éventuelle d'un droit au Premier amendement n'est pas supérieure à ce qui est nécessaire pour promouvoir cet intérêt".

profanation du drapeau américain ou de sa destruction par le feu. Dans une série d'affaires, la Cour a invalidé l'interdiction de ces pratiques sans se référer au test d'*O'Brien* qu'elle avait pourtant posé auparavant. L'application de ce test a ainsi été restreinte aux réglementations limitant l'expression symbolique, mais de manière neutre, c'est-à-dire sans porter sur le contenu véhiculé. Dans les affaires du drapeau, les réglementations ont été considérées comme s'attachant directement à restreindre l'expression de l'opinion elle-même. Dans sa décision *Street v. New York*²²⁴ rendue en 1969, la Cour, à une courte majorité, a décidé que le fait de brûler un drapeau tout en proférant des mots de mépris à son encontre ne pouvait être punissable, le Premier amendement protégeant une telle conduite. Les quatre juges dissidents dans cette affaire ont, quant à eux, estimé que le principe de la liberté d'expression n'empêchait pas de punir une telle profanation même si elle avait été effectuée dans un but expressif. Dans une autre affaire célèbre, *Spence v. Washington*²²⁵, la Cour a invalidé une nouvelle condamnation pour profanation de drapeau tout en reconnaissant l'intérêt de préserver le drapeau américain en tant que symbole national. Mais ce critère de la valeur symbolique du drapeau en tant que limite de la liberté d'expression a été abandonné quelques années plus tard lors de la décision *Texas v. Johnson*²²⁶. Cette décision a été l'occasion pour la Cour d'élaborer un nouveau critère afin d'invalider les réglementations interdisant la profanation du drapeau en affirmant qu'elles conduisaient à interdire la liberté d'expression, qu'elles étaient donc dirigées contre le contenu même de l'expression. Ce critère fut réaffirmé lors de la décision *United States v. Eichman*²²⁷ où a été déclarée inconstitutionnelle la première loi fédérale relative à la protection du drapeau. Depuis, il a été proposé à plusieurs reprises de faire voter par le Congrès un amendement à la Constitution visant à interdire la profanation et la destruction du drapeau américain²²⁸. Toutefois, les parlementaires se sont trouvés aussi divisés que les juges de la Cour suprême, et il n'a manqué à chaque fois que peu de voix pour que l'amendement soit adopté.

Le cas des danses érotiques nues pratiquées dans des établissements pour adultes a été un autre domaine dans lequel les juges ont dû se poser la question du sort à accorder à une conduite expressive. Depuis 1972, la Cour suprême a accepté de qualifier d'expression

²²⁴ *Street v. New York*, 394 U.S. 576 (1969).

²²⁵ *Spence v. Washington*, 418 U.S. 405 (1974).

²²⁶ *Texas v. Johnson*, 491 U.S. 397 (1989).

²²⁷ *United States v. Eichman*, 496 U.S. 310 (1990).

²²⁸ A.C.L.U., "ACLU Calls Flag Desecration Amendment Assault on Free Speech; Says Measure Fails Very Principles Flag Embodies", 25 mai 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.aclu.org/freespeech/flag/11269prs20050525.html>.

symbolique la danse nue ainsi pratiquée²²⁹. Puis, dans sa décision *Barnes*²³⁰ datant de 1991, elle a décidé que ce type d'expression se situait en marge du Premier amendement et admis que les États puissent le réglementer. Le niveau de contrôle exercé par les juges dépend du but de la réglementation, selon qu'elle est dirigée ou non contre l'expression.

Dans sa décision *Barnes*, la Cour a dû juger de la constitutionnalité d'une loi qui interdisait les danses pratiquée intégralement nu. Elle n'a pas estimé que la loi était dirigée contre l'expression, ce qui a lui permis d'employer le test d'*O'Brien*. À l'issue de son contrôle, la loi a été justifiée au nom du nécessaire maintien de l'ordre et de la moralité publics. Mais tous les juges n'ont pas partagé cette position. Le juge White a développé un argument dissident selon lequel la loi avait nécessairement pour but d'interdire le message érotique contenu dans la danse. La majorité n'a pas retenu son argument, et la pratique de la danse nue dans des établissements pour adultes est désormais considérée une expression symbolique protégée par le Premier amendement, bien qu'à un faible niveau.

C'est donc l'intention, explicite ou implicite, des pouvoirs publics dans leur réglementation qui justifiera le niveau de contrôle exercé par les juges. Si l'interdiction d'une expression, symbolique ou non, n'est qu'incidente à la réglementation, le contrôle sera souple et pratiqué par l'intermédiaire du test d'*O'Brien*. En revanche, si le but est bien d'interdire une expression, alors un contrôle strict de la réglementation sera pratiqué selon l'application de la décision *Texas v. Johnson*. Il reste toutefois patent que la question de la qualification des expressions symboliques divise toujours la Cour suprême. L'absence d'homogénéité dans les opinions émises par les différents juges dévoile l'existence de conceptions divergentes de la liberté d'expression parmi eux. Par ailleurs, le cas de la danse nue évoqué ici conduit à envisager à présent la méthodologie développée par la Cour afin de décider du niveau de protection des expressions, et de déterminer les critères de validité d'une réglementation lorsqu'elle touche à l'expression.

²²⁹ *California v. Larue*, 490 U.S. 109 (1972), suivie de la décision *Schad v. Borough of Mount Ephraim*, 452 U.S. 61 (1981).

²³⁰ *Barnes v. Glen Theatre Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

C. Les méthodes de protection de l'expression posées par la Cour suprême

Entre les années 1940 et 1960, la Cour suprême a établi différentes méthodes de protection des expressions. L'enjeu était ici de résoudre le conflit qui se pose inévitablement entre la propagation d'une idée et le préjudice - éventuel ou avéré - qui peut en découler (1.). La méthode choisie par la Cour aura nécessairement des conséquences quant aux types de réglementations possibles de l'expression par les pouvoirs publics. Chaque méthode induira des contraintes spécifiques aux réglementations (2.).

1. Les méthodes de résolution des conflits entre l'expression et les autres valeurs sociales

Dire que l'expression est libre ne signifie pas que toutes les expressions soient traitées de manière égale. La Cour suprême a mis en place trois méthodes particulières de résolution des conflits entre l'expression et les autres valeurs sociales. Ces méthodes peuvent être présentées de manière chronologique.

Dans les années 1940, les tribunaux américains ont pris pour habitude de hiérarchiser les expressions selon deux niveaux de protection différents. Le cœur du Premier amendement serait constitué d'expressions dites de haute valeur sociale, ou *high value speeches*. Il en serait ainsi du discours politique, portant sur des matières d'intérêt public. Au second niveau se trouveraient les expressions de faible valeur sociale – ou *low value speeches*, qui sont en fait pour la plupart des expressions sans lien avec la politique au sens large. Ces expressions ne font pas forcément l'objet d'une protection par le biais du Premier amendement. On retrouve dans cette catégorie aussi bien le discours commercial que l'obscénité, l'indécence ou encore la diffamation envers des personnes privées. Cette catégorisation conduit à offrir un niveau de protection plus ou moins élevé des expressions, mais ne les immunise toutefois pas contre une éventuelle limitation ou interdiction. Seules les expressions considérées comme de haute valeur sociale resteront plus difficiles à restreindre.

Cette hiérarchisation a été mise en place par la Cour suprême lors de sa fameuse décision *Chaplinsky v. New Hampshire*²³¹ rendue en 1942 :

"There are certain well-defined and narrowly limited classes of speech, the prevention and punishment of which has never been thought to raise any Constitutional problem. These include the lewd and obscene, the profane, the libelous, and the insulting or 'fighting' words-those which by their very utterance inflict injury or tend to incite an immediate breach of the peace. It has been well observed that such utterances are no essential part of any exposition of ideas, and are of such slight social value as a step to truth that any benefit that may be derived from them is clearly outweighed by the social interest in order and morality. Resort to epithets or personal abuse is not in any proper sense communication of information or opinion safeguarded by the Constitution, and its punishment as a criminal act would raise no question under that instrument"²³².

Malheureusement, la Cour n'a jamais clairement indiqué comment identifier une expression de haute valeur sociale. Les seules justifications fournies jusqu'à présent ont été de nature téléologico-évaluatives : une expression sera considérée de haute valeur sociale si elle participe soit au libre-échange des idées ou à la quête de la vérité²³³, soit au processus démocratique²³⁴, ce qui n'offre finalement que peu de garantie quant au sort d'une expression.

Ce manque de précision dans la détermination de la catégorie des expressions de haute valeur sociale se retrouve également dans celle des expressions de faible valeur sociale. Il en est ainsi par exemple de l'expression sexuelle qui pourra être qualifiée d'obscène, et à ce titre, considérée comme se situant en dehors du champ de protection du principe de la libre expression. Mais qu'en est-il lorsqu'un tel type d'expression se retrouve dans l'art ou la littérature ? Jusqu'en 1973 et la décision *Miller v. California*²³⁵ rendue par la Cour suprême, les critères de définition de l'obscénité ont souvent évolué²³⁶. La question qui se posait était de

²³¹ *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942). "Il existe des catégories d'expressions bien définies et étroitement construites, dont la prévention et la sanction n'ont jamais posé de problèmes constitutionnels. Elles comprennent la lubricité et l'obscénité, la profanation, la diffamation, et les insultes ou mots provocateurs qui, par leur expression même causent des dommages ou incitent à une rupture de la paix. Il a été justement remarqué que ces énoncés ne constituent pas une part essentielle de l'exposé des idées, et que leur valeur sociale est si faible dans la quête de la vérité que leur bénéfice est clairement inférieur à l'intérêt social dans l'ordre et la moralité. Le recours aux épithètes ou l'abus personnel ne constituent pas à proprement parler la communication d'une information ou d'une opinion garantie par la Constitution, et leur qualification d'actes criminels ne soulève aucun problème".

²³² *Ibid.*

²³³ *Ibid.*

²³⁴ *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 264 (1964).

²³⁵ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973).

²³⁶ Le premier critère suivi par les tribunaux américains était celui posé par une décision britannique, *Regina v. Hicklin*, rendue en 1868. Il consistait à censurer une œuvre sur le fondement de son obscénité dès lors qu'elle était représentée, même de manière isolée, et qu'elle était susceptible de provoquer des effets sur des personnes particulièrement sensibles. Ce critère fut remplacé en 1957 par la référence à l'effet probable sur une personne raisonnable, voir *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957). La référence aux critères de la communauté, à

savoir si on pouvait trouver dans la manifestation artistique de l'érotisme un quelconque intérêt social qui justifierait sa protection par le Premier amendement. La réponse a toujours été négative, mais la question a fait naître une controverse dans la mesure où une protection était réclamée à l'égard de contenus pornographiques considérés comme non obscènes.

Un compromis, et partant, une définition de l'obscénité, ont été trouvés lors de la décision *Miller*. Cette définition repose sur trois critères cumulatifs : afin de qualifier une œuvre d'obscène, il faut tout d'abord qu'une personne moyenne, selon les critères contemporains de sa communauté, y trouve un intérêt lubrique dans son ensemble ; que le travail décrive, d'une manière clairement choquante, une conduite sexuelle définie spécifiquement par un texte ; et que l'œuvre, dans son ensemble, manque sérieusement de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique²³⁷. Ce test mis en place par la Cour s'est avéré en pratique très protecteur des expressions explicitement sexuelles, notamment par le biais de la démonstration de l'existence d'une valeur sérieuse²³⁸. Selon Cass Sunstein²³⁹, il permettrait de distinguer clairement les contenus ayant une vocation purement masturbatoires d'autres types d'expressions. L'obscénité est donc une expression charnière, illustrant clairement les deux niveaux de hiérarchisation des expressions par la Cour : l'existence avérée d'une valeur sociale en fait une expression de haute valeur, alors que l'absence d'une telle démonstration conduit à la considérer comme une expression de faible valeur²⁴⁰.

Le manque de précision de la part des juges quant aux critères de classification d'une expression dans une catégorie plutôt qu'une autre fait l'objet de vives critiques. Il est souvent avancé qu'une catégorisation des expressions est sujette à de nombreux abus. En effet, comment laisser à des juges le soin de déterminer le niveau de protection adéquate à accorder à une expression ?

savoir la sensibilité d'une collectivité donnée face à une telle expression, émergeât peu à peu, pour servir enfin de référence dans la décision *Miller* qui fait toujours jurisprudence. Pour l'évolution jurisprudentielle, voir les décisions de la Cour suprême *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968), *Ginzburg v. United States*, 383 U.S. 463 (1966) et *Stanley v. Georgia*, 394 U.S. 557 (1969).

²³⁷ Le test est ainsi formulé dans la décision : la question qui se pose est de savoir "(a) whether "the average person, applying contemporary community standards" would find that the work, taken as a whole, appeals to the prurient interest [...]; (b) whether the work depicts or describes, in a patently offensive way, sexual conduct specifically defined by the applicable state law; and (c) whether the work, taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value", *Miller*, précité.

²³⁸ Sunstein (C.), *Democracy and the Problem of Free Speech*, précité, pp. 210-226.

²³⁹ *Ibid.*

²⁴⁰ *Ibid.*, p. 10-11.

Peu après la mise en place du test de Miller, la Cour suprême a développé une seconde méthode, dite de la proportionnalité²⁴¹. Il consiste à peser dans chaque cas la valeur de l'expression par rapport au dommage qu'elle pourrait causer. Cette démarche permet aux juges, après avoir mesuré les différents intérêts en présence, de reconnaître la constitutionnalité d'une réglementation qui limiterait, voire interdirait une expression. Mais cette méthode souffre de critiques similaires à la précédente. En effet, son utilisation a conduit les juges à exclure de la protection du Premier amendement certaines expressions tels la provocation à des crimes ou délits, le discours commercial, le discours haineux, l'obscénité et la diffamation²⁴². Ici encore, les juges n'ont jamais offert de critères permettant d'identifier avec une certitude suffisante l'intérêt qui mérite le plus d'être protégé.

Mais en même temps que certains juges adoptaient la méthode de la proportionnalité, d'autres prônaient l'absolutisme²⁴³. La thèse absolutiste revient à postuler que rien ne peut justifier une limitation de la liberté d'expression, qu'elle doit être absolue. Elle est fondée sur quatre arguments principaux²⁴⁴. Le premier argument se base sur deux postulats : les termes employés dans le Premier amendement seraient sans ambiguïté et dicteraient que l'expression ne soit pas limitée ; cette interprétation des termes du Premier amendement serait nécessaire car les pouvoirs publics sont intrinsèquement les ennemis de la liberté d'expression. De là découle le second argument qui est celui de l'obligation de neutralité de la part des pouvoirs publics lorsqu'ils réglementent l'expression. Le troisième argument est axiologique. Il revient à affirmer que le principe de la liberté d'expression ne saurait protéger les seules expressions politiques, car il serait oiseux de prétendre discerner le politique du non politique. Enfin, il est avancé qu'admettre la réglementation de l'expression serait ouvrir une boîte de Pandore²⁴⁵ qui conduirait à permettre toujours plus d'interdictions, ce qui serait bien entendu nuisible, voire fatal, au système de la liberté d'expression.

²⁴¹ Ou *balacing* en anglais. Cette méthode a été développée au cours de fameuses décisions rendues par la Cour suprême, telles *Dennis v. United States*, 341 U.S. 494 (1951), *Bridges v. California*, 314 U.S. 252 (1951), ou encore *Beauharnais v. Illinois*, 314 U.S. 250 (1952). Voir également Sunstein (C.), *Democracy and the Problem of Free Speech*, précité, pp. 7-8.

²⁴² *Ibid.*, p. 7.

²⁴³ Cette position ressort notamment des opinions des juges Black et Douglas rédigées à propos des décisions *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964), *New York Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713 (1971) et *Miller v. California*, précitée, rendues par la Cour suprême.

²⁴⁴ Sunstein (C.), précité, pp 5-8. Toutefois, Sunstein, dans son analyse de la thèse absolutiste, distingue cinq arguments, le cinquième consistant simplement à dénoncer l'inconsistance de la méthode du "balancement" en ce qu'elle permet aux juges de se prononcer sur la valeur d'une expression. La porte serait ainsi ouverte à la discrimination.

²⁴⁵ Il s'agit ici de l'argument de la *slippery slope*, ou pente glissante.

L'ensemble de ces arguments soutenant la thèse absolutiste a été pris très au sérieux durant de nombreuses années aux États-Unis. Ils auraient d'ailleurs permis la protection de multiples expressions tels le discours commercial, la plupart des expressions explicitement sexuelles, la diffamation, ou encore le fait de brûler un drapeau²⁴⁶. Ce succès explique peut-être l'idée généralement répandue en Europe selon laquelle le système américain de la liberté d'expression se fonderait sur une conception libertaire du Premier amendement. Une telle idée est bien entendu réductrice. Cependant, la méfiance supposée envers les gouvernants pourrait expliquer le système de contraintes mis en place par la Cour suprême à l'égard des réglementations touchant à l'expression.

2. Les contraintes posées à la réglementation de l'expression

Aux États-Unis, le principe de la liberté d'expression a été consacré dans le but de permettre aux citoyens de critiquer les gouvernants et de s'exprimer sur les affaires publiques²⁴⁷. Il s'agit donc d'une liberté négative construite en réaction aux censures étatiques de l'expression²⁴⁸. La méfiance envers les gouvernants aux États-Unis est basée sur l'idée qu'ils ne seraient pas capables de faire les distinctions nécessaires en matière de liberté d'expression et qu'ils ne pourraient donc réglementer l'expression aussi efficacement que les autres conduites humaines. La méthode de contrôle des réglementations adoptée par les tribunaux consiste à regarder aussi bien les effets d'une réglementation que les raisons de son adoption.

Les tribunaux américains exercent un contrôle spécifique des réglementations lorsqu'elles touchent à l'expression. Celles-ci doivent par principe être neutres ou *content-neutral*, c'est-à-dire que leurs auteurs devront démontrer qu'ils ne cherchaient ni à supprimer un point de vue, ni à en imposer un. La réglementation sera considérée comme neutre sur le contenu lorsqu'elle ne touche au mieux qu'incidemment le contenu de l'expression. Ainsi en est-il des réglementations interdisant toute distribution de prospectus dans un aéroport au motif, par exemple, du maintien de la propreté des lieux. De cette manière, tous les prospectus seront bannis, qu'ils soient simplement publicitaires ou qu'ils soient porteurs de prosélytisme

²⁴⁶ Sunstein (C.R.), précité, p. 8.

²⁴⁷ Comme nous l'avons vu au premier chapitre de cette partie, le principe de la liberté d'expression peut être justifié selon différents fondements, dont celui du méta-principe de la démocratie. Il est d'ailleurs généralement admis que la valeur de la démocratie a guidé la construction de l'État américain, voir notamment Sunstein (C.R.), précité, pp. XI-XX.

²⁴⁸ Rosenfeld (M.), "La filosofia della libertà d'espressione in America", précité pp. 17-19.

politique ou religieux. Le contenu des messages portés par les prospectus sera considéré comme indifférent. Dans la plupart des cas, les tribunaux confirmeront la constitutionnalité de telles réglementations au regard du Premier amendement.

Mais il est possible qu'une réglementation vise spécifiquement le contenu d'une expression. Cette réglementation souffrira alors d'une présomption d'inconstitutionnalité²⁴⁹, obligeant son auteur à en démontrer le bien-fondé. Cette présomption concerne deux catégories de réglementations, dont la qualification sera établie par les juges : les réglementations basées sur le contenu de l'expression – *ou content-based*, et celle basées sur le point de vue porté par le message – *ou viewpoint based*. Le premier cas concerne une réglementation qui interdirait une certaine forme d'expression dans un lieu déterminé. La prohibition des spectacles de danse nue dans certaines zones urbaines en est l'illustration. En revanche, dans le second cas, la réglementation vise à interdire l'expression d'un point de vue particulier. Ce sera le cas lorsque les pouvoirs publics interdisent de critiquer une guerre ou de discriminer verbalement une catégorie de la population. Finalement, une réglementation du second type n'est en fait qu'une variante d'une réglementation du premier type. La seule différence qui existe entre une réglementation considérée comme basée sur le contenu et une réglementation basée sur le point de vue est que dans le premier cas, on ne s'intéresse pas au point de vue exprimé.

Le sort de la réglementation dépendra ainsi de son rapport avec l'expression qui en est l'objet. Les réglementations neutres sur le contenu seront généralement validées par les juges, à condition que celui qui souhaite s'exprimer dispose d'autres moyens pour disséminer sa pensée. Une interdiction de distribution de prospectus dans un aéroport sera probablement déclarée constitutionnelle dans la mesure où il est toujours possible de les distribuer dans d'autres lieux, sur la voie publique par exemple. L'existence de moyens alternatifs à la communication sera donc essentielle pour les juges. Cette détermination se fera grâce au contrôle de proportionnalité qu'opéreront les juges entre les effets de l'expression et la nature de l'intérêt défendu par les pouvoirs publics.

²⁴⁹ Ceci ressort d'une décision de la Cour suprême américaine, *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972), confirmé par la décision *R.A.V. v. St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). Toutefois, à la lecture de l'opinion délivrée par le juge Marshall pour la majorité de la Cour, il semble que les juges souhaitaient que cette interdiction des réglementations basées sur le contenu fût absolue. Or, selon la démonstration faite à propos de cette décision par le professeur Sadurski, une telle interdiction de ces réglementations est fallacieuse et ne devrait pas être interprétée littéralement. Cette interdiction doit donc être entendue comme simplement présomptive, Sadurski (W.), "Does the Subject Matter? Viewpoint-Neutrality and Freedom of Speech", *Cardozo Arts & Entertainment Law Journal*, vol. 15, n°2, 1997, pp. 315-369, et notamment pp. 316-318.

Lorsque la réglementation est dirigée directement contre le contenu – mais non contre le point de vue exprimé, elle fait l'objet d'une présomption simple d'inconstitutionnalité. De cette manière, dans le cas des interdictions des spectacles de danse nue dans certaines zones urbaines, les pouvoirs publics devront simplement démontrer que la réglementation concerne une expression de faible valeur sociale, ou bien qu'elle est fondée sur un intérêt suffisamment neutre et général. Ils devront aussi prouver que cette réglementation ne vise en aucun cas à censurer un point de vue. Les juges utiliseront la méthode de la proportionnalité, et opéreront un contrôle strict de constitutionnalité. Ce contrôle sera d'autant plus poussé que l'expression en cause est considérée comme comportant une haute valeur sociale.

Enfin, les réglementations dirigées contre un point de vue souffrent d'une présomption quasi irréfragable d'inconstitutionnalité. Cette présomption ne pourra être renversée que dans des circonstances étroites et précises. Pour ce faire, les pouvoirs publics devront prouver quatre éléments : la légitimité de leur motivation, le peu de valeur sociale de l'expression en cause, l'absence d'impact sur le système de liberté d'expression, et enfin, la potentialité de la survenance d'un préjudice²⁵⁰.

Ces nombreuses méthodes mises en place par les tribunaux américains afin de déterminer si une expression mérite la protection du Premier amendement, et les contraintes pesant sur les pouvoirs publics, nous offrent les contours du système de la liberté d'expression aux États-Unis. Toutefois, nous remarquons que si les limites de la liberté d'expression sont mises en avant par la méthodologie du Premier amendement, cette dernière ne nous offre que peu d'indications quant aux valeurs qui soutiennent le principe de la liberté d'expression. Aucune d'entre elles ne semble prédominer. À présent, intéressons-nous à la détermination des fondements ainsi que des limites de ce principe en fonction du support de la communication utilisé.

²⁵⁰ Voir Sunstein (C.R.), précité, pp. 167-180.

§2. La variabilité de la protection de la liberté d'expression selon le support de la communication

À l'instar du droit français, le droit américain admet une variabilité dans la protection de la liberté d'expression selon la méthode utilisée pour communiquer. La Cour suprême a ainsi construit la théorie du forum public, qui a eu pour vocation de poser les jalons les critères de validité des réglementations de l'accès aux lieux publics et privés à des fins expressives (sous-paragraphe 1). En parallèle, elle a créé des modèles de la réglementation de l'expression en fonction du support technique de la communication (sous-paragraphe 2)

Sous-paragraphe 1. La théorie du forum public²⁵¹

Le droit français s'intéresse à la notion de lieu public – qui permet l'engagement éventuel de la responsabilité de celui qui s'y exprime sur le fondement du droit de la presse. Ce concept a également fait l'objet de développements jurisprudentiels en droit américain qui sont à l'origine de la création d'une théorie relative au degré acceptable des réglementations de l'accès aux espaces publics.

La jurisprudence américaine a créé la théorie du *Public Forum*, ou forum public. Cette théorie a essentiellement pour objet de déterminer les lieux dans lesquels quiconque peut avoir accès dans le but de pratiquer une activité communicative. Il s'agit essentiellement d'un problème d'accès aux lieux publics ou à la propriété privée. Mais le contrôle des juges va plus loin, et porte aussi sur la réglementation de l'expression par les autorités publiques.

L'affaire opposant Davis à l'État du Massachusetts en 1897²⁵² est la première relative aux forums publics. Elle concerne la question de la réglementation des lieux publics. C'est à cette occasion que le juge White a établi que : "l'interdiction absolue ou conditionnelle de s'exprimer dans une grande voie de communication ou dans un parc public prononcée par le législateur n'est pas plus une violation des droits d'un membre du public que si c'était le fait

²⁵¹ Nous conserverons ici la terminologie américaine traduite littéralement en français. La majorité des cas cités ici le sont également dans Shiffrin (S. H.) et Choper (J. H.), *The First Amendment*, 2nd Edition, St Paul, Minnesota, 1996, pp. 387-425.

²⁵² *Davis v. Com. of Massachusetts*, 167 U.S. 43 (1897).

d'un propriétaire dans sa propre maison"²⁵³. Les pouvoirs publics avaient ainsi la possibilité de restreindre ou même d'interdire l'activité communicative dans tout lieu public. Les autorités publiques pouvaient dès lors se comporter comme les propriétaires privés de ces lieux. Il a fallu attendre 1939 et la décision *Hague v. CIO*²⁵⁴ pour que la Cour suprême retienne la vocation immémoriale des lieux publics comme lieux d'expression et l'existence d'un privilège relatif des citoyens dans leur utilisation. Le juge Roberts énonce ainsi un principe qui est devenu central dans la théorie du forum public :

"Wherever the title of streets and parks may rest, they have immemorially been held in trust for the use of the public and, time out of mind, have been used for purposes of assembly, communicating thoughts between citizens, and discussing public questions. Such use of the streets and places has, from ancient times, been part of the privileges, immunities, rights and liberties of citizens"²⁵⁵.

Ce droit de communiquer dans les espaces publics n'est cependant que relatif dans la mesure où il ne doit pas gêner le confort et la commodité des lieux, ni entraver la paix et l'ordre public²⁵⁶. Il en résulte que si l'accès ne peut en être interdit, les conduites peuvent être réglementées. Une municipalité peut ainsi interdire tout comportement conduisant à gêner l'usage des lieux publics dans la mesure où l'interdiction n'entraverait pas la liberté d'expression²⁵⁷. Le maintien de l'ordre public peut même justifier l'obligation de l'obtention à titre onéreux d'une autorisation préalablement à l'utilisation de la voie publique à des fins de communication²⁵⁸. Ce genre de réglementation, qualifié de neutre sur le contenu, est accepté à condition qu'il soit raisonnable et dans la mesure où il vise à éviter les nuisances publiques pouvant survenir par les activités communicatives, comme les déchets provoqués par la distribution de tracts. Les tribunaux ont, dans des décisions ultérieures, expliqué ce qu'il faut entendre par réglementation raisonnable²⁵⁹. Il s'agit de restrictions qui ne se réfèrent pas au contenu du discours réglementé, qui répondent à un intérêt public significatif, et qui laissent

²⁵³ *Ibid.*, p. 47. "For the legislature absolutely or conditionally to forbid public speaking in a highway or public park is no more an infringement of rights of a member of the public than for the owner of a private house to forbid it in the house".

²⁵⁴ *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939).

²⁵⁵ *Ibid.* "Les rues et places ont été de manière immémoriale laissées à la confiance du public et, depuis toujours, elles ont été utilisées dans les buts de réunion, de communication entre les citoyens et de discussion sur les affaires publiques. Un tel usage des rues et des places publiques a, depuis des temps anciens, fait partie des privilèges, des droits, et des libertés des citoyens".

²⁵⁶ Voir dans le même sens, *Grayned v. City of Rockford*, 408 U.S. 104 (1972) où il a été jugé que la forme de l'expression doit être compatible avec l'activité normale des lieux.

²⁵⁷ *Schneider v. New Jersey*, 308 U.S. 147 (1939).

²⁵⁸ La Cour suprême l'a accepté dans *Cox v. New Hampshire*, 312 U.S. 569 (1941).

²⁵⁹ Voir *Heffron v. International Soc. for Krishna Consciousness*, 452 U.S. 640 (1981) et *Ward v. Rock Against Racism*, 491 U.S. 781 (1989).

amplement ouvertes d'autres alternatives à la communication²⁶⁰. Les réglementations ne peuvent pas non plus être basées sur le point de vue. L'accès au forum public doit donc être égal pour tous²⁶¹.

Toutefois, la Cour suprême a peu à peu affiné sa jurisprudence, en réduisant par là même l'application de la théorie du forum public. À présent, elle opère une distinction entre le forum public traditionnel et le forum public limité. Ce dernier est une propriété publique créée par les autorités publiques. Pour être considérée comme un forum public, elle doit être expressément dédiée à l'activité expressive. Lorsque les autorités publiques se comportent en propriétaires, et non comme un organe régulateur, elles n'ont pas pour obligation de permettre toutes les formes d'expression sur leur propriété²⁶². Si elles décident d'y réglementer l'expression, le contrôle par les juges sera plus souple que pour le forum public traditionnel. Ils vérifieront simplement que la réglementation est raisonnable et qu'il ne s'agissait pas de supprimer un point de vue. Le contrôle de la réglementation portera aussi sur l'intérêt des autorités publiques dans la réglementation. Celui-ci s'apprécie selon les attributs spéciaux du forum en cause et les circonstances environnantes. Les autorités publiques doivent donc démontrer en quoi certaines expressions sont incompatibles avec la destination du forum²⁶³. L'égalité d'accès n'est pas garantie dans ce type de forum public.

Par ailleurs, si un espace donné ne peut être qualifié de forum public traditionnel, ou si les autorités publiques ne l'ont pas affecté expressément à une activité de communication, il aura peu de chance d'être considéré comme tel. C'est en tout cas ce qui ressort de la décision *International Society for Krishna Consciousness, Inc. v. Lee*²⁶⁴ rendue par la Cour suprême. Cette décision est la plus fameuse de la théorie du *Non-Public Forum* - c'est-à-dire des forums qui ne sont pas publics, et elle concerne la qualification d'espaces publics récemment créés. En l'espèce, les autorités dirigeantes des aéroports publics de New York avaient réglementé les sollicitations pécuniaires et la distribution de documents dans l'enceinte des aéroports, ces sollicitations restant permises à l'extérieur. Afin de confirmer cette interdiction, le juge Rehnquist rendant la décision au nom de la Cour, a refusé la qualification de forum public aux

²⁶⁰ *Heffron*, précité : "the restrictions are justified without reference to the content of the regulated speech, [...] they serve a significant governmental interest, and they leave open ample alternative channels for communication of the information".

²⁶¹ *Chicago Police Dep't v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).

²⁶² Voir *Perry Education Assn. v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S. 37 (1983) et *Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc.*, 473 U.S. 788 (1985).

²⁶³ Voir *International Society for Krishna Consciousness v. Lee*, 505 U.S. 672 (1992).

²⁶⁴ Précitée.

aéroports publics. Il affirmait que non seulement le but des terminaux n'a jamais été d'être ouverts spécifiquement aux activités de communication, mais ces derniers ne pouvaient pas non plus être considérés comme traditionnellement affectés à l'expression, selon le critère posé dans la décision *Hague* : "we think that neither by tradition nor purpose can the terminals be described as satisfying the standards we have previously set for identifying a public forum"²⁶⁵. Dès lors, les autorités publiques peuvent restreindre l'expression, à condition que les mesures soient raisonnables et qu'elles ne censurent pas le point de vue de celui qui veut s'exprimer.

Néanmoins, cette décision n'a pas fait l'unanimité au sein de la Cour. La juge O'Connor était d'accord pour nier la qualification de forum public aux aéroports, mais elle estimait que cette interdiction totale de toute activité expressive aurait dû faire l'objet d'une explication de la part des autorités. Elles auraient dû dire en quoi la restriction préservait les usages attribués à la propriété²⁶⁶.

La critique la plus radicale a été formulée par le juge Kennedy, auquel se sont joints les juges Blackmun, Stevens et Souter²⁶⁷. S'ils approuvaient la décision de la Cour en ce qu'elle validait les restrictions à l'expression, leur divergence de raisonnement reposait sur le fait qu'en conditionnant la définition du forum public à son utilisation immémoriale à des fins communicatives, la Cour empêchait la création de nouveaux forums publics. Les autorités publiques pouvaient donc déclarer librement que leurs propriétés n'étaient pas destinées à l'expression, et bannir toute activité expressive. N'était-ce pas laisser trop de pouvoir aux autorités publiques ? Les juges proposaient alors d'établir un test objectif : "if the objective, physical characteristics of the property at issue and the actual public access and uses which have been permitted by government indicate that expressive activity would be appropriate and compatible with those uses, the property is a public forum"²⁶⁸.

²⁶⁵ *Hague v. Committee for Industrial Organization*, précitée, p. 683. "Nous pensons que ni la tradition ni leur objet ne permettent de décrire les terminaux comme satisfaisant les critères que nous avons posé précédemment afin d'identifier un forum public".

²⁶⁶ *Ibid.*

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.* "Si les caractéristiques objectives, physiques, de la propriété en question et l'accès public actuel ainsi que les usages qui ont été permis par le gouvernement indiquent que l'activité expressive serait appropriée et compatible avec ces usages, la propriété est un forum public". Il est également à signaler que le juge Kennedy s'opposait à l'interdiction de distribution de documents au nom de la propriété des lieux dans la mesure où ils seraient au cœur de la protection du Premier amendement. En revanche, concernant la sollicitation d'argent, même si elle est également protégée par le Premier amendement, elle pouvait être interdite dans des cas particuliers.

Le choix d'établir ou non un forum public s'est posé une nouvelle fois dans une décision de la même année, portant également sur des aéroports, mais concernant cette fois l'interdiction de la distribution de tracts²⁶⁹. Cette fois, la Cour suprême a invalidé l'interdiction et les juges de la majorité dans la décision précédente se sont joints pour délivrer une opinion dissidente au soutien de l'interdiction.

Enfin, une dernière question relative à cette théorie est celle de savoir si elle est transposable à la propriété privée. Dans la décision *Frisby v. Schultz*²⁷⁰, la Cour suprême devait contrôler la constitutionnalité d'un acte interdisant les rassemblements de protestation dans les quartiers résidentiels. Cet acte visait à faire cesser des manifestations contre l'avortement s'étant déroulées à plusieurs reprises devant la résidence d'un médecin le pratiquant. Établissant que ces rassemblements sont protégés par le Premier amendement, la Cour a jugé que l'acte était neutre sur le contenu, qu'il était construit de manière étroite afin de servir un intérêt public significatif tout en laissant ouvertes de larges alternatives à la communication. En effet, le bien-être, la tranquillité et le caractère privé des logements devaient être préservés afin de protéger les personnes qui ne souhaiteraient pas entendre les protestations de chez eux ; elles étaient considérées alors comme une audience captive²⁷¹. D'après la Cour, les manifestants disposaient toujours de la possibilité de défiler dans les rues du quartier ou même de distribuer des tracts.

Dans une série de décisions, la Cour a dû juger de la constitutionnalité de plusieurs interdictions de procéder à des activités expressives dans des propriétés privées. Dans un premier temps, elle a admis que la liberté d'expression l'emporte sur le droit de propriété, comme l'a noté le juge Reed dans son opinion dissidente dans la décision *Marsh v. Alabama*²⁷². En l'espèce, la Cour devait se prononcer sur une peine prononcée par les autorités d'une ville appartenant à une entreprise - *company town*, donc privée- à l'encontre d'un témoin de Jéhovah qui distribuait des tracts religieux dans les rues. Dans l'enceinte de la ville, ce genre d'activité était soumis à autorisation écrite. La Cour a choisi de censurer cette disposition en affirmant que les libertés fondamentales s'imposent même dans les propriétés

²⁶⁹ *Lee v. International Society for Krishna Consciousness, Inc.*, 505 U.S. 830 (1992).

²⁷⁰ *Frisby v. Schultz*, 487 U.S. 474 (1988).

²⁷¹ Ainsi que la Cour le note ici, cette protection du *unwilling speaker* - l'auditeur réticent - ne vaut pas dans d'autres circonstances. Le Premier amendement protège celui qui s'exprime, et c'est à ceux qui ne veulent pas écouter d'éviter de le faire. Voir *Erznoznik v. City of Jacksonville*, 422 U.S. 205 (1975).

²⁷² *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946) ; dans le même sens, voir *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. (1938).

privées. Dans la décision *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc.*²⁷³, la Cour suprême a confirmé cette solution en qualifiant un centre commercial d'équivalent fonctionnel d'un quartier d'affaire, voire d'une municipalité.

Par la suite, la Cour a pris une autre direction. Dans la décision *Lloyd Corp. v. Tanner*²⁷⁴, elle est revenue sur les solutions données précédemment en admettant qu'un centre commercial interdit le déroulement d'activités de communication. Enfin, c'est par la décision *Hudgens v. NLRB*²⁷⁵ que la Cour va expressément effectuer un revirement de jurisprudence, et abandonner la jurisprudence *Logan*. Les activités expressives dans les centres commerciaux ne sont désormais plus admises même si elles prennent la forme de protestations syndicales. Toutefois, toujours d'après la Cour, le propriétaire d'un centre commercial ne peut réglementer l'expression sur la base de son contenu. On rejoint ici les critères posés par la Cour dans l'hypothèse où le forum en cause est propriété d'une autorité publique.

La théorie du forum public est une des théories dominantes en droit américain de la liberté d'expression. Elle ne nous offre toutefois guère d'indications concernant une conception de la liberté d'expression aux États-Unis. De plus, elle ne s'applique que dans des contextes où l'expression est disséminée sous forme verbale ou symbolique. Dans le cas d'une dissémination de l'expression par l'intermédiaire d'un support de la communication, il est exceptionnel que la Cour accepte l'application de cette théorie. En revanche, elle a construit des modèles de la liberté d'expression spécifiques à chaque moyen de la communication.

²⁷³ *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U.S. 308 (1968).

²⁷⁴ *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).

²⁷⁵ *Hudgens v. NLRB*, 424 U.S. 507 (1976).

Sous-paragraphe 2. La protection de la liberté d'expression selon le support utilisé

Grâce à une jurisprudence abondante, la Cour suprême, accompagnée de la doctrine, a développé deux modèles²⁷⁶ principaux de réglementation des supports de l'expression : le modèle de la presse (A.) et celui de l'audiovisuel (B.).

Il s'agira de voir si ces modèles impliquent chacun une conception différente de la liberté d'expression. La notion même de modèle suggère que la réponse à cette question soit positive. Il faudra également s'attacher à la stratégie discursive qui a guidé à l'élaboration de ces modèles.

A. Le modèle de la presse

Comprendre le modèle de la presse suppose de voir la place qui lui est accordée en droit américain par rapport au principe de la liberté d'expression lui-même. Une question se pose de savoir si la liberté de la presse est un principe indépendant de celui de la liberté d'expression, coextensif, ou bien un sous-ensemble de celui-ci (1.). Une fois ceci résolu, il sera possible d'envisager quelle est la conception actuelle de la liberté de la presse (2.).

1. "... ou de la presse"

L'énoncé du Premier amendement laisse planer un doute sur sa signification exacte. Il est dit que "le Congrès ne peut faire de loi restreignant la liberté d'expression *ou* de la presse [...]". La question de la place de la liberté de la presse dans le système de la liberté d'expression se pose nécessairement. Celle-ci dépend de la définition de la presse : le droit américain lui donne-t-il une définition téléologico-évaluative, indépendante de la liberté d'expression, une définition simplement fonctionnelle, coexistant avec elle, ou bien une définition systémique, en en faisant un sous-ensemble de cette dernière²⁷⁷ ? Les réponses données détermineront la

²⁷⁶ Aux États-Unis, il est courant de parler de modèle pour décrire les régimes juridiques. Nous emploierons ce terme ici dans la mesure où il rend compte de la façon de concevoir le droit de la communication dans ce pays.

²⁷⁷ Schauer (F.), *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, précité, notamment pp. 106-109.

conception de la liberté de la presse en droit positif américain, telle que développée par la Cour suprême.

Pour commencer, il faut s'interroger sur ce qu'on entend à l'heure actuelle par la notion de "presse", si cette perception est équivalente à ce qui était entendu au moment de la reconnaissance de la liberté de la presse. Aux 17^e et 18^e siècles, la notion de presse était perçue de manière extensive, au point d'inclure tout ce qui était imprimé, et donc aussi bien les livres que les pamphlets²⁷⁸. Le pamphlétaire isolé était alors protégé, et pas seulement la presse dans le sens institutionnel. De nos jours, selon Frederick Schauer²⁷⁹, la notion de presse serait restreinte au médium véhiculant des reportages, analyses et commentaires politiques. Ce serait cette conception moderne de la presse qui soutiendrait l'argument de l'indépendance du principe de la liberté de la presse par rapport à celui de la liberté d'expression. Cet argument serait largement dérivé de la nature politique du contenu de la presse, qui lui-même découle du méta-principe de la démocratie. La presse ne serait donc pas une forme de communication supplémentaire, mais la mise en œuvre d'une valeur spécifique dans le système démocratique²⁸⁰. En effet, l'expression politique serait soutenue par une valeur spéciale, celle de permettre le contrôle public des gouvernants et de prévenir une éventuelle usurpation du pouvoir. La presse différencierait des autres formes de communication par l'emphase portée sur les affaires publiques et leur mode de présentation, facilitant ainsi la délibération publique. Elle aurait la capacité d'alerter un public, qui sans elle, resterait apathique. La presse institutionnalisée remplirait donc un des buts d'une société démocratique, ce qui lui vaudrait la protection particulière dont elle est l'objet. Une forme du méta-principe de la démocratie générerait cette protection spéciale, lui conférant de la sorte une place indépendante au principe de la liberté de la presse par rapport à celui de la liberté d'expression.

Selon cette conception, il est aussi possible de considérer la presse comme coextensive de la liberté d'expression. En effet, ce but démocratique est une valeur venant justifier dans bien des cas le principe d'une libre expression. Ces deux principes pourraient donc être considérés comme étant tous deux justifiés par le même méta-principe, le concrétisant à eux deux. C'est

²⁷⁸ *Ibid.*, pp. 106-107.

²⁷⁹ *Ibid.*

²⁸⁰ *Ibid.*, p. 107.

la solution qui semble avoir été retenue par le juge Steward dans son opinion concurrente dans la décision *Houchins*²⁸¹ rendue par la Cour suprême en 1978 :

"That the First Amendment speaks separately of freedom of speech and freedom of the press is no constitutional accident, but an acknowledgment of the critical role played by the press in American society. The Constitution requires sensitivity to that role, and to the special needs of the press in performing it effectively"²⁸².

Rappelant les bienfaits apportés par la presse dans l'éveil de la société face aux affaires publiques, le juge Steward n'accepte pas pour autant que la presse dispose de privilèges par rapport au public, comme un droit plus important d'accès à l'information. Tout en reconnaissant que la tâche des journalistes est la divulgation des informations au public, il confirme la censure d'un tribunal de la décision d'accorder à la presse un droit d'accès spécial dans une prison. La liberté de la presse serait ainsi un principe coexistant avec celui de la liberté d'expression, les journalistes ne disposant pas d'un droit d'accès plus large que le public à certains lieux réglementés.

Il en va différemment lorsque l'accent est mis non plus sur le médium lui-même, mais sur le contenu de l'expression disséminé, à savoir l'expression politique. Dans ce cas, la liberté de la presse serait simplement dérivée du principe plus général de la liberté d'expression. Ce qui serait protégé serait en fait l'expression politique, dont la presse ne serait qu'un moyen comme un autre de dissémination. Cette hypothèse est à première vue plausible, mais elle est contredite par certaines règles, telles les garanties généralement accordées à la presse et aux journalistes. La liberté éditoriale est d'ailleurs bien la première de ces garanties. Construite pour la presse, elle assure une libre expression particulière par le biais de ce support, et une immunité dans l'expression de propos choquants mais licites²⁸³. Ainsi, aux États-Unis, le principe de la liberté de la presse serait bien un principe coextensif de celui de la liberté d'expression. Ceci nous permettra de mieux cerner la conception de la liberté de la presse en droit positif américain.

²⁸¹ *Houchins v. KQED, Inc.*, 438 U.S. 1 (1978). "Si le Premier amendement traite séparément de la liberté d'expression et de la liberté de la presse, ce n'est pas un hasard constitutionnel, mais la reconnaissance du rôle critique joué par la presse dans la société américaine. La Constitution requière d'être sensible à ce rôle, et dans les besoins particuliers de la presse pour le remplir".

²⁸² *Ibid.*, p.17.

²⁸³ Voir par exemple infra l'immunité partielle accordée à la presse en matière de diffamation, immunité dont ne bénéficient pas les simples citoyens.

2. La conception de la liberté de la presse

Aux États-Unis comme en France, la liberté de la presse fut historiquement construite dans l'idée de mettre fin à la censure préalable exercée par les pouvoirs publics, ainsi que de permettre la critique des gouvernants. La conquête de la liberté de la presse s'est faite aux États-Unis en même temps que celle de leur indépendance vis-à-vis de la Grande-Bretagne. Mais, il a fallu attendre la décision *Near v. Minnesota*²⁸⁴ rendue en 1931 pour que la Cour suprême se trouve confrontée à une loi d'un État fédéré établissant une censure *a priori* de la presse. Cette censure portait sur l'interdiction pour les journaux de publier des propos obscènes ou diffamatoires. La Cour a invalidé cette mesure, se fondant sur le méta-principe de la démocratie dans sa version instrumentale, consistant à permettre aux citoyens de suivre de près les affaires publiques, et donc de contrôler les gouvernants. C'est ainsi que s'exprimait le juge Hughes écrivant pour la majorité dans la décision *Near v. Minnesota* :

"[...] the administration of government has become more complex, the opportunities for malfeasance and corruption have multiplied, crime has grown to most serious proportions, and the danger of its protection by unfaithful officials and of the impairment of the fundamental security of life and property by criminal alliances and official neglect, emphasizes the primary need of a vigilant and courageous press, especially in great cities. The fact that the liberty of the press may be abused by miscreant purveyors of scandal does not make any the less necessary the immunity of the press from previous restraint in dealing with official misconduct. Subsequent punishment for such abuses as may exist is the appropriate remedy, consistent with constitutional privilege"²⁸⁵.

Il est dès lors apparu que le fondement de la conception de la liberté de la presse était, et restera, la valeur de la démocratie, notamment dans sa version instrumentale. La dérivation de la liberté de la presse de cette valeur a été réaffirmée à plusieurs reprises par la Cour suprême. Ainsi, l'exigence du pluralisme en matière de presse a été affirmée sur le fondement du bien-

²⁸⁴ *Near v. State of Minnesota Ex Rel. Olson*, 283 U.S. 697 (1931). Voir également la décision de la Cour suprême *Lovell v. Griffin*, 303 U.S. 444 (1938). Le principe de l'inconstitutionnalité de la censure préalable est l'objet aux États-Unis de la théorie de la censure préalable, ou *Doctrine of Prior Restraint*.

²⁸⁵ *Near v. Minnesota*, précité. "L'administration du Gouvernement est devenue plus complexe, les possibilités de mauvaise conduite et de corruption se sont multipliées, le crime s'est accru dans de sérieuses proportions, et le danger de sa protection par des officiels déloyaux et celui de l'altération de la sûreté fondamentale dans la vie et la propriété par des alliances criminelles et la négligence officielle souligne le besoin premier d'une presse vigilante et courageuse, spécialement dans les grandes villes. Le fait que la liberté de la presse fasse l'objet d'abus par des pourvoyeurs de scandales mécréants n'amointrit pas la nécessaire immunité de la presse contre les restrictions du passé lorsqu'elle voulait traiter de la mauvaise conduite officielle. La punition subséquente de tels abus est un remède approprié, en accord avec le privilège constitutionnel".

être du public et érigée en condition d'une société libre²⁸⁶. Cette valeur de la démocratie est souvent combinée avec celle du marché libre des idées²⁸⁷. La Cour a, de cette manière, affirmé le profond attachement national au principe selon lequel le débat sur les affaires publiques doit se dérouler sans inhibitions, être robuste et ouvert²⁸⁸, ce qui l'a conduite à reconnaître la constitutionnalité de la publication d'informations erronées concernant un personnage public. Elle a déclaré que l'énoncé de telles erreurs fait partie intégrante d'un débat libre. Ne pas les sanctionner serait nécessaire à l'existence même du principe de la liberté d'expression²⁸⁹.

La liberté de la presse aux États-Unis s'est également construite sur la reconnaissance de la liberté éditoriale des journalistes, ainsi définie :

"A newspaper is more than a passive receptacle or conduit for news, comment, and advertising. The choice of material to go into a newspaper, and the decisions made as to limitations on the size and content of the paper, and treatment of public issues and public officials - whether fair or unfair - constitute the exercise of editorial control and judgment"²⁹⁰.

La Cour a souvent affirmé²⁹¹ qu'il n'était pas possible d'imposer aux journalistes de publier, ou de ne pas publier, certaines informations. La liberté éditoriale aurait des incidences directes sur le droit d'accès à la presse, c'est-à-dire sur le droit d'obliger un journal à la publication de propos par qui lui en fait la demande. Ce droit est ainsi souvent refusé, et ce refus est admis par les juges au motif qu'on ne peut obliger les éditeurs de "publier ce que la raison leur dicte de ne pas publier"²⁹². Un journal ne peut, pour cette raison, être forcé de publier le droit de réponse d'un candidat à une élection²⁹³. Toutefois, ce privilège éditorial ne vaut licence d'enfreindre les lois existantes, comme la Cour suprême a eu très tôt l'occasion de le juger²⁹⁴. Les journalistes se voient soumis à un régime de responsabilité spécifique en cas de

²⁸⁶ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945).

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).

²⁸⁹ *Ibid.*, où la Cour évoque la nécessité de l'existence d'un *breathing space*, déjà évoqué dans la décision *N. A. A. C. P. v. Button*, 371 U.S. 415 (1963).

²⁹⁰ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974). Cette décision est considérée comme celle qui fonde actuellement le modèle de la presse. "Un journal est plus qu'un réceptacle passif ou un conduit pour les informations, commentaires et publicités. Le choix du matériel à publier, et les décisions quant à la limitation de leur taille et de leur contenu, et la manière de traiter des questions et des personnalités publiques – qu'elles soient justes ou non – constituent l'exercice du contrôle et du jugement éditorial".

²⁹¹ *Associated Press v. United States*, 326 U.S. 1 (1945), *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665 (1972), *Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973)

²⁹² *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, précitée.

²⁹³ *Ibid.*

²⁹⁴ Voir notamment *Associated Press v. NLRB*, 301 U.S. 103 (1937) et *New York Times Co. v. Sullivan*, précitée.

publication des propos illicites, fondé sur la liberté éditoriale. Selon certains commentateurs²⁹⁵, l'autonomie de l'éditorialiste est en fait reconnue afin de parer aux dangers de la censure officielle. La qualité et la variété du débat public seraient préférées aux revendications d'accès à la presse par des individus, mêmes mus par un besoin d'expression sur les affaires publiques²⁹⁶. Ces arguments rejoignent l'attachement de la Cour suprême au méta-principe de la démocratie

La manifestation de cette liberté éditoriale s'est trouvée confirmée par une décision fondamentale de la Cour suprême par laquelle elle a invalidé une loi de l'Alabama punissant la diffamation de personnages publics, et instituant comme moyen de défense pour le diffamateur la preuve de la vérité de ses propos²⁹⁷. Cette invalidation reposait sur le fondement de la liberté éditoriale de la presse, mais également sur celui du méta-principe de la démocratie. Se basant sur les propos tenus par Madison, père fondateur de la Constitution américaine, la Cour a estimé que mettre à la charge du *speaker* la preuve de la vérité, notamment lorsqu'il s'agit de la presse, allait "à l'encontre de l'engagement national profond envers le principe d'un débat sur les affaires publiques désinhibé, robuste et ouvert"²⁹⁸. Ce débat devrait être le vecteur d'attaques véhémentes ou caustiques. Cette caractéristique du débat public serait même un principe fondamental de la forme du gouvernement américain selon Madison²⁹⁹. De plus, la présence d'énoncés faux dans le débat public serait inévitable, et devrait être protégée par le Premier amendement car ils représenteraient un espace de liberté nécessaire, un "breathing space"³⁰⁰. Il en serait de même des attaques à la réputation des personnages officiels. Seule l'existence d'un "danger clair et présent" pourrait justifier une répression dans de tels cas. Enfin, la Cour conclut que cette loi est d'autant plus inhibitrice pour le débat public qu'il s'agit d'une loi civile. Une loi pénale aurait permis au supposé diffamateur de bénéficier de certaines garanties posées par le droit pénal, comme la preuve par le plaignant de l'étendue de son dommage. Or, une loi sanctionnant la diffamation de cette façon risquerait de conduire à une autocensure la part de la presse, et créer une atmosphère dans laquelle les libertés protégées par le Premier amendement ne pourraient survivre³⁰¹. La

²⁹⁵ Krattenmaker (T.G.) et Powe (L.A.), "Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media", *Yale Law Journal*, vol.104, 1995, pp.1721.

²⁹⁶ Benyekhlef (K.), "Constitutions et médias en droit canadien et américains", *A.I.J.C.*, 1995, pp.467-486.

²⁹⁷ *New York Times Co. v. Sullivan*, précitée.

²⁹⁸ *Ibid.*

²⁹⁹ *Ibid.*

³⁰⁰ *Ibid.*

³⁰¹ *Ibid.*

presse devrait bénéficier, comme tout citoyen, d'un privilège dans la critique de la politique et des personnages publics³⁰².

Finally, la Cour a décidé que la Constitution imposait d'empêcher un personnage public de recouvrer des dommages et intérêts en cas de diffamation sur sa conduite officielle, sauf à ce qu'il prouve que les propos étaient exposés de mauvaise foi, à savoir en connaissance de leur caractère erroné ou sans considération quant à leur véracité³⁰³. Par ailleurs, la Cour suprême a également été amenée à accorder un privilège aux distributeurs de presse sur le fondement du Premier amendement. Ceci eu lieu à l'occasion du contrôle de constitutionnalité d'une décision communale érigeant en faute pénale la simple détention par un libraire de matériel considéré comme obscène, même s'il en ignorait la présence³⁰⁴. La Cour suprême a invalidé cette décision car, selon elle, il serait impossible d'imposer une responsabilité pénale aussi absolue dans les domaines couverts par le Premier amendement, telle la presse. Une telle mesure conduirait nécessairement à une autocensure de la part du libraire, qui limiterait ses ventes aux matériels dont il aurait pu vérifier la teneur, tout en excluant ceux sur lesquels il aurait des doutes. Les scrupules du libraire auraient des conséquences directes sur la liberté d'expression du public par leurs effets inhibiteurs sur la dissémination de matériel même non obscène. La Cour rappelle enfin que les libertés d'expression et de la presse ont grandement contribué à l'essor et au bien-être d'une société libre et sont indispensables à son développement. La valeur de la démocratie dans sa version intrinsèque empêcherait d'imposer ici une responsabilité pénale aux distributeurs de presse sans élément intentionnel.

À la lumière de ces éléments, il semble possible de dégager une conception de la liberté d'expression en matière de presse aux États-Unis. L'ensemble des décisions de la Cour suprême, et notamment celles évoquées ici, mettent en avant l'attachement américain à deux valeurs, celle de la démocratie dans sa version instrumentale, et parfois aussi, celle du marché libre des idées. Les arguments qui guident cette conception sont à la fois la méfiance des gouvernés envers les gouvernants, et le contrôle que permet d'exercer la presse dans la

³⁰² Le droit de la diffamation a ainsi été construit par la Cour suprême. De nombreuses décisions ont porté sur le critère de l'absence de véracité des propos, certains juges refusant de leur accorder une valeur sociale, et donc de les protéger. Voir les décisions de la Cour suprême : *Garrison v. Louisiana*, 379 U.S. 64 (1964), *Rosenblatt v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966), *Gertz v. Robert Welch Inc.*, 418 U.S. 323 (1974), ou encore *Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepp*, 475 U.S. 767 (1986).

³⁰³ *Ibid.*, 279-280.

³⁰⁴ *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959).

surveillance de ces derniers³⁰⁵. La protection de la presse institutionnalisée serait donc la conséquence à la fois d'un principe coextensif de la liberté de la presse par rapport à celui de la liberté d'expression, et de la concrétisation de la valeur de la démocratie dans sa version instrumentale.

À présent, nous allons nous intéresser aux règles mises en place pour l'audiovisuel, et tenter de dégager les fondements de ce régime juridique, ou modèle.

B. Le modèle de l'audiovisuel

Si le modèle élaboré pour la presse garantit une liberté d'expression large de la presse institutionnalisée, il n'en est pas de même pour l'audiovisuel. Depuis son apparition, ce support est soumis à un ensemble de règles contraignantes au regard du principe de la liberté d'expression. L'analyse des décisions de la Cour suprême rendues à propos des réglementations de l'audiovisuel nous permettront de dégager les justifications à la mise en place de telles règles. De manière synthétique, le régime de l'audiovisuel se caractérise par l'imposition de condition d'accès spécifiques (1.), mais aussi par la mise en place de contraintes concernant les contenus diffusés (2.). De ces deux séries de règles spécifiques, nous tenterons de dégager la conception de la liberté d'expression régissant l'audiovisuel aux États-Unis.

1. Les conditions d'accès à l'audiovisuel

Les conditions de l'accès à l'audiovisuel ont été mises en place par la *Federal Communications Commission* (F.C.C.)³⁰⁶, puis avalisées par la Cour suprême. Elles sont basées sur une théorie dite de l'équité, ou *Fairness Doctrine*, qui vise à soumettre les opérateurs ayant obtenu une licence d'exploitation au respect d'un certain nombre de règles d'équité en matière d'expression politique au sens large. La reconnaissance de cette théorie par

³⁰⁵ Ces idées sont généralement partagées par la doctrine, et notamment par Bollinger (L. C.), *Images of a Free Press*, Chicago, The University of Chicago Press, 1991, pp. 43-59.

³⁰⁶ Comme nous le verrons, la *Federal Communications Commission* est une autorité administrative mise en place afin de contrôler l'audiovisuel aux États-Unis.

la Cour suprême l'a placée au cœur du modèle de l'audiovisuel, et les juges continuent d'en imposer le respect (a.).

Par ailleurs, depuis quelques années, l'audiovisuel a fait l'objet d'avancées technologiques permettant sa diffusion par des moyens techniques très différents de l'hertzien, dont le câble. Dès lors, une question surgissait qui était celle de savoir si les contraintes limitant traditionnellement l'audiovisuel hertzien trouvaient à s'appliquer lorsque la diffusion avait lieu par câble (b.).

a. La Fairness Doctrine et l'accès à l'audiovisuel hertzien

Jusqu'en 1927, l'attribution des fréquences radiophoniques était laissée entièrement entre les mains du secteur privé aux États-Unis. Cette liberté laissée à l'initiative privée avait d'ailleurs été reconnue par le *Radio Communications Act* de 1912³⁰⁷. La situation a rapidement été perçue comme source de cacophonie³⁰⁸, au point que le Congrès a décidé d'intervenir en adoptant le *Radio Act* en 1927³⁰⁹, dont les dispositions les plus marquantes sont l'institution de la *Federal Radio Commission*, chargée de l'attribution des fréquences hertziennes et du contrôle du respect par les chaînes de radio de l'obligation d'accorder un temps de parole égal à chaque candidat aux élections politiques. Les raisons qui ont guidé cette réforme ont été exposées par son instigateur, le parlementaire White, en 1927³¹⁰. L'argument principal avancé était finaliste : il s'agissait en définitive de protéger le droit du public de bénéficier de ce moyen de communication. Le droit de chacun d'émettre devait être restreint afin de prendre en compte l'intérêt du public. Cette limitation de l'initiative privée, et partant de la liberté individuelle, était également justifiée par un argument technique fondé sur la rareté des fréquences hertziennes. Ainsi, dès lors que les fréquences étaient limitées, leur attribution devait se faire par le recours à un critère de sélection. Le critère choisi fut celui de l'intérêt public. Le spectre hertzien devait être réservé aux chaînes qui apporteraient un bénéfice au public, qui seraient nécessaires à l'intérêt public ou qui contribueraient au développement de l'art³¹¹.

³⁰⁷ *Radio Communications Act*, 37 Stat. 302 (1912).

³⁰⁸ C'est en tout cas l'opinion du juge White qui rendit au nom de la Cour suprême la décision *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, 395 U.S. 367 (1969). L'ensemble de notre aperçu historique est généralement inspiré de l'opinion développée dans cette décision.

³⁰⁹ *Radio Act*, Public Law n°632, 69th Congress, 2nd (1927).

³¹⁰ Cité par le juge White dans la décision *Red Lion*, précitée, note n°4.

³¹¹ Cette évolution est décrite par le juge White dans la décision *Red Lion*, précitée.

C'est donc à la *Federal Radio Commission* qu'il revenait d'attribuer les fréquences hertziennes. Mais, afin de pouvoir l'appliquer, cette commission a dû interpréter la notion d'intérêt public qui devait servir de critère de sélection des opérateurs en compétition. Cet intérêt commandait liberté et équité dans l'exposé de points de vue opposés, et ce lors de toute discussion relative à des questions d'importance publique. Ces obligations furent reprises par la *Federal Communications Commission* qui la remplaça lors de la refonte du *Radio Act* par le *Communications Act* en 1934³¹².

Indépendante des pouvoirs publics, la F.C.C. présente de nombreuses similitudes avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel mais également avec l'Autorité de régulation des communications électroniques français³¹³. C'est à elle que revient l'attribution des fréquences hertziennes aux chaînes de radio et de télévision. À cette fin, elle impose aux opérateurs le respect d'un certain nombre d'obligations dont certaines ont été directement déterminées par elle. Il en va ainsi de la *Fairness Doctrine*, ou théorie de l'équité, qui impose aux opérateurs d'organiser des discussions sur des questions publiques et d'attribuer un temps de parole égal à chaque partie en présence, et dont les jalons avaient été posés par la *Federal Radio Commission*. La F.C.C. a abandonné l'application de cette théorie depuis 1987, mais elle s'est imposée pendant plus de cinquante ans, et a été validée à la fois par le Congrès et par la Cour suprême. En effet, en 1959, le Congrès a implicitement reconnu la validité de la *Fairness Doctrine* en imposant aux opérateurs d'audiovisuel d'offrir une opportunité de discussion sur des points de vue divergents à propos de questions publiques. Ceci fut la reconnaissance législative de la position traditionnelle de la F.C.C.

Lors des discussions au Sénat ayant conduit à la réforme de 1959, un rapport fut établi afin de justifier cette référence directe à la *Fairness Doctrine*³¹⁴. Il fut affirmé que les fréquences audiovisuelles sont limitées et qu'elles doivent donc nécessairement être considérées comme un bien public. Les opérateurs obtenant une licence se devaient d'agir dans le sens de l'intérêt public, et assumer les obligations liées à l'équité. Au-delà de cet argument technique, un sénateur rappela que l'application de la théorie de l'équité à l'audiovisuel avait pour but

³¹² *Communications Act*, Public Law n°416, Act of June 19, 1934, ch. 652, 48 Stat. 1064, 73rd Congress.

³¹³ La F.C.C. est en effet compétente à la fois pour le contenu des programmes audiovisuels et la réglementation des normes techniques régissant l'audiovisuel mais aussi les télécommunications. Voir notamment *Federal Communications Commission, About the FCC – A Consumer Guide to Our Organization, Functions and Procedures*, <http://www.fcc.gov/aboutus.html>.

³¹⁴ *Ibid.*

l'intérêt du public de disposer d'un exposé complet des points de vue opposés sur les questions d'intérêt public, qui ne se limitait pas seulement à la politique³¹⁵. Ces arguments sont, bien que formulés de façon sensiblement différente, les mêmes que ceux avancés en 1927.

En 1967, la F.C.C. élargit encore le champ d'application de la théorie de l'équité aux attaques personnelles dans le contexte des questions publiques controversées et de la politique éditoriale, imposant aux éditeurs d'inviter celui dont les idées ont été critiquées à y répondre s'il le souhaite. Cette limitation de la liberté éditoriale dans le cadre de l'audiovisuel fut validée par la Cour suprême dans sa décision *Red Lion*³¹⁶ rendue en 1969³¹⁷. Il en fut de même de la *Fairness Doctrine* - ou théorie de l'équité - à l'occasion de cette décision. La Cour a décidé dans ces deux cas que la F.C.C. agissait légitimement dans le cadre de son mandat attribué par le Congrès. La conception de la Cour de la liberté d'expression dans l'audiovisuel est largement développée par le juge White dans cette décision. Elle s'est révélée lors de l'exposé des arguments au soutien de cette théorie. Le double argument technique de la rareté des fréquences hertziennes et du caractère intrusif de l'audiovisuel est tout d'abord réaffirmé. Puis, la portée de l'audiovisuel et sa capacité d'interférence dans la vie quotidienne sont jugées comme étant de loin supérieures à celles des simples voix humaines. Cet argument serait même soutenu par une "réalité massive"³¹⁸. De ceci découle la qualification de l'audiovisuel de médium fermé, limitant les possibilités de communication aux plus nantis, et à leurs seuls points de vue.

Dès lors, la compétence des pouvoirs publics dans l'octroi des licences - ou autorisations d'émettre - se trouvait justifiée. À ceci, la Cour ajouta l'argument finaliste selon lequel seuls ces derniers peuvent décider, au nom de l'intérêt public, d'empêcher la mise en place d'un monopole des licences. En effet, ces licences ne seraient qu'un privilège accordé à des opérateurs désignés et remplissant un certain nombre de conditions liées à la conception de la F.C.C. de l'intérêt public. Les opérateurs seraient ainsi des simples mandataires de l'ensemble de la communauté, obligés de délivrer des programmes sur des questions d'intérêt public. À cette fin, il est important que ces opérateurs ne communiquent pas que leur seul point de vue,

³¹⁵ *Ibid.*

³¹⁶ *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC*, précitée.

³¹⁷ Déjà en 1943, La Cour suprême avait validé cette théorie lors de sa décision *National Broadcasting Co.* rendue en 1943, *National Broadcasting Co. v. United States*, 319 U.S. 190 (1943).

³¹⁸ "A massive reality". Ceci rejoint la remarque faite précédemment à propos du caractère axiomatique des arguments techniques lorsque employés par les acteurs juridiques. Voir Section précédente.

et que ceux qui n'ont pas les moyens de s'exprimer par le biais de l'audiovisuel puissent le faire par l'imposition aux opérateurs d'un droit d'accès.

Les opposants à la *Fairness Doctrine* dans cette affaire soutenaient que les obligations liées à l'application de cette théorie conduiraient inévitablement à une autocensure de la part des opérateurs, qui, par crainte de se voir sanctionner, se garderaient d'adopter une ligne éditoriale ou de débattre sur des questions publiques. La Cour a répondu à ceci qu'il n'a jamais été démontré que l'application de cette théorie conduise à une telle conséquence. La possibilité d'autocensure serait au mieux spéculative.

Finalement, la Cour a rejeté la position principale avancée par les opposants à la théorie de l'équité. Il était considéré que cette théorie violait la liberté d'expression en contrecarrant la liberté des émetteurs. Chacun devrait avoir le droit d'émettre le contenu de son choix et d'exclure quiconque de sa programmation. La base de cet argument consistait à revendiquer l'application d'une liberté d'expression absolutiste en matière d'audiovisuel. La Cour a préféré une position plus modérée, justifiée par le méta-principe de la démocratie dans sa version participative. Selon les juges, le but de la liberté d'expression serait de produire un public informé, capable de créer sa propre opinion, mais aussi de disposer d'un accès à des idées et des expériences sociales, politiques, esthétiques et morales. Le droit des récepteurs serait supérieur à celui des émetteurs. La Cour suprême reconnaissait ainsi à la fois la pertinence de la théorie de l'équité et le rôle de la F.C.C. dans la réglementation de l'audiovisuel.

La Cour a eu à plusieurs reprises l'occasion de réaffirmer cette conception de la liberté d'expression en matière audiovisuelle, tout en refusant l'extension de la théorie de l'équité dans d'autres matières. Ainsi, elle eut l'occasion d'insister sur le rôle de l'audiovisuel dans l'information du public, mais aussi sur l'importance de l'indépendance journalistique et de la liberté éditoriale. Ces éléments s'opposeraient à ce que les chaînes de radio et de télévision se voient imposer de diffuser des spots publicitaires³¹⁹, car cela reviendrait à transférer au public leur contrôle éditorial. L'application de la *Fairness Doctrine* n'aurait donc ici que des conséquences négatives sur la liberté d'expression.

³¹⁹ *Columbia Broadcasting System, Inc., v. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973), décision dans laquelle la Cour suprême valide le choix de la F.C.C. de ne pas étendre ici l'application de la *Fairness Doctrine*.

De même, la Cour a invalidé une loi dont l'objet était d'interdire toute prise de position éditoriale à des stations de télévision non commerciales subventionnées³²⁰. Elle a en effet estimé que la liberté éditoriale se trouvait au cœur de la protection accordée à l'audiovisuel par le Premier amendement, quel que soit le diffuseur. Dans le même ordre d'idée, elle a reconnu la validité des sanctions prises par la F.C.C. à l'encontre de plusieurs chaînes audiovisuelles qui refusaient d'accorder un droit d'accès aux candidats à des élections fédérales tel que l'imposait le *Communications Act* modifié sur ce point en 1971³²¹. Enfin, la Cour suprême a reconnu la validité de règles adoptées par la F.C.C. en vue de faciliter la gestion de chaînes audiovisuelles par les minorités³²², estimant clairement que le pluralisme allait dans le sens des droits de l'audience de recevoir une quantité large d'information provenant de sources diverses et antagonistes.

Cependant, dès le milieu des années 80, la F.C.C. a progressivement abandonné cette théorie³²³, et la Cour suprême n'eut jamais l'occasion de se prononcer sur ce point³²⁴. Cet abandon fut justifié par l'argument selon lequel l'application de cette théorie réduisait la liberté d'expression plutôt qu'elle ne l'accroissait. Il semble qu'une des raisons de cet abandon serait l'affirmation du caractère inopérant de l'axiome de la rareté des fréquences audiovisuelles, notamment du fait de l'émergence de sources numérique, dont le câble³²⁵. Dès lors, la Commission aurait estimé que les mêmes standards devaient être appliqués à l'ensemble des médias audiovisuels³²⁶. L'application de la *Fairness Doctrine* était donc

³²⁰ *FCC v. League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 (1984).

³²¹ *CBS, Inc. v. FCC*, 453 U.S. 367 (1981).

³²² *Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission*, 497 U.S. 547 (1990).

³²³ Cet abandon fut officiel lors de la décision de la F.C.C. *Re Complaint of Syracuse Peace Council against TV Station WTVH Syracuse, N.Y., Memorandum and Order*, 2 FCC Rcd 5043, Para. 82 (1987). Ce choix fut confirmé par la Cour d'appel du District de Columbia lors de sa décision *Syracuse Peace Council v. Federal Communications Commission*, 867 F.2d 654 (D.C. Cir.), cert. den. 493 U.S. 1017 (1989), dont on trouvera une version tronquée à l'adresse suivante : <http://www.nyls.edu/cmc/uscases/syracuse.txt>.

³²⁴ Pourtant, en 1984, à l'occasion de sa décision *FCC v. League of Women Voters of California*, précitée, la Cour a estimé qu'elle abandonnerait l'application de cette théorie si la F.C.C. prouvait que son effet serait de réduire la liberté d'expression. Voir Cronauer (A.), "The Fairness Doctrine: A Solution in Search of a Problem", *Federal Communications Law Journal*, vol. 47, n° 1, 1994, disponible à l'adresse suivante : <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v47/no1/cronauer.html>.

³²⁵ La version en ligne du texte de la décision de la Cour d'appel du District de Columbia étant incomplète, notre analyse repose sur l'opinion dissidente donnée par le Président de la F.C.C., M. Powell, à propos de la décision de la F.C.C. envisageant d'abandonner les règles de l'attaque personnelle et de la politique éditoriale, *In the Matter of Repeal or Modification of the Personal Attack and Political Editorial Rules*, MM Docket No. 83-484, le 4 octobre 2000, disponible sur le site de la F.C.C. à l'adresse suivante : <http://ftp.fcc.gov/Speeches/Powell/Statements/2000/stmcp023.html>

³²⁶ Powell (M.), précité.

considérée comme allant à l'encontre du Premier Amendement. Le Congrès a par la suite essayé de légaliser cette théorie, en vain³²⁷.

En 1996, le Congrès a passé le *Telecommunications Act*³²⁸. Cette loi a confirmé le rôle de la F.C.C. dans la délivrance des licences audiovisuelles en fonction du critère de l'intérêt public. Les opérateurs de chaînes audiovisuelles sont toujours soumis au respect de certaines obligations dans le cadre des licences d'exploitation, mais l'utilisation du critère de l'intérêt public fait l'objet d'un certain flou souvent dénoncé³²⁹. Cette réforme de 1996 aurait consisté au fond à assouplir l'application des différents critères dont le respect s'imposait jusque-là afin de permettre une dérégulation du marché de l'ensemble des moyens de communication. Aucune mention à la liberté d'expression n'est d'ailleurs faite.

Néanmoins, il ne semble pas pour autant que la Cour suprême ait abandonné sa conception de la liberté d'expression sur l'audiovisuel fondée sur le méta-principe de la démocratie principalement dans sa version instrumentale. En effet, dans une affaire récente³³⁰, la Cour a invalidé le refus d'une chaîne de télévision d'accorder un temps d'antenne à un candidat politique indépendant. Se fondant sur les principales décisions par lesquelles elle soutenait les contraintes imposées à l'audiovisuel, elle a réaffirmé l'obligation pour les opérateurs de répondre au critère de l'intérêt public, ainsi que leur liberté éditoriale. On peut donc en déduire qu'en ce qui concerne tout du moins la Cour suprême, la conception de la liberté d'expression est restée inchangée depuis la décision *Red Lion*, bien que force soit de constater que la Cour accepte également un assouplissement dans l'application de ces critères.

Toutefois, nous allons voir qu'il est possible de déceler une conception différente la liberté d'expression dans la réglementation de la télévision par câble.

³²⁷ Voir Cronauer (A.), précité.

³²⁸ Précité.

³²⁹ Par exemple, voir Read (W.H.) et Weiner (R.A.), "FCC Reform: Governing Requires a New Standard", *Federal Communications Law Journal*, vol. 49, n° 2, 1997, et Thierer (A.D.), "A 10-Point Agenda for Comprehensive Telecom Reform", *Cato Institute*, Briefing Papers, vol. 63, 8 mai 2001.

³³⁰ *Arkansas Educational Television Commission v. Forbes*, 000 U.S. 86-779 (1998). Il faut par ailleurs noter qu'en l'espèce, la Cour a invalidé le refus de donner un temps d'antenne à ce candidat en se basant sur la théorie du forum public, tout en affirmant que l'audiovisuel n'est pas le terrain d'application de cette théorie.

b. Les conditions d'accès à l'audiovisuel diffusé par câble

La Cour suprême a posé un nouveau modèle pour la communication par voie de câble dans sa décision *Turner* rendue en 1994³³¹. Était en cause le *Cable Act* de 1992³³² qui, notamment³³³, oblige les câblo-opérateurs à offrir un accès aux chaînes hertziennes locales qui le souhaitent, qu'elles soient commerciales ou publiques³³⁴. La question principale qui se posait devant la Cour était de savoir si cette réglementation était ou non neutre sur le contenu. Comme nous le savons, en matière d'expression, si une réglementation s'attache directement au contenu du message disséminé, elle sera présumée inconstitutionnelle³³⁵. Les juges procéderont alors à un contrôle strict de constitutionnalité, et exigeront des pouvoirs publics la preuve de son caractère indispensable. En revanche, si la réglementation ne s'adresse pas directement au contenu, alors les juges se contenteront d'exercer le contrôle intermédiaire posé par la décision *O'Brien*³³⁶. Le sort du *Cable Act* dépendait donc de la caractérisation par la Cour du but de cette réglementation.

En l'espèce, la Cour suprême a jugé que le but du *Cable Act* était de permettre aux chaînes hertziennes qui le souhaitent d'être également diffusées par voie de câble. Ceci n'aurait aucune incidence sur le contenu de l'expression et ne constituerait pas une intrusion dans la liberté éditoriale des câblo-opérateurs. Cette loi serait donc neutre sur le contenu³³⁷.

Les arguments développés par la Cour dans cette décision sont particulièrement révélateurs de sur la conception de la liberté d'expression présidant l'audiovisuel hertzien et l'audiovisuel par câble. Le principal argument avancé était technique. La Cour reconnaissait que l'audiovisuel hertzien et l'audiovisuel par câble étaient séparés par des différences techniques

³³¹ *Turner Broadcasting Sys. Inc. v. Federal Communications Commission*, 512 US 622 (1994).

³³² *Cable Television Consumer Protection and Competition Act*, Pub. L. 102-385, 106 Stat. 1460.

³³³ Ces dispositions incluent également une réglementation du tarif prélevé par les câblo-opérateurs sur leurs clients, une interdiction de franchises exclusives entre eux et les municipalités, et des restrictions concernant les ententes entre les câblo-opérateurs et les producteurs de programmes pour le câble, voir Sunstein (C.), "The First Amendment in Cyberspace", précité, p. 1766.

³³⁴ Ces règles, appelées *must-carry rules*, proviennent des sections 4 et 5 de la loi, la première concernant les chaînes hertziennes commerciales, et la seconde, les chaînes d'éducation non commerciales.

³³⁵ Voir supra §1. A. 2. et C. 2.

³³⁶ *O'Brien v. United States*, précitée. Rappelons que selon cette décision, les auteurs de la réglementation devront dans ce cas prouver qu'ils poursuivent un intérêt public important, que la réglementation n'a pas pour but de supprimer une expression, et que la restriction incidente de la liberté d'expression ne dépasse pas ce qui est nécessaire à la poursuite de cet intérêt. Voir supra, §1. B. 2.

³³⁷ Néanmoins, quatre des juges la Cour ont exprimé une opinion dissidente, dont la juge O'Connor qui estimait que cette loi n'était pas neutre car elle visait à favoriser la programmation locale.

fondamentales. Le premier connaîtrait des limites physiques uniques : il existerait plus de candidats à la diffusion que de fréquences disponibles, une interférence serait possible entre les ondes - de sorte qu'un signal hertzien pourrait en brouiller un autre - et enfin, ces fréquences seraient limitées, rares. Ce sont ces considérations qui auraient conduit à la mise en place de contraintes sur les contenus audiovisuels ainsi que la mise en place d'obligations positives à l'encontre des opérateurs, mesures dont la Cour avait reconnu la constitutionnalité lors de sa décision *Red Lion*. De son côté, le câble ne connaîtrait pas les mêmes limitations physiques. Il n'existerait pas de possibilité d'interférence entre les signaux ni de rareté des fréquences. La télévision par câble offrirait aussi une plus grande diversité de programmation. Enfin, les câblo-opérateurs bénéficieraient d'un monopole dans l'accès à leur programmation par leurs abonnés, empêchant ainsi l'accès par ceux-ci aux programmes concurrents. Contrairement à la presse, les câblo-opérateurs pourraient réduire au silence leurs concurrents.

Le *Cable Act* avait pour vocation de sauvegarder l'existence de la télévision hertzienne menacée par la prégnance de la télévision par câble sur les téléspectateurs américains³³⁸. La Cour a validé les arguments avancés par le Congrès au soutien de sa législation, et surtout, de la télévision hertzienne. Le Congrès lui reconnaissait une valeur intrinsèque en estimant que les chaînes hertziennes contribuaient au système de communication de la nation. Elles seraient une source importante d'information publique au bénéfice des électeurs. Elles seraient également une source essentielle de distraction pour la population car 40% d'entre elle n'aurait pas souscrit au câble. Elles permettraient enfin de répondre à la nécessité d'assurer un accès à une programmation gratuite pour les récepteurs. La concurrence existante avec la télévision par câble grèverait l'audiovisuel hertzien sur le plan économique, menace que le *Cable Act* aurait pour vocation d'endiguer.

Le modèle de l'audiovisuel hertzien tel qu'il découle de la décision *Red Lion* est confirmé par le Congrès, suivi par la Cour suprême. Il en est de même du modèle de la presse que les opposants à la loi auraient voulu voir appliquer au câble. L'attachement au méta-principe de la démocratie notamment dans sa version participative³³⁹ comme fondement du régime de l'audiovisuel est rappelé. Il n'est donc pas question de revenir sur le régime juridique de l'audiovisuel. Chaque technologie de la communication fait l'objet d'un modèle propre du fait

³³⁸ Dans cette décision, la Cour note que 60% des foyers américains auraient souscrit à un service de télévision par câble.

³³⁹ Ce méta-principe vise, rappelons-le, à permettre l'information de l'électorat pour choisir ses gouvernants et les surveiller.

de l'accent mis sur certaines de ses caractéristiques techniques. Il en est déduit que chaque modèle serait porteur d'une valeur intrinsèque. Cette confusion entre des arguments technique et axiologique peut sembler surprenante. Les choix concernant les attributs techniques de chaque technologie sont à considérer ici comme une volonté de maintenir chaque médium de la communication dans le système juridique de la communication tel qu'il existe, chacun correspondant à un mode particulier de propagation des idées. Dans cette décision, la Cour suprême a refusé de discuter de la pertinence du critère de la rareté des fréquences hertziennes, pourtant souvent décrié comme techniquement désuet. Et plutôt que d'imposer aux câblo-opérateurs les mêmes contraintes qu'aux opérateurs des chaînes hertziennes, elle a jugé préférable de contraindre quelque peu les premiers afin de conserver le modèle de liberté d'expression existant pour les seconds, qui répondrait aux exigences du méta-principe de la démocratie. Le Congrès souhaitait par le *Cable Act* ne pas remettre en cause les critères qui fondent le régime juridique de l'audiovisuel, tout en permettant l'expansion des nouvelles technologies.

Cette décision *Turner*³⁴⁰ de même que la décision *Red Lion* s'attachent principalement à l'accès à l'audiovisuel, qu'il soit hertzien ou diffusé par voie de câble. Or, il serait réducteur de déduire une conception de la liberté d'expression aux États-Unis s'en s'attacher également aux règles posées pour ces médiums en matière de contenu de l'expression.

2. Les obligations liées au contenu de l'audiovisuel

Depuis le *Communications Act* de 1934, la *Federal Communications Commission* est compétente en matière de contrôle du contenu des programmations. Il lui appartient de se prononcer sur les renouvellements de licence, mais aussi de prendre des sanctions contre un opérateur qui diffuserait des propos jugés inconstitutionnels. La Cour suprême a eu l'occasion de valider l'ensemble des compétences de la F.C.C. quant au contenu des programmes diffusés à la radio et à la télévision.

³⁴⁰ Notons que cette décision a été confirmée par une décision du même nom rendue en 1997 par la Cour suprême : *Turner Broadcasting System, Inc. v. FCC*, 000 U.S. 95-992 (1997).

La décision clé de la Cour suprême à ce sujet a été rendue en 1978³⁴¹. Elle devait juger de la constitutionnalité d'une décision de la F.C.C. d'accepter les plaintes déposées par des auditeurs à l'encontre d'une radio – Pacifica - à l'occasion de la diffusion d'un programme d'un humoriste faisant une liste de mots grossiers, "Filthy Words". Une annonce avait été faite préalablement à la diffusion du programme afin de prévenir les auditeurs de son caractère éventuellement choquant. Mais cet avertissement ne fut pas entendu par un homme qui, allumant la radio dans sa voiture, entendit ce programme en présence de son fils. Outré par la nature des propos tenus, il se plaignit devant la F.C.C. qui reconnut le caractère indécent de cette programmation.

Il n'est point besoin ici de revenir sur les définitions de l'indécence et de l'obscénité posées par la Cour suprême³⁴². En l'espèce, la Cour a caractérisé les propos comme étant effectivement indécents car manifestement choquants, et a reconnu que ce type d'expression est protégé par le Premier amendement³⁴³. Ce qui nous intéresse ici, ce sont les raisons pour lesquelles la Cour a admis que la Commission pouvait censurer des propos pourtant constitutionnellement protégés. Les juges se sont appuyés sur des arguments axés sur les usages de l'audiovisuel par ses utilisateurs.

Parmi les nombreux usages de l'audiovisuel, la Cour en choisit deux d'entre eux. Tout d'abord, l'audiovisuel s'introduirait dans la vie de tous les américains, et notamment dans l'intimité de leurs foyers. Or, la Cour avait déjà jugé dans le passé que le droit des individus d'être laissés seuls dans leur foyer était supérieur au droit à liberté d'expression des intrus³⁴⁴. L'argument selon lequel il suffirait d'éteindre son poste afin d'éviter ce genre de programmation ne saurait donc être accueilli favorablement. Ensuite, l'audiovisuel serait accessible à tout moment aux enfants, même aux plus petits. Depuis longtemps, la Cour a reconnu l'intérêt des pouvoirs publics dans la promotion du bien-être de la jeunesse et du droit des parents d'exercer leur autorité en choisissant les expressions auxquelles ils souhaitent voir leurs enfants exposés³⁴⁵.

Les juges n'ont pas donné ici d'arguments découlant explicitement du Premier amendement. Toutefois, la référence faite à leur précédente décision *Red Lion* laisse aisément supposer que

³⁴¹ *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978).

³⁴² Voir supra.

³⁴³ *Ibid.*, pp. 744-748.

³⁴⁴ *Rowan v. U.S. Postoffice Dept.*, 397 U.S. 728 (1970), cité dans la décision *Pacifica*, p. 748.

³⁴⁵ *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968), cité dans la décision *Pacifica*, pp. 749-750.

la conception de la liberté d'expression qu'ils avaient alors dégagée est restée ici inchangée. Ceci est corroboré par le fait que les juges admettent qu'exprimé dans un contexte différent, ce monologue indécent n'aurait pu faire l'objet de limitations³⁴⁶. Ce serait donc les caractéristiques particulières de l'audiovisuel qui permettraient une interdiction de l'indécence.

Cette décision est à rapprocher d'une autre au cours de laquelle la Cour suprême avait à décider de la constitutionnalité de l'interdiction par le Congrès des messages téléphoniques indécents et obscènes, appelés "*dial-a-porn*"³⁴⁷. En plus de la confirmation de la décision *Pacifica* précédemment discutée, et de la définition du téléphone au regard de la liberté d'expression qu'elle fournit, la Cour discute des moyens techniques que les opérateurs de "téléphone rose" doivent mettre en œuvre afin d'empêcher l'accès à leurs services par des mineurs. Entre 1983 et 1988, la F.C.C. avait mis en place des réglementations afin que les opérateurs commerciaux de "téléphone rose" puissent exploiter leurs services à condition d'en empêcher l'accès aux mineurs. Ces réglementations avaient fait l'objet de deux décisions d'une Cour d'appel, qui en reconnut la constitutionnalité³⁴⁸ car elles permettaient aux opérateurs commerciaux de "téléphone rose" de ne pas être tenus pour responsables s'ils avaient mis en place un paiement par carte de crédit, ou par l'utilisation de codes d'accès, ou encore s'ils effectuaient un brouillage des messages, nécessitant pour les utilisateurs de ces services l'achat d'un décodeur. En 1988, le Congrès décida d'amender le *Communications Act*, imposant une interdiction totale des "téléphones roses", que le contenu soit obscène ou même indécent. Un opérateur en contesta la constitutionnalité et l'affaire parvint à la Cour suprême³⁴⁹ qui décida qu'il était loisible au législateur d'interdire les communications obscènes, mais qu'une telle interdiction ne pouvait être admise en matière de communications indécentes, protégées par le Premier amendement. En effet, la réglementation, voire l'interdiction d'une expression protégée ne pourrait être valide que si les pouvoirs publics démontraient qu'elle est construite de manière suffisamment étroite pour mettre en œuvre un intérêt légitime (en l'espèce la protection de l'enfance) sans nuire à la liberté d'expression. Or, d'après la Cour, ce n'était pas le cas en l'espèce. Par ailleurs, elle a distingué l'audiovisuel du téléphone sur le fait qu'il n'existerait pas d'audience captive sur ce dernier, et que l'accès à des conversations indécentes nécessiterait une démarche positive. Aussi, donner un coup de

³⁴⁶ *Pacifica*, p. 746.

³⁴⁷ *Sable Communications of California, Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

³⁴⁸ Court of Appeal for the Second Circuit, *Carlin Communications, Inc. v. FCC*, 749 F.2d 113 (1984), "*Carlin I*", et *Carlin Communications, Inc. v. FCC*, 787 F.2d 846 (1986), "*Carlin II*".

³⁴⁹ *Sable Communications of California, Inc., v. FCC*, précitée.

téléphone ne serait pas comme tourner le bouton de sa radio ; les régimes juridiques de ces deux médiums ne sauraient donc être semblables.

Enfin, les contenus diffusés par la télévision par câble n'ont pas non plus échappé aux réglementations. En 2000, c'est une autre disposition du *Telecommunications Act*³⁵⁰ qui fut portée devant la Cour suprême par un fournisseur de programmes "adultes" sur le câble³⁵¹. Il était imposé à ces fournisseurs de brouiller totalement la réception de ces programmes, de les bloquer totalement, ou bien de limiter leur diffusion à des heures pendant lesquelles les enfants ne seraient pas à l'écoute, à savoir entre vingt-deux heures et six heures. Or, il était avéré dans les faits que le brouillage des programmes était déjà mis en œuvre, mais que ce système était partiellement inefficace du fait de l'apparition sporadique d'images "en clair". Le but affirmé par le Congrès était ainsi de protéger les enfants du fait de ce dysfonctionnement technique. La Cour censura cette disposition dans la mesure où elle consistait selon elle en une restriction significative des possibilités de communication entre les opérateurs et des adultes désireux d'accéder à ces programmes. La possibilité offerte par la technologie du câble de bloquer le signal de chez soi était une alternative moins restrictive. Rappelons qu'en cas de réglementation sur le contenu, les tribunaux exigent que les mesures prises censurent le moins possible l'expression.

Ici encore, c'est un argument technique qui retient notre attention, de même que celui qui en découle, touchant à la liberté d'expression. D'après la Cour, la télévision par câble comporterait de caractéristiques techniques, qui, comme l'audiovisuel, poseraient des problèmes spécifiques³⁵². L'audiovisuel pourrait, et même devrait, être réglementé dans la mesure où les enfants peuvent être exposés à des programmes indécents chez eux et ce, sans l'autorisation de leurs parents. En revanche, et contrairement à l'audiovisuel, elle a considéré que le câble permettrait un blocage du contenu directement au niveau des postes récepteurs des abonnés. Cette capacité technologique aurait un avantage important au regard de la liberté d'expression. En effet, les parents pourraient ainsi décider par eux-mêmes des programmes regardés par leurs enfants. Ce droit découle d'une conception de la liberté d'expression fondée sur le fait que les opinions et jugements esthétiques et moraux sur l'art et la littérature ne peuvent être décrétés par les pouvoirs publics, mais décidés par chacun. La technologie

³⁵⁰ Il s'agissait du §505 du *Telecommunications Act* de 1996, Pub. L. 104-104, 110 Stat. 136, 47 U.S.C. §561 (1994 ed., Supp. III).

³⁵¹ *United States v. Playboy Entertainment Group, Inc.*, 000 U.S. 98-1682 (2000).

³⁵² *Ibid.*, pp. 6-11.

étendrait cette capacité de choix, capacité qui serait réduite à néant si les pouvoirs publics se permettaient d'effectuer ces choix à la place des individus.

C'est donc cette fois le libre choix individuel qui fonde la liberté d'expression sur le câble, du moins en ce qui concerne le droit pour chacun d'accéder à la programmation de son choix. Cette décision est la parfaite illustration de l'application de la théorie de Mill à l'égard du pluralisme, et dont s'est inspiré Thomas Scanlon pour bâtir sa théorie de l'autonomie morale de l'audience³⁵³. Chacun devrait disposer de l'accès à l'ensemble des moyens de communication disponibles. Les pouvoirs publics ne sauraient en aucun cas aliéner ces possibilités expressives, ni même réglementer l'accès aux expressions les plus choquantes ou les plus révoltantes.

Selon la Cour, hormis l'internet³⁵⁴, le câble serait la technologie qui permettrait la plus grande liberté d'expression, et notamment celle des individus récepteurs. Dans les différentes décisions rendues par la Cour à propos du câble, il ressort une méfiance particulière à l'égard des réglementations dès lors qu'elles touchent à l'expression. En filigrane, on peut aisément déceler une croyance dans le progrès, et surtout dans ses avantages, notamment en termes de liberté d'expression. Il serait essentiel de laisser la technologie se développer car légiférer trop vite reviendrait à la contraindre inutilement, voire la figer. La conception américaine actuelle de la liberté d'expression repose sur l'idée de la nécessité de laisser s'épanouir les nouvelles possibilités techniques d'expression.

³⁵³ Voir supra, Titre I, Chapitre I. Les conceptions possibles de la liberté d'expression.

³⁵⁴ Nous verrons ceci plus loin, Partie I, Titre II.

Conclusion de la Section II

Aux États-Unis, il n'existe ainsi pas une seule conception de la liberté d'expression, mais plusieurs³⁵⁵. Toutefois, la découverte de ces conceptions passe par l'étude de la méthodologie du Premier amendement américain, qui est particulièrement élaborée. L'ensemble des contours de la liberté d'expression est pris en compte, de sorte qu'aucun point théorique n'échappe à l'analyse des acteurs juridiques.

Nous avons vu que l'énoncé du Premier amendement n'est absolutiste qu'en apparence. Dès le début du siècle dernier, les juges de la Cour suprême l'ont interprété comme un principe intrinsèquement limité, notamment sur la base du principe du dommage. La liberté d'expression se définit donc aux États-Unis par ses fondements, mais également par ses limites.

L'étude des contours de la protection de la liberté d'expression nous permet de comprendre la méthodologie générale proposée par la doctrine ou celle utilisée par la Cour suprême afin de résoudre les problèmes liés à l'activité expressive. Mais elle ne nous renseigne pas sur les fondements de la liberté d'expression. En revanche, l'analyse des règles posées en matière de presse et d'audiovisuel nous permet de dégager deux conceptions propres à chacun d'entre eux.

Le modèle de la presse est justifié par le méta-principe de la démocratie dans sa version délibérative. La presse institutionnalisée permet l'information des citoyens sur les affaires publiques, et la reconnaissance de la liberté éditoriale en est une des garanties essentielles. Ce modèle s'accommode de plus d'une justification sur le fondement du marché libre des idées. Celui-ci conduit à protéger, en plus de l'expression sur les affaires publiques, les énoncés erronés que pourraient véhiculer par la presse. De tels énoncés seraient nécessaires à la constitution d'un espace de liberté essentiel, un "breathing space". Du même coup, on s'aperçoit que la liberté de la presse consacrée dans l'énoncé même du Premier amendement

³⁵⁵ L'étude des contenus de l'expression nous aurait probablement montré que chacun d'entre eux fait l'objet d'une protection fondée sur un méta-principe différent et spécifique. Cette étude n'est toutefois pas nécessaire pour affirmer qu'aux États-Unis, il n'existe pas une, mais plusieurs conceptions de la liberté d'expression.

est un principe coextensif du principe de la liberté d'expression. Le principe de la liberté de la presse est justifié par des valeurs soutenant le principe de la liberté d'expression, et la presse ne dispose pas de garanties supérieures à celles dont bénéficient les individus.

Le modèle de l'audiovisuel concerne l'audiovisuel hertzien et l'audiovisuel diffusé par câble. Les arguments techniques prédominent dans l'existence de ce modèle. Les caractéristiques techniques sont posées, et permettent l'énoncé d'arguments téléologico-évaluatifs à l'origine des contraintes posées. Ces arguments montrent un attachement pour le méta-principe de la démocratie dans sa version participative. Il est de cette façon essentiel d'imposer des obligations aux opérateurs afin que le débat public existe et qu'il soit exposé de manière équitable – ce qui est appelé la *Fairness Doctrine*. La jurisprudence *Red Lion* de la Cour suprême, avalisant cette théorie, a également trouvé à s'appliquer à la réglementation des contenus audiovisuels. Ainsi, la rareté des fréquences hertziennes jointe au caractère intrusif de l'audiovisuel sont à la base d'une liberté d'expression réduite pour ce médium. Le méta-principe de la démocratie dans sa version participative justifie une telle réduction.

Ce modèle a été imposé pareillement au câble. Le régime juridique du câble est également bâti sur des arguments techniques desquels sont tirés des arguments téléologico-évaluatifs sur les règles à poser. Toutefois, il ressort des règles posées pour le câble une conception de la liberté d'expression différente de celle de l'audiovisuel hertzien, et qui devrait s'étendre à l'ensemble des nouvelles technologies de la communication. Il est d'ailleurs souvent affirmé que le câble fait l'objet d'un modèle à part, un troisième modèle de la liberté d'expression. Il s'appuierait toujours sur le méta-principe de la démocratie dans sa version participative, mais les juges de la Cour suprême ont admis que cette technologie augmentait la liberté de choix des individus. Le méta-principe du développement individuel justifie donc ce modèle, en plus de celui de la démocratie.

Conclusion du Titre préliminaire

Le principe de la liberté d'expression peut être envisagé selon deux approches théoriques. La liberté d'expression peut être considérée soit comme un moyen au service d'une autre fin – par le respect des valeurs de la quête de la vérité ou de la démocratie, soit comme une fin en soi, par le respect de la valeur du développement individuel pris au sens large. Ce principe est donc indépendant du principe de la liberté. Il fait l'objet de dispositions spécifiques et il est soutenu par des valeurs qui lui sont propres.

Il existe une certaine similitude dans les conceptions de la liberté d'expression en France et aux États-Unis. Ainsi, la presse institutionnalisée est protégée dans ces deux pays sur le fondement du méta-principe de la démocratie dans sa version participative. La presse devrait être garantie car elle permet à chacun d'être informé sur les affaires publiques, de se faire une opinion et de contrôler ainsi les gouvernants. Toutefois, aux États-Unis, la liberté de la presse est renforcée grâce au respect du méta-principe de la vérité dans sa variante du marché libre des idées. Des énoncés erronés peuvent être publiés, l'erreur étant considérée comme inhérente aux débats publics. Par ailleurs, en France, le Conseil constitutionnel a restreint la liberté de la presse institutionnalisée en reconnaissant l'intérêt des lecteurs. Pour ce faire, il s'est fondé sur le respect du pluralisme de l'information dans sa version millienne, valeur qui se retrouve aussi bien dans le méta-principe de la démocratie dans sa version intrinsèque que dans le principe de la liberté de choix découlant de celui du développement individuel au sens large.

Dans ces deux pays, l'audiovisuel est la technologie qui fait l'objet de la liberté d'expression la plus restreinte. L'ensemble des contraintes imposées à l'audiovisuel s'appuie sur une stratégie argumentative similaire. Il s'agit tout d'abord pour les acteurs juridiques de déterminer les limitations techniques supposées de cette technologie, puis de fonder l'existence d'un régime juridique assorti de contraintes par des arguments téléologico-évaluatifs. Cette restriction dans la liberté d'expression de l'audiovisuel est fondée à l'origine - et dans les deux cas - sur la valeur de la démocratie dans sa version participative. Puis, lors de la libéralisation de ce support en France, le Conseil constitutionnel s'est basé de nouveau sur l'intérêt des

télespectateurs et la valeur du pluralisme pour limiter la liberté d'expression sur l'audiovisuel. Aux États-Unis, l'évolution technologique de ce support a conduit les acteurs juridiques à se tourner aussi vers l'intérêt du public, mais de manière différente. Ainsi, l'avènement juridique de l'audiovisuel diffusé par voie de câble a donné naissance à un nouveau modèle de liberté d'expression. La Cour suprême reconnaît d'une part que le méta-principe de la démocratie dans sa version participative impose la mise en place d'obligations aux câblo-opérateurs. D'autre part, s'appuyant une fois encore sur une stratégie argumentative faisant découler des arguments téléologico-évaluatifs d'argument techniques, elle reconnaît la liberté de choix des télespectateurs. Cette liberté serait permise par la technologie elle-même, ce qui amène la Cour à juger que le respect de cette valeur impose de ne pas trop la restreindre. Les réglementations risqueraient d'aller à l'encontre du développement d'une technologie qui permettrait l'application d'une valeur contenue dans le Premier amendement. Cette position de la Cour laisse supposer qu'il existerait une nouvelle conception de la liberté d'expression spécifique aux nouvelles technologies de la communication.

Dans les deux pays étudiés, il existe une conception de la liberté d'expression particulière à chaque support de la communication. Pourtant, en France, les acteurs juridiques, et surtout le Conseil constitutionnel, imposent une conception unique de la liberté d'expression, fondée sur le méta-principe de la démocratie, principalement dans sa version participative, mais également dans sa version intrinsèque, manifestée par le respect du pluralisme. La situation est très différente aux États-Unis où le Premier amendement fait l'objet d'interprétations très différentes. Il existe dans ce pays une multitude de conceptions de la liberté d'expression. L'avènement juridique de l'internet conduira-t-il à l'émergence d'une nouvelle conception ?

PARTIE I.

LA RECHERCHE DES FONDEMENTS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LES RÉGLEMENTATIONS DE L'INTERNET

Le principe de la liberté d'expression repose sur différents fondements théoriques, quête de la vérité, démocratie, ou encore développement individuel. Les systèmes juridiques français et américain comportent chacun une disposition constitutionnelle obligeant au respect de principe. Toutefois, sa signification varie en fonction de ses applications. Ainsi, on s'aperçoit que dans les droits positifs, il n'existe pas un mais plusieurs fondements à la liberté d'expression.

Depuis l'apparition de l'audiovisuel, les systèmes de droit de la communication français et américains n'avaient pas subi de changements majeurs. Deux régimes principaux se distinguaient, ceux de la presse et de l'audiovisuel, et chacun était construit sur des fondements différents. Or, l'entrée de l'internet sur les scènes juridiques a entraîné de nombreux questionnements sur la place à lui accorder dans les droits positifs. Les capacités d'expression inédites permises par cette nouvelle technologie et ses caractéristiques techniques singulières ont été perçues comme des défis à la régulation étatique traditionnelle. Fallait-il renoncer à encadrer juridiquement ce support selon les méthodes classiques de création de normes ? Au contraire, fallait-il l'intégrer dans les systèmes juridiques ? De nombreux scénarii ont été imaginés, de sorte qu'il est possible de dégager les constructions juridiques possibles d'un régime pour l'internet au travers de l'analyse des discours tenus par les acteurs juridiques (Chapitre préliminaire). Parmi les nombreuses constructions possibles, nous verrons celles mises en place en France (Titre I) puis aux États-Unis (Titre II). De cette façon, nous tenterons de dégager les fondements de la liberté d'expression sur l'internet dans les réglementations des deux pays étudiés.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE.

LES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES POSSIBLES DE L'INTERNET

L'internet suscite la perplexité. Depuis plusieurs années, en France et aux États-Unis, le régime juridique à construire fait l'objet d'une interrogation récurrente. Un certain nombre d'arguments quant à la nature juridique de cette nouvelle technologie ont été proposés en même temps que cette dernière connaissait une réelle expansion. C'est d'abord sur le thème de la responsabilité des acteurs que la question de la nature de l'internet s'est posée³⁵⁶. Mais comment répartir les responsabilités si l'on n'a pas décidé ce qu'est juridiquement l'internet ? Est-ce un nouvel espace de communication, distinct du monde réel ? Au contraire, cette technologie est-elle comparable à la presse ou à l'audiovisuel ? Dans ce cas, comment adapter le droit existant à ce nouveau support de la communication ? Enfin, l'internet n'est-il qu'un support de plus de la communication qu'il faudrait doter de règles propres ?

La question de la nature juridique de ce nouveau support de la communication s'est posée avec acuité. La définition qui lui sera donnée conditionnera son régime juridique. Toutefois, afin de bien comprendre les enjeux de la détermination d'une telle définition, et notamment de sa signification en termes de liberté d'expression, il faut nous placer plus en amont, au niveau non pas des inférences choisies, mais des prémisses qui déterminent ces choix. Ces prémisses sont développées dans les argumentations des acteurs juridiques – doctrine, juges, législateur – mais aussi d'acteurs non juridiques tels que les associations de veille juridique amenées à donner régulièrement leur avis aux pouvoirs publics concernant le droit à élaborer pour l'internet.

Pour déterminer les constructions juridiques possibles de l'internet, il est utile d'analyser les discours portant sur ce médium lui-même par le biais de la méthodologie de l'interprétation

³⁵⁶ La question de la responsabilité sur l'internet a été la première à se poser dès lors que ce support de la communication peut – comme tout autre – être le vecteur de la violation de droits ou de l'ordre public. Dès les premières affaires s'est posée l'épineuse question de la répartition des responsabilités entre l'auteur du contenu illicite et l'ensemble des intermédiaires techniques ayant contribué à sa diffusion. La seconde partie de notre travail y sera consacrée.

juridique³⁵⁷. Celle-ci, qui regroupe les arguments interprétatifs servant à justifier le sens donné aux dispositions et institutions juridiques, peut toutefois être détournée de sa vocation première et s'appliquer plus généralement à un objet juridique qui ne serait ni un texte ni une institution juridiques³⁵⁸.

Dans le débat quant à la nature juridique à donner à l'internet, deux stratégies argumentatives s'affrontent. La première, téléologico-évaluative, consiste à déterminer une fonction objective de l'internet pour en déduire qu'il existe un vide juridique formel, ou du moins une inadaptation des modes de réglementation traditionnels face à l'internet. Cette approche fonctionnelle de l'internet se couple d'une autre, axiologique, par laquelle les auteurs supposent que la technologie est porteuse de valeurs qui conditionneraient sa réglementation (Section I). La seconde stratégie argumentative est systémique et reconnaît seulement que le droit doit être adapté afin de combler d'éventuels vides juridiques matériels pouvant apparaître dans des domaines particuliers (Section II). L'analyse de ces stratégies doit être couplée avec une étude sémiotique. Comme nous allons le voir, les différentes propositions font appel à un type de vocabulaire dont il s'agira de retrouver le sens selon le contexte.

³⁵⁷ La typologie des argumentations qui trouve le mieux à s'appliquer ici est celle proposée par le professeur MacCormick dans "Argumentation et interprétation en droit", in Amselek (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1995, pp. 213-226. L'auteur distingue trois grandes catégories d'arguments interprétatifs : linguistiques, systémiques et téléologiques/déontologiques. Toutefois, à la dernière catégorie, nous avons préféré celle des arguments téléologico-évaluatifs telle que proposée par le même auteur dans un article collectif : Bankowski (Z.), MacCormick (N.D.), Summers (R.S.) et Wroblewski (J.), "On Method and Methodology", in MacCormick (N.D.) et Summers (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991, pp. 9-27. Elle permet, à notre sens, de mieux mettre en évidence la catégorie d'arguments qui sont fonctionnels et axiologiques. Voir notre introduction.

³⁵⁸ Voir notre introduction.

SECTION I.

LES DISCOURS TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIFS À PROPOS DE L'INTERNET

Poursuivre une argumentation téléologique en droit consiste à attribuer à une institution juridique une fonction propre et objective, et à lui octroyer un rôle spécifique par rapport aux autres phénomènes juridiques³⁵⁹. On recherche ainsi une fin ou un but, ce qui présuppose une évaluation de ce but. Un raisonnement téléologique est donc aussi axiologique³⁶⁰.

Parmi les différentes propositions quant au régime juridique à élaborer pour l'internet, deux d'entre elles sont formulées à l'aide d'une série d'arguments téléologico-évaluatifs. Une première proposition énonce que l'internet est plus qu'un nouveau médium de communication; il est en fait un nouveau monde, le *cyberespace*, qui devrait être régi par ses propres règles indépendantes de celles qui existent dans ce qui est appelé le "monde réel" (§1.). Une seconde proposition utilise la nouveauté créée par l'internet afin de remettre en cause les modes traditionnels de production et d'application du droit, de même que les sources du droit (§2.).

À l'appui de ces argumentations, le concept de vide juridique est instrumentalisé de façon à justifier que l'internet soit effectivement isolé des systèmes juridiques existants (paragraphe préliminaire).

³⁵⁹ Voir sur ce point Champeil-Desplats (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République- Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Economica, Paris, p.72, décrivant l'interprétation fonctionnelle ou téléologique.

³⁶⁰ MacCormick (N.D.), "Argumentation et interprétation en droit", précité, p. 214.

Paragraphe préliminaire. Sur le concept de vide juridique

Un certain nombre de réponses ont été apportées aussi bien en France qu'aux États-Unis quant aux règles à appliquer à l'internet. On pourrait croire à présent épuisés les arguments de type libertaire instrumentalisant l'idée de l'existence d'un vide juridique sur l'internet afin d'extraire la réglementation de ce support des systèmes juridiques dits "classiques" – voire "obsolètes", mais il n'en est rien. Avec l'apparition de chaque nouvel usage, ces interrogations ressurgissent³⁶¹, et on voit réapparaître de manière récurrente le débat sur l'existence – ou non – d'un vide juridique dans ce domaine. L'étude des différents discours tenus à ce sujet par les acteurs juridiques comme par les acteurs non juridiques fait ressortir que ce concept de "vide juridique" est utilisé pour deux objectifs principaux : il sert parfois d'instrument à l'appui de thèses libertaires visant, par une dénonciation de l'inefficacité postulée des systèmes juridiques existants face à l'internet, à créer un système de règles propres à ce médium *sui generis*. D'autres fois, ce concept est utilisé de manière négative afin de mettre en avant la complétude du système juridique. Le droit ne devrait au mieux faire l'objet que d'une adaptation pour intégrer cette nouvelle technologie. Avant de voir le détail de ces deux types de discours, il nous paraît utile de nous arrêter un instant sur ce concept de "vide juridique".

En droit français, il n'existe pas de vide juridique au sens formel³⁶². L'article 4 du Code civil interdit au juge de s'abstenir de rendre une décision sous prétexte de silence, d'obscurité ou d'insuffisance de la loi. Interprété de manière systémique, l'article 4 postule la clôture du système juridique. En effet, l'article 5 du même code, qui interdit les arrêts de règlements, prohibe au juge de se comporter comme un législateur. Remplir les vides juridiques serait de la compétence du seul législateur.

Mais, la clôture du système juridique s'accommode de nombreux vides juridiques matériels qu'il appartient au législateur de combler, mais parfois aussi au juge lorsqu'il se trouve confronté à un vide technique résultant de l'absence de règle de droit concrète³⁶³, ce qui est

³⁶¹ Par exemple, ce vide juridique avait été dénoncé en France en 1996 par des éditeurs anxieux quant au devenir de leur profession, "Le livre, du papier au plastique", *Le Monde* 25 mars 1996, p. 26, et il l'était encore plus récemment devant l'expansion des casinos en ligne, "Internet, nouvelle machine à sous", *Le Monde*, 25 juin 2001, p. 2.

³⁶² Troper (M.), Grzegorzcyk (Chr.), Gardies (J.-L.), "Statutory Interpretation in France", in MacCormick (N.) et Summers (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, précité, notamment pp. 175-179.

³⁶³ *Ibid.*, p. 177.

d'ailleurs souvent le cas lors des litiges dans lesquels l'internet est en cause, comme nous le verrons plus loin. Il faut ajouter qu'il est courant de la part des juges français de déguiser l'opération par laquelle ils remplissent un de ces vides en une opération d'interprétation de la règle de droit³⁶⁴. Or, ces opérations se situent à deux niveaux différents. En effet, l'interprétation, qui est une opération intellectuelle - ou cognitive - basée sur un texte, vise à lui conférer sa signification correcte, et est antérieure à toute opération visant à combler un vide juridique. Ainsi, l'affirmation de l'existence d'un vide juridique ne peut intervenir qu'après interprétation, et elle consiste en une application du droit si elle provient d'un juge, ou en une création du droit si elle est faite par le législateur³⁶⁵.

En revanche, il est admis en droit américain que les juges puissent se trouver dans certaines circonstances où aucune règle juridique ne trouve à s'appliquer. Le raisonnement adopté alors par les acteurs juridiques consiste à rapprocher le fait nouveau d'un phénomène déjà appréhendé par le droit, à décider que le premier *est comme* le second. Il s'agit d'un raisonnement par analogie, qui consiste à assimiler des structures, de sorte que A est à B ce que C est à D³⁶⁶. Cependant, si l'utilisation par les acteurs juridiques du raisonnement par analogie implique forcément la reconnaissance de l'existence de vides juridiques matériels, cela ne veut pas dire pour autant que soit reconnue celle de vides juridiques formels. Dans le cas de l'internet, nous considérerons que la proposition consistant à affirmer l'existence de vides juridiques ne se réfère qu'à des vides juridiques matériels. Toutefois, en France comme aux États-Unis, certains discours laissent supposer que les systèmes juridiques existants ne disposent pas en eux des ressources juridiques suffisantes pour régler de manière satisfaisante les problèmes de droit que pose l'internet, allant même jusqu'à remettre en cause les processus de création et d'application du droit.

§1. L'internet, un espace autonome

Comment peut-on justifier que l'internet constitue un monde à part ? Peut-on concevoir la création d'un système normatif différent de ceux existants ? L'argumentation qui consiste à considérer l'internet comme un espace autonome du "monde réel" (A.) se fonde sur une

³⁶⁴ *Ibid.*

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ Perelman (C.) et Olbrechts-Tyteca (L.), *Traité de l'argumentation*, Editions de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 2000, p. 500.

conception absolutiste de la liberté d'expression, dans laquelle aucune limitation du processus de communication n'est souhaitable (B.).

A. L'argumentation de l'autonomie de l'internet

Dans le débat relatif à la nature juridique à donner à l'internet, deux stratégies argumentatives s'affrontent. Celle que nous étudions ici est celle qui consiste à instrumentaliser le concept de vide juridique - de manière explicite ou implicite – afin de le placer au centre d'une argumentation visant à soustraire l'internet aux réglementations étatiques existantes, et de lui appliquer des règles propres inédites. Il est supposé que du fait de sa nouveauté, aucune des règles de droit existantes ne peut s'appliquer à l'internet ; il y aurait un vide juridique formel, une absence de règles régissant tout ou partie de la matière. Ce nouveau médium ne ressemblerait à aucune des techniques existantes de la communication ; il serait tout simplement un nouvel espace de communication, un monde virtuel affranchi des contraintes du monde réel.

Cette stratégie se base sur des propositions se situant à différents degrés, allant de la proclamation de l'indépendance du *cyberespace* à l'avènement d'une *lex electronica*, qui s'ajouterait aux droits nationaux existants. L'analyse de ces propositions doit être couplée avec une étude sémiotique. Comme nous allons le voir, elles font appel à un type de vocabulaire dont il s'agira de retrouver le sens selon le contexte de leur utilisation.

Le terme de *cyberespace*, dont l'utilisation est à présent banalisée aussi bien par le grand public que par les acteurs juridiques eux-mêmes, est d'abord apparu dans des romans de science fiction américains³⁶⁷. On doit sa diffusion aux fondateurs de l'*Electronic Frontier Foundation*³⁶⁸, une importante association américaine de défense des droits sur l'internet³⁶⁹. Ce terme de *cyberespace* a été utilisé dans la première génération de théories concernant la

³⁶⁷ Les auteurs ont repris ici le terme inventé au début des années 1980 par l'auteur de science fiction William Gibson. Ils ont étendu cette métaphore afin de décrire le lieu où les interactions en ligne prennent place. Voir Shapiro (A.L.), "The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code", *Seton Hall Constitutional Law Journal*, 1998, vol. 8, pp. 703-723, notamment notes n°1 et 2.

³⁶⁸ Le site web de l'*Electronic Frontier Foundation* (EFF) se trouve à l'adresse suivante : <http://www.eff.org>.

³⁶⁹ Le texte majeur et largement cité encore par une partie de la doctrine américaine est le suivant : Barlow (J. P.), *A Cyberspace Independence Declaration*, 1996, en ligne à l'adresse suivante : <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>. Cette déclaration a été précédée d'un autre texte, moins connu, rédigé conjointement avec Mitchell Kapor, intitulé *Accross the Electronic Frontier*, http://www.eff.org/Misc/EFF/?f=electronic_frontier.eff.txt.

nature juridique de l'internet visant à construire une fonction spécifique à cette technologie³⁷⁰, celle d'un monde à part, transfrontalier et immatériel, nécessairement coupé du monde réel. L'internet serait plus qu'un simple support de communication ; il permettrait de pénétrer dans un espace particulier, un monde virtuel, le *cyberespace*, "métaphore [...] qui nous renvoie [...] au concept d'espace infini [...]"³⁷¹. Le *cyberespace* est ici perçu comme un nouveau monde, dans lequel vivraient des personnes dotées d'attributs caractéristiques comme le nom ou la propriété. Ses frontières seraient constituées d'écrans et de mots de passe³⁷². Le terme de *cyberespace* a ici une signification *latissimo sensu*, c'est-à-dire qu'il doit être entendu comme "l'idéologie, l'ensemble des croyances et des valeurs qui [les] inspirent ou la conception du monde qu'il[s] exprime[nt]"³⁷³. La proposition centrale de ces théories fonctionnalistes est que les règles juridiques existantes ne peuvent, dans leur ensemble, être appliquées à l'internet. Les États n'ont donc pas de légitimité à le réglementer. La possibilité de construire un modèle social de type radicalement nouveau dans cet espace virtuel distinct du monde réel est dès lors postulée.

Le recours au concept de *cyberespace* sert à en introduire un autre, celui de *gouvernance*³⁷⁴. La *gouvernance* à un sens particulier ici : elle doit s'entendre comme l'élaboration collective par les utilisateurs de leurs propres règles et d'un système de résolution des conflits. Par l'exercice de leur liberté de choix entre les différentes structures techniques qui s'offrent à eux, ils adopteraient celles qui leur conviennent le mieux³⁷⁵. Les règles seraient ainsi produites "du bas vers le haut"³⁷⁶, et la flexibilité de ce mode de production normative est considérée comme une avancée sociale.

³⁷⁰ Cf Netanel (N.W.), "Cyberspace 2.0", *Texas Law Review*, 2000, vol. 79, pp. 447-491, p. 448 ; l'auteur définit cette première génération de théoriciens comme des utopistes.

³⁷¹ Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques", <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>, qui compare cette vision du cyberespace avec l'étendue maritime.

³⁷² Johnson (D. R.) et Post (D. G.) Post, "Law and Borders; The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, 1995-96, vol. 48, pp. 1367-1402.

³⁷³ Troper (M.), "La déclaration des droits de l'homme et du citoyen en 1789", in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, Coll. Léviathan, 1994, p. 319.

³⁷⁴ Le concept de gouvernance, largement utilisé de nos jours, et ce dans tous les domaines relatifs à la prise de décision politique comme juridique, est apparu en tout premier lieu dans le cadre des nouvelles technologies de la communication, et surtout de l'internet. Ses définitions, multiples, sont contingentes du cadre dans lequel il est employé. Dans le domaine de l'internet, le terrain d'élection de cette terminologie est l'attribution de noms de domaine qui se fait dans une structure à présent reconnue juridiquement qui est l'ICANN.

³⁷⁵ Post (D. G.), "Anarchy, State and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", *Journal of Online Law*, 1995, article 3, disponible à l'adresse suivante : <http://www.wm.edu/law/publications/jol/articles/post.shtml> où l'auteur a initié une véritable étude des règles à appliquer à l'internet, en mettant en parallèle les mécanismes traditionnels de production du droit et de sanctions avec les caractéristiques techniques de l'internet.

³⁷⁶ Ou *bottom-up regulation* selon la terminologie anglophone.

Le *cyberespace* serait ainsi construit par opposition aux systèmes étatiques dans lesquels les règles procèdent traditionnellement de gouvernants élus par le peuple au nom d'un accord social en ce sens³⁷⁷. Ainsi, les tentatives des États de réglementer le *cyberespace* sont dénoncées comme futiles. Elles seraient également inutiles dans la mesure où les utilisateurs seraient toujours aptes à déjouer les contraintes imposées par les pouvoirs publics, situés inéluctablement à l'extérieur du *cyberespace*. Les utilisateurs parviendraient toujours à échapper aux formes de contrôle que nous connaissons à l'intérieur des systèmes étatiques grâce au caractère décentralisé du réseau. L'intervention des pouvoirs publics - appartenant au monde réel - est même parfois perçue comme indésirable et qualifiée de colonialiste³⁷⁸. Le réseau ne pourrait donc être gouverné que par des règles produites par des décisions individuelles internes à cet espace.

Les plus radicaux de ces théoriciens de l'internet sont allés jusqu'à affirmer que les utilisateurs du *cyberespace* auraient formé entre eux leur propre contrat social³⁷⁹. Dès lors qu'un tel consensus est postulé, il devient logique de considérer que les principes fondateurs de nos systèmes juridiques, telles l'égalité ou la liberté d'expression, desquels dérive l'ensemble des normes juridiques, ne sont pas forcément applicables à ce nouveau monde³⁸⁰, sans d'ailleurs que soit précisée la nature des principes du *cyberespace*. Des institutions juridiques devraient dès lors être spécifiquement créées³⁸¹. Elles auraient pour tâche d'édicter des normes nécessaires à la protection de la technologie contre les malversations dont elles pourraient

³⁷⁷ C'est ce qu'affirment les auteurs de telles thèses. Notre propos est simplement descriptif, nous ne nous rallions pas à l'idéologie du contrat social.

³⁷⁸ Barlow (J.P.), précité.

³⁷⁹ Barlow (J.P.), *A Cyberspace Independence Declaration*, précité.

³⁸⁰ Johnson (D. R.) et Post (D. G.) Post, "Law and Borders; The Rise of Law in Cyberspace", précité, p. 1401 et s.

³⁸¹ Ce fut d'ailleurs le cas en 1996 lorsque plusieurs de ces auteurs fonctionnalistes décidèrent de créer un tribunal spécifique pour l'internet, le *Virtual Magistrate* (dont le site se trouve à l'adresse suivante : <http://www.vmag.org>, sous l'égide de l'*Illinois Institute of Technology*. Il s'agit d'un programme d'arbitrage destiné à la résolution des conflits surgissant du fait d'envoi de messages, de fichiers ou de courriers en ligne. Le cas échéant, un arbitre est nommé et propose des solutions au litige. Le programme est encore expérimental et n'a pas une activité débordante. La seule décision connue a été rendue en mai 1996 et demandait au fournisseur de services AOL de retirer d'un groupe de discussion un message proposant la vente d'adresses électroniques d'internautes à des fins commerciales.

De même, comme nous le verrons lorsque nous étudierons la réglementation de l'internet aux Etats-Unis, certaines institutions ont été créées par le Gouvernement américain et appliquent le concept de gouvernance tel que nous venons de le décrire. Il s'agit plus spécifiquement des instances relatives à l'attribution des noms de domaines, adresses I.P. (Internet Protocol) et aux protocoles. La plus significative est l'ICANN (*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*), créée en 1998.

faire l'objet. Par exemple, les U.R.L.³⁸² devraient être protégées contre leur confiscation ou leur détournement. Certains auteurs concèdent que ces institutions pourraient également imposer aux utilisateurs concernés de signaler les contenus pornographiques, ou encore de trouver les moyens de redresser les atteintes potentielles faites à la réputation³⁸³. Mais, dès lors que des institutions juridiques seraient créées, qu'advierait-il de ce mode spécifique de régulation "du bas vers le haut" ? Ne reviendrait-on pas à un mode de production normative classique ? Les auteurs restent muets sur ce point.

Les contradictions et incohérences de cette argumentation sont nombreuses. Ainsi, la coexistence du monde réel avec le monde virtuel, le refus de toute interaction entre eux par la mise en place de frontières hermétiques, et le dédoublement identitaire des utilisateurs de l'internet, pourraient non seulement aboutir à une schizophrénie invivable en pratique, mais, de plus, occulter le fait que leurs comportements en ligne ont des répercussions effectives dans le monde réel. Les auteurs reconnaissent d'ailleurs qu'un certain nombre de règles pourraient être effectivement appliquées à l'internet³⁸⁴, tout en restant réticents à cette idée. Dès lors, le vide juridique formel invoqué à l'appui des revendications visant à extraire l'internet des systèmes étatiques est postulé et non démontré. La prémisse réelle de ces revendications n'est donc pas la différence fondamentale qui existerait entre monde réel et *cyberespace*, ni la peur qu'inspirerait ce nouveau monde, mais plutôt l'insatisfaction ressentie par ces auteurs à l'égard du monde dans lequel ils vivent. C'est parce qu'ils veulent se soustraire aux règles existantes, du moins lorsqu'ils communiquent en ligne, que les auteurs tentent de construire une fonction particulière pour l'internet. Le postulat de l'existence d'un vide juridique formel est lié à leur conception axiologique du fonctionnement de l'État et du droit. Considérer l'internet comme un monde à part revient également à considérer que l'expression devrait circuler sans contraintes.

³⁸² *Universal Ressource Locator* : "syntaxe informatique du web indiquant la localisation d'une ressource ou d'une page Internet (par exemple : <http://www.foruminternet.org>)", Rapport du Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, précité, p. 255.

³⁸³ Johnson (D. R.) et Post (D. G.), "Law and Borders; The Rise of Law in Cyberspace", précités, p. 1402. Les auteurs estiment à propos de la diffamation que lorsqu'elle a lieu dans le *cyberespace*, elle serait de nature nécessairement différente que dans le monde réel, que le dommage serait causé non à une personne mais à son identité en ligne, ce qui n'emporterait pas les mêmes désagréments. Ce raisonnement est hasardeux, car l'identité utilisée en ligne n'est pas, pour la plupart des utilisateurs, distincte de celle qui les caractérise lorsqu'ils se déconnectent.

³⁸⁴ Cette reconnaissance est décrite par Netanel (N. W.), "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", *California Law Review*, vol. 88, 2000, pp. 394-448, p. 448.

B. Une conception absolutiste de la liberté d'expression

La stratégie argumentative visant à conférer à l'internet une fonction singulière de monde à part, nécessairement indépendant des systèmes juridiques existants, embrasse souvent une conception absolutiste de la liberté d'expression, où aucune limitation de l'activité expressive n'est acceptée. Deux variantes peuvent être distinguées³⁸⁵. D'un côté, la variante "moniste" met l'accent sur un seul des méta-principes de la liberté d'expression, le considérant comme le seul pouvant valablement en justifier le principe. De l'autre, la variante "pluraliste" se prévaut de l'ensemble des méta-principes possibles et met en exergue le fait que chacun d'entre eux est une raison de plus de considérer que le principe de la liberté d'expression ne saurait s'accommoder de restrictions.

La conception absolutiste "moniste" de la liberté d'expression est celle qui comporte en son cœur le concept de *cyberespace*, mais aussi et surtout, celui de *gouvernance*, dans leur signification *latissimo sensu*. Ils sont considérés comme permettant une complète réalisation des idéaux démocratiques libéraux³⁸⁶, que ne peuvent atteindre aussi parfaitement les systèmes étatiques démocratiques classiques. Selon cette conception, la production normative se fait non pas selon un modèle pyramidal, mais en réseau³⁸⁷, par l'ensemble des acteurs de cet espace. La *gouvernance* confère ainsi un sens plus large au méta-principe de la démocratie tel qu'il a été développé jusqu'à présent. Il sert de fondement à la liberté d'expression soit dans sa version instrumentale soit dans sa version intrinsèque³⁸⁸.

Dans sa version consensuelle et instrumentale, le méta-principe de la démocratie est au cœur de l'idéal du *self-government* cher à Meiklejohn. Cet auteur pensait en effet que les *towns meetings* – ou réunions municipales – étaient la forme la plus pure de l'exercice de la démocratie, et qu'ainsi, une protection absolue devait être accordée aux expressions politiques

³⁸⁵ Cf. Partie I, Titre I, Chapitre I, "Les fondements possibles de la liberté d'expression".

³⁸⁶ Netanel (N.W.), "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", précité, p. 401-402.

³⁸⁷ L'idée de production du droit en réseau émerge actuellement, probablement sous l'influence des développements de l'internet. Cette remise en question générale de la production du droit a été développée par François Ost et Michel van de Kerchove dans leur ouvrage *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., coll. "Droit", 2002. Ces auteurs ne se situent toutefois pas dans cette conception de l'internet.

³⁸⁸ Pour une description du méta-principe de la démocratie et de ses diverses variantes, voir la première partie, Titre I, Chapitre I, "les fondements possibles de la liberté d'expression".

et celles concernant les affaires publiques³⁸⁹. Le *cyberespace* serait ainsi une sorte de *town meeting* à l'échelle planétaire, dans lequel les décisions seraient prises par l'ensemble des utilisateurs du réseau, qui disposeraient tous de la liberté d'y participer ou non. La discussion y serait nécessairement publique et chacun pourrait s'exprimer à souhait. Ce serait le lieu qui donnerait le plus d'opportunité pour traduire les préférences individuelles dans la prise de décision collective³⁹⁰. La *gouvernance*, telle que perçue dans l'argumentation absolutiste, est l'instrument de la réalisation de l'idéal de *self-government*. Il est donc important que cet espace soit nettement distinct du monde réel. L'intervention des pouvoirs publics ne pourrait que contrarier la construction de cet idéal.

Toutefois, la théorie de Meiklejohn ne pourrait justifier entièrement la conception de la liberté d'expression sous-jacente à l'approche fonctionnelle de l'internet - le définissant comme le *cyberespace latissimo sensu*. En effet, dans sa version forte, l'approche fonctionnelle décrite plus haut ne reconnaît qu'une production normative "du bas vers le haut", par les utilisateurs eux-mêmes. La démocratie y serait exercée directement, sans représentation. Il s'agirait d'un système de démocratie purement directe³⁹¹. En revanche, dans la version faible de cette conception fonctionnelle, il est admis que des institutions juridiques sont nécessaires afin de coordonner les usages de l'internet et produire son propre droit. La valeur de démocratie telle que théorisée par Meiklejohn pourrait justifier cette conception de la liberté d'expression, pourtant aucune mention n'est jamais faite de cette valeur. La raison tient peut-être en partie au flou quant à la détermination des instances qui tiendraient lieu de *town meetings* dans le *cyberespace*.

La seconde variante de l'approche absolutiste "moniste" de la liberté d'expression sur l'internet – et la plus répandue – reconnaît également la primauté du méta-principe de la démocratie, mais dans sa version intrinsèque : l'aptitude de chacun à participer à la délibération publique rendrait la politique plus vertueuse. Mais plus encore que le développement d'une citoyenneté vertueuse chère au juge Brandeis, la liberté d'expression doit servir à l'épanouissement du

³⁸⁹ Comme nous l'avons noté dans le Chapitre I, Titre I, Partie I, Meiklejohn avait plus tard reconsidéré sa théorie et accepté d'élargir le champ de protection du principe de liberté d'expression à des expressions qui ne seraient pas directement liées aux affaires politiques et publiques.

³⁹⁰ Netanel (N.W.), "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", précité, p. 403.

³⁹¹ La mise en place un tel système s'est révélé impossible dans la pratique étatique où il a bien fallu admettre la nécessité de la représentation. Dans le cadre de l'internet, un auteur a critiqué une telle proposition par le fait que cela reviendrait à laisser libre cours à un marché dérégulé et ne pourrait conduire qu'à l'anarchie, Netanel (N.W.), "Cyberspace Self-Governance", précité, p. 433-446, où l'auteur parle de cyber-anarchisme.

non-conformiste, du dissident, comme l'affirma de nouveau après lui le professeur Schiffrin. Cette variante appelée cyber-romantisme³⁹², s'appuie sur la proposition selon laquelle le caractère transfrontalier de l'internet permettrait de ne jamais réduire quelqu'un au silence ou le contraindre à la conformité³⁹³ ; la moindre censure pourrait facilement être déjouée, notamment en transférant le contenu d'une communication dans un serveur localisé dans un autre État³⁹⁴.

L'utilisation massive de l'internet et les problèmes juridiques nombreux qu'il pose donne également un second souffle aux tenants de l'approche libertaire "pluraliste" de la liberté d'expression. Parmi ceux-ci, Burton Caine dénonce l'histoire de la liberté d'expression aux États-Unis comme étant celle d'une censure constante et renouvelée³⁹⁵. Aussi, l'internet représente pour lui une opportunité unique de consacrer enfin une liberté d'expression absolue, sans exception, et il serait dommage de la manquer. L'essentiel des valeurs de la liberté d'expression se trouveraient enfin réalisées grâce à l'outil technique qu'est l'internet. En effet, chacun peut y exprimer à moindre coût les idées qu'il désire, ou reproduire à l'infini des idées pour lesquelles il éprouve de la sympathie. La réalisation de l'égalité dans l'expression y serait parfaite, et l'épanouissement à la fois des speakers et des récepteurs serait total. Le *cyberespace* contribuerait également à maximiser le bonheur sociétal grâce à des productions de normes et des prises de décision plus flexibles³⁹⁶. L'autonomie morale de l'audience serait aussi réalisée car toutes les idées, même les plus choquantes, sont diffusées, de sorte que chacun est libre d'y accéder ou non. Selon cette argumentation, l'internet est un médium fonctionnant par une recherche volontaire d'informations : il est aisé de ne pas se trouver confronté aux idées qui nous répugnent ou qui ne nous intéressent pas. La possibilité existerait donc de créer un monde plus humain, basé sur la tolérance, même envers les expressions les

³⁹² Voir notamment Netanel (N.W.), "Cyberspace Self-Governance", précité, p. 433-446.

³⁹³ Barlow (J.P.), précité.

³⁹⁴ L'internet est d'ailleurs souvent un instrument permettant de contourner les censures émises par des États dont la législation interdit la contestation politique.

³⁹⁵ Caine (B.), "Freedom of Expression in the Information Society", intervention lors du colloque *La liberté d'expression dans la société de l'information*, organisé par le Commission française de l'UNESCO, 15 novembre 2002, disponible à l'adresse suivante:

http://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_liberte_expression_2002/B_Caine.doc. Il est à noter que malgré le titre de son intervention, le professeur Caine n'évoque qu'une seule fois l'internet, afin de critiquer le fait qu'en dépit de l'occasion qui lui était offerte lors de son contrôle du *Communications Decency Act* en 1996, la Cour suprême a manqué l'opportunité de proclamer enfin une liberté d'expression absolue. L'essentiel de l'intervention consiste donc en un exposé des thèses absolutistes du Premier amendement américain.

³⁹⁶ Netanel (N. W.), "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", précité, notamment pp. 401-402.

plus choquantes³⁹⁷. Enfin, tout ce que l'esprit peut créer se trouverait dans le plus grand marché libre des idées qui n'ait jamais existé. L'internet serait l'espace de prédilection de la vérité comme de l'erreur.

Par ailleurs, il apparaît que bien que soit reconnue l'importance de la production normative en réseau, et donc l'achèvement de la *gouvernance*, dans cette conception "pluraliste", l'internet n'est pas défini par la notion de *cyberespace*. La raison en est simple : l'avènement d'un système d'expression absolument libre dépasse ici le cadre de l'internet. L'internet est en fait un prétexte à la mise en place d'un tel système, une raison de plus d'abolir toute restriction à l'expression.

Les auteurs absolutistes, dont les américains proposent les variantes les plus cohérentes, semblent voir dans l'internet l'opportunité tant attendue et entrevue deux siècles plus tôt de l'avènement d'un Nouveau Monde dans lequel leur rêve de liberté absolue pourrait enfin s'épanouir. Tels des pionniers découvrant l'Amérique et voulant y créer un espace libéré des jugs du présent, leur volonté d'indépendance se réclame des Pères fondateurs les plus illustres par le biais d'une interprétation génétique³⁹⁸ de la Constitution américaine et notamment du Premier amendement. Et si ce modèle ne se met pas en place, c'est, selon eux, du fait de la peur qu'éprouvent les gouvernants et une partie de la société face à la liberté : la liberté faisant peur, les restrictions apparaissent.

On le voit, le recours à la conception fonctionnelle de l'internet consistant dans l'emploi des notions de *cyberespace* et de *gouvernance* dans leur signification *latissimo sensu* traduit la croyance dans un système absolutiste de liberté d'expression basé sur une conception renouvelée du méta-principe de la démocratie. Prônant souvent la mise à bas des systèmes étatiques et juridiques tels que nous les connaissons, les auteurs ne proposent pas pour autant une véritable théorie du droit, au contraire des tenants d'une conception fonctionnelle plus modérée que nous allons envisager à présent.

³⁹⁷ Barlow (J.P.), précité.

³⁹⁸ Voir la catégorisation proposée par le Professeur Troper, "La signature des ordonnances ; fonctions d'une controverse", in *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, P.U.F., Léviathan, 1994, pp. 275-289. En l'espèce, afin de retrouver la volonté réelle des Pères fondateurs, les auteurs se réfèrent non pas exactement aux travaux préparatoires mais à leurs écrits. Ainsi, Barlow termine sa Déclaration d'indépendance du *cyberespace* en citant les notes de Virginie de Thomas Jefferson ; Caine se contente de citer les noms de Jefferson et de Madison.

§2. L'internet, un espace coexistant avec le "monde réel"

La quête d'un régime juridique à appliquer à l'internet est l'occasion pour une certaine dogmatique juridique que nous appellerons "pluraliste" de réaffirmer ses thèses avec vigueur. Cette dogmatique est pluraliste dans le sens où elle admet que la production du droit n'est pas faite uniquement dans un système pyramidal dans lequel seuls les organes internes habilités par une norme supérieure peuvent poser des règles de droit. Selon les versions de cette dogmatique, le droit d'un pays donné est nécessairement le résultat de ses contextes politiques, sociaux ou encore moraux. De manière schématique, il est considéré que le droit peut être produit par des organes qui ne seraient pas habilités par une norme supérieure dans la hiérarchie, et qu'il puise ses sources dans des contextes parfois non juridiques.

Dans le cadre de l'internet, il est souvent admis qu'une totale autonomie du *cyberespace* n'est guère réaliste. Aussi, de nombreux auteurs "pluralistes" proposent des solutions alternatives à la réglementation de l'internet, tout en ayant pour prémisse l'existence d'un vide juridique formel en la matière³⁹⁹. La constatation de ce vide juridique conduit parfois les auteurs à douter de l'aptitude des États à réglementer le réseau, et c'est également l'ensemble du processus de création et d'application du droit qu'ils remettent en cause. La conception est ici toujours fonctionnelle dans la mesure où les propositions s'attachent à attribuer une fonction propre et objective à l'internet. Les métaphores de *cyberespace* et de *gouvernance* sont aussi souvent utilisées. Leur signification est alors envisagée *lato sensu*, à savoir que ces concepts renvoient certes à un espace différent régi par des règles propres, mais cet espace est lui-même envisagé en connexion avec le monde réel. Il est ainsi affirmé que les utilisateurs de l'internet – ou *cyberespace* – sont bien situés dans le monde réel, même quand ils sont connectés au réseau⁴⁰⁰. La conception est parfois axiologique, notamment lorsque l'internet est appréhendé comme une technologie porteuse de valeurs propres.

Les théoriciens "pluralistes" de la création du droit s'accordent à penser que la structure technique de l'internet est une contrainte à la production du droit (A.). L'appréhension

³⁹⁹ L'ensemble des auteurs soutenant cette thèse ont une démarche principalement téléologico-évaluative dans leurs propositions quant au régime juridique à élaborer pour l'internet. Mais leur position n'est aussi absolue que ne l'est celle des auteurs étudiés au paragraphe précédent et ils admettent un rattachement de l'internet aux systèmes étatiques existants. Comme nous le savons, les argumentations peuvent comporter des arguments provenant de différentes catégories, au même titre qu'il peut exister des conflits d'arguments au sein d'une même catégorie. Voir sur ce point Neil MacCormick, "Argumentation et interprétation en droit", in Amsselele (P.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1995, pp. 213-226.

⁴⁰⁰ Lessig (L.), "The Zones of Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1995, p. 1403.

juridique de l'internet renforce leur conception de production du droit non pas sous forme pyramidale, mais en réseau (B.).

A. L'architecture de l'internet, une contrainte à la production normative

L'idée selon laquelle l'architecture même de l'internet serait une contrainte à prendre en compte dans la mise en place de son régime juridique est souvent défendue. Une "constitution" du *cyberespace* existerait par l'incorporation de données purement techniques, à savoir les différents logiciels et protocoles qui constituent l'internet. De toute évidence, l'ensemble des données techniques serait à prendre en compte dans la détermination de son régime juridique. Toutefois, il semble possible se dégager de certains discours l'idée selon laquelle l'ensemble technique que forme internet est ce qui le constitue. Les contraintes qui ressortent de son architecture conditionneraient la mise en place d'un régime juridique plutôt qu'un autre. Pour corroborer cette idée, des auteurs vont jusqu'à considérer que l'architecture elle-même serait porteuse de valeurs.

Dans ce sens, Lawrence Lessig a développé dans de très nombreux articles et ouvrages⁴⁰¹ une théorie en vertu de laquelle le droit est un outil limité de réglementation de la société, qui dispose d'instruments afin d'adapter son emprise. Ces instruments - ou contraintes - réguleraient les comportements aussi bien dans "l'espace réel" que dans le *cyberespace*. Il s'agit de la loi au sens strict, des normes sociales, des marchés et de l'architecture⁴⁰². Lessig ajoute que pour l'internet, il existerait un quatrième type de contraintes, l'architecture de la technologie, constitué par ce qu'il appelle le "code du *cyberespace*". Ce code serait élaboré

⁴⁰¹ L'auteur est prolifique, aussi nous ne citerons que les travaux que nous estimons les plus importants : "The Zones of Cyberspace", précité, pp. 1403-1411 ; "The Path of Cyberlaw", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1743-1755 ; "What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering", *Jurimetrics Journal*, vol. 38, 1998, pp. 629-686 ; "Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model", *Michigan Law Review*, vol. 98, 1999, pp. 395-431 ; "Regulatory Standards and the Future of the Net", *Berkeley Technology Law Journal*, 1999, vol. 14, pp. 759-769 ; *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 ; "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, pp. 501-546 ; "Values of Internet Governance", *Chicago Kent Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1405-1420 ; "The Death of Cyberspace", *Washington and Lee Law Review*, vol. 57, 2000, pp. 337-347 ; *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001, "Les enjeux politiques et juridiques de l'internet en temps de crise", conférence-débat organisée dans le cadre des *Débats de la Société de l'Information à Science Po*, Paris, le 1^{er} février 2002.

⁴⁰² Lessig (L.), "The Law of the Horse", précité, p. 502 et pp. 506-507. Lessig a choisi cet intitulé pour son article en réponse à celui du juge Frank H. Easterbrook, "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 207-216, où ce dernier s'insurgeait contre la tentation souvent évoquée aux États-Unis de créer un droit spécifique à l'internet. Selon le juge Easterbrook, ainsi que Lessig le retranscrit : "there [is] no more a 'law of cyberspace' than there is a 'law of the horse'", Lessig, p. 501.

par les utilisateurs - particuliers, entreprises commerciales, mais surtout informaticiens - qui, en dessinant l'architecture de l'internet, en seraient les véritables gouvernants. Il comprendrait les règles inscrites dans les logiciels et les protocoles de communication, à savoir les mots de passe, ou même la taille des noms de fichiers. Il définirait cet espace, le constituerait, et déterminerait les règles et usages de cette technologie.

En parallèle à cette démarche axiologique, Pierre Trudel⁴⁰³ a également mis en avant le fait que l'architecture de l'internet serait une contrainte à la mise en place de ses règles : "l'architecture technique constitue une composante du cadre juridique des activités prenant place dans le cyberspace. On entend par architecture technique l'ensemble des éléments ou artefacts techniques, tels les matériels, les logiciels, les standards, les configurations qui déterminent l'accès et les droits d'utilisation des ressources du cyberspace. Les objets ont un effet régulateur [...]"⁴⁰⁴. L'internet serait un espace rendu possible du fait de cet ensemble technique.

Cet environnement technique serait le fruit de la standardisation des éléments techniques par des entités de droit privé. Les utilisateurs, par leur comportement créeraient des usages, qu'ils percevraient comme obligatoires. Ceux-ci seraient ensuite standardisés par des autorités non étatiques, puis deviendraient aussi simplement des normes. Le processus normatif se poursuivrait ensuite grâce aux techniques d'autorégulation et de corégulation qui permettraient la participation des institutions publiques. La technique serait donc une contrainte conduisant au final à la création des normes applicables à l'internet.

La thèse postulant que le code, l'architecture du *cyberspace*, serait une contrainte à l'élaboration de son régime juridique, est confortée chez Lawrence Lessig par une démarche axiologique en deux temps. Il se demande tout d'abord si cette architecture affecte les valeurs traditionnelles de la société, qu'il identifie comme étant la vie privée, l'anonymat ou encore la

⁴⁰³ Le professeur Trudel est d'ailleurs à l'origine de l'idée décrite plus haut selon laquelle la technique elle-même serait une contrainte à prendre en compte impérativement dans l'élaboration d'un droit de l'internet, voir Trudel (P.) (éd.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Ed. Thémis, 1997 ainsi que "L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace", précité, pp. 10-11, où l'auteur ne traite d'ailleurs pas particulièrement de la liberté d'expression.

⁴⁰⁴ Trudel (P.), "L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace", intervention lors du colloque *La liberté d'expression dans la société de l'information*, organisé par la Commission française de l'UNESCO, 15 novembre 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_liberte_expression_2002/P_Trudel.pdf.

liberté d'expression⁴⁰⁵. Il constate que ces valeurs sont ou non respectées selon le système particulier de *gouvernance* qui dominerait l'internet. La *gouvernance* apparaît comme un ensemble de production de normes incluant certes le code du *cyberespace*, mais également les décisions posées concernant son architecture (par exemple l'obligation d'utilisation d'un mot de passe). La transposition des valeurs de la société dans le système de *gouvernance* de l'internet serait contingente de ses contraintes techniques particulières. Le *cyberespace* ne serait ainsi pas forcément basé sur les mêmes valeurs que celles qui fondent le monde réel⁴⁰⁶. Néanmoins, la flexibilité de la technologie permettrait d'y transposer les valeurs désirées, reflétant ou non nos traditions⁴⁰⁷.

Le constat de la non transposition des valeurs fondant le monde réel à l'internet conduit l'auteur à la seconde étape de son analyse : le *cyberespace* serait porteur de valeurs propres. Il en distingue deux principales, formant selon lui le cœur de la démocratie⁴⁰⁸. La première serait son évolution ouverte, qui ne pourrait exister que par la préservation de la neutralité technique. Cette évolution s'accompagnerait d'un contrôle "du bas vers le haut"⁴⁰⁹, et ne pourrait être le fait d'une personne seule. La seconde valeur serait son caractère de service public universel, conséquence de sa nature ouverte. L'utilisation des logiciels devrait rester libre et ceux-ci devraient relever du domaine public.

Si cette architecture et les valeurs de base qui la fondent expliquent selon le professeur Lessig le développement rapide de l'internet, il nous avertit que cette technologie peut devenir un instrument de régulation des comportements aussi efficace que l'est l'architecture en général. Conçu originellement pour qu'aucune autorité centrale ne puisse le contrôler, ce code est en voie de recomposition comme l'est tout espace physique dans la perspective d'un meilleur contrôle. Ceci serait facilité du fait que le *cyberespace* n'aurait pas de nature permanente.

⁴⁰⁵ L'auteur utilise explicitement le terme de valeur pour qualifier la liberté d'expression ou encore la vie privée. Or, la question se pose de savoir si l'utilisation de cette notion ici est appropriée. En effet, plus que des valeurs, liberté d'expression et vie privée sont des principes de droit dans les deux pays étudiés – France et États-Unis, c'est-à-dire des "règles, noms ou constructions qui servent de base au droit, comme sources de sa création, application ou interprétation", Wroblewski (J.), "Principes du droit", in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, pp. 474-476.

⁴⁰⁶ Cette idée était déjà présente dans la conception fonctionnelle considérant le *cyberespace* et la *gouvernance* dans leur signification latissimo sensu, décrite au paragraphe précédent.

⁴⁰⁷ Lessig (L.), "The Law of the Horse", précité, p. 546.

⁴⁰⁸ Lessig (L.), "Values of Internet Governance", précité, p. 1419-1420.

⁴⁰⁹ Ou "bottom-up control", principe technique sur lequel a été créé l'internet.

Selon Lessig, "on ne trouve pas le cyberspace, on le construit"⁴¹⁰, et la façon par laquelle on le construit dépend de ce qu'on veut en faire. La réglementation de l'internet serait particulièrement aisée : il suffirait de changer le code, le logiciel⁴¹¹. Les entreprises commerciales œuvreraient d'ailleurs de concert avec les pouvoirs publics dans ce sens⁴¹², mettant en danger l'architecture originelle de l'internet en le transformant en un puissant outil de contrôle. La nécessité de mettre en place un droit du *cyberspace* s'imposerait comme une parade à ce projet de contrôle continu et diffus.

La proposition du professeur Lessig en faveur d'un droit du cyberspace ne répond pas à une conception particulière de la liberté d'expression. L'analyse qu'il nous offre est plutôt subjective : l'internet serait un outil d'émulsion de la créativité sans précédent. Cette valeur, dont il nous rappelle qu'elle est inscrite dans la philosophie des Lumières, aurait la double caractéristique d'être le fruit de projets communs et de permettre une transformation de l'ancien pour du nouveau⁴¹³. Le contrôle dont pourrait faire l'objet l'internet le vouerait à une mort inévitable. Son but serait d'enrayer le mouvement sur lequel la technologie a été façonnée, à savoir la gratuité des logiciels, appelée *open code*⁴¹⁴. Les réglementations traditionnelles entraîneraient une appropriation de la créativité notamment au travers des règles sur la propriété intellectuelle, et les transposer à l'internet en sonnerait le glas⁴¹⁵.

En accordant également aux contraintes techniques un caractère juridique, le professeur Trudel⁴¹⁶ a aussi posé le problème des valeurs en conflit entre le "monde réel" et l'internet. Le *cyberspace* modifierait nos perceptions ainsi que nos représentations du droit, il brouillerait les repères. Les rationalités⁴¹⁷ qui sous-tendaient certaines réglementations disparaîtraient alors que d'autres prendraient de l'importance. Certaines toutefois resteraient stables⁴¹⁸. De

⁴¹⁰ Lessig (L.), "Reading the Constitution in Cyberspace", *Emory Law Journal*, 1996, n° 45, p. 888 : "We don't find Cyberspace, we build it".

⁴¹¹ Lessig (L.), "The Zones of Cyberspace", précité.

⁴¹² L'exposé des arguments visant à prouver cette thèse est développé dans son dernier ouvrage *The Future of Ideas*, précité.

⁴¹³ Lessig (L.), "The Death of Cyberspace", précité, pp. 337-343.

⁴¹⁴ L'auteur a développé cette analyse au travers de nombreux articles et plus particulièrement dans son ouvrage *Code and Other Laws of Cyberspace*, précité.

⁴¹⁵ *Ibid.*, p. 342.

⁴¹⁶ Trudel (P.), "L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace : le défi d'assurer l'application effective des droits proclamés", intervention au colloque organisé par la Commission nationale française pour l'UNESCO le 15 novembre 2002, *La liberté d'expression dans la société de l'information*, précité.

⁴¹⁷ L'auteur semble entendre par "rationalités" les valeurs qui sont à l'origine des réglementations.

⁴¹⁸ L'auteur considère en effet que la valeur de dignité humaine reste stable, comme le démontrerait l'importance accordée à la protection de la vie privée ou encore de l'enfance dans les droits internes. Il semble ainsi affirmer

plus, les valeurs seraient dépendantes de l'environnement dans lequel elles sont créées. Ainsi, même si chaque communauté s'accordait sur la nécessité d'un ordre public, son contenu différencierait en fonction du milieu culturel donné. C'est l'efficacité des règles posées qui dès lors en pâtirait. Seraient en cause la légitimité et les possibilités d'intervention du droit.

Afin de sortir de cette impasse, l'auteur identifie trois "pôles de normativité", qui seraient trois sources du droit de l'internet : les droits étatiques, le droit du "Net" (c'est-à-dire les règles posées dans les communautés d'utilisateurs) et enfin la technique. La normativité serait ainsi organisée en réseau, lui-même défini comme un ensemble d'interactions répétées entre des personnes poursuivant un même but. Ainsi fonctionnerait la *gouvernance* internationale. Les règles émanant de ces différents pôles seraient diffusées grâce à des relais de normativité, définis comme "les moyens par lesquels les acteurs d'Internet reçoivent et appliquent effectivement les normes perçues par eux comme pertinentes et obligatoires"⁴¹⁹. En d'autres termes, la normativité de l'internet serait relayée grâce aux techniques d'autorégulation et de corégulation. Seul le dialogue permis par ces techniques pourrait autoriser à gérer les risques liés aux activités se déroulant dans le *cyberespace* et à baliser la responsabilité des acteurs. L'État jouerait un rôle à la fois dans la participation au processus de dialogue et dans l'approbation des règles déterminées dans le *cyberespace*.

L'analyse ainsi livrée d'une crise de légitimité que vivraient l'État et le droit, est étroitement liée à la définition de l'internet de cet auteur, ou plutôt à son absence de définition de cette technologie. En effet, il emploie indifféremment les termes d'"Internet", de "cyberespace" et de "Net". On pourrait supposer que ces termes sont équivalents pour lui. Cependant, il leur accorde une signification différente selon la fonction qu'il veut donner à l'internet. Tantôt l'internet est considéré *stricto sensu*, comme un simple espace de communication internationale, tantôt il le considère *latissimo sensu*, comme un "ensemble d'espaces dans lesquels prévalent en tout ou en partie des normes qui s'imposent aux usagers"⁴²⁰, tantôt enfin il opte pour une signification *lato sensu* en estimant que l'internet est certes un espace différent, mais dont les activités sont régies également par les droits nationaux. Le *cyberespace* n'est pas mieux défini par le professeur Lessig.

que l'accord sur la nécessité de protection de la dignité humaine et sur le contenu de cette valeur est le même dans tous les États.

⁴¹⁹ Trudel (P.), "L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberespace", précité, p. 11.

⁴²⁰ *Ibid.*, p. 8.

Cette démarche téléologico-évaluative a rencontré un franc succès⁴²¹. Néanmoins, elle sous-tend un problème plus profond, celui de la remise en cause du pouvoir de l'État et de sa légitimité dans la production et l'application des normes juridiques. La lacune définitionnelle de ce qu'est l'internet, ou le *cyberespace*, facilite sans aucun doute cette position. Elle sert en tout cas d'illustration à la proposition de l'abandon du modèle pyramidal de production du droit au profit d'un autre, en réseau.

B. Le modèle "hétérarchique" de production du droit

L'embarras des pouvoirs publics et des juristes face aux problèmes posés par l'internet ont conduit des auteurs à s'interroger sur l'éventuelle remise en cause des fondements de la création et de l'intervention du droit. Elle est due à une certaine conception de l'internet et à la problématique de l'effectivité de la protection des droits. Elle touche également le droit lui-même.

Les professeurs Ost et van de Kerchove⁴²² ont ainsi suggéré que le modèle pyramidal devrait céder la place à un modèle de production des normes en réseau. L'émergence d'un nouveau modèle – le réseau – serait la réponse à deux questions fondamentales posées par les auteurs. La première consiste en une interrogation sur la nature et l'étendue des transformations les plus importantes affectant la structure des systèmes juridiques. La seconde revient à se demander si de nouveaux modèles théoriques sont nécessaires pour en rendre compte. L'élaboration de ces modèles serait basée sur l'idée selon laquelle le modèle traditionnel pyramidal perdrait de sa pertinence. Le réseau est alors envisagé comme un modèle de

⁴²¹ Ces idées ont été en partie reprises par des universitaires américains qui se sont regroupés pour former un courant qu'ils ont baptisé "technoréalisme" (<http://www.technorealism.org>). Le "technoréalisme" a pour objet le développement d'une pensée critique concernant les technologies dans leur ensemble, par l'évaluation de leur impact sur la qualité de la vie personnelle, collective et sur celle des structures économiques, sociales et politiques. Malgré la présence de nombreux professeurs de droit, il s'agit en fait plus d'un courant sociologique qui tend à évaluer les coûts et les bénéfices des changements technologiques.

Il faut par ailleurs noter qu'un des disciples de Lessig, Andrew Shapiro, membre du mouvement "technoréaliste", se rallie dans l'ensemble à sa théorie à ceci près qu'il estime que sa faiblesse principale réside dans la distinction entre espace virtuel et espace réel. Or, selon Shapiro, le *cyberespace* ne constitue pas un lieu distinct du monde réel, "The Disappearance of Cyberspace And The Rise of Code", *Seton Hall University Journal*, 1998, vol. 8, p. 716-717. Au contraire de Lessig, et malgré sa sympathie pour sa théorie, Shapiro nous offre donc une conception systémique de l'internet, que nous étudierons dans la prochaine section.

⁴²² Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des FUSL, 2002, 608 p., dont la première partie "Les bougés de la pyramide et l'émergence des réseaux" a été publiée sur le site internet du réseau *Droit et Société* à l'adresse suivante : <http://sos-net.eu/red&s/dhdi/textes/ost8.htm> (page visitée le 20 novembre 2001).

remplacement. Les auteurs affirment qu'il pourrait servir à expliquer ou justifier ce que le modèle pyramidal n'est pas parvenu à résoudre : "les bougés de la pyramide font progressivement place à l'émergence d'un nouveau modèle plus complexe, plus 'enchevêtré', celui du réseau"⁴²³. Ce nouveau modèle conduirait à une vision quantitativement élargie du système juridique par rapport à celle offerte par le modèle traditionnel. Seraient incorporées au droit des normes qui ne sauraient autrement être qualifiées de juridiques. Il en serait ainsi des normes posées par les acteurs privés (particuliers, associations, entreprises, syndicats, organisations professionnelles). Même si Kelsen considérait ces acteurs comme des organes de l'État, selon ces auteurs, leur pouvoir normatif dépasserait actuellement la simple collaboration à l'élaboration des règles générales. Ils observent qu'à côté du droit étatique, on assisterait au développement d'une régulation privée *sui generis*, en-dehors bien sûr de toute habilitation juridique. Ce type de régulation irait même parfois à l'encontre des règles posées par l'État. C'est un "droit sans États" qui serait en train de voir le jour. Le modèle ne serait plus hiérarchique, mais "hétérarchique"⁴²⁴. La loi du marché serait ainsi un sérieux concurrent à la loi des États.

Ce modèle "hétérarchique" de production et d'application du droit est parfaitement illustré, selon les auteurs, par le marché représenté par l'internet. La difficulté pour le droit étatique de se saisir de cette technologie proviendrait essentiellement du fait qu'il constitue un objet juridique mal identifié. Ils constatent également que le droit n'est pas absent, pas plus que les organismes de contrôle. Si certaines personnes concluent au nécessaire retrait du droit, ce serait du fait de la globalisation du marché de l'internet et des difficultés pour les droits étatiques de s'en saisir.

Ce risque ne pourrait être résolu qu'à l'échelle planétaire. En attendant, il ne resterait que la perspective de l'autorégulation par les acteurs du réseau que sont les opérateurs économiques et les utilisateurs. Reste à voir quels sont les outils de l'autorégulation. Elle serait basée pour l'essentiel sur l'instrument juridique qu'est le contrat. Dans ce cadre, il semble pourtant que le modèle pyramidal n'est en rien remis en cause. Néanmoins, les auteurs constatent que l'étendue du cadre contractuel dépasserait ici souvent les prescriptions légales impératives ainsi que la notion d'ordre public. Les règles seraient posées dans le cadre de contrats-types, qui en se généralisant, entraîneraient la formation de codes de bonne conduite qui, à leur tour,

⁴²³ *Ibid.*

⁴²⁴ *Ibid.*

seraient à l'origine d'usages uniformes. Ces codes formeraient une *soft-law*, à savoir un "droit incitatif moulé dans des recommandations"⁴²⁵. Ce phénomène conduirait à la création d'une *lex mercatoria*⁴²⁶, dont le respect serait assuré par des juridictions arbitrales. Finalement, les juges eux-mêmes contribueraient à la juridisation des règles ainsi créées en les considérant comme des usages commerciaux auxquels ils se réfèreraient souvent dans leurs décisions, implicitement ou non.

Il reste enfin le problème de la qualification juridique de règles ainsi posées. D'après les auteurs, on pourrait envisager qu'elles aient une juridicité d'emprunt. Ils envisagent toutefois l'autorégulation comme "une sorte de laboratoire juridique, expérimentant des solutions pré-juridiques qui seraient ensuite consacrées, avec un 'effet retard' par les sources officielles du système"⁴²⁷. La production du droit serait de cette façon enchevêtrée avec le mode traditionnel de formation du droit, et il resterait à souhaiter que l'État conserve une ambition procédurale. L'importance de l'autorégulation dans ce domaine, comme dans de nombreux autres, pousserait à en reconnaître la légitimité en tant que source du droit.

Enfin, les auteurs relèvent l'existence d'une tension entre les nombreux avantages de l'autorégulation en tant que source du droit (rapidité, flexibilité, adaptabilité aux circonstances, efficacité dans la mise en œuvre), et l'absence de représentativité et de garanties procédurales. La légitimité de l'autorégulation leur semble ainsi discutable. Ceci ne les empêche toutefois pas de soutenir ce nouveau modèle "hétérarchique" de production du droit. Mais une des faiblesses principales de cette thèse ne provient-elle pas du pouvoir normatif accordé au marché ? Pour autant, cette thèse est sérieuse et souvent défendue dans la dogmatique juridique. L'internet semble une nouvelle opportunité au soutien d'arguments pluralistes du droit dont les propositions reviennent fréquemment à doter du statut juridique des normes qui formellement n'appartiennent pas au système juridique du fait de leur mode de

⁴²⁵ *Ibid.*

⁴²⁶ Sur le modèle de la *lex mercatoria*, il a été proposé de créer une *lex informatica*, à savoir un ensemble de règles propres à l'internet – donc international - qui se superposerait aux systèmes juridiques existants. Le but de ce système normatif centré sur les réseaux de communication serait d'assurer la stabilité ainsi que la prévisibilité du traitement de l'information digitale. Cette théorie reconnaît de manière sous-jacente que la réglementation publique ne peut être la seule source du droit car les possibilités technologiques et les choix architecturaux imposent des règles aux participants. Cette *lex informatica* devrait ainsi être prise en compte par les différents pouvoirs publics. Sur ce point, voir Reidenberg (J.), "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review*, 1998, vol. 76, n°3, pp. 553-584 et "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", *Emory Law Journal*, 1996, vol. 45, p. 911 et s.

⁴²⁷ *Ibid.*

production. Renoncer à la logique des normes suppose des preuves solides de la légitimité et de la pertinence d'un autre modèle.

Toutefois, il existe toujours dans les systèmes juridiques des normes de caractère suffisamment général pour appréhender des phénomènes nouveaux. C'est donc l'idée de cohérence globale du système juridique⁴²⁸ qui préside les discours systémiques à propos du régime juridique à construire pour l'internet.

⁴²⁸ Voir MacCormick, "Argumentation et interprétation en droit", précité, p. 221, et notre introduction Cette idée de cohérence globale est également nécessaire aux argumentations téléologiques, bien que ce ne soit généralement pas le cas des conceptions envisagées dans cette section.

SECTION II.

LES DISCOURS SYSTÉMIQUES À PROPOS DE L'INTERNET

L'affirmation selon laquelle les systèmes juridiques étatiques peuvent parfaitement appréhender l'internet est souvent énoncée en réaction aux conceptions téléologico-évaluatives qui nient – à des degrés toutefois différents – la possibilité pour les États de réglementer ce support. En replaçant la possibilité de réglementation de l'internet à l'intérieur des systèmes juridiques, les tenants d'une conception systémique reconnaissent le défi posé au postulat de la clôture du système juridique, et affirment de manière répétée l'absence de *vide juridique*. Il est ainsi rappelé que les arsenaux juridiques s'appliquent, qu'ils sont respectés par le biais des appareils judiciaire et policier, et que la connaissance sans cesse accrue des réseaux permet une amélioration des pouvoirs d'investigation des autorités publiques, qui par ailleurs incorporent de plus en plus l'internet dans leur fonctionnement et leur organisation.

De manière plus spécifique, les discours systémiques sur le régime juridique de l'internet conduisent à s'interroger sur la place de ce nouveau médium dans l'arsenal des technologies de la communication existantes. La radio, la télévision ou encore le cinéma ont fait l'objet de catégorisations et leur régime juridique dépend de conceptions de la liberté d'expression spécifiques à chacun d'entre eux. Le choix d'une catégorie fait nécessairement ressurgir la question de la conception de la liberté d'expression sous-jacente. En effet, le régime juridique d'une catégorie est la concrétisation particulière d'une ou plusieurs valeurs justifiant le principe de la liberté d'expression. Une conception systémique de la réglementation de l'internet implique forcément une interrogation sur la pertinence des valeurs dégagées jusqu'à présent en tant que justifications possibles de la liberté d'expression sur ce médium.

La question qui se pose ensuite est de savoir si le régime juridique à appliquer à l'internet peut être subsumé sous une des catégories existantes du droit de la communication ou bien s'il est nécessaire d'élaborer une nouvelle catégorie propre à la communication en réseau. Ce choix se fait parfois en fonction non pas d'une conception particulière de la liberté d'expression, mais

de considérations politiques ou morales liées par exemple aux sentiments éprouvés face à la nouveauté de la technologie ou encore à la croyance dans le progrès qu'elle rendrait possible.

Deux conceptions systémiques de l'internet peuvent être dégagées. Selon la première, la conception systémique au sens fort, des considérations axiologiques conduiraient à inférer le régime juridique de l'internet des modèles existants. Ce régime pourrait ainsi être dérivé du modèle de l'audiovisuel, ou plus particulièrement de celui du câble (§1.). En revanche, selon la seconde conception, l'internet serait un support de la communication qui ne ressemblerait à aucun autre, de sorte qu'il serait judicieux de construire pour lui un régime juridique qui prenne en compte ses particularités architecturales (§2). Cette conception systémique est ici entendue au sens faible en ce qu'elle incorpore un certain nombre d'arguments fonctionnels, ce qui la situe à mi-chemin entre l'approche téléologico-évaluative de l'internet et l'approche systémique au sens fort.

§1. L'application des modèles de la liberté d'expression existants à l'internet

Le discours systémique au sens fort relatif à l'internet entendu revient, comme nous l'avons dit, à confirmer la clôture du système juridique, et à n'accepter au mieux que quelques adaptations ponctuelles de normes en vigueur afin d'y intégrer le phénomène nouveau. On postule qu'un tel phénomène peut nécessairement être inféré d'un ensemble normatif existant. Dans cette conception, deux arguments principaux peuvent être dégagés : l'argument tiré de l'harmonisation contextuelle et celui tiré des principes généraux du droit⁴²⁹. Il n'y a ici jamais de recours à des arguments fonctionnels.

Ce raisonnement conduit logiquement à supposer que les principes justifiant les différents ensembles normatifs pourraient justifier également le phénomène nouveau que le système juridique est appelé à incorporer. Pourtant, une fois le phénomène incorporé, ou au cours de l'opération d'incorporation, il est possible qu'on s'aperçoive que ce ne sont plus seulement les normes qui doivent être adaptées, mais les principes eux-mêmes.

Dès lors, le comportement adopté consiste à ignorer l'éventuelle inadaptation des principes au phénomène nouveau. Ceci faisant, c'est ce dernier qui devra être adapté en vue de son intégration la plus harmonieuse possible dans une catégorie normative existante (B.). Ainsi, l'internet peut parfaitement être subsumé sous la catégorie "audiovisuel", et ceci passerait par une modification technique de l'internet afin de le faire ressembler au plus près de l'audiovisuel. Nous verrons qu'une telle décision pourrait alors être perçue comme une façon de figer l'évolution technologique. Aussi, de nombreux arguments sont avancés pour justifier que les principes existants sont les bons, qu'ils doivent être imposés au phénomène nouveau (A.).

⁴²⁹ Ces arguments, et d'autres encore sont décrits par Neil MacCormick dans son article "Argumentation et interprétation du droit", in Amselek (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Ed. Bruylant, 1995, p. 220. Voir l'introduction.

A. La défense des méta-principes existants

La croyance en la complétude du système juridique a pu conduire certains auteurs à croire également en la complétude du panel de valeurs ou méta-principes pouvant permettre à le justifier. De cette façon, aucun phénomène nouveau ne devrait modifier notre conception de la liberté d'expression.

Dans ces discours systémiques au sens fort, le méta-principe le plus souvent défendu est celui de la démocratie, et parfois aussi, celui de la vérité, et plus particulièrement du marché libre des idées. Il est courant que des auteurs initialement attachés à la justification du principe de la liberté d'expression par la valeur de la démocratie évaluent les menaces que pourraient faire peser sur elle les nombreux usages permis par l'internet. Il est sous-entendu que les méta-principes existants sont satisfaisants et qu'ils doivent être maintenus comme justification de la libre expression. Pour ce faire, il est admis que la technologie soit restreinte, au prix même de la mise en place de contraintes sur sa structure technique.

Ce point est particulièrement bien illustré par l'analyse livrée par Cass Sunstein⁴³⁰. Selon cet auteur, un système de liberté d'expression fonctionnant correctement serait celui dans lequel chacun serait exposé à des idées opposées aux siennes, et pourrait ainsi tester ses propres idées et comprendre celles d'autrui⁴³¹. Le droit à une libre expression serait la clé de voûte d'un système de délibération publique fonctionnant selon le modèle démocratique tiré de Madison⁴³². Les citoyens devraient ainsi disposer d'un certain degré d'information leur permettant de participer à cette délibération. Ce modèle implique une réglementation de la part des pouvoirs publics afin d'assurer l'expression effective de la diversité des points de vue. L'internet n'échapperait pas aux nécessités d'une telle réglementation.

Par ailleurs, l'internet, et les nouvelles technologies de la communication en général, n'entraîneraient pas un questionnement nouveau sur les principes existants, mais produiraient

⁴³⁰ "The First Amendment in Cyberspace", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1757-1804.

⁴³¹ La formule exacte de l'auteur est la suivante : "A well-functioning system of free expression is one in which people are exposed to ideas that compete with their own, so that they can test their own views and understand other perspectives even when they disagree", *ibid.*, p. 1786.

⁴³² Le modèle de Madison défendu par l'auteur est une variante du méta-principe de la démocratie étudié au Titre I, Chapitre I. Les conceptions possibles de la liberté d'expression. Cette conception est exposée dans Sunstein (C.R.), "The First Amendment in Cyberspace", précité, pp. 1762-1765.

plutôt une nouvelle sphère d'application, voire d'évaluation des vieux principes⁴³³. En raisonnant par analogie, il serait parfaitement possible de construire un nouveau droit sur l'ancien. Le problème principal avec le droit existant reposerait moins sur son éventuelle inadaptabilité aux problèmes actuels que sur le fait qu'aucun but clair n'ait jamais été assigné au système de liberté d'expression.

L'internet ferait peser deux types de menaces sur la valeur de la démocratie. La première proviendrait de l'insuffisance de délibération démocratique due à l'extrême facilité de communication entre gouvernés et gouvernants. Des réponses rapides de la part de gouvernants aux questions des gouvernés pourraient conduire à un gouvernement par référendum. Myopie et sensationnalisme⁴³⁴ seraient les écueils d'un tel gouvernement. Ensuite, les citoyens seraient menacés de balkanisation. L'internet permettrait la sélection des informations et ainsi le rejet de celles qui dérangent. Or, ceci irait à l'encontre de la promotion de l'éducation et de la discussion, promotion conçue comme un bien démocratique qui suppose qu'on soit soumis bon gré mal gré au plus grand nombre d'expressions disponibles. L'internet devrait donc être réglementé selon le modèle qui permettrait au mieux de respecter cette vision de la démocratie.

Une autre approche, plus optimiste, de la défense des méta-principes existants consiste à focaliser non pas sur les risques que l'internet créerait à l'égard des justifications classiques de la liberté d'expression, mais à évaluer en quoi la technologie permettrait au contraire d'exacerber certaines valeurs. Ici encore, c'est la valeur de la démocratie qui serait la bénéficiaire des avantages communicationnels offerts par le réseau, réseau qui disposerait donc d'un potentiel démocratique⁴³⁵. Ce potentiel tiendrait en deux aspects particuliers. Tout d'abord, l'internet résoudrait le problème du pluralisme grâce à l'abondance de l'information et à sa décentralisation. Aucune autorité ne le contrôle et les individus y joueraient tous le même rôle. Ce serait une technologie particulièrement ouverte, et qui devrait le rester. Ensuite, le choix des contenus disponibles doterait les individus d'une capacité de contrôle suffisante pour ne pas requérir une intervention trop pesante de la part des pouvoirs publics. Le méta-principe de la démocratie, tel qu'envisagé en prémisses, s'en trouverait renforcé.

⁴³³ La formule exacte de l'auteur est la suivante : "[...] the emerging technologies do not raise new questions about basic principle but instead produce new areas for applying or perhaps testing old principles", *ibid.*, p. 1765.

⁴³⁴ *Ibid.*, p. 1785.

⁴³⁵ Berman (J.) et Weitzner (D.J.), "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, p.1619-1637, et notamment p.1621.

Un autre argument systémique avancé à l'appui de l'application à l'internet de régimes juridiques de la communication existants a été développé par le juge américain Easterbrook⁴³⁶. Selon cet auteur, il faut se garder de construire un droit spécifique à l'internet, car ce dernier n'existe pas plus qu'il n'existerait un droit du cheval⁴³⁷. La meilleure façon de comprendre quel est le droit applicable à un sujet spécifique serait d'étudier les règles générales. Ce qui compte avant tout est de trouver les principes unificateurs. Ainsi, tout effort entrepris dans le but de rassembler l'ensemble des règles d'un sujet reviendrait à s'égarer.

Enfin, un dernier argument généralement répandu consiste à simplement affirmer que le droit existant trouverait à s'appliquer, que ses fondements ainsi que la plupart des concepts généraux seraient parfaitement transposables dans ce "nouvel environnement"⁴³⁸. L'internet ne changerait donc rien, hormis qu'il faudrait alors procéder à certaines adaptations du droit. Mais l'argument devient contradictoire du fait même de cette nécessité affirmée d'adaptation du droit. En effet, considérer que des adaptations du droit sont nécessaires revient à accepter une définition fonctionnelle de l'internet. Le réseau aurait un impact sur le droit et conduirait à modifier certains de ses concepts généraux. La dynamique se trouve ainsi inversée par rapport à celle des deux arguments précédents, selon laquelle c'est à la technologie de s'adapter aux principes, et non le contraire. La contradiction pourrait être levée s'il paraissait clair que ces adaptations seront superficielles et sans incidence sur les fondements du droit existant. Sinon, et donc dans l'hypothèse où des modifications plus conséquentes devraient être envisagées⁴³⁹, la contradiction reprend se place. Ces modifications prônées consistent en effet souvent à considérer différemment la structure même du système de la communication, de sorte que cet argument se retrouve en fait au sein d'un ensemble argumentatif différent de ceux envisagés ici. Cet argument semble ainsi avoir un but précis, celui de rassurer sur la capacité de réaction du droit face à l'apparition d'un phénomène nouveau tel que l'internet. Il répond à l'anxiété

⁴³⁶ Easterbrook (F.H.), "Cyberspace and the Law of the Horse", précité.

⁴³⁷ L'auteur indique que si un tel droit existait, il faudrait rassembler les règles concernant les personnes qui se font blesser par les chevaux, mais également celles traitant de droits de la propriété, de courses de chevaux, ou encore du statut des vétérinaires, *ibid.*, p. 207.

⁴³⁸ C'est notamment l'argument développé par le Conseil d'État dans son rapport "Internet et les réseaux numériques", précité, p. 22, et il se retrouve dans la plupart des discours des pouvoirs publics dans cette matière.

⁴³⁹ A titre d'exemple, le Conseil supérieur de l'audiovisuel avait proposé de supprimer la distinction entre communication publique et correspondance privée, distinction sur laquelle a été construit le système français du droit de la communication. Cette modification pourrait être considérée comme fondamentale. Voir Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Avis sur le projet de loi sur la société de l'information*, Lettre du C.S.A. n°140, mai 2001.

qu'a pu causer la découverte des multiples usages et possibilités techniques permis par le réseau.

Ainsi, selon l'approche systémique au sens fort de l'internet, il faut intégrer ce phénomène nouveau dans le système juridique. Ce dernier pourrait éventuellement subir quelques modifications, mais elles ne devront pas être fondamentales. Par ailleurs, le système de valeurs existant soutenant le principe d'une libre expression, et notamment celle de la démocratie, est suffisant. L'internet peut donc être intégré dans un des modèles existants du droit de la communication.

B. L'incorporation de l'internet dans un modèle existant

Postuler la complétude du système juridique et des valeurs justifiant le principe de la liberté d'expression conduit à intégrer un phénomène nouveau dans une catégorie préexistante. Ainsi, en fonction de leur conception de la liberté d'expression, les auteurs proposent de faire dériver le régime juridique de l'internet de ceux de la presse ou de l'audiovisuel⁴⁴⁰.

C'est ce second modèle qui est préféré par le professeur Sunstein, et plus particulièrement celui de l'audiovisuel diffusé par voie de câble. L'auteur estime que le modèle du câble posé par la Cour suprême dans sa décision *Turner*⁴⁴¹ devrait être étendu aux nouvelles technologies de la communication dont l'internet. Rappelons que selon cet auteur, ce modèle imposerait quatre types d'obligations aux pouvoirs publics⁴⁴² : la réglementation des nouvelles sources d'expression devrait avoir pour seul but d'assurer l'accès des récepteurs, accès sans lequel ils seraient démunis d'une programmation gratuite ; les propriétaires de ses sources devraient avoir pour obligation d'accorder également l'accès aux émetteurs ; la réglementation devrait être neutre sur le contenu ; enfin, elle devrait être justifiée par la nécessité d'assurer un accès des récepteurs à une programmation libre, mais également par la poursuite d'objectifs

⁴⁴⁰ Comme nous le verrons au cours des développements consacrés à la mise en place d'un régime juridique pour l'internet, notamment en France, il a été proposé de faire dériver celui-ci du régime de l'audiovisuel. Le régime juridique de la communication en ligne deviendrait alors un sous-ensemble de la communication audiovisuelle. Voir infra, Titre I. La réglementation de l'internet en France.

⁴⁴¹ Il s'agit de la décision rendue par la Cour suprême américaine, *Turner Broadcasting System, Inc. V. Federal Communications Commission*, 512 US 622 (1994). Voir le Titre précédent, Chapitre II, Section II consacrée aux conceptions de la liberté d'expression aux États-Unis.

⁴⁴² Voir supra notre Titre I, Chapitre II, Section II concernant les conceptions de la liberté d'expression en droit américain.

démocratiques telles la nécessaire discussion sur des matières d'intérêt local ou la garantie du pluralisme des informations.

Le modèle *Turner* serait le plus adapté à la réglementation de l'internet car il permettrait de garantir la valeur de la démocratie selon la conception madisonienne défendue par l'auteur. Mais c'est une version affaiblie de cette conception qui devrait alors être mise en place dans la mesure où l'auteur reconnaît qu'une politique d'incitation et de subventions serait préférable à une réglementation de type classique. Il admet tout de même qu'à défaut d'être littéralement transposé aux nouvelles technologies de l'information, ce modèle devrait en tout cas inspirer les pouvoirs publics dans leur volonté de les contrôler.

De leur côté, les professeurs Berman et Weitzner⁴⁴³ seraient favorables à la transposition à l'internet du régime juridique de la presse. Ce choix est opéré par les auteurs par le biais d'un raisonnement *a contrario* conduisant à écarter l'application du régime de l'audiovisuel au réseau. Si ce dernier ne correspond pas à une technologie tel que l'internet, c'est parce que les deux caractéristiques principales qui ont justifié la création du modèle de l'audiovisuel que sont la rareté des fréquences hertziennes et l'absence de contrôle de la part des utilisateurs sur les contenus diffusés, en seraient absentes. Mais au-delà des considérations techniques, les auteurs estiment que le régime juridique de l'internet ne devrait pas être subsumé sous celui de l'audiovisuel car le contrôle qui y est exercé par les pouvoirs publics ne correspond pas à la conception de la démocratie qui devrait s'appliquer à l'internet. Aussi, les auteurs estiment que seul le modèle de la presse permet un véritable pluralisme de l'information. Ils s'appuient sur l'histoire de l'avènement de la démocratie aux États-Unis. C'est la presse qui aurait permis son épanouissement car les journaux étant facilement produits et distribués, aucune autorité, publique ou privée, ne pouvait en contrôler le contenu. La presse a ainsi permis au peuple d'être suffisamment informé pour participer au processus de gouvernement. L'internet répondant techniquement aux caractéristiques de la presse, c'est ce modèle qui doit lui être appliqué. Dès lors, il reviendrait aux utilisateurs eux-mêmes de décider des contenus auxquels ils souhaitent être exposés. C'est par le biais des technologies de filtrage de l'information qu'ils pourraient identifier et exclure les contenus qui ne leur conviendraient pas. Toutefois, l'efficacité de ce contrôle suppose de ne pas s'en remettre à un seul système de filtrage. De multiples logiciels de filtrage devraient être mis à la disposition des utilisateurs afin qu'il

⁴⁴³ Berman (J.) et Weitzner (D.J.), "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", précités.

existe une vraie diversité des critères de sélection des contenus et éviter une censure, qu'elle provienne de pouvoirs publics ou privés.

Ces propositions doctrinales visant à faire dériver le régime juridique de l'internet de régimes juridiques existants, tels la presse ou l'audiovisuel, conduisent à la question de savoir si ce ne sont pas en fait de nouveaux modèles qui sont ici suggérés. En effet, à la lumière de ces propositions, il est difficile d'estimer si les auteurs suggèrent que les modèles initiaux devraient être élargis, ou au contraire, s'il serait souhaitable d'appliquer à l'internet un modèle différent, mais inspiré de ces derniers. Par exemple, l'étude offerte par les professeurs Berman et Weitzner ne permet pas d'affirmer avec certitude si c'est le modèle de la presse qui doit être élargi, ou bien si un nouveau modèle devrait être créé, englobant la presse et l'internet. Face à cette confusion, les auteurs reconnaissent implicitement qu'un régime juridique adéquat pour l'internet se fonderait nécessairement sur des principes différents de ceux qui guident le régime des technologies existantes. Dès lors, il s'agirait de construire un modèle propre pour l'internet.

§2. Les constructions d'un modèle *sui generis* de la liberté d'expression pour l'internet

Un second ensemble de discours systémiques à propos du régime juridique à construire pour l'internet est basé en partie sur des arguments de type fonctionnel. Il est postulé que l'internet ne ressemblerait à aucune autre technologie existante, que son régime ne pourrait donc être subsumé sous l'un d'entre eux. Les tentatives d'incorporation de l'internet dans des modèles existants sont ici dénoncées comme inadaptées et réductrices. Les inférences sont rejetées du fait de la restriction de la liberté d'expression sur l'internet auxquelles elles conduiraient. Le discours systémique au sens faible rassemble des propositions de modélisation de l'internet afin d'en faire une technologie dont le régime juridique dépendrait de règles propres mais qui s'insérerait dans les systèmes existants du droit de la communication.

Par ce discours, le régime juridique de l'internet devrait avant tout découler du principe de la liberté d'expression tel qu'il est posé dans les textes constitutionnels, et ce au nom de l'argument de la cohérence globale. Dès lors, ce régime devrait être le reflet de la fonction spécifique qu'il remplirait dans ce système. Une des prémisses de ce discours est l'existence d'une convergence entre les différentes technologies de la communication. Elle se situerait à

trois niveaux différents, celui des réseaux, celui des services et celui des terminaux⁴⁴⁴. La convergence des réseaux a lieu par le fait que l'accès à l'internet peut se faire par le biais de l'ensemble des moyens de télécommunication (hertzien, câble, téléphone ou encore satellite). Au niveau des services, il serait possible sur l'internet d'accéder à des communications publiques de type audiovisuel et de correspondre à titre privé. Enfin, les industriels des secteurs informatique, audiovisuel et de télécommunications offrirait tous un accès à l'internet. Par exemple, on peut aussi bien regarder la télévision sur son ordinateur, qu'accéder à des services de l'internet sur son poste de télévision.

Ce discours est également étayé d'arguments conséquentialistes au nom du principe de neutralité juridique. Ce principe dicterait d'être attentif à la réalité technologique et d'influer le moins possible sur elle dans le processus d'intégration de l'internet dans le système juridique. Cette démarche passe par une évaluation des conséquences qu'engendreraient l'intégration du phénomène nouveau dans le système juridique. Ainsi, c'est le système qui subirait d'éventuelles modifications afin d'intégrer l'internet comme tel. Ceci ne serait possible que si on lui accorde un rôle spécifique dans le système de la liberté d'expression. Il est postulé que ce support est la source d'un accroissement de cette liberté, et qu'il s'agit de préserver cet apport.

Une autre stratégie a été proposée, consistant à appliquer à l'internet les régimes juridiques d'autres technologies lorsque cela s'y prêterait. Cela reviendrait à abandonner la logique des supports pour consacrer celle des contenus⁴⁴⁵. Ainsi, les services audiovisuels disponibles sur l'internet se verraient soumis au régime de l'audiovisuel, le courrier électronique, aux règles afférentes aux correspondances privées, les problèmes liés au réseau, au droit des télécommunications. En soi, l'internet ne ferait l'objet que d'un socle de règles minimales, visant notamment à régler le régime des responsabilités lié aux contenus diffusés.

⁴⁴⁴ Cet argument a été soulevé par de très nombreux acteurs, qu'ils soient juridiques ou non. On peut citer par exemple en France, Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Adaptation du cadre législatif de la société de l'information : Réponse du CSA au document d'orientation du Gouvernement, Lettre du CSA*, n° 125, février 2000, et aux États-Unis, Krattenmaker (T.G.) et Powe (L.A.), "Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media", précité.

⁴⁴⁵ Voir notamment l'avis du Conseil supérieur de l'audiovisuel, "Adaptation du cadre législatif de la société de l'information", précité.

La démarche systémique au sens faible offre l'avantage d'être souple dans l'intégration de l'internet dans le système juridique. Sa spécificité est reconnue, de même que l'apport de cette technologie en termes de liberté d'expression.

Conclusion du Chapitre préliminaire

Les constructions juridiques possibles de l'internet sont nombreuses. Deux discours prédominent. Dans le premier, une série d'arguments téléologico-évaluatifs aboutissent à proposer la mise en place d'un régime juridique de l'internet profondément différent de ceux des autres technologies de la communication. Ce n'est d'ailleurs pas l'internet qui serait réglementé mais l'espace isolé qu'il constituerait, le *cyberespace*, envisagé *lato sensu* aussi bien que *latissimo sensu*. Les implications quant au fondement de la liberté d'expression sur ce médium seraient également profondes. À côté du système traditionnel de liberté d'expression apparaîtrait un système propre pour l'internet, fondé sur une certaine conception, souvent absolutiste, du méta-principe de la démocratie. Au sein de ce discours, une approche plus modérée propose de remettre en cause l'ensemble du processus de création du droit. La production du droit ne se ferait plus de façon pyramidale, mais en réseau. L'internet est une occasion pour cette partie de la philosophie du droit de réaffirmer ses positions.

Le second discours à propos de l'internet est d'ordre systémique. Il est possible d'en dégager deux variantes. L'approche systémique au sens fort regroupe pour l'essentiel des arguments en faveur de l'incorporation de l'internet dans une des catégories existantes du système de la communication, l'audiovisuel ou la presse. L'internet serait intégré par une simple opération de subsomption et on soumettrait son régime aux méta-principes de la liberté d'expression afférents à la catégorie choisie. Au contraire, dans l'approche systémique au sens faible, des arguments fonctionnels sont mis en avant pour militer pour la création d'un régime propre au sein du système. Une fonction spécifique est reconnue à l'internet en même temps qu'est postulé le fait que cette technologie permet un accroissement sans précédent de la liberté d'expression.

Ces constructions possibles d'un régime juridique de l'internet ont influencé les acteurs juridiques français et américains. Nous allons voir à présent les discours avancés dans chacun de ces deux pays et les choix qui ont été fait afin de réglementer l'internet. Ceci nous permettra de découvrir les fondements de la liberté d'expression sur l'internet en France et aux États-Unis.

TITRE I.

LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET EN FRANCE

L'internet a été l'objet de nombreuses interrogations et de perplexité de la part des pouvoirs publics français à partir de 1997. Une consultation publique fut lancée sous l'égide du ministère des finances entre octobre et décembre 1999⁴⁴⁶. Il en a résulté un rapport dégageant les premières orientations à suivre face au défi représenté par l'internet pour notre système juridique de la communication. Simultanément, le Premier ministre confiait à Christian Paul la mission d'analyser les possibilités de mise en place d'un organisme de corégulation⁴⁴⁷. La mission était justifiée par le Premier ministre par le "caractère spécifique et profondément novateur de l'internet [qui] interdit la transposition pure et simple dans ce domaine des dispositifs qui ont été mis en place dans les secteurs de l'audiovisuel, des télécommunications ou de la télématique"⁴⁴⁸. C'est aussi en 1999 que plusieurs députés ont déposé des amendements à la loi du 30 septembre 1986⁴⁴⁹, dont la modification était alors discutée devant le Parlement, afin de régler au plus vite la responsabilité des prestataires techniques. Il s'en est suivi le vote d'une loi sur ce sujet le 1^{er} août 2000⁴⁵⁰. Les débats de l'époque au Parlement font ressortir l'importance de la quête de la nature juridique de l'internet, mais il a fallu attendre 2001 pour que le Gouvernement dépose un projet de loi à l'Assemblée nationale visant plus généralement à créer un régime juridique pour l'internet⁴⁵¹. Le projet de loi sur la société de l'information avait pour ambition de régler le statut de la communication sur l'internet et en proposait une définition. L'alternance politique a eu raison de ce projet, abandonné à la législature suivante au profit d'un nouveau projet de loi, relatif à l'économie numérique, qui se

⁴⁴⁶ Il s'agit du programme d'action gouvernementale pour la société de l'information, anciennement disponible sur le site du ministère des finances, http://www.finances.gouv.fr/societe_information/introduction.htm.

⁴⁴⁷ Voir la lettre de mission du Premier ministre dans le rapport remis par Christian Paul, "Du droit et des libertés sur l'internet - La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale", mai 2000, pp. 7-8. Le rapport est disponible à l'adresse suivante : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/004001056/index.shtml>.

⁴⁴⁸ *Ibid.*, p.7.

⁴⁴⁹ Loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 1^{er} octobre 1986, p. 11755, pour sa version originale.

⁴⁵⁰ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 2 août 2000, p. 11903.

⁴⁵¹ Projet de loi sur la société de l'information, n° 3143, déposé le 14 juin 2001 à l'Assemblée nationale, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3143.asp>. Il est devenu caduc à la fin de la onzième législature.

donnait également pour tâche de trouver un régime juridique pour l'internet. Il a abouti à la loi pour la confiance dans l'économie numérique, adoptée le 21 juin 2004⁴⁵².

La question est donc globalement réglée à l'heure actuelle. Les parlementaires ont eu à trancher différentes questions, mais surtout celle de savoir si le régime juridique de l'internet devait être subsumé sous le régime d'un autre média, notamment l'audiovisuel, si un régime autonome devait être mis en place, ou encore si un droit spécial, dérogeant aux règles générales du droit de la communication, devait être créé. En d'autres termes, les parlementaires ont été confrontés à un choix entre une approche systémique ou une approche téléologico-évaluative de l'internet (Chapitre I). Mais le choix d'une approche exclue-t-il l'application d'une autre ? Si le choix d'une approche systémique de l'internet s'est imposé, nous verrons qu'il a également été décidé de considérer son régime juridique sous un angle fonctionnel, bien que dans un cadre non contraignant (Chapitre II).

⁴⁵² Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *J.O.* n° 143 du 22 juin 2004 p.11168. Le projet de loi avait été déposé le 15 janvier 2003 à l'Assemblée nationale.

CHAPITRE I.

LA MISE EN ŒUVRE DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FAIBLE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE

Nous l'avons vu, l'internet fait l'objet de deux approches systémiques différentes⁴⁵³. L'une consiste à introduire un nouveau modèle de la liberté d'expression spécifiquement pour l'internet, modèle découlant directement du principe de la liberté d'expression et intégré dans ensemble du système de communication. Il s'agit alors d'une approche systémique au sens faible. La seconde revient à subsumer le régime de l'internet sous un des modèles existants. Il s'agit alors de l'approche systémique au sens fort.

Le choix de l'une ou l'autre de ces approches est essentiel car il aboutira à des solutions radicalement différentes en termes de liberté d'expression. En France, les pouvoirs publics sont allés d'une approche à l'autre, tâchant de répondre à la question de savoir si le régime juridique de l'internet devait être subsumé sous des régimes juridiques existants ou au contraire faire l'objet de règles propres. Ce n'est que récemment que ce point a été tranché (Section I.). La décision de poursuivre une approche systémique au sens faible de l'internet a entraîné son insertion dans le droit de la communication (Section II.).

⁴⁵³ Voir notre Chapitre préliminaire, Section II. L'approche systémique au sens fort, ou au sens strict, consiste dans l'intégration pure et simple du phénomène nouveau dans le système juridique. Les règles existantes ne sont pas modifiées, ou très peu, et les principes existants sont considérés comme justifiant également la réglementation du phénomène. En revanche, dans l'approche systémique au sens faible, on considère que le phénomène nouveau s'intègre effectivement dans le système juridique, ne serait-ce que par application des normes de caractère général, dites de droit commun, mais que l'adaptation de ces normes peut et doit conduire à la création d'un nouvel ensemble normatif.

SECTION 1.

LE CHOIX DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET À ADOPTER

La loi du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁴⁵⁴ a mis en place le régime juridique de l'internet en France et reconnu la liberté de communication en ligne dès son premier titre. La plupart des règles découlant du régime juridique de l'internet sont régies par cette loi, de manière autonome par rapport à la loi du 30 septembre 1986 qui traite de la communication audiovisuelle.

Ceci amène à se poser différentes questions dont la première, et la plus fondamentale, est celle de la place du régime juridique de l'internet au sein du système de la communication en France. Depuis la fin des années 90, de nombreux arguments ont été soulevés que l'on peut, de manière synthétique, regrouper en deux catégories. La première est composée de ceux qui prônent l'intégration de l'internet dans le régime juridique de l'audiovisuel, avec la possibilité d'effectuer quelques aménagements. C'est le cas du projet de loi sur la société de l'information de 2001⁴⁵⁵, première tentative - non aboutie - de réglementation de l'internet. La seconde regroupe les arguments favorables à la création d'un droit spécifique de l'internet, autonome de l'audiovisuel, sans pour autant être un droit spécial, dérogeant aux règles dérivant du principe de la liberté d'expression. C'est sur leur base qu'a été façonnée la loi relative à l'économie numérique promulguée en 2004.

Deux conceptions du droit de l'internet se sont ainsi affrontées, dévoilant une différence de conception dans la signification de la liberté d'expression qu'il s'agira de dégager. Pour ce faire, il est nécessaire dans un premier temps d'isoler la fonction attribuée à l'internet dans chacun des cas, en s'attachant notamment à l'usage sémantique des différentes notions servant à définir l'internet (§1.).

⁴⁵⁴ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

⁴⁵⁵ Projet de loi sur la société de l'information, précité.

Ensuite, nous étudierons les deux groupes d'arguments principaux en France à propos de la place de l'internet dans le système de la communication, celui de l'intégration de l'internet des dispositions régissant l'audiovisuel (§2.) et celui de la création pour ce média d'un régime juridique propre, d'égale importance avec ceux existant déjà, c'est-à-dire la presse et l'audiovisuel (§3.).

§1. La place formelle de l'internet dans les principaux textes juridiques

Le projet de loi sur la société de l'information et la loi relative à l'économie numérique sont deux textes différents – d'un côté un projet de loi, de l'autre une loi promulguée. Toutefois, leur étude comparative se justifie par la compréhension du droit de l'internet, de ce qui est et de ce qui aurait pu être. C'est de la confrontation des deux approches retenues dans ces textes qu'est né le régime juridique de l'internet. Voyons quels sont les contours de ces deux approches.

La communication en ligne n'occupe pas la même place formelle dans les deux textes successifs. Le projet de loi relatif à la société de l'information y consacrait son deuxième titre, alors que son premier titre traitait de l'accès à l'information⁴⁵⁶. La loi relative à la confiance dans l'économie numérique accorde à l'internet une place privilégiée, dès son premier titre. Cette permutation formelle de la place de la définition juridique de l'internet est en contradiction avec l'intitulé des deux textes, pour le premier, la société de l'information, notion large, mais aussi vague et non définie, pour le second, l'économie numérique. En effet, on aurait pu s'attendre à ce qu'une loi portant sur l'économie numérique relègue la définition du réseau à une place moins importante, et qu'à l'inverse, un texte sur la société de l'information lui accorde une place première. Les intitulés de ces deux textes sont donc trompeurs quant à la place qu'ils accordent à l'internet.

Par ailleurs, on peut se poser la question de savoir pourquoi la loi de 2004 porte l'intitulé de "loi relative à l'économie numérique", alors même que son contenu ne se restreint pas à cet aspect. La raison est que la France devait transposer au plus tard en 2002 la directive européenne sur le commerce électronique adoptée en 2000⁴⁵⁷. Le législateur a probablement voulu rester dans l'esprit de cette directive en optant pour un intitulé similaire. La permutation formelle de la place de l'internet dans les deux textes peut s'expliquer par l'importance

⁴⁵⁶ Le projet portait respectivement sur l'accès à la communication en ligne, l'accès aux données publiques et l'accès aux archives publiques.

⁴⁵⁷ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), *J.O.C.E.* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

nouvelle accordée par le législateur à l'internet, et par sa volonté de créer enfin, et durablement⁴⁵⁸, un régime juridique pour ce média.

Le langage employé dans les deux textes est également intéressant. L'importance est donnée dans les deux cas aux concepts de sécurité et de confiance. Ces deux concepts sont souvent associés au terme de besoin (des acteurs économiques ou encore de la société de l'information). Trouver un régime juridique à l'internet est perçu dans un cas comme dans l'autre comme une nécessité. Néanmoins, dans le cas de la loi sur l'économie numérique⁴⁵⁹, la dimension économique est mise en avant par l'emploi de termes tels que "innovation", "qualité", "croissance", "emploi", "commerce" ou encore "productivité". L'internet est ici avant tout une technologie devant servir de stimulateur économique. C'est donc surtout la structure de cette économie émergente qui est réglementée. La culture et l'éducation occupent également une grande place, moins toutefois que dans le projet de loi sur la société de l'information. Ce dernier⁴⁶⁰ plaçait l'aspect économique de l'internet au second plan, sous l'angle du développement des entreprises et de l'emploi, tout en mentionnant les nécessités de la compétitivité économique de ce secteur soumis à une concurrence mondiale. On le voit, les priorités sont en partie inversées dans ces deux textes, mais cela correspond simplement à une différence traditionnelle d'idéologie politico-économique entre la "droite" et la "gauche".

Un troisième aspect de la différence du traitement du régime juridique de l'internet dans ces deux textes peut finalement être décelé dans des considérations axiologiques cristallisées

⁴⁵⁸ La volonté de créer un régime juridique durable pour l'internet est mentionnée à plusieurs reprises par le rapporteur du projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique à l'Assemblée Nationale, M. Dionis du Séjour. On peut retrouver son intervention dans le dossier de l'Assemblée relatif à cette loi, disponible à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp#030528.

⁴⁵⁹ Les lois comme les projets de loi, malgré leurs exposés des motifs, n'offrent que peu d'indications quant aux raisons pour lesquelles ils sont décidés. Leur compréhension peut être facilitée par l'étude des textes non juridiques rédigés par les pouvoirs publics, et notamment par le Gouvernement, qui entourent leur élaboration. Dans le cadre du projet de loi sur l'économie numérique, le ministre des Finances avait rendu public une sorte de plan d'action dont l'étude nous servira ici. Il s'agit du *Plan RE/SO 2007* (pour une République numérique dans la société de l'information), 12 novembre 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.internet.gouv.fr/informations/information/plan_reso2007/.

⁴⁶⁰ A l'instar de ce qui a été dit à propos de loi relative à la confiance dans l'économie numérique, la compréhension du projet de loi sur la société de l'information passe par l'étude de textes non juridiques rédigés par les pouvoirs publics. En l'espèce, il s'agit d'une part du *Discours de Hourtin* prononcé le 26 août 1999 par le Premier ministre Lionel Jospin lors de l'Université d'été de la communication et dans le cadre de l'action gouvernementale pour la société de l'information, anciennement disponible à l'adresse suivante : <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/discourspm.htm>, d'autre part de la *Consultation publique sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information – Une société de l'information pour tous*, précitée, et enfin du rapport de Christian Paul, *Du droit et des libertés sur l'internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport remis au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2000.

autour du concept de *société de l'information*, employé dans le projet de loi sur la société de l'information, mais également dans le projet initial de loi relative à l'économie numérique et dans la directive sur le commerce électronique. Ce concept est d'autant plus vague qu'il n'a jamais fait l'objet d'une définition. C'est le contexte linguistique dans lequel il est utilisé qui nous permettra de mieux le cerner, et peut-être même de déterminer la conception de la liberté d'expression qu'il supporte.

À première vue, le concept de *société de l'information* renvoie à l'idée d'une structure sociale particulière, dominée par l'information. C'est ainsi que l'ancien Premier ministre, Lionel Jospin, à l'origine du projet de loi sur la société de l'information, a indiqué qu'il s'agissait d'un "secteur qui modèle notre société"⁴⁶¹. Il ajoutait que c'est "un espace de communication qui prend forme". La *société de l'information* serait ainsi un espace à l'intérieur de la société, comme le *cyberespace* serait un espace virtuel situé à l'extérieur du "monde réel"⁴⁶². Mais la ressemblance avec le concept de *cyberespace* s'arrête là dans la mesure où la *société de l'information* est présentée comme un secteur de la société, elle en ferait partie, ce qui démontre l'attachement des pouvoirs publics français à une approche systémique de l'internet.

De plus, le concept de *société de l'information* ne se réduit pas à l'internet. En effet, cette société serait constituée par l'ensemble des réseaux de la communication, et l'internet serait considéré comme n'étant qu'un de ses instruments, bien que le plus important. Aucune description précise de ces réseaux n'est donnée, et nous pouvons raisonnablement penser qu'est visé l'ensemble des technologies qui permettent un "système d'échanges multilatéral et circulaire", et non plus "une relation unilatérale et linéaire entre émetteur et récepteur"⁴⁶³. Il peut sembler étrange qu'une société puisse être construite autour d'instruments techniques. Il est possible que dans l'esprit des créateurs de cette notion, la *société de l'information* se définisse non pas par ses instruments mais par leurs contraintes techniques. Ceci peut être confirmé par le fait que dans leur description de la *société de l'information*, ils choisissent avec soin les particularités techniques qui fondent, selon eux, cette société : la facilité d'expression par tous, l'accès élargi à de nombreuses formes d'expression, le caractère décentralisé de l'internet, de même que son caractère transfrontalier.

⁴⁶¹ Discours de Hourtin, précité.

⁴⁶² Voir notre Chapitre préliminaire.

⁴⁶³ Chevallier (J.), "Constitution et communication", *Dalloz*, 1991, chron., pp. 247-256, notamment p. 247.

Le terme de "société" fait aussi penser à celui de "démocratie". Ces trois textes s'adressent aux acteurs juridiques, mais aussi et surtout aux citoyens. Si comme nous l'avons dit, la dimension économique de cette "société" est une priorité, la culture et l'éducation n'en sont pas moins présentées comme des enjeux essentiels. L'accès à ces technologies devrait ainsi être démocratisé et la société de l'information être fondée sur le principe d'égalité entre tous les citoyens. Les citoyens sont donc les bénéficiaires de la liberté d'expression dans la *société de l'information*. Lors de ses réflexions sur la construction d'un régime juridique pour l'internet, le Gouvernement s'était même fixé pour ambition de construire une "République numérique", "conciliant solidarité et innovation"⁴⁶⁴. Mais la conception de la démocratie, valeur justificatrice de la liberté d'expression dans cette société, est ici avant tout intrinsèque⁴⁶⁵, c'est-à-dire qu'elle est perçue dans son aspect individuel, moins dans celui de l'intérêt de la société dans son ensemble. La réalisation individuelle de chaque citoyen, leur responsabilisation, sont une fin en soi, au service de la démocratie. La particularité de cette conception de la démocratie tient ici au fait que cette valeur justifierait la liberté d'expression non dans la société en général, mais dans cette *société de l'information* qui émergerait. Il restera donc à découvrir si cette valeur est amenée ou non à justifier l'ensemble du système de la communication, ou si son champ justificateur se réduit aux nouvelles technologies qui permettent une circularité des échanges expressifs. Le fait que la notion de *société de l'information* ait été abandonnée dans la loi relative à la confiance dans l'économie numérique ne modifie en rien ces considérations sur la liberté d'expression. Elle a servi de base de réflexion dans les travaux législatifs depuis le début, que ce soit au niveau français ou au niveau européen.

Finalement, le projet de loi sur la société de l'information et la loi sur l'économie numérique semblent accorder une fonction similaire à l'internet. Néanmoins, ces textes divergent sur un point essentiel en termes de liberté d'expression : le premier voulait intégrer l'internet dans la loi du 30 septembre 1986 alors que le second l'a exclu. Ce point est fondamental et nous allons à présent étudier successivement les arguments ayant servi à justifier la subsumption du régime de l'internet sous celui de l'audiovisuel, puis ceux ayant conduit à consacrer un régime de la communication en ligne distinct des autres régimes existants.

⁴⁶⁴ Voir le *Plan RE/SO 2007*, précité.

⁴⁶⁵ Cette conception de la démocratie a été développée par le juge américain Brandeis dans son opinion concurrente dans la décision *Whitney v. California*, voir notre Chapitre I, Titre I.

§2. L'argument en faveur de l'intégration de l'internet dans la loi du 30 septembre 1986

La liberté de communication consacrée par la loi du 30 septembre 1986 concerne les supports que sont la radiodiffusion et la télévision, de même que les télécommunications. Un véritable statut de la communication fut érigé, dont les règles essentielles ont été puisées dans le régime de la presse⁴⁶⁶.

Le projet de loi sur la société d'information⁴⁶⁷, désormais abandonné, proposait d'intégrer la communication sur l'internet à la loi de 1986 sur la communication audiovisuelle. Une définition de la communication sur l'internet aurait été introduite à l'article 2 de la loi de 1986, ainsi libellée : "on entend par communication publique en ligne toute communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle formulée par un procédé de télécommunication"⁴⁶⁸. Cette définition avait été intégralement reprise dans le projet de loi sur l'économie numérique, mais une autre lui a été substituée à l'Assemblée nationale au cours des débats parlementaires sur lesquels nous reviendrons plus loin.

En faisant dépendre la liberté de communication en ligne de celle relative à la communication audiovisuelle, le Gouvernement proposait une inférence se justifiant par la volonté d'assimiler la communication publique sur l'internet à la communication en général par le biais du concept de publication. Il semblerait que ce rattachement ait été motivé par un souci de cohérence législative⁴⁶⁹, de même qu'il était basé sur une définition extensive de la communication audiovisuelle. La logique du support semblait donc prédominer ici.

⁴⁶⁶ La logique du système de responsabilité en cascade, par exemple, mise en place par la loi de 1881 relative à la presse, a été transposée à l'audiovisuel avec quelques aménagements. Il en est de même du droit de réponse ou encore de la prescription.

⁴⁶⁷ Précité.

⁴⁶⁸ Article 7 du projet de loi, précité.

⁴⁶⁹ En effet, comme le fait remarquer Jacques Chevallier dans "Constitution et communication", précité, depuis 1982, les pouvoirs publics se sont engagés dans un "effort de globalisation" du système de communication. La première pierre de cette construction a été l'avènement de la liberté de communication en 1982. Puis, la décision du Conseil constitutionnel 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Recueil*, p. 48, sera le point de départ de la construction d'un statut constitutionnel de la liberté de communication. La voie était alors ouverte pour mettre en place la structure de cette liberté en 1986. Cette structure intègre, rappelons-le, la communication audiovisuelle et les télécommunications, et pour une petite partie, la presse.

Ce mouvement d'unification du système de communication n'impliquait pas forcément que les supports soient traités de manière identique. L'internet aurait fait l'objet de règles spécifiques là où cela aurait été justifié. Le Gouvernement le reconnaissait au travers de la définition qu'il avait adoptée : cette communication se serait caractérisée par sa transmission "sur demande individuelle". L'introduction de la liberté de communication en ligne dans la loi de 1986 se comprend dès lors comme la confirmation de la modification du sens de la communication depuis l'apparition de l'audiovisuel. On serait passé "d'une relation unilatérale et linéaire entre émetteur et récepteur à un système d'échanges multilatéral et circulaire"⁴⁷⁰. Ce changement dans notre manière de communiquer a conduit depuis quelque temps déjà le Conseil constitutionnel à imposer au législateur de se tourner du côté du récepteur⁴⁷¹ en orientant également sur lui les fondements de la liberté d'expression. L'architecture même de l'internet conforterait cette évolution et il semblerait à cet égard logique que son statut soit incorporé dans la loi de 1986, ce qui pourrait être interprété comme une reconnaissance de la soumission du réseau au principe de la liberté d'expression, au même titre que l'ensemble de la structure de la liberté de communication dans son sens le plus large.

Néanmoins, ce projet était source de nombreuses confusions. La loi de 1986 serait-elle devenue une grande loi de la communication et non plus seulement celle de l'audiovisuel, ou aurait-elle été simplement aménagée afin d'intégrer l'internet ? La position du Gouvernement n'était pas claire. D'un côté, au nom de la logique du support, il refusait la consécration d'un principe commun de liberté de communication au public qui aurait englobé l'audiovisuel et l'internet en en distinguant clairement les régimes juridiques. D'autre part, ce même Gouvernement prenait la voie d'une telle distinction en faisant voter la loi du 1^{er} août 2000⁴⁷², modifiant celle de 1986 sur l'audiovisuel qui définissait les services de l'internet comme des "services de communication en ligne autres que de correspondance privée". En tirant les conséquences de cette définition, il aurait été possible de distinguer au sein des services de l'internet ceux de type audiovisuel, qui eux auraient été soumis à la loi de 1986. Ainsi, l'audiovisuel et l'internet auraient disposé de régimes distincts, seuls les services à proprement parler audiovisuels de l'internet auraient alors été réglementés comme tels. Mais le Gouvernement n'a pas souhaité prendre une telle direction. L'inclusion de l'internet dans le régime de l'audiovisuel semblait alors acquise, par le silence gardé sur ce point. La

⁴⁷⁰ Chevallier (J.), *ibid.*, p. 247.

⁴⁷¹ *Ibid.*, p. 248.

⁴⁷² Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

communication en ligne étant définie comme une "communication audiovisuelle transmise sur demande individuelle", les services de l'internet seraient donc des services de communication audiovisuelle d'une nature particulière, transmis sur demande individuelle.

La définition de la communication en ligne comme "demande individuelle" a été critiquée à de nombreuses reprises. La transmission de programmes à la demande caractériserait en effet les nouvelles technologies audiovisuelles que sont le câble et le satellite⁴⁷³. On pourrait dès lors penser que le Gouvernement avait songé que donner une définition plus précise de la communication en ligne aurait conduit à figer l'évolution technologique. Implicitement, il aurait admis que l'internet serait guidé par des principes fondateurs différents de ceux des autres supports, comme le libre échange démocratique et la liberté de choix des utilisateurs. Le projet a donc pu paraître très confus, se contentant de demi mesures, englobant l'internet dans le régime de l'audiovisuel tout en l'en différenciant, et en donnant une définition imprécise de la communication en ligne. Ceci ressemble à une tentative désordonnée de rester dans la logique du support. Pourquoi donc garder une position si controversée ?

Dans la mesure où l'intégration de l'internet dans le régime de la communication audiovisuelle n'a pas été motivée par le Gouvernement, c'est en procédant *a contrario* que l'on pourra peut-être découvrir les raisons de ce choix. L'argument visant à exclure l'internet de la loi de 1986 au nom du principe de neutralité technologique peut, en effet, nous éclairer sur la démarche idéologique du Gouvernement. Comme nous le verrons dans le développement suivant, il est soutenu que la dichotomie entre communication audiovisuelle et correspondance privée ne rend pas compte de la réalité technologique, et que l'internet ne constitue pas un service de communication audiovisuelle au sens de la loi de 1986. Il est ajouté que le phénomène de convergence des technologies devrait conduire à abandonner la logique des supports au profit d'une logique des contenus. Ainsi, le maintien de la distinction entre communication audiovisuelle et correspondance privée posée par la loi de 1986, et le rattachement fictif de l'internet à l'audiovisuel peuvent être perçus comme une volonté implicite d'établir un contrôle étroit sur un support nouveau offrant de très vastes possibilités de communication, qui peuvent sembler échapper à l'emprise étatique. L'audiovisuel est un des supports dont la

⁴⁷³ A titre d'exemple, les nouveaux services audiovisuels de vidéo à la demande sont bien des services de communication audiovisuelle, mais ils sont transmis sur demande individuelle. Cet exemple est souvent cité, et il l'est notamment dans le rapport du Conseil d'État précité, p. 227. Voir également les commentaires sur le projet de loi de l'association IRIS (Imaginons un réseau internet solidaire) disponible à l'adresse suivante : <http://www.iris.sgdg.org/documents/rapport-lsi-apl/rapport-lsi-apl.html>.

liberté est la plus restreinte. Subsumer le régime juridique de l'internet sous celui de l'audiovisuel, même partiellement, laisse penser que le Gouvernement souhaitait ici laisser sous contrôle une technologie que l'évolution constante inquiète. Cette impression est renforcée par la contradiction dans les différentes déclarations des pouvoirs publics à propos de la réglementation de l'internet qui font explicitement référence au phénomène de convergence en tant qu'élément essentiel à la mise en place du régime de l'internet⁴⁷⁴, alors que ce phénomène sert le plus souvent d'argument à ceux qui militent pour la création d'un régime autonome.

Le statut choisi par le gouvernement pour l'internet semble montrer sa volonté de maintenir une forme de contrôle étroit sur ce support. Cette volonté de contrôle est perceptible par la dérivation de la communication en ligne de la communication audiovisuelle sans changer la définition de cette dernière. Or, nous le savons, l'audiovisuel fait l'objet d'une liberté restreinte du fait de ses particularités techniques, absentes de la toile. Ensuite, l'anticipation quant aux éventuels risques d'atteinte au pluralisme externe⁴⁷⁵ renforce l'idée selon laquelle le gouvernement veut s'attacher au méta-principe de la démocratie tel que défini pour d'autres supports alors qu'aucune atteinte à ce pluralisme sur l'internet n'est encore avérée, et peut-être même possible. Cette volonté de contrôle sous-jacente au projet de loi sur la société de l'information dévoile la crainte des pouvoirs publics face à une technologie dont ils maîtrisent mal à la fois les caractéristiques techniques et les développements futurs.

Le législateur a finalement opté pour un choix différent, consistant à créer un régime autonome pour l'internet, soumis au principe de la liberté d'expression. Mais l'organisation concrète de ce régime dépendait également de choix entraînant des conséquences en termes de liberté d'expression.

⁴⁷⁴ C'était en tout cas la position du Gouvernement précédent comme le montre l'intervention de Christian Pierret, alors Secrétaire d'État à l'industrie, dans son intervention au colloque "Quelle loi pour la société de l'information", Maison du barreau de Paris, le 31 octobre 2001. Le secrétaire d'État à l'industrie y rappelait une position déjà ancienne des pouvoirs publics selon laquelle l'internet n'étant pas une zone de non-droit, il n'y aurait pas de droit nouveau et spécifique à créer. Il faudrait plutôt "adapter notre droit aux exigences nouvelles". Selon Christian Pierret, c'est tirer les conséquences de la convergence des technologies que d'incorporer l'internet dans la loi de 1986.

⁴⁷⁵ Jusqu'à présent, aucun problème de pluralisme externe n'est encore apparu en ce qui concerne l'internet. Les éditeurs de contenus peuvent n'être que de simples particuliers, utilisateurs, et les intermédiaires techniques sont nombreux.

§3. L'argument en faveur de l'exclusion de la communication en ligne de la loi du 30 septembre 1986

La consultation organisée par le Gouvernement entre octobre et décembre 1999⁴⁷⁶ a été l'occasion pour les autorités publiques - ainsi que les associations compétentes en matière de communication - de se prononcer sur la question du régime juridique à appliquer à l'internet. Cette consultation a permis à chacun de développer ses arguments, et il se dégagait déjà alors un consensus quant à l'exclusion de l'internet de la loi du 30 septembre 1986.

L'argument de l'exclusion de l'internet du champ de la communication audiovisuelle se divise en deux branches ou variantes. Dans sa première variante, ou variante architecturale, il est affirmé que l'architecture d'un média détermine en grande partie son statut juridique. La singularité architecturale de l'internet par rapport aux autres supports de la communication est mise en avant. L'internet serait caractérisé par un certain nombre de critères distincts de ceux de la communication audiovisuelle, ce qui rendrait difficile son intégration dans la loi du 30 septembre 1986. La détermination d'obligations - et de garanties - qui font de l'audiovisuel un des supports les plus contrôlés a été justifiée par ses contraintes architecturales. La rareté des opérateurs conjuguée à l'absence de liberté de choix des utilisateurs, a fait craindre que la valeur de la démocratie ne soit pas respectée. Des obligations de pluralismes interne et externe ont été mises en place afin que l'audience ait accès à une diversité de points de vue. Or, l'internet ne connaîtrait pas le même type de contraintes. Les contenus sont accessibles sur demande de l'utilisateur qui exerce ainsi sa liberté de choix. De plus, il n'existerait pas de problème de pluralisme interne dans la mesure où chacun peut s'exprimer directement, en créant sa propre page *web*, son site ou son blog, ou même en participant à des forums de discussion. Une diversité d'émetteurs serait présente sur l'internet, au contraire des médias traditionnels. Comme le note le rapport de Christian Paul, "même si l'internet et la télévision ont en commun (et auront en commun dans un proche avenir) de véhiculer des images et des sons, ils n'offrent pourtant pas des services identiques, n'ont pas la même audience, et n'obéissent pas aux mêmes contraintes, de sorte qu'il serait pour le moins hâtif de prendre prétexte des ressemblances pour les soumettre sans distinction aux mêmes régulations"⁴⁷⁷.

⁴⁷⁶ Consultation publique sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information – Une société de l'information pour tous, précitée.

⁴⁷⁷ Voir le rapport, p. 66.

De plus, le droit français de la communication repose sur la distinction entre communication publique et correspondance privée. En l'état actuel des définitions respectives de ces supports, ce qui ne relève pas de la correspondance privée relève *a contrario* de la communication audiovisuelle. C'est justement la pertinence de cette dichotomie qui est remise en cause par les propositions de définition de l'internet comme autonome de l'audiovisuel, car tout ce qui n'appartient pas à la correspondance privée ne pourrait plus être défini comme faisant partie de la communication audiovisuelle⁴⁷⁸. En effet, l'internet offrirait une diversité de services qui n'entreraient pas dans la définition législative de la communication audiovisuelle. Le *web* permet la transmission de sons et d'images, mais également de correspondance privée, et de services liés au commerce électronique ou encore à la banque, dont l'offre est publique mais la transaction privée. L'internet serait ainsi constitué de services de nature mixte.

La lecture des avis rendus par les autorités consultées⁴⁷⁹ montre qu'il existe pourtant un consensus quant au maintien de cette dichotomie entre communication publique et correspondance privée. Presque tous s'accordent à dire que c'est plutôt le critère de la distinction qui devrait changer. L'ensemble des supports véhiculant des contenus destinés au public devrait ainsi être soumis à un principe commun de liberté de la communication.

Selon le rapport de Christian Paul, il conviendrait de réaménager le système de communication de manière à ce que soit reconnue la liberté de communication au public, qui serait alors divisée en deux sous-ensembles : la communication audiovisuelle d'un côté, la communication en ligne de l'autre. L'internet serait de cette façon exclu de la loi de 1986, et la communication audiovisuelle serait définie strictement. Les contenus audiovisuels diffusés sur l'internet n'entreraient pas dans le champ d'application de la loi de 1986. Ainsi, cette proposition revient à différencier au sein de la communication publique les règles propres à chaque support, et la réglementation des contenus. La diffusion de sons et d'images – qui caractérise la communication audiovisuelle – ne saurait être traitée de la même manière lorsqu'elle est diffusée sur l'internet ou à la télévision.

⁴⁷⁸ Voir Arnaud Hamon, *Une approche de la liberté d'expression sur internet*, mémoire de DEA, Université Paris X Nanterre, 2000, p. 29.

⁴⁷⁹ Voir entre autres, Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, précité; Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Avis relatif au projet de loi sur la société de l'information*, Lettre du C.S.A., n°140, mai 2001; Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Avis relatif au projet de loi pour la confiance et la sécurité dans l'économie numérique*, le 17 décembre 2002, disponible à l'adresse suivante : http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=10867; Autorité de régulation des télécommunications, *Avis n° 01-423 sur le projet de loi sur la société de l'information*, 2 mai 2001, disponible à l'adresse suivante : <http://www.art-telecom.fr/index.php?id=recherchedecisions>.

Mais l'argument n'est pas seulement technique. Il est également axiologique : la valeur de la démocratie participative – qui expliquerait en grande partie le régime de l'audiovisuel – ne saurait s'appliquer identiquement sur l'internet, car l'exercice de la démocratie y serait plutôt "élaboratif"⁴⁸⁰, et une liberté de choix particulièrement importante serait permise aux utilisateurs. Les particularités techniques des supports feraient que, par exemple, un contenu audiovisuel n'aura pas le même impact sur les récepteurs s'il est transmis à la télévision ou bien sur l'internet, ils ne sauraient donc être traités de manière similaire. Le rapport de Christian Paul préfère donc s'attacher à la logique du support, et non à celle du contenu pourtant préconisée par ailleurs. Une tâche resterait ici tout de même à remplir, qui est celle de déterminer les obligations et les garanties liées à ce support.

La seconde variante de l'argument de l'exclusion de l'internet de la loi de 1986, plus radicale que la précédente au regard de la conception française du système de la communication, repose sur le principe de neutralité technologique⁴⁸¹, et conduit à abandonner la logique du support. Le Conseil d'État, dans son rapport intitulé "Internet et les réseaux numériques"⁴⁸², a considéré, que la convergence technologique dicterait de s'attacher aux contenus et non plus aux supports⁴⁸³. On y parviendrait en substituant le concept de communication au public à celui de communication audiovisuelle. En procédant de la sorte, la matière serait simplifiée, tous les services seraient soumis à la législation applicable aux services "traditionnels", et ce quel que soit leur support de diffusion. Ainsi, un service diffusant des données audiovisuelles serait soumis aux règles de l'audiovisuel, qu'il utilise la télévision ou l'internet. De cette façon, le Conseil d'État rejette la deuxième option du *Livre vert* de la Commission européenne visant

⁴⁸⁰ Sur la notion de démocratie "élaborative", voir les *Quels sont nos convictions et principes de fonctionnement ?*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/quisommesnous/valeurs.phtml>.

⁴⁸¹ Sur l'ensemble de la réflexion du Conseil d'État sur ce point, voir le rapport "Internet et les réseaux numériques", précité, pp. 217-237.

⁴⁸² Précité.

⁴⁸³ Cette position provient du *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information* présenté par la Commission européenne le 3 décembre 1997, et analysé dans le rapport du Conseil d'État précité, pp. 220-225. Ce *Livre vert* distingue trois types de convergence : celle des réseaux et des terminaux, celle des industries et celle des services offerts. Cette convergence a été rendue possible grâce au numérique qui devient ainsi "le langage commun d'univers jusque là séparés", voir le rapport, p. 221. Le *Livre vert* propose dès lors trois options visant à relever le défi constitué par l'apparition de l'internet : "adapter les réglementations actuelles pour prendre en compte les caractéristiques spécifiques des nouveaux services ; créer une nouvelle catégorie de 'nouveaux services' peu réglementée, coexistant avec les deux grandes catégories traditionnelles (audiovisuel et télécommunications) ; élaborer un nouveau cadre réglementaire commun aux différents secteurs de la communication". Voir le rapport précité, p. 222.

à créer une catégorie de "services nouveaux"⁴⁸⁴, qui seraient des services propres à l'internet. Les services devraient demeurer indépendants de leurs modalités d'accès⁴⁸⁵. Le Conseil d'État préconise ainsi de différencier la régulation des réseaux, qui dépendrait du Code des postes et des télécommunications, de celle des contenus et des services, qui aurait pour dénominateur commun le caractère public de la communication et qui devrait être basé sur une analyse sectorielle des services⁴⁸⁶. Par exemple, les services de radio et de télévision diffusés sur l'internet resteraient soumis à la loi de 1986, et donc également à l'autorité du C.S.A. Enfin, la réglementation des contenus mis à la disposition du public devrait dépendre de la définition d'un socle minimal de principes d'intérêt général commun à tous les services. Ce socle comprendrait la protection des mineurs, de la vie privée ou encore de la dignité humaine⁴⁸⁷.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel⁴⁸⁸ s'est rallié à cette position en estimant que rester dans la logique du support reviendrait à occulter l'évolution technique qui se manifesterait par le biais de la convergence en matière de supports et de contenus. Selon le C.S.A., un réaménagement radical de la loi de 1986, consistant à passer d'une logique du support à celle des contenus, était envisageable et nécessaire.

Le législateur, par la loi pour la confiance dans l'économie numérique adoptée en 2004, s'est rallié à ces avis, et donc à la variante de l'argument de l'exclusion de l'internet du régime juridique de l'audiovisuel au nom du principe de neutralité technologique⁴⁸⁹. La communication permise par l'internet est à présent définie ainsi : "on entend par communication au public en ligne toute transmission, sur demande individuelle, de données numériques n'ayant pas un caractère de correspondance privée, par un procédé de communication électronique permettant un échange réciproque d'informations entre l'émetteur et le récepteur"⁴⁹⁰. Le rapporteur de cette loi à l'Assemblée nationale a clairement

⁴⁸⁴ D'après le Conseil, une telle création poserait quatre problèmes : elle remettrait en cause la distinction entre communication publique et correspondance privée ; elle serait confrontée à la quasi impossibilité de définir les "nouveaux services" ; elle irait à l'encontre de l'objectif de neutralité technologique ; enfin, il serait difficile d'imaginer une réglementation unique pour l'ensemble des services. Voir le rapport précité, p. 229.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, p. 234.

⁴⁸⁶ L'Autorité de régulation des télécommunications avait rejoint ce point de vue dans son avis rendu à propos du projet de loi sur la société de l'information, précité. L'Autorité préconisait également d'exclure les services de communication en ligne de la loi de 1986, sauf ceux qui consisteraient à transmettre sur l'internet des programmes de radio et de télévision.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, p. 232 et 236.

⁴⁸⁸ Conseil supérieur de l'audiovisuel, Avis sur le projet de loi sur la société de l'information, précité.

⁴⁸⁹ Précitée.

⁴⁹⁰ Article 1^{er}, IV, alinéa 4.

mis en avant cette position lors des débats parlementaires⁴⁹¹. Définir l'internet de manière neutre au niveau technologique signifierait justement ne pas le rattacher à un régime existant, notamment l'audiovisuel. Le but de cette loi, selon le rapporteur, est de créer un régime juridique autonome de l'internet, mais d'importance égale à ceux de l'audiovisuel et de la presse. Ceci serait justifié par trois séries de différences entre l'internet et l'audiovisuel. Il y aurait tout d'abord une différence de nature entre ces deux médias. L'internet reposerait sur l'interactivité entre l'utilisateur et les sources consultées, la diffusion audiovisuelle quant à elle descendrait unilatéralement vers l'utilisateur. Ensuite, il y aurait une différence de contenu, l'internet étant essentiellement constitué de texte. Enfin, les deux médias connaîtraient une différence d'échelle, à savoir qu'il n'y aurait que quelques chaînes de télévision et de radio, alors qu'on trouverait des millions de sites *web*. L'internet ne serait donc pas réductible à une forme de communication audiovisuelle. De là, les députés favorables à une telle approche de l'internet ont, dans l'ensemble, considéré que faire de ce support une sous-catégorie de la communication audiovisuelle conduirait à une définition erronée de la neutralité technologique par le fait qu'elle créerait un risque juridique, celui d'appliquer les dispositions de la loi de 1986 sur l'audiovisuel à l'internet, dont celles relatives au contrôle des contenus par le Conseil supérieur de l'audiovisuel. Nous reviendrons sur cet aspect plus loin. Mais ce qu'il faut comprendre par cet argument du risque juridique, c'est que l'audiovisuel est le média le plus contraint du système français de la communication. Contraindre tout autant l'internet reviendrait à lui conférer un aspect différent, et à réduire la liberté d'expression sur ce média. D'ailleurs, certains députés ont estimé qu'il serait impossible de "faire du neuf avec du vieux", c'est-à-dire d'appliquer à l'internet les dispositions de la loi de 1986, qui n'a pas été conçue pour ce média. Pareillement, lorsqu'il s'était agi de créer un régime juridique pour l'audiovisuel, on ne l'avait pas intégré à la loi sur la presse. À chaque média son régime.

Pour l'essentiel, et jusqu'à la loi sur la confiance dans l'économie numérique, c'est sur la base du droit commun que les juges ont statué sur les litiges liés à l'internet. À différentes reprises, les juges, généralement saisis en référé, ont estimé qu'un débat sur le fond s'imposait afin de déterminer s'il fallait ou non appliquer les règles de l'audiovisuel aux différends liés à l'internet. Le législateur a reconnu que les règles appliquées par les juges et inspirées du droit commun étaient une base en partie satisfaisante. Néanmoins, l'internet devait être intégré au

⁴⁹¹ Les débats sur ce point se sont déroulés essentiellement lors de la deuxième séance du 25 février 2003 dont on trouvera le compte-rendu intégral sur le site de l'Assemblée nationale à l'adresse suivante : http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp#030528.

système de la liberté d'expression, et son régime juridique, dérivé de ce principe. Le droit commun n'aurait su convenir en matière de communication des idées, dont la liberté est affirmée. C'est donc au titre d'une approche systémique au sens faible que le législateur a créé un régime juridique propre à l'internet. Voyons dès lors comment ce régime a été construit en nous attachant aux choix opérés afin d'intégrer l'internet dans le système français de la communication⁴⁹².

⁴⁹² Nous occulterons pour l'instant l'étude de la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet. Des développements y seront consacrés dans notre seconde partie à propos des limites à la liberté d'expression sur l'internet. Nous ne nous attacherons ici qu'aux dispositions fondatrices du régime juridique de ce média.

SECTION 2.

L'INSERTION DE L'INTERNET DANS LE SYSTÈME DU DROIT DE LA COMMUNICATION

La loi relative à la confiance dans l'économie numérique votée en 2004⁴⁹³ a proclamé la liberté de communication en ligne, créant de la sorte un régime juridique propre pour l'internet. Le législateur n'a pas voulu en faire un sous-ensemble de la communication audiovisuelle, adoptant une approche systémique au sens faible de la place de l'internet dans le système de la communication. D'ailleurs, les dispositions concernant la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet, qui avaient été intégrées dans la loi de 1986 sur la communication audiovisuelle⁴⁹⁴ par le législateur en 2000⁴⁹⁵, en ont été supprimées. C'est désormais la loi de 2004 qui règle la matière.

En réalité, les choses ne sont pas aussi tranchées. Le régime juridique de l'internet n'est pas composé uniquement de règles propres, et à la lecture de cette loi de 2004 et des débats parlementaires qui ont précédé son vote, on découvre que sont appliquées à l'internet certaines règles de l'audiovisuel ou de la presse (§1.). Dans le même temps, des dispositions de la loi de 1986 ont été modifiées, de façon à prendre en compte le phénomène nouveau qu'est l'internet (§2.). Finalement, il s'agit ici de comprendre quelle est l'articulation entre le droit de l'internet et les autres régimes de la communication.

⁴⁹³ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

⁴⁹⁴ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

⁴⁹⁵ Loi n° 2000-719 1er août 2000, précitée.

§1. L'application à l'internet de règles existantes du droit de la communication

Bien que l'internet fasse l'objet d'un régime propre, certaines règles des régimes du droit de l'audiovisuel et de celui de la presse lui sont applicables. Mais cette application n'a pas été évidente. Une question importante a été celle de savoir si l'internet devait être soumis au contrôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.). La question s'est même prolongée sur le point de savoir s'il fallait qu'une quelconque autorité, hormis le juge, soit compétente pour contrôler ce média. Le cas échéant, quels devraient être ses pouvoirs ? Ces questions sont fondamentales en terme de liberté d'expression, notamment quand ce principe est justifié par la valeur de la démocratie. Qu'une autorité intervienne n'est pas forcément une contrainte à cette liberté, tout dépend de ses attributions (A.).

Par ailleurs, la question s'est posée de la création de règles spécifiques à l'internet, différentes de celles de l'audiovisuel et la presse en raison de certaines particularités techniques supposées de ce média. Il en est ainsi du droit de réponse et du délai de prescription des crimes et délits constitués par des publications en ligne (B.). Le mode de fonctionnement de l'internet est-il à ce point différent des médias traditionnels pour justifier la création de règles propres ? Ce qui est en cause ici, c'est bien le degré d'autonomie de ce média par rapport aux règles instituées auparavant en droit de la communication.

A. La détermination du rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel quant à l'internet

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.), autorité administrative indépendante créée par la loi du 30 septembre 1986, est un organe essentiel de la communication audiovisuelle dont il garantit la liberté⁴⁹⁶. Il a notamment pour mission d'adresser des recommandations aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle afin qu'ils se conforment

⁴⁹⁶ Art. 1^{er} de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication. Ce même article ajoute que : "[...] Il assure l'égalité de traitement ; il garantit l'indépendance et l'impartialité du secteur public de la radiodiffusion sonore et de la télévision ; il veille à favoriser la libre concurrence et l'établissement de relations non discriminatoires entre éditeurs et distributeurs de services ; il veille à la qualité et à la diversité des programmes, au développement de la production et de la création audiovisuelles nationales ainsi qu'à la défense et à l'illustration de la langue et de la culture françaises. Il peut formuler des propositions sur l'amélioration de la qualité des programmes. Il peut adresser aux éditeurs et distributeurs de services de communication audiovisuelle des recommandations relatives au respect des principes énoncés dans la présente loi [...]".

aux dispositions de la loi de 1986. Parmi celles-ci, l'article 15 pose pour obligation la protection de l'enfance et de l'adolescence ainsi que de la dignité humaine et du pluralisme de l'expression ; il s'agit du pluralisme interne⁴⁹⁷. Le C.S.A. dispose également d'un rôle en matière de pluralisme externe, consistant à contrôler la concurrence et la concentration dans ce secteur⁴⁹⁸. Ces limites à la liberté d'expression sont inhérentes à la définition de la communication audiovisuelle, et rappelons qu'elles ont été justifiées en grande partie par la rareté des fréquences hertziennes et la nécessité de l'intervention de l'État dans leur attribution, ainsi que par le caractère supposé intrusif de cette technologie.

Le C.S.A. doit-il avoir des attributions relatives à l'internet ? (2.) Dans l'affirmative, lesquelles devaient-elles être : celles déjà définies pour l'audiovisuel, ou d'autres, propres à l'internet ? La conception de la liberté d'expression sur le réseau serait totalement différente en fonction de la réponse donnée à ces questions. Mais avant tout, il s'agit de considérer l'opportunité de l'existence d'une autorité de régulation de ce média (1.).

1. L'opportunité d'une autorité de contrôle de l'internet

Depuis l'apparition de l'internet en tant que phénomène juridique nouveau en France, le problème de l'existence d'une autorité devant en assurer le contrôle a été soulevé. L'internet étant assimilé au départ à un moyen de communication audiovisuel, cette question s'est posée avant tout à propos du C.S.A. Toutefois, ceux qui étaient en faveur de la construction d'un régime propre à l'internet ont proposé la création d'une autorité spécifique en-dehors du C.S.A. Chaque support de la communication aurait eu ainsi sa propre autorité. Il restait à

⁴⁹⁷ L'article 15 de la loi du 30 septembre 1986 dispose que : " le Conseil supérieur de l'audiovisuel veille à la protection de l'enfance et de l'adolescence et au respect de la dignité de la personne dans les programmes mis à disposition du public par un service de communication audiovisuelle. Il veille à ce que des programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soient pas mis à disposition du public par un service de radiodiffusion sonore et de télévision, sauf lorsqu'il est assuré, par le choix de l'heure de diffusion ou par tout procédé technique approprié, que des mineurs ne sont normalement pas susceptibles de les voir ou de les entendre. Lorsque des programmes susceptibles de nuire à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs sont mis à disposition du public par des services de télévision, le conseil veille à ce qu'ils soient précédés d'un avertissement au public et qu'ils soient identifiés par la présence d'un symbole visuel tout au long de leur durée. Il veille en outre à ce qu'aucun programme susceptible de nuire gravement à l'épanouissement physique, mental ou moral des mineurs ne soit mis à disposition du public par les services de radiodiffusion sonore et de télévision. Il veille enfin à ce que les programmes des services de radiodiffusion sonore et de télévision ne contiennent aucune incitation à la haine ou à la violence pour des raisons de race, de sexe, de mœurs, de religion ou de nationalité".

⁴⁹⁸ Ce rôle lui est accordé en vertu des articles 17 et 41-4 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

déterminer si celle de l'internet aurait un pouvoir de coercition, ou un simple rôle de veille et de médiation. Parmi les diverses propositions en ce sens, celle du sénateur Trégouët est ici à relever. Lors des débats en première lecture de loi sur la confiance dans l'économie numérique au Sénat⁴⁹⁹, le sénateur a proposé que soit créé un comité national d'éthique, constitué de représentants de ce qu'il nomme la "communauté de l'internet". Cette communauté, vague et indéterminée par le sénateur, aurait été composée des utilisateurs et des intermédiaires de l'internet. Le comité aurait joué un rôle de juge de paix au premier niveau lors de conflits liés à ce média. Il aurait servi d'interface entre les intermédiaires et les individus, vérifiant le caractère anormal ou illicite d'un contenu diffusé, et demandant le cas échéant la fermeture d'un site à son auteur. Selon le sénateur, ceci répondait à l'inquiétude des utilisateurs de voir des conflits échapper au juge.

Même si l'initiative du sénateur a été louée au sein de son Assemblée, sa proposition n'a pas été adoptée. Il lui a été rétorqué qu'il n'appartenait pas aux intermédiaires de jouer le rôle de professionnels du droit ou de magistrats, mais aussi qu'il fallait éviter la prolifération d'organismes. En fait, cette proposition n'a pas été suivie, sans doute parce qu'elle correspond à une démarche différente de celle des pouvoirs publics dans leur ensemble. Elle s'apparenterait à l'approche téléologico-évaluative au sens fort⁵⁰⁰ qui attribue à l'internet une fonction tellement singulière que la régulation étatique elle-même devrait être écartée au profit de la création de tribunaux spécifiques à l'internet, composés de professionnels et d'utilisateurs, qui régleraient entre eux les litiges survenant dans le processus de communication.

L'idée de la création d'une autorité spécifique compétente pour l'ensemble de l'internet a fait peu d'émules dans l'ensemble, et elle a été écartée sans faire l'objet de débats supplémentaires. En revanche, doter le C.S.A. de compétences en la matière a fait l'objet de plus âpres discussions. Lui conférer une compétence générale dépendait de la définition donnée au réseau : si l'internet était globalement considéré comme un sous-ensemble de la communication audiovisuelle, cela revenait à le soumettre au contrôle du C.S.A. Ces discussions ont eu lieu pour la première fois à l'occasion du dépôt par le Gouvernement du projet de loi sur la société de l'information. L'analyse donnée par le C.S.A. dans son avis

⁴⁹⁹ Compte-rendu intégral des débats au Sénat sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique, les 24 et 25 juin 2003, disponibles à l'adresse suivante : http://www.senat.fr/senint/crisom_pjl02-195_1.html.

⁵⁰⁰ Voir notre chapitre préliminaire.

rendu à propos de ce projet⁵⁰¹ est éclairante. Le Gouvernement, bien que définissant la communication sur l'internet comme une démarche individuelle - au contraire de la communication audiovisuelle - n'avait pas pour autant modifié la définition de l'audiovisuel⁵⁰². Aussi, même s'il ne souhaitait pas la compétence du C.S.A. pour l'internet, la question de la détermination exacte de ses compétences se posait. Dans son avis, l'autorité de régulation a déclaré déplorer le maintien de la définition de la communication audiovisuelle qui "demeure très extensive par rapport à son acceptation commune"⁵⁰³. Définie traditionnellement pour la radio et la télévision, la communication audiovisuelle n'aurait jamais inclus explicitement les données alphanumériques qui constituent l'internet. Selon le C.S.A., il aurait ainsi mieux valu suivre le rapport du Conseil d'État qui demandait justement l'exclusion de ces données de la définition de la communication audiovisuelle. Le législateur aurait dû tendre "[...] vers la neutralité technologique et donc vers l'égalité de traitement entre des services au contenu similaire accessibles sur des supports différents"⁵⁰⁴. Les principes de convergence et de neutralité technologique auraient dû conduire à sortir de la logique des supports, et donc à réglementer pareillement des contenus similaires, mais non en fonction de leur mode de diffusion. Dès lors que le projet de loi rejetait cette option, la proclamation de la liberté de la communication en ligne devenait redondante avec celle de l'audiovisuel, l'internet étant alors tout simplement un moyen de communication audiovisuelle.

Comme nous l'avons vu plus haut, cette inférence a été écartée lors des débats sur la loi sur la confiance dans l'économie numérique au profit de la création d'un régime propre à l'internet, seul garant d'une liberté d'expression qui réponde à l'objectif de neutralité technologique souhaité par les pouvoirs publics et la plupart des acteurs. Si le C.S.A. devait se voir attribuer une compétence, ce devait être sur les seuls services de communication audiovisuelle diffusés en ligne. Il restait donc à définir ce qu'on entendait par service de communication audiovisuelle, ce qui jusqu'alors n'avait jamais été défini tant cela semblait évident.

⁵⁰¹ C.S.A., avis précité.

⁵⁰² Dans la version originelle de la loi du 30 septembre 1986, la communication audiovisuelle était ainsi définie à l'article 2 : "on entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée".

⁵⁰³ Si le C.S.A. considère que la définition de la communication audiovisuelle "demeure" - et non "devient" - très extensive, c'est probablement par référence à l'incorporation de la télématique dans la loi de 1986. Le minitel a en effet été assujéti dès l'origine aux règles de la communication audiovisuelle, bien que soumis à un régime plus souple, de déclaration préalable.

⁵⁰⁴ Avis du C.S.A. relatif au projet de loi relatif à la confiance dans l'économie numérique, précité.

2. Les compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur l'internet

Aux termes de la loi du 30 septembre 1986⁵⁰⁵, il incombe au C.S.A. de déterminer les obligations que les éditeurs de services audiovisuels doivent respecter quant aux contenus. Ces obligations, qualifiées d'intérêt général, découlent des articles 1^{er} et 15 de la loi de 1986. Ce sont des obligations de pluralisme interne au sens large. Le C.S.A. est également compétent en matière de respect des règles de concurrence et de concentration des groupes audiovisuels, c'est-à-dire en matière de pluralisme externe. Jusqu'à l'adoption de la loi sur la confiance dans l'économie numérique, un doute subsistait à propos de l'application des obligations de pluralisme interne aux services audiovisuels en ligne. Devant le silence des projets de loi, aussi bien celui sur la société de l'information que celui sur l'économie numérique, le C.S.A. avait estimé qu'*a contrario*, la question du pluralisme interne n'était pas de son ressort⁵⁰⁶. Or, il considérait cette situation comme source d'une inégalité de traitement entre les supports et de nature à favoriser des stratégies de contournement. En effet, "[...] la facilité d'accès des mineurs à des programmes préjudiciables aux mineurs sur internet est parfois invoquée pour contester les restrictions à la diffusion de tels programmes à la télévision, où ils sont pourtant encadrés par des interdictions horaires et par un recours au double verrouillage en cours de renforcement"⁵⁰⁷.

Si le C.S.A. n'était pas compétent en matière de pluralisme interne, cela revenait-il à dire que les services en ligne n'étaient soumis à aucune obligation, hormis celle de respecter les lois et règlements en vigueur ? Le Conseil d'État avait préconisé dans son rapport sur les réseaux numériques⁵⁰⁸ l'institution d'un socle minimal d'obligations, sous peine de voir les services en ligne libérés de toute contrainte constitutionnelle découlant du principe de la liberté d'expression et de ses limites. Il ajoutait que ceci ne saurait être admissible dans la mesure où l'ensemble des supports de la communication est soumis au respect d'obligations de pluralisme interne. Cette opinion était partagée par le C.S.A. qui souhaitait d'ailleurs que lui revienne le soin d'émettre des recommandations relatives aux services en ligne de type

⁵⁰⁵ Loi n°86-1067 du 30 septembre 1986, précitée.

⁵⁰⁶ Le gouvernement précédeant avait lui-même exclu une telle compétence dans son exposé des motifs du projet de loi, à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/12/projets/pl0528.asp>.

⁵⁰⁷ Avis du C.S.A. relatif au projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, précité.

⁵⁰⁸ *Internet et les réseaux numériques*, précité.

audiovisuel, recommandations qui pouvaient, par exemple, servir à aider à la mise en place de systèmes efficaces de filtrage de l'expression.

La loi sur la confiance dans l'économie numérique a mis fin à ces doutes et confusions. Désormais, le C.S.A. est compétent pour contrôler les services de l'internet assimilés à des services de communication audiovisuelle, et ceux-là seulement. D'après la loi, "est considéré comme service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons"⁵⁰⁹ et "est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons"⁵¹⁰. Les autres services en ligne, du type sites web, blogs⁵¹¹ ou podcasts⁵¹², ne sont donc pas en soi soumis à la compétence du C.S.A.

L'internet est donc libre de toute autorité de contrôle, sauf quand les contenus diffusés correspondent à des services de télévision ou de radio. Mais jusqu'à quel point son régime juridique doit-il être autonome des autres médias ? Au contraire, existerait-il une sorte de socle commun à tous les médias, dérivé du principe de la liberté d'expression ? Nous allons le voir, le régime juridique de l'internet partage des règles communes avec d'autres médiums de la communication.

B. Les régimes de la prescription et du droit de réponse

La question de l'autonomie du régime juridique de l'internet par rapport aux autres médias de la communication s'est posée à propos de deux règles importantes du droit de la

⁵⁰⁹ Loi du 21 juin 2004, précitée, article 2 al. 4, à présent inscrit à l'article 2 al. 4 de la loi du 30 septembre 1986, précitée.

⁵¹⁰ Loi du 21 juin 2004, précitée, article 2 al. 5, à présent inscrit à l'article 2 al. 5 de la loi du 30 septembre 1986, précitée.

⁵¹¹ Un blog est un site internet personnel, dont le nom est tiré de l'association des mots web et log (journal). On trouvera plus de détail dans le guide publié par le FDI, Forum des droits sur l'internet, *Guide pratique - Je blogue tranquille*, 2 novembre 2005, disponible à l'adresse suivante : http://www.droitdunet.fr/telechargements/guide_blog_net.pdf.

⁵¹² Un podcast est un blog comportant des contenus audio et vidéo à destination des baladeurs numériques. Voir le guide du FDI, *Je blogue tranquille*, précité.

communication, bien que de nature différente : les délais de prescription et le droit de réponse. Toutes deux découlent de la loi sur la liberté de la presse de 1881⁵¹³.

Lors de la commission d'une infraction par le fait d'une publication, l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881 prévoit que les actions publique et civile se prescrivent dans un délai de trois mois à compter du jour de la publication litigieuse. Cette disposition permet de garantir la liberté d'expression des journalistes, et donc la liberté de la presse. Ainsi, si un article de presse contenait des allégations propres à inciter à la haine raciale, la justice peut être saisie dans les trois mois de cette publication.

De son côté, l'exercice du droit de réponse consiste à la possibilité pour une personne nommée ou désignée par le biais d'une communication publique de manière à porter atteinte à son honneur ou à sa réputation de demander de répondre à son ou ses détracteurs. Cet exercice est régi par l'article 13 de la loi de 1881 pour ce qui est de la presse, mais des dispositions spécifiques sont applicables à l'audiovisuel, à l'article 6 de la loi du 29 juillet 1982⁵¹⁴. En matière de presse, l'insertion de la réponse de la personne nommée ou désignée devra être faite dans les trois jours de sa réception par le directeur de la publication. Dans le cadre de l'audiovisuel, la demande doit être formée dans un délai de trois mois, et les conditions de diffusion de la réponse devraient être équivalentes à celles ayant entraîné l'atteinte à l'honneur ou à la réputation.

Ces deux séries de règles sont propres au droit de la communication. Elles portent en elles le symbole de la concrétisation du principe de la liberté d'expression au travers de la liberté de la presse et de celle de l'audiovisuel. S'il existe des règles spécifiques pour répondre à des atteintes à son honneur ou à sa réputation quand ceux-ci sont mis en cause au travers d'écrits publics ou de programmes audiovisuels, c'est que de fait, un grand nombre de personnes ont pu en avoir connaissance. C'est aussi un moyen de donner accès à ces médias aux personnes qui ne le peuvent pas en temps normal, les directeurs de publication choisissant leurs interlocuteurs dans le cadre de leur liberté éditoriale. Les délais d'insertion de la réponse sont particulièrement courts car les journalistes ne sauraient exercer leur activité de manière pérenne s'ils devaient à tout moment craindre des procès pour des propos ayant été publiés plusieurs années auparavant. Il en est de même concernant le délai de prescription des

⁵¹³ Loi du 29 juillet 1881 relative à la liberté de la presse, précitée.

⁵¹⁴ Loi 82-652 du 29 Juillet 1982 relative à la communication audiovisuelle, précitée.

infractions constituées par des propos mis à la disposition du public par le biais d'un média. Le principe de la liberté d'expression commande à ce que ce type d'infraction ne soit pas continu, ou tout du moins, que s'applique un délai de prescription abrégé par rapport au droit commun.

Avant l'adoption de la loi relative à la confiance dans l'économie numérique qui règle à présent la matière, les juges ont été confrontés à la résolution de différends à propos de droit de réponse et de délai de prescription sur l'internet. À la lecture des diverses décisions rendues, aucun consensus n'apparaît. Les solutions données ont consisté à appliquer le droit de la presse, celui de l'audiovisuel, ou le droit commun. Ainsi, en matière de droit de réponse, un juge a accepté de faire application de l'article 6 de la loi de 1982⁵¹⁵, alors qu'un an plus tard, un autre le refusait⁵¹⁶.

La question de la prescription a, quant à elle, été tranchée par la Cour de cassation. Dans une première décision de 2001⁵¹⁷, elle a implicitement reconnu l'application de l'article 65 de la loi du 29 juillet 1881. Elle l'a fait de manière explicite quelques mois plus tard⁵¹⁸, en précisant que le point de départ du délai est la date à laquelle le message a été pour la première fois mis à la disposition des utilisateurs du réseau. Cette position a été depuis suivie par les tribunaux⁵¹⁹.

Ces décisions de justice ont dû sembler peu satisfaisantes pour le législateur qui, lors de l'adoption de la loi relative à la confiance dans l'économie numérique, a décidé de revenir sur

⁵¹⁵ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 29 mai 2001, *Sarl Tegam International c. Jean W. et SA OI.Net*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=163. En l'espèce, le juge qualifiait l'internet de service de communication audiovisuelle sur le fondement de la loi du 30 septembre 1986.

⁵¹⁶ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 5 juin 2002, *M. Paul de H. c. M. Stéphane B.*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=112. En l'espèce, le juge a refusé l'application de l'article 13 de la loi du 29 juillet 1881 au motif que la périodicité de la diffusion n'avait pas été prouvée. Il n'a pas non plus accepté l'application de la loi du 29 juillet 1982 car le droit de réponse ne serait pas adapté à l'internet, notamment du fait des contraintes posées par la loi de 1982, inapplicables aux particularités du réseau. Pour le juge, l'internet serait plus proche du support écrit que de l'audiovisuel.

⁵¹⁷ Cour de cassation, crim., 30 janvier 2001, *Annie R. c. Alain B.*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=24.

⁵¹⁸ Cour de cassation, crim., 16 octobre 2001, *Georges T. c. Grégoire B., Renaud R. de la B.*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=21.

⁵¹⁹ Voir par exemple, Cour d'appel de Paris, 11^e ch., *Raphaël et Thierry M., Réseau Voltaire c. le Ministère Public, Carl L.*, 5 juin 2002, à propos de la publication d'un message de nature diffamatoire sur un site internet, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=17. Le juge précise que : "il n'apparaît pas qu'il doive être réservé aux publications sur le réseau internet un régime dérogatoire de celui fixé pour les publications réalisées sur d'autres supports".

ces jurisprudences afin de créer des régimes du droit de réponse et de la prescription propres à l'internet. Il a ainsi été décidé que le délai de trois mois nécessaire pour demander l'exercice de droit de réponse sur l'internet serait maintenu. Toutefois, le législateur a introduit un changement radical dans la computation des délais, changement censuré par le Conseil constitutionnel lors du contrôle de la loi⁵²⁰. La demande de droit de réponse devait être présentée au plus tard dans un délai de trois mois à compter de la date à laquelle la mise à disposition du public du message aurait cessé. Le directeur de publication aurait disposé d'un délai de trois jours pour insérer la réponse sur son site. Pour ce qui est de la prescription des infractions constituées par la publication de propos illégaux, le délai aurait couru à compter de la date à laquelle aurait cessé la mise à disposition du message au public. En revanche, les règles instaurées par la loi de 1881 auraient continué de s'appliquer pour la publication en ligne de la simple reproduction d'une publication sur papier. C'est le cas de la diffusion en ligne de quotidiens de la presse écrite.

Ces dispositions avaient fait l'objet d'un large consensus au Parlement. Le sénateur Trégouët, à l'origine de la proposition, justifiait la mise en place de ce régime dérogatoire aux règles du droit de la communication par les particularités techniques de l'internet⁵²¹. Suivant une analyse fonctionnelle, il considérait qu'au contraire de ce qui se passe dans les médias classiques, la détection d'un message diffamant ou injurieux est plus malaisée sur l'internet. Le message peut apparaître au public au-delà du délai de trois mois requis par la loi de 1881 dans deux hypothèses. Tout d'abord, la quête de l'information sur l'internet passe par l'utilisation de moteurs de recherche, et seules les informations les plus souvent consultées se trouvent en tête de liste. De nombreuses consultations successives d'un site sont nécessaires pour le faire remonter dans les résultats de recherche. Ceci peut prendre du temps, plus de trois mois parfois. Ensuite, une personne malicieuse pourrait camoufler une information pendant plus de trois mois, puis la rendre visible par des consultations répétées par le biais d'un moteur de recherche. Ces arguments d'ordre technique, et hypothétiques, ont convaincu la majorité des parlementaires qui ont adopté l'amendement du sénateur. Pourtant, d'autres en ont soulevé l'inconstitutionnalité au regard du principe de la liberté d'expression, dénonçant le

⁵²⁰ Conseil constitutionnel, décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Recueil*, p. 101.

⁵²¹ Sénat, Débats parlementaires, Compte rendu intégral, séance du 8 avril 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/seances/s200404/s20040408/s20040408005.html#section1649>.

fait qu'il était ainsi créé un délit continu en matière d'information sur l'internet⁵²². De plus, pour une même information diffusée par sur l'internet et un autre média, l'action ne serait prescrite qu'au bout de trois mois que dans le second cas. C'est justement ce point qui a conduit à l'invalidation des dispositions relatives à la prescription et au droit de réponse par le Conseil constitutionnel⁵²³. Dans un premier temps, le Conseil a jugé que "par elle-même, la prise en compte de différences dans les conditions d'accessibilité d'un message dans le temps, selon qu'il est publié ou qu'il est disponible sur un support informatique n'est pas contraire au principe d'égalité"⁵²⁴. En revanche, "la différence de régime instaurée [...] dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique"⁵²⁵. Il y aurait bien ici méconnaissance du principe d'égalité devant la loi dans la mesure où "le délai d'exercice du droit de réponse et le délai de prescription courent à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public pour les messages exclusivement communiqués en ligne, alors que, pour les autres messages, ces délais courent à compter du premier acte de publication"⁵²⁶.

Cette invalidation par le Conseil a rétabli l'application du droit de la presse sur l'internet en matière de droit de réponse et de délai de prescription. La Cour de cassation a depuis eu l'occasion de préciser sa jurisprudence en matière de délai de prescription en faisant une application stricte des dispositions de l'article 65 de la loi de 1881. Ainsi, elle a récemment jugé⁵²⁷ que le point de départ du délai était bien la date du premier acte de publication sur l'internet, même si le contenu a fait l'objet de mises à jour ultérieures. Elle considère que la modification d'un contenu par son auteur n'est pas constitutive d'une nouvelle publication, et qu'elle n'ouvre donc pas de nouveau délai.

⁵²² Le Forum des droits sur l'internet avait déjà soulevé ce problème lors de l'examen de l'amendement du sénateur Trégouët. Le phénomène de résurgence des informations sur l'internet et la persistance des contenus sont des problèmes pour lesquels le Forum aurait souhaité des solutions, mais pas de manière aussi radicale qu'en modifiant la computation des délais. Selon lui, les juges peuvent très bien y faire face. Voir Forum des droits sur l'internet, "La réaction du Forum des droits sur l'internet suite à l'adoption de la LCEN par le Sénat", le 24 avril 2004, disponible à l'adresse suivante : http://www.foruminternet.org/activites_evenements/lire.phtml?id=72.

⁵²³ Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, précitée.

⁵²⁴ Précité, cons. 12.

⁵²⁵ *Ibid.*

⁵²⁶ *Ibid.*

⁵²⁷ Cour de cassation, crim., 19 septembre 2006, *Fabrice X c. Alain Y*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1773.

Les règles du droit de la presse⁵²⁸ ont donc vocation à s'appliquer à l'internet lorsque l'affirmation de ses spécificités conduirait à déséquilibrer le système de la communication. Si la construction du régime juridique de l'internet a eu pour objet de l'insérer dans le système du droit de la communication, découlant du principe de la liberté d'expression, sa reconnaissance juridique a eu un impact sur lui. L'inscription de l'internet dans le droit ne s'est pas faite sans certains changements majeurs.

§2. L'impact de l'internet sur le droit de la communication

La création d'un régime juridique pour l'internet a conduit à une réflexion d'ensemble sur le système du droit français de la communication. Il fallait garder une cohérence au système tout en intégrant de nouvelles règles. Une mesure prise très tôt a été d'abroger l'obligation de déclaration préalable établie par la loi de 1986 sur l'audiovisuel à laquelle étaient soumis les services télématiques, et à laquelle il semblait logique de soumettre les sites *web* (A.). Mais l'impact de l'internet sur le droit de la communication ne se résume pas à quelques modifications sporadiques, bien qu'importantes. C'est à une réorganisation fonctionnelle, bien que partielle, du droit de la communication à laquelle on assiste en France (B.).

A. L'abrogation de l'obligation de déclaration préalable des services télématiques

Avant l'adoption de la loi du 21 juin 2004, qui crée le régime juridique de l'internet, le législateur était déjà intervenu pour poser quelques règles visant à l'intégrer dans le système de la communication. La loi du 1^{er} août 2000⁵²⁹ est venue modifier celle du 30 septembre 1986 sur la communication audiovisuelle, notamment en supprimant l'obligation de déclaration préalable à laquelle étaient soumis les services télématiques⁵³⁰. Depuis 1986, les

⁵²⁸ Nous n'évoquons ici que le droit de la presse, bien que le droit de réponse sur l'internet soit régi par les dispositions de la loi de 1982 sur la communication audiovisuelle. Ceci n'est ni une erreur ni une simplification dans notre exposé. La raison est que l'article 6 de la loi de 1982 régissait le droit de réponse n'est qu'une adaptation du droit de la presse à l'audiovisuel dans ce domaine. La logique est celle de la presse.

⁵²⁹ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

⁵³⁰ Article 2 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

services de diffusion audiovisuelle doivent en effet répondre à des formalités préalables qui sont fonction du support utilisé⁵³¹ : l'autorisation, le conventionnement et la déclaration préalable. Les services de télématique, régis par cette loi étaient soumis à l'obligation de déclaration préalable auprès du Procureur de la République et du C.S.A. aux termes de l'article 43. Ceci permettait l'identification l'auteur d'un contenu illicite, et entraînerait la compétence du C.S.A. pour vérifier de la teneur des contenus. C'était la formalité la plus souple de celles applicables aux services audiovisuels.

La tentation a été grande d'assimiler l'internet à un service télématique, et initialement, il était considéré que les auteurs de sites internet devaient se soumettre à cette formalité de déclaration préalable. Or, cette mesure a été abrogée par le législateur à l'article 2 de la loi du 1^{er} août 2000. Ceci signifie que la formalité de la déclaration préalable ne s'applique plus aux services télématiques, mais aussi que le législateur a refusé l'analogie entre eux et les services de l'internet, qui n'avaient d'ailleurs jamais été formellement intégrés dans cette disposition. Trois arguments principaux ont été avancés à l'appui de cette suppression⁵³².

Le premier argument était celui de la désuétude de l'obligation de déclaration préalable. Le constat avait été fait que la plupart des émetteurs de contenus sur l'internet ne la respectaient pas. Il a été très tôt proposé de l'abroger sur ce fondement⁵³³.

Le second argument était celui de son inadaptation à la communication en ligne. Le député Bloche, à l'origine de l'amendement visant à supprimer la déclaration préalable, le reconnaissait à mi-mots en déclarant lors des débats à l'Assemblée nationale "qu'il ne s'agit pas de faire entrer les services en ligne dans la loi de 1986, mais plutôt de ne pas les en faire sortir, malgré nos tentations en ce sens"⁵³⁴. Le Gouvernement avait d'ailleurs souhaité cette suppression dans le but de favoriser la liberté de communication sur l'internet et de simplifier

⁵³¹ Voir supra, Chapitre introductif, Section II.

⁵³² Rapport du Conseil d'État, précité, p. 189.

⁵³³ A. 43-10 de l'amendement Bloche à la loi de 1986 sur la communication audiovisuelle ; voir également le rapport du Conseil d'État, précité, p. 189 et le rapport de Christian Paul, précité, pp. 64-68.

⁵³⁴ Voir les débats à l'Assemblée nationale sur la loi visant à modifier la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, deuxième lecture, le 22 mars 2000, dont on trouvera le contenu intégral à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cri/html/20000229.asp>. L'amendement Bloche a été déposé à l'Assemblée dans sa première version le 27 mai 1999. Ses deux volets - abrogation de la déclaration préalable et responsabilité des intermédiaires techniques - ont été incorporés dans la loi du 1^{er} août 2000, après les modifications nécessaires suite à la censure partielle du Conseil constitutionnel de la première version de la loi par sa décision 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Recueil*, p. 121 Voir Titre II.

la création de sites⁵³⁵. Comme nous le verrons dans les développements concernant la responsabilité des intermédiaires techniques⁵³⁶, l'identification des auteurs de contenus sur l'internet a été corrélativement rétablie dans ce même amendement, de manière indirecte. Leur identification devient à présent une obligation pesant sur les intermédiaires.

Le troisième argument était celui de l'inutilité du stockage des données liées à cette déclaration préalable en raison du désintérêt des autorités dépositaires. Elles ne les contrôlèrent que très peu, et n'opérèrent donc pas le contrôle requis par la loi. Malheureusement, l'énoncé de cet argument ne nous permet pas de savoir si ce désintérêt valait aussi bien pour la télématique que pour l'internet. Le maintien de cette obligation pendant de longues années pour la télématique nous conduit à interpréter cet argument comme ayant pour objet, exclusivement ou non, l'internet. Pour autant, la déclaration ne s'applique plus aux services télématiques.

En conclusion, nous remarquerons que les deux premiers arguments sont circulaires et ne font qu'un car n'est-ce pas l'inadaptation de cette obligation à la communication en ligne qui explique sa désuétude ? Ainsi, en insistant sur le fait que les utilisateurs eux-mêmes n'appliquent pas une mesure qu'ils jugent inutile, on met en avant l'intérêt que l'on porte à ces derniers dans le processus de communication sur l'internet. D'un autre côté, on diminue l'importance du troisième argument qui paraît pourtant tout aussi essentiel. L'obligation de déclaration préalable pour les services de télématique permettait le contrôle des contenus par le C.S.A. Le législateur aurait parfaitement pu maintenir cette mesure pour ces services. Ainsi, si la proposition selon laquelle les autorités dépositaires exploitent peu les données qui sont stockées grâce à cette obligation de déclaration préalable est vraie, cela veut dire que ce sont les autorités elles-mêmes, et le C.S.A. en premier chef, qui refusent, ou négligent, le contrôle de ces données. Ceci est d'autant plus étonnant que ce dernier revendique une compétence en matière de contenus diffusés sur l'internet. C'est ainsi que le législateur a pu en déduire que certes, il n'était pas opportun d'étendre cette déclaration aux sites internet, mais aussi qu'il n'était plus nécessaire de l'imposer à des services qui existent toujours, les services télématiques. Ce serait donc bien ces services eux-mêmes qui tomberaient en désuétude, du fait de l'attraction exercée par l'internet.

⁵³⁵ Ce souhait a été formulé dans le cadre de la *Consultation publique sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information – Une société de l'information pour tous*, précitée.

⁵³⁶ Voir infra, Titre II.

L'abrogation de la déclaration préalable des services télématiques, au nom d'un accroissement de la liberté d'expression sur l'internet, met en exergue que l'appréhension juridique de ce médium a conduit à des bouleversements du droit de la communication. Nous allons le voir, l'internet a été l'occasion de repenser ce droit afin de l'adapter aux nouvelles technologies.

B. La réorganisation fonctionnelle du droit de la communication par la création d'un régime juridique de l'internet

La loi de 2004 ne saurait être vue comme la grande loi de l'internet comme l'ont été celle de 1881 pour la presse, et celles de 1982 et de 1986 pour l'audiovisuel.

L'intégration de l'internet dans le droit de la communication, mais aussi les récents progrès techniques dans la diffusion des informations, ont entraîné de nombreuses modifications du droit de la communication en général, que ce soit les définitions données aux diverses techniques de communication, le droit de l'audiovisuel ou encore la protection des données personnelles. Deux textes ont été votés suite à la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004 : la loi du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle⁵³⁷ et celle du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel, et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique⁵³⁸. Il est vrai que la France devait transposer un certain nombre de directives européennes. Il s'agissait de la directive sur les signatures électroniques du 13 décembre 1999⁵³⁹, de celle sur le commerce électronique du 8 juin 2000⁵⁴⁰ et enfin du "paquet télécoms"⁵⁴¹, qui regroupe une série de directives et une décision visant la réglementation des télécommunications.

⁵³⁷ Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *J.O.*, n° 159, 10 juillet 2004, p. 12483.

⁵³⁸ Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.*, n° 182, 7 août 2004, p. 14063.

⁵³⁹ Directive 1999/93/CE du Parlement européen du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L.13 du 19/01/2000, pp. 12-20.

⁵⁴⁰ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L.178 du 17/07/2000, pp.1-16. Sa transposition était déjà l'objet du projet de loi sur la société de l'information de 2001, précité.

Le premier point important dans cette refonte partielle du droit de la communication est la volonté de faire de la loi du 30 septembre 1986 une loi globale de la communication audiovisuelle et des télécommunications avec une prise en compte des derniers développements technologiques. Entre autres mesures, la réglementation de la publicité est modernisée, les décisions du C.S.A. en cas de refus d'autorisation de diffusion peuvent faire l'objet d'une moindre motivation, et les seuils de concentration dans l'audiovisuel sont revisités⁵⁴². Désormais, il est énoncé que la communication au public par voie électronique est libre. Le code des postes et des télécommunications est devenu "code des postes des communications électroniques". L'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.) est à présent l'Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (A.R.C.E.P.).

Un second point important est d'ordre sémantique : toutes les définitions principales du droit de la communication ont été modifiées. Ainsi, la "communication au public par voie électronique", définie comme "toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée"⁵⁴³, concerne à présent l'audiovisuel dans le sens le plus large du terme. Les télécommunications sont devenues les "communications électroniques", qui sont "les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons,

⁵⁴¹ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite directive "cadre", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 33-50, Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, dite directive "autorisation", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 21-32, Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, dite directive "accès", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 7-20, Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, dite directive "service universel", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 51-77, Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite directive "données personnelles", *J.O.C.E.*, n° L 201 du 31/07/2002, pp. 37-47, Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, dite décision "spectre radioélectrique", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 1-6, Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, dite directive "concurrence", *J.O.C.E.*, n° L 249 du 17/09/2002, pp. 21-26.

⁵⁴² Pour plus de détails, voir Derieux (E.), "Instabilités et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique", *Les petites affiches*, 17 novembre 2004, n° 230, p.3.

⁵⁴³ Article 2 al. 2 de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication, modifiée par la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, précitées.

par voie électromagnétique"⁵⁴⁴. La notion de communication audiovisuelle a été maintenue, mais elle a été restreinte à "toute communication au public de services de radio ou de télévision, quelles que soient les modalités de mise à disposition auprès du public, ainsi que toute communication au public par voie électronique de services autres que de radio et de télévision et ne relevant pas de la communication au public en ligne telle que définie à l'article 1^{er} de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique"⁵⁴⁵. Enfin, il restait à définir les services de radio et de télévision dans la mesure où ceux diffusés par l'intermédiaire de l'internet ont vocation à présent à être soumis au contrôle du C.S.A. Nous l'avons vu plus haut, "est considéré comme service de télévision tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des images et des sons"⁵⁴⁶ et "est considéré comme service de radio tout service de communication au public par voie électronique destiné à être reçu simultanément par l'ensemble du public ou par une catégorie de public et dont le programme principal est composé d'une suite ordonnée d'émissions comportant des sons"⁵⁴⁷.

Ces définitions ont été formulées afin de correspondre au plus près à la réalité technique, mais il faut bien avouer qu'il est difficile d'y voir clair. En fait, en les démêlant, on s'aperçoit que les modifications opérées ici ne sont pas que sémantiques. Voici donc comment il faut comprendre l'organisation actuelle de la communication désormais appelée électronique : notion mère, elle se subdivise en deux sous-parties, la communication au public par voie électronique et la correspondance privée. La communication au public par voie électronique est aussi composée de deux sous-ensembles qui sont la communication audiovisuelle et la communication au public en ligne. L'ensemble des dispositions du droit français qui traitait auparavant de communication audiovisuelle concernent à présent la "communication au public par voie électronique". Ceci a pour conséquence de soumettre la diffusion sur l'internet à un certain nombre de règles spécifiques du droit de la communication. Il en va ainsi des infractions prévues par le chapitre IV de la loi du 29 juillet 1881, constituées de la diffamation, de l'injure et de certaines provocations et apologies. Ces infractions étaient punies par l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 lorsqu'elles étaient commises par la voie

⁵⁴⁴ *Ibid.* Article 2 al. 1.

⁵⁴⁵ *Ibid.* Article 2 al. 3.

⁵⁴⁶ *Ibid.* Article 2 al. 4.

⁵⁴⁷ *Ibid.* Article 2 al. 5.

de l'audiovisuel. La loi sur l'économie numérique de 2004 a modifié la formulation de cet article, en y substituant le terme de "communication au public par voie électronique". Sites internet, blogs et autres podcasts se trouvent ainsi soumis à ces dispositions spécifiquement établies pour le droit de la communication dont le principe fondateur est celui de la liberté d'expression. Le recours au droit commun est définitivement écarté en matière d'internet, de même que le sont les règles gouvernant les autres médias, hormis celles communes entre eux, telles les infractions de la presse ou encore le délai de prescription. L'internet dispose dorénavant d'un régime spécifique soumis au principe de la liberté d'expression, et le droit de la communication, d'un socle commun pour tous les supports, dérivant lui aussi du principe d'une libre expression.

Ces modifications montrent l'appréhension par le droit de phénomènes techniques nouveaux, dont le plus remarquable est l'internet. De plus, elles marquent une évolution du droit français de la communication. L'audiovisuel n'est plus défini en fonction d'un support, mais en fonction d'un service. Le droit de la communication sort ainsi en partie de la logique du support pour entrer dans celle du contenu, changement revendiqué depuis plusieurs années par des autorités comme le Conseil d'État.

La réorganisation partielle du droit de la communication est donc surtout fonctionnelle. Elle ne touche pas directement au principe de la liberté d'expression. Néanmoins, certaines mesures prises par le législateur, notamment par l'abrogation de l'obligation de déclaration préalable des sites télématique et pour les éditeurs de pages ou de sites web, montrent indirectement la reconnaissance de l'autonomie des utilisateurs, de leur développement individuel, valeur intrinsèque de la liberté d'expression,. L'autonomie du régime juridique de l'internet et son insertion dans le droit de la communication rationalise la matière, l'adapte à ce phénomène juridique nouveau. La création d'un socle commun entre les trois régimes juridiques principaux - presse, audiovisuel et internet - formalise la mise en œuvre d'une approche systémique au sens faible du régime de l'internet.

Conclusion du Chapitre I.

Trouver un régime juridique adéquat à un phénomène nouveau est un exercice d'équilibre difficile. Les inférences ne sont pas toujours aisées et conduisent même parfois à supprimer la norme de référence. L'intervention du phénomène nouveau peut rendre cette norme inapplicable soit parce que les raisons de son adoption n'existent plus, soit parce que ses effets se sont modifiés. De plus, en ce qui concerne l'internet, le choix du type d'approche systémique à suivre n'est pas évident. Nous l'avons vu, le Gouvernement français a initialement voulu soutenir une approche systémique au sens fort, en faisant dériver le régime juridique de l'internet des normes juridiques créées pour l'audiovisuel. Or, l'ensemble des organes susceptibles d'intervenir en matière de communication ont prôné, de manière plus audacieuse, une approche systémique au sens faible, conduisant à refondre l'ensemble du système de la communication de façon à ce que la réglementation ne se fasse plus selon une logique des supports, mais suivant une logique des contenus. Chaque support serait régi par des règles propres alors que tous les contenus seraient réglementés de manière identique.

Cette approche a finalement été suivie par le législateur en 2004, et c'est un régime peu contraignant qui a été créé pour l'internet. Ce média n'est pas un sous-ensemble de la communication audiovisuelle, mais bien un régime propre, soumis au principe de la liberté d'expression au même titre que la presse et l'audiovisuel. Des fondements autonomes par rapport aux deux autres médias ont donc été reconnus, même si leur découverte n'est pas évidente. Une première conclusion peut d'ores et déjà être formulée au regard de l'ensemble des arguments soulevés à propos de la création de ce régime juridique. Si ce régime doit être indépendant de ceux régissant la presse ou l'audiovisuel, c'est que l'internet permet un accroissement de la liberté d'expression de ses utilisateurs. Le reconnaître conduisait à lever les contraintes de l'audiovisuel pouvant peser sur l'accès aux contenus sur l'internet comme sur leur diffusion.

Mais la réglementation de l'internet en France ne se réduit pas à cette approche systémique que nous venons d'analyser. Pour des raisons que nous allons étudier à présent, une autre approche existe en parallèle, approche mixte qui mêle à la fois des arguments fonctionnels et systémiques. Testée dans un cadre non contraignant et écartée du régime juridique de

l'internet, elle est mise en œuvre là où il est estimé que le droit n'a pas sa place, ou qu'il n'est pas un outil efficace de résolution des problèmes.

CHAPITRE II.

LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE MIXTE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE

L'analyse de l'approche systémique au sens fort de l'internet suivie par le législateur afin de poser les premiers jalons d'un régime juridique nous a révélé l'idéologie qu'il poursuivait. La réponse législative aux craintes que génère ce phénomène nouveau a été de faire dériver son régime juridique de celui de la technologie dont la liberté d'expression est la plus restreinte, à savoir l'audiovisuel⁵⁴⁸. Elle a depuis fait place à une approche plus modérée. Parallèlement aux débats et votes dans les Assemblées parlementaires, le Gouvernement a cependant décidé de poursuivre une seconde approche, principalement fonctionnelle, afin de trouver des solutions juridiques nouvelles au problème posé par l'élaboration d'un régime propre à l'internet. Deux types d'argumentation peuvent être ici décelés. Le premier est principalement fonctionnel : ayant pour prémisse la reconnaissance d'un vide juridique formel en la matière, il vise à reconnaître la pertinence de l'autorégulation en tant que mode de régulation de l'internet (Section I).

Le second type d'argumentation à propos de l'internet est systémique au sens faible, c'est-à-dire basé en partie sur des sous-arguments de type fonctionnel⁵⁴⁹. Cette démarche est justifiée par une proposition simple : "le caractère spécifique et profondément novateur de l'internet interdit la transposition pure et simple en ce domaine des dispositions qui ont été mises en place dans les secteurs de l'audiovisuel, des télécommunications ou de la télématique"⁵⁵⁰. L'idée que des mesures radicalement nouvelles devront peut-être être prises pour l'internet a ainsi été lancée.

⁵⁴⁸ Nous considérons ici l'audiovisuel au sens large. En effet, la technologie qui dispose de la liberté la plus restreinte est, comme nous le savons, le cinéma, et son régime juridique se trouve dans la loi du 30 septembre 1986.

⁵⁴⁹ Nous avons précédemment qualifié ce type d'argumentation d'approche systémique au sens faible. Voir notre chapitre préliminaire.

⁵⁵⁰ Cet argument a été énoncé par le Premier ministre, Lionel Jospin, dans sa lettre confiant au député Christian Paul la mission de définir les contours du futur organisme de corégulation, voir le rapport de Christian Paul, précité, p. 7.

Cette approche systémique au sens faible de l'internet poursuivie par le Gouvernement a pour vocation de permettre la concertation entre les acteurs publics et les acteurs privés dans le but, éventuellement, de procéder à l'édition de règles contraignantes. En effet, le gouvernement souhaite une concertation, mais celle-ci se doit d'être purement évaluative. Le but de cette démarche est de permettre à chacun de mieux comprendre les enjeux juridiques soulevés par l'internet. La concertation est extra-juridique, et ceci est confirmé par le fait que la structure de corégulation mise en place ne dispose pas du pouvoir normatif. C'est avec prudence que les pouvoirs publics s'engagent dans la voie systémique au sens faible (Section II).

SECTION 1.

L'APPROCHE FONCTIONNALISTE DE L'INTERNET ET L'AUTORÉGULATION

On l'a vu, les arguments justifiant l'autorégulation en tant que mode de régulation de l'internet s'insèrent dans une approche téléologico-évaluative de l'internet. Admettre que l'autorégulation puisse constituer un mode de régulation valide de l'internet, c'est poursuivre une approche fonctionnelle, avec pour fondement la croyance dans l'autonomie du réseau par rapport aux autres systèmes de la communication. Toutefois cette approche n'est pas incompatible avec l'idéal de cohérence globale⁵⁵¹, de sorte que l'argumentation générale de l'autorégulation a pour contexte le système juridique. Comme le suggérait le professeur MacCormick⁵⁵², s'il demeure quelque incertitude ou absurdité dans la lecture d'un texte à la lumière de tous les arguments linguistiques et systémiques, il faut passer à d'autres principes d'interprétation, et le recours à des arguments téléologiques est l'un d'eux.

Les professeurs Ost et Van de Kerchove ont vu dans la pratique de l'autorégulation l'émergence d'un nouveau modèle - "hétérarchique" - de production du droit⁵⁵³. Bien qu'ils concèdent que les règles issues de l'autorégulation n'aient au mieux qu'une juridicité d'emprunt, ils y voient toutefois une source légitime du droit.

Comme l'ont montré ces auteurs, il n'existe pas de méthode unique d'autorégulation, et aucune de celles existantes n'est particulièrement préférée dans la pratique. De manière schématique, on peut en considérer deux formes principales : une autorégulation formalisée, organisée par les professionnels ou par des groupes de particuliers, et une effectuée par l'utilisateur lui-

⁵⁵¹ Sur ce concept, voir MacCormick, "Argumentation et interprétation en droit", précité, p. 221.

⁵⁵² *Ibid.*, décrivant la "Règle d'or" écossaise.

⁵⁵³ Ost (F.) et Van de Kerchove (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 43-123, il s'agit du "Chapitre I. Vers un nouveau mode de production du droit ?", publié préalablement sur le site du *Réseau européen droit et société*, et anciennement disponible à l'adresse suivante : <http://sos-net.eu.org/red&s/dhdi/textes/ost8.htm>.

même. Dans les deux cas, l'autorégulation est justifiée par différents arguments⁵⁵⁴ (§1.), et mise en œuvre par divers instruments (§2).

⁵⁵⁴ Les arguments étudiés ici ont été tirés pour l'essentiel du rapport de Christian Paul, précité, notamment de son introduction et de sa première partie, pp. 13-71.

§1. Les arguments de l'autorégulation sur l'internet

L'autorégulation peut se définir comme la soumission volontaire des acteurs privés à des règles décidées par eux. Deux arguments principaux sont avancés pour justifier d'y avoir recours et ils sont tous deux fonctionnels. Le premier est subjectif : il s'agit de lutter contre l'impression de liberté totale qui régnait au début de l'internet. Il est aussi souvent économique quand il vise, et c'est très souvent le cas, la pratique du commerce en ligne. Le but poursuivi est de créer une confiance dans le réseau de la part de l'ensemble des utilisateurs afin de favoriser certains usages et pratiques. Mais avant même d'être prise en compte par les pouvoirs publics, l'autorégulation avait fait une apparition spontanée et il est dit qu'elle s'accomplissait originellement dans "un esprit civique et communautaire des utilisateurs"⁵⁵⁵.

Le second argument, et le plus récurrent, est que l'internet se prête mal à la réglementation étatique classique⁵⁵⁶. Son contrôle serait quelque peu illusoire. Aussi, la protection de l'intérêt des récepteurs commanderait qu'ils se prémunissent contre des pratiques et des contenus préjudiciables, parfois illicites ayant cours sur ce support. Et la meilleure façon de se prémunir contre ces abus est de responsabiliser les acteurs face au caractère international et décentralisé de l'internet et à la fugacité des contenus par le recours aux techniques de l'autorégulation. Ces acteurs devraient ainsi pratiquer l'autodiscipline face aux difficultés liées à la volatilité des contenus, volatilité qui peut les empêcher par exemple de disposer des moyens de preuve nécessaires pour se défendre (on peut penser à la diffamation). Les acteurs considérés ici sont surtout les récepteurs, qui s'empêcheront d'accéder à certains contenus, mais aussi dans une certaine mesure les émetteurs de contenus, qui grâce aux outils de la corégulation, seront mieux équipés pour prévenir des illégalités et illicéités dont ils pourraient être les auteurs.

L'autorégulation n'est donc que faiblement soutenue, peut-être à cause de ses propres limites, ou encore du fait de l'approche générale de l'internet dans laquelle elle s'insère. Elle ne saurait constituer une source du droit, ni générer des obligations juridiques. Les nécessités de créer

⁵⁵⁵ Voir le rapport de Christian Paul, précité, p. 45.

⁵⁵⁶ Cet argument est évoqué dans le rapport du Conseil d'État, précité, p. 204. Le Conseil n'y adhère qu'à condition de le reformuler : l'autorégulation peut être une réponse aux difficultés liées à l'application de la loi sur l'internet dans la mesure où la responsabilisation des acteurs prend la forme d'une autodiscipline dans l'application des principes des textes de droit. Dès lors, l'autorégulation se s'opposerait plus à la réglementation.

une confiance dans le réseau et de responsabiliser les utilisateurs ne sont que les conséquences d'une certaine perception de l'internet. Il est appréhendé ici comme un espace de communication international dont les contenus seraient insaisissables ; l'autorégulation semble ainsi une réponse à la menace que l'internet ferait peser sur les utilisateurs. Plusieurs techniques existent.

§2. Les techniques de l'autorégulation de l'internet

L'autorégulation peut être informelle, comme l'est la simple répression d'un membre d'un groupe d'utilisateurs qui ne se conformerait pas aux règles établies, explicitement ou non, à l'intérieur de ce groupe. La violation d'une de ces règles par l'un d'eux entraîne son exclusion - dans le cas d'un groupe de discussion par exemple - ou bien le refus de le laisser utiliser les moyens techniques certifiant vis-à-vis des tiers de son respect des règles établies. L'autorégulation constitue alors un mode normatif alternatif, destiné principalement à régler le problème de la présence de contenus illicites, et à créer une confiance dans le réseau.

L'autorégulation est le plus souvent formalisée, et elle consiste alors dans le suivi de règles éthiques préétablies par l'ensemble des parties qui s'y sont engagées. Elle conduit à la répression des membres contrevenants. Néanmoins, les sanctions varient selon que les utilisateurs - professionnels ou non, et toujours volontaires - sont ou non liés contractuellement. En effet, l'autorégulation est souvent générée dans le cadre de contrats. C'est le cas des contrats liant les fournisseurs de services aux éditeurs de contenus, des codes de bonne conduite et des pratiques d'apposition de labels sur les sites ou pages *web*.

L'intérêt des contrats est qu'ils donnent force obligatoire aux usages, en tout cas entre les parties cocontractantes. Les clauses contractuelles sont généralement assorties de sanctions en cas de non respect des obligations prédéfinies. Ces sanctions se manifestent en deux temps : l'éditeur est d'abord invité à retirer le contenu illicite ; en cas de refus ou d'inaction de sa part, le fournisseur pourra en rendre l'accès impossible, et même aller jusqu'à rompre unilatéralement l'engagement contractuel. Si le contrat consiste non en une fourniture de service, mais en l'apposition de certificats sur les sites et pages conformes aux obligations, la sanction d'un mauvais accomplissement des obligations consiste de manière générale à refuser

au contrevenant le droit d'utiliser le label ou le sceau⁵⁵⁷. Ces instruments servent à informer les récepteurs du respect par les émetteurs de règles déontologiques. Ils concernent souvent les contenus illicites et/ou la fiabilité des transactions en ligne.

Dans le prolongement de l'autorégulation contractuelle, et comme illustration des efforts pratiqués, les professionnels décident parfois entre eux de codes de bonne conduite, souvent appelés "pratiques et usages". C'est ainsi que l'Association des fournisseurs d'accès (AFA)⁵⁵⁸ a édité en 1998 ses "pratiques et usages" visant à imposer à ses membres de respecter un certain nombre de principes telles la confidentialité, la protection des mineurs ou encore la "netiquette"⁵⁵⁹. Ses membres s'engagent à surveiller les pages les plus fréquentées et à répondre aux critiques des utilisateurs sur la présence de contenus illicites. L'intervention du fournisseur d'accès vis-à-vis de ce contenu se fera par l'intermédiaire du contrat qui lui permettra soit de supprimer le contenu, soit de résilier l'abonnement.

Il existe une seconde forme d'autorégulation, qui se manifeste hors de tout cadre contractuel. Il s'agit de la "netiquette" qui est une sorte de charte éthique comportant des règles d'usage. Ces règles s'intéressent aux comportements inter-individuels dans le cadre des échanges électroniques, que ce soit par courrier ou dans les forums de discussion. Ici, ce sera l'ensemble des membres de la communauté concernée qui sanctionnera les contrevenants en les réprimandant ou en tentant de les exclure.

Les simples utilisateurs de l'internet – c'est-à-dire les particuliers et les familles - peuvent également se prémunir contre les pratiques et usages illicites par le biais de l'utilisation de logiciels de filtrage des contenus et des lignes d'urgence permettant d'informer le fournisseur d'accès de la présence d'un contenu illicite. On s'attache moins ici à ceux qui émettent des contenus qu'aux récepteurs qui, *a priori*, ne font que consulter le *web*. En effet, l'argument de la responsabilisation des acteurs implique que les récepteurs devraient d'eux-mêmes s'empêcher d'accéder à des contenus en provenance de sites étrangers attentatoires à leurs droits et à la réglementation française. Pour cela, et comme nous le verrons dans les

⁵⁵⁷ Pour une description des pratiques de certains professionnels, voir également le rapport de Christian Paul, précité, pp. 49-52. Y sont décrites les pratiques telles que celles de L@belsite, Webtrust ou encore Trust-e. Le rapport montre ainsi les différentes formes que peut prendre l'autorégulation, que ce soit en France, en Europe ou aux États-Unis.

⁵⁵⁸ L'exemple de l'AFA est cité dans le rapport de Christian Paul, précité, p. 49.

⁵⁵⁹ Voir ci-dessous.

développements consacrés à la responsabilité des intermédiaires techniques sur l'internet⁵⁶⁰, les fournisseurs d'accès se sont vus imposer par la loi la mise à la disposition de leurs clients des moyens techniques leur permettant de sélectionner les contenus. Les récepteurs pourraient ainsi maîtriser leur propre usage de l'internet ainsi que celui de leurs enfants^{561 562}.

L'utilisation des logiciels de filtrage est vivement critiquée⁵⁶³, et pas seulement par leurs opposants - qui sont généralement des associations de défense des droits sur l'internet. Toutefois, les pouvoirs publics français, sans procéder à une véritable considération des risques possibles de cette méthode, la prônent comme étant celle qui permettra le mieux de faire face à la fugacité des contenus sur l'internet et à son caractère international. Le libre choix des utilisateurs est considéré ici comme une des valeurs principales à suivre afin de rendre efficace un système de libre expression sur l'internet. Des démarches sont d'ailleurs entreprises au niveau européen. *L'Internet Content Rating for Europe (INCORE)* pris à l'initiative de la Commission européenne a ainsi pour but la mise en place d'un système permettant la labélisation et l'étiquetage des contenus en fonction des fondements culturels européens⁵⁶⁴. Mais comme le remarquait le Conseil d'État en 1999, "la réflexion sur la classification des sites Internet n'a pas réellement commencé"⁵⁶⁵.

La pratique des lignes d'urgence, gérées par les intermédiaires techniques, a pour but de lutter contre la pédophilie et les contenus illégaux. Des associations formées de ces professionnels proposent ainsi des appels à la délation publique⁵⁶⁶. C'est le cas de l'INHOPE⁵⁶⁷, coordination européenne des appels en ligne, qui permet aux internautes de dénoncer des contenus illicites

⁵⁶⁰ Voir infra, Partie II. Nous verrons que l'article 6-I-1. de la loi du 21 juin 2004 dispose que : "les personnes dont l'activité est d'offrir un accès à des services de communication au public en ligne informent leurs abonnés de l'existence de moyens techniques permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner et leur proposent au moins un de ces moyens". Cette obligation n'est toutefois assortie d'aucune sanction et il faut ainsi compter sur des démarches volontaires pour la faire respecter. La loi se contente ici d'entériner une pratique d'autorégulation répandue chez les intermédiaires techniques, mais tous ne s'y conforment pas. Notons que cette mesure provient originellement de l'article 43-7 de la loi du 1^{er} août 2000, à présent abrogée.

⁵⁶¹ Voir le rapport de Christian Paul, précité, p. 56.

⁵⁶² Ces logiciels devraient également servir aux émetteurs de contenus, qui, pratiquant un filtrage préalable à l'envoi de leurs contenus, seraient pratiquement garantis contre la violation des lois et des droits d'autrui.

⁵⁶³ Le Forum des droits sur l'internet, organisme de corégulation créé par le gouvernement, que nous étudierons dans la section suivante, a lui-même pris position contre l'utilisation de ces logiciels. Ils sont considérés comme inefficaces car ils ne seraient jamais totalement fiables et pourraient avoir pour conséquences de supprimer l'accès à des sites non contestables. Voir le *Premier rapport d'activité du Forum des droits sur l'internet, année 2002*, Paris, La Documentation française, 2003, p. 26.

⁵⁶⁴ Ce projet est notamment décrit dans le rapport de Christian Paul, précité, p. 58.

⁵⁶⁵ Rapport précité, p. 10.

⁵⁶⁶ Voir le rapport du Conseil d'État précité, pp. 205-206, et 212.

⁵⁶⁷ Cité dans le rapport de Christian Paul, précité, p. 58. L'adresse web est <http://www.inhope.org>.

en ligne en donnant l'adresse complète du site ou de la page en cause. Il faut enfin signaler une initiative récente du Gouvernement qui a créé un site⁵⁶⁸ permettant aux utilisateurs de signaler par cette même méthode des contenus à caractère pédophile. En général, les lignes d'appel nécessitent une identification claire du plaignant afin d'éviter les démarches abusives. Aucune autre procédure n'est encore prévue, mais on peut imaginer la saisine du Parquet dans le cas de contenus illégaux, et l'information des intermédiaires techniques qui devront alors retirer le contenu ainsi dénoncé⁵⁶⁹.

Malgré la reconnaissance judiciaire casuistique de certaines de ces méthodes d'autorégulation⁵⁷⁰, leurs limites sont d'autant plus évidentes que chacune ne lie qu'une partie infime des utilisateurs, professionnels ou non. Mais, même en encourageant l'autorégulation par l'utilisateur final, celle-ci ne saurait créer une obligation juridique du seul fait de sa pratique volontaire. Elle est tout au plus à rapprocher du comportement qui consiste dans la vie de tous les jours à détourner le regard de ce qu'on ne veut pas voir.

L'ensemble des méthodes d'autorégulation développées jusqu'ici ne forme pas un tout cohérent, et comme nous l'avons dit, aucune ne semble prévaloir. On peut donc en conclure que ces initiatives éparses, bien qu'elles rendent compte de l'inquiétude de certains utilisateurs et professionnels, soient insuffisantes pour lutter contre les contenus illicites et les pratiques préjudiciables sur l'internet. Elles permettent une esquisse de "zonage" de la toile, mais l'idée s'est formée en France que les pouvoirs publics devaient encourager la régulation privée tout en continuant d'utiliser les méthodes de réglementation traditionnelle. C'est ce qu'on appelle la corégulation.

⁵⁶⁸ L'adresse est : <http://www.internet-mineurs.gouv.fr>. Le gouvernement fournit également une série de conseils destinés aux parents et à leurs enfants, destinés également à la prévention de la pédophilie.

⁵⁶⁹ C'est la proposition du Conseil d'État dans son rapport précité, p. 212.

⁵⁷⁰ Les chartes, usages, règles éthiques et "netiquette" se voient parfois accorder une force obligatoire par les juges dans le cadre de litiges. Il arrive ainsi que des personnes injuriées dans des groupes de discussion se voient déboutées de leur demande d'indemnisation contre l'hébergeur du fait que celui-ci se soit soumis de manière volontaire à un certain nombre de précautions déontologiques. Voir par exemple la décision du Tribunal de grande instance de Paris du 12 octobre 2000, *Alain B. c. Association Vienne Informatique*, *Gazette du palais*, 14-16 octobre 2001, sommaire de jurisprudence, pp. 54-55.

SECTION 2.

L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET ET LA CORÉGULATION

Aucun des acteurs juridiques français ne souhaite s'éloigner de l'idéal de cohérence globale du système juridique. Il est admis que le régime de l'internet doit s'inscrire dans le système juridique de la communication. Toutefois, dès que la nécessité de réglementer l'internet s'est imposée, les pouvoirs publics français ont été attentifs à l'argument fonctionnel visant à repenser les catégories établies jusque-là dans ce système afin d'y intégrer l'internet⁵⁷¹. La poursuite d'une approche systémique au sens faible répond à un souci d'équilibre consistant d'une part, à refuser de laisser aux seuls pouvoirs privés et aux utilisateurs le soin de réguler les pratiques et usages de l'internet, et d'autre part, à la reconnaissance implicite des limites d'une approche systémique au sens fort. Des solutions juridiques nouvelles seront ainsi testées.

La corégulation se définit comme un échange permanent entre tous les acteurs impliqués dans l'internet – utilisateurs, secteur privé et autorités publiques, et aussi comme la coopération entre régulation publique et autorégulation. Elle est considérée par les pouvoirs publics comme une méthode à suivre⁵⁷². Selon eux, la nature même de l'internet appellerait à créer un organisme de corégulation servant de passerelle entre les différents acteurs concernés (§2.). Cette démarche prudente devrait permettre, selon ses partisans, de trouver en souplesse et dans le consensus des solutions réglementaires à la diffusion de contenus illicites et à la maîtrise des usages du réseau. Mais ce ne sont pas les seuls arguments soulevés (§1.)

⁵⁷¹ Il s'agissait de l'argument développé par les organes consultés par le Gouvernement précédent, qui estimaient que l'internet devrait être exclu du régime de la communication audiovisuelle. Voir la section précédente.

⁵⁷² Christian Paul, dans son rapport rendu au Premier ministre, qualifiait la corégulation de méthode et refusait d'y voir une source du droit, précité, p. 17.

§1. Les arguments en faveur d'un organisme de corégulation de l'internet

Des arguments de type systémique et fonctionnel ont été avancés à l'appui de la création d'un organisme de corégulation de l'internet. L'un d'eux, d'ordre systémique, était tiré des principes généraux du droit⁵⁷³. En effet, des acteurs juridiques tels que le Conseil d'État, n'acceptent le recours à l'autorégulation que dans la mesure où l'autodiscipline ainsi pratiquée se fait en vue de l'application des principes contenus dans les textes. Un autre argument systémique, implicite, est a-analogique : le recours aux analogies est écarté, aucune d'entre elles n'étant considérée comme suffisamment significative. L'internet ne ressemblerait, en effet, à aucune des technologies existantes.

Mais les principaux arguments soulevés sont d'ordre fonctionnel. Ce sont ceux qui servent à soutenir l'exclusion du régime juridique de l'internet de la réglementation de l'audiovisuel. Rappelons que ce dernier argument se compose de deux variantes⁵⁷⁴. Dans la première, la variante architecturale, l'accent est mis sur la singularité technique de l'internet, et donc sur sa dissemblance par rapport aux autres technologies. La seconde variante, tirée du principe de neutralité technologique, conduirait à abandonner la logique du support pour s'attacher à une réglementation des contenus, quel que soit leur mode de diffusion. À ces arguments s'en ajoutent de nouveaux, dont certains sont ainsi énoncés par le Conseil d'État dans son rapport :

"Le monde des réseaux se prête mal à la réglementation étatique classique : son caractère international rend illusoire toute approche strictement nationale ; l'hétérogénéité des acteurs fait qu'il est difficile d'énoncer *a priori* des règles prenant en compte l'ensemble des situations de fait. La volatilité des contenus et la décentralisation du réseau rendent tout contrôle un peu illusoire. Si l'objectif est de lutter contre les contenus ou pratiques illicites sur l'Internet, d'assurer cette "mise en droit" sans laquelle cet espace restera marginal comme lieu de sociabilité, il faut donc imaginer d'autres solutions, d'autres moyens. L'autorégulation est une réponse"⁵⁷⁵.

Ceci suggère plusieurs remarques. En premier lieu, ce sont les éléments techniques qui sont pris en considération comme autant de contraintes à l'élaboration d'un régime juridique de l'internet. Ces contraintes techniques sont les suivantes : son évolution particulièrement

⁵⁷³ On entend par "principes généraux du droit" les principes généraux qui gouvernent le système juridique, et non la construction jurisprudentielle du Conseil d'État spécifique au droit administratif. Cette notion a été dégagée par Neil MacCormick dans "Argumentation et interprétation du droit", précité, p. 221.

⁵⁷⁴ Voir le Chapitre précédent.

⁵⁷⁵ Rapport du Conseil d'État, précité, p. 204.

rapide, son caractère décentralisé et international, l'apparition, la disparition et la modification des contenus à tout moment - donc leur immatérialité, l'interactivité sans précédent, étrangère aux relations qui existaient jusqu'à présent entre les pouvoirs publics, les professionnels et les particuliers⁵⁷⁶, les difficultés d'identification des émetteurs, leur particulière diversité, le nombre croissant de nouveaux sujets à traiter⁵⁷⁷, et de nouvelles formes d'expression.

Il est considéré, en deuxième lieu, que l'ensemble de ces contraintes techniques pose le problème de la sanction des infractions ou des illicéités commises par l'activité expressive. Ainsi par exemple, l'immatérialité des activités et la décentralisation du réseau soulèvent la question de l'applicabilité de la sanction pénale sur ce support⁵⁷⁸.

En dernier lieu, la réglementation traditionnelle paraît peu adaptée⁵⁷⁹. D'après cette thèse, l'internet est souvent considéré non comme un espace à part, mais comme "le prolongement numérique de diverses activités humaines"⁵⁸⁰ qui ont lieu dans le monde réel. L'ensemble des particularités architecturales décrites ci-dessus révélerait l'absence d'une réactivité suffisante de la réglementation traditionnelle par la loi et le règlement. Le processus normatif est long, se comptant en termes de mois, et parfois d'années. Il serait incapable d'appréhender la vitesse de l'évolution technologique. Il en irait de même de l'intervention du juge qui connaîtrait d'ailleurs des limites intrinsèques liées à son rôle. En effet, il doit se prononcer sur l'affaire dont il est saisi, et il ne saurait émettre de dispositions réglementaires, comme le lui interdit l'article 5 du code civil. Si certaines procédures peuvent être rapides, dans des situations d'urgence notamment, l'établissement de principes par le juge nécessite une construction jurisprudentielle qui ne peut être réalisée que par l'intervention des tribunaux supérieurs. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle, par la loi sur la confiance dans l'économie numérique, il a été décidé de reconnaître l'intervention du juge des référés. L'article 6-I-8 dispose que : "l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à [tout fournisseur d'accès] ou, à défaut, à [tout fournisseur d'hébergement], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de

⁵⁷⁶ Rapport de Christian Paul, précité, p. 61-62.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 17.

⁵⁷⁸ Chassaing (J.F.), "L'internet et le droit pénal", *Dalloz*, Chron., 1996, p. 329 et s.

⁵⁷⁹ Voir supra, Partie I, Section I.

⁵⁸⁰ Rapport de Christian Paul, précité, p. 69. Ce développement reprendra pour l'essentiel les idées émises dans ce rapport aux pages 59-71.

communication au public en ligne"⁵⁸¹. Par la mise en place de ce pouvoir d'injonction de filtrage⁵⁸², le législateur entend consacrer le rôle du juge des référés en matière de contenus illicites sur l'internet. Celui-ci serait le plus apte à intervenir face à la fugacité des contenus.

Enfin, même l'autorégulation, à savoir la régulation par le secteur privé seul, est considérée comme insuffisante⁵⁸³. En effet, selon le rapport de Christian Paul⁵⁸⁴, les acteurs professionnels de l'internet disposeraient de la maîtrise des usages et pratiques du réseau, et les définiraient. Or, les initiatives purement privées ne devraient pas être les seules enceintes de définition de ces pratiques. Il serait important de ne pas s'en remettre à la seule autorégulation. L'importance du dialogue et de la concertation en collaboration avec les pouvoirs publics et les utilisateurs est réaffirmée. Le rapport reconnaît implicitement la crainte de la censure privée, et la réponse à cette crainte serait de mettre en avant la participation des pouvoirs publics ainsi que des utilisateurs dans les débats liés aux questions juridiques touchant à l'internet.

Ainsi, selon le rapport de Christian Paul, les contraintes techniques, le problème de l'effectivité des sanctions, la relative lenteur de la réglementation et l'insuffisance de l'autorégulation par le secteur privé imposeraient de trouver des solutions juridiques nouvelles. L'emploi de la méthode de la corégulation serait retenu, décrit par le biais de trois propositions. Il a tout d'abord été suggéré d'établir un dialogue large entre toutes les entités concernées par l'internet, dialogue nécessaire compte tenu de la technicité croissante de la matière, cumulée à la convergence technologique. Différents secteurs, jusque là séparés de manière étanche - tels les télécommunications, la presse et l'audiovisuel, devraient se concerter. L'action législative en serait facilitée. Ce dialogue répondrait de plus au besoin d'information des utilisateurs, des professionnels comme des pouvoirs publics quant à la réalité technique. Les conditions d'une compréhension réciproque seraient mises en place.

⁵⁸¹ Article 6-I-8 de la loi sur la confiance dans l'économie numérique, précitée. Cette disposition a été intégralement reprise du projet de loi sur la société de l'information qui organisait ce pouvoir à son article 12.

⁵⁸² Le contenu de ce pouvoir sera étudié infra dans la Partie II consacrée à la responsabilité des intermédiaires techniques.

⁵⁸³ Voir supra les développements consacrés à l'autorégulation de l'internet.

⁵⁸⁴ Voir le rapport de Christian Paul, précité, p. 75 et s.

La deuxième proposition est qu'au travers des débats et de la recherche d'un consensus, le législateur arriverait à mieux adapter le droit actuel⁵⁸⁵ et à créer les nouvelles règles qui s'avèreront nécessaires dans le futur.

Enfin, la corégulation serait la solution dans la lutte contre les contenus illicites et la régulation des pratiques et usages exercés sur le réseau. Le modèle de réglementation traditionnelle serait dès lors en partie écarté au profit d'un autre mode de régulation en conjonction avec la loi et le respect de normes impératives dont personne ne saurait s'exonérer⁵⁸⁶. La corégulation n'aurait donc pas vocation à remplacer la loi, ni même d'être à l'origine de normes impératives, mais servirait à guider à son élaboration, à en être son préalable.

Les arguments et la méthode de la corégulation doivent être considérés comme la manifestation d'une volonté de la part des pouvoirs publics d'évaluer les possibilités d'élaboration d'un régime juridique pour l'internet qui s'inscrirait certes dans le système de communication, mais qui peut être modifierait les catégorisations existantes. La création d'un organisme de corégulation s'avèrerait nécessaire pour organiser le processus d'évaluation. Il restait ensuite à décider de la forme qu'il prendrait.

§2 Les différentes formes possibles de l'organisme de corégulation de l'internet

De nombreuses formes ont été envisagées quant à la forme à donner à l'organisme chargé de coréguler l'internet (A.). Le choix à opérer n'est pas indifférent en termes de liberté d'expression, au même titre que les pouvoirs qui lui seraient conférés.

⁵⁸⁵ Les pouvoirs publics ont pendant longtemps rappelé qu'il n'existait pas de vide juridique par rapport à l'internet, donc que l'ensemble des règles de droit existant avait vocation à s'appliquer. Il fallait toutefois l'adapter dans des cas particuliers, voire créer de nouvelles règles pour faire face à des situations réellement nouvelles, comme par exemple la situation juridique des intermédiaires techniques.

⁵⁸⁶ Vivant (M.), "Internet, un support publicitaire : régulation et déontologie", *Gazette du Palais*, 22 novembre 1999, pp. 1503-1506, et notamment p. 1504.

A. Les diverses propositions en faveur d'un organisme de corégulation de l'internet

Les diverses propositions faites sur la forme de l'organisme de corégulation de l'internet se sont rangées en faveur d'une structure originale, d'un genre qui n'existait pas auparavant. L'idée de la création d'un organisme spécifiquement désigné pour régler les problèmes juridiques posés par l'internet a souvent séduit, et de nombreuses propositions ont été faites, allant d'une organisation de droit privé à une commission administrative rattachée à un ou plusieurs ministères. Nous allons envisager brièvement les plus importantes de ces propositions⁵⁸⁷.

L'idée d'un organisme de droit privé a surtout retenu l'attention des professionnels. Il a été proposé de créer un Conseil de l'internet⁵⁸⁸, organisme indépendant et unique pour une régulation privée de l'internet par les acteurs économiques et les utilisateurs sur le modèle des organismes d'autorégulation existants de manière sectorielle, notamment celui du Bureau de vérification de la publicité. Ce Conseil serait composé uniquement de professionnels - mais de l'ensemble d'entre eux - et aurait pour mission la conciliation entre ses membres, la délivrance d'avis et la coopération avec les autorités publiques françaises ou étrangères. Une charte de l'internet⁵⁸⁹ a même été rédigée prévoyant, à côté de la création du Conseil, l'édition d'une série de recommandations déontologiques à respecter par les différents acteurs. Néanmoins, ce projet, dénoncé comme autoritaire, n'a pas réussi à trouver le consensus nécessaire de tous les professionnels de l'internet et est resté lettre morte⁵⁹⁰.

Une approche sectorielle a également été envisagée par l'Association des fournisseurs d'accès (A.F.A.)⁵⁹¹. Elle consistait à regrouper ces seuls intermédiaires techniques, se fondant sur leur quasi-monopole de l'accès à l'internet. Cette méthode a toutefois été jugée trop simpliste pour

⁵⁸⁷ Comme pour l'ensemble de l'analyse de l'autorégulation et de la corégulation, ce sont les rapports du Conseil d'État et de Christian Paul - qui s'est largement inspiré du premier - qui sont à la base de la réflexion. Ils seront ainsi encore largement cités. Par ailleurs, il faut noter que le rapport de Christian Paul a envisagé des structures encore différentes de celles étudiées ici et qui sont principalement le groupement d'intérêt public, la commission administrative, la fondation et l'association.

⁵⁸⁸ Cette proposition a été faite par le GESTE (Groupement des éditeurs de services télématiques) en 1997, et est consultable sur son site à l'adresse suivante : http://www.geste.fr/1_travaux/charteed.htm.

⁵⁸⁹ Il s'agit de la "Charte de l'Internet - Règles et usages de l'Internet en France", précitée.

⁵⁹⁰ Voir le rapport du Conseil d'État, précité, p. 211, ainsi que celui de Christian Paul, précité, p. 48.

⁵⁹¹ Voir supra §1, A., 1., et le rapport du Conseil d'État, précité, p. 210.

permettre une autorégulation de l'ensemble des pratiques et des usages du réseau. Les membres de l'A.F.A. respectent néanmoins les règles déontologiques qu'ils se sont fixées, comme nous l'avons signalé plus haut.

Il reste ainsi l'hypothèse de la régulation par le biais d'une structure publique. L'idée de donner compétence sur l'internet à une autorité existante, fut-elle une autorité administrative indépendante, est à écarter selon le rapport de Christian Paul⁵⁹². En effet, les autorités administratives indépendantes régulent des secteurs d'activité d'intérêt général déréglementés et sensibles. Le but de leur création est de diminuer l'emprise étatique sur ces secteurs, en leur donnant une compétence normative, voire un pouvoir de sanction. Indépendantes de l'administration, elles se trouvent ainsi responsables de l'application des normes qu'elles édictent. Le rapport note qu'elles ne représentent pas un modèle adapté à l'internet car elles sont indépendantes du travail gouvernemental et "ne s'inscrivent pas dans le processus hiérarchique d'élaboration de la réglementation"⁵⁹³. Leur particularité de fonctionnement pourrait ainsi nuire à la cohérence de la corégulation.

Pourtant, donner compétence à une autorité pour contrôler l'ensemble du réseau a bien été à l'ordre du jour, et pris au sérieux lors des débats parlementaires sur la loi sur l'économie numérique. Nous l'avons vu⁵⁹⁴, une telle compétence globale a été exclue pour le C.S.A., hormis pour ce qui est du contrôle des sites internet qui s'apparentent à des sites audiovisuels. De son côté, l'A.R.C.E.P. s'est vu confirmée sa compétence en ce qui concerne l'infrastructure de l'internet, à savoir son accès technique, mais rien de plus. Ceci étant, il a été envisagé de créer une autorité nouvelle, le comité de la télématique, associé au C.S.A. Cette proposition a été formulée par l'Amendement Fillon déposé à l'Assemblée nationale en 1996 et adopté par le Parlement⁵⁹⁵. Ce comité aurait disposé du pouvoir d'émettre des recommandations contraignantes de nature déontologique, de même que d'un pouvoir de sanction. Sa structure était intéressante car composée de représentants de professionnels, d'utilisateurs et de membres nommés par le C.S.A. Il s'agissait donc bien d'un organisme de corégulation, mais calqué sur le modèle existant pour le minitel. Comme nous le verrons plus loin, sa création a

⁵⁹² Voir le rapport précité, pp. 69-70.

⁵⁹³ *Ibid.*, p. 69. Cette analyse est particulièrement intéressante dans la mesure où la corégulation ne s'inscrit pas non plus dans une telle hiérarchie. Pourtant, elle vise à créer un ensemble de normes non contraignantes de nature à encadrer l'émission des contenus et les pratiques du réseau.

⁵⁹⁴ Voir le chapitre précédent.

⁵⁹⁵ Il s'agissait de l'article 43 de la loi n° 96-649 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.*, 27 juillet 1996, p. 11384. Voir *infra*, Partie II, Titre II, Section I, à propos de la responsabilité pénale des intermédiaires techniques.

été annulée par le Conseil constitutionnel⁵⁹⁶ du fait du caractère vague de ses compétences alors qu'il était doté d'un réel pouvoir de sanction. Plus récemment, la création d'un Comité national d'éthique a été proposée au Sénat, et écartée sans débat⁵⁹⁷.

Ces solutions ont été jugées autoritaires dans le premier cas⁵⁹⁸, irréalistes dans le second⁵⁹⁹. Elles s'associeraient mal aux précautions généralement prises par les pouvoirs publics afin de ne pas donner l'impression de vouloir trop encadrer le réseau malgré leurs craintes initiales, partagées comme nous l'avons vu par l'ensemble des acteurs juridiques consultés.

Déjà en 1998, le Conseil d'État⁶⁰⁰ estimait que la prise en compte de la réalité technologique militait contre la création d'une structure publique, car trop autoritaire. Cet argument était exprimé en termes négatifs : la création d'une telle structure serait indésirable pour des raisons axiologiques liées à une certaine conception de la réalité technologique. Celle-ci dicterait plutôt d'associer l'ensemble des acteurs publics comme privés afin de trouver des solutions aux pratiques et usages du réseau, et surtout à la présence de contenus répréhensibles. Deux éléments semblaient avoir été pris en compte, à savoir la nécessité de ne pas figer le développement de l'internet de manière autoritaire – et ne pas le laisser évoluer au gré du bon vouloir du secteur privé - et la mise en avant du libre choix des utilisateurs, que l'internet valoriserait, et qui serait une solution face à la complexité du réseau. Des structures ont ainsi été créées afin de répondre à cette attente.

B. Les structures de corégulation de l'internet

Deux structures se partagent la corégulation de l'internet. Si la première a acquis une reconnaissance, la seconde est rapidement devenue moribonde.

La création du Forum des droits sur l'internet⁶⁰¹ en mai 2001 découle du rapport rédigé par Christian Paul et remis au Premier ministre en mai 2000. La forme choisie est celle d'une

⁵⁹⁶ Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, *Recueil*, p. 99.

⁵⁹⁷ Voir le chapitre précédent, Section II, §1., A. 2.

⁵⁹⁸ Voir le rapport de Christian Paul, précité.

⁵⁹⁹ Voir les débats au Sénat des 24 et 25 juin 2003 sur la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précités.

⁶⁰⁰ Rapport précité, pp. 214-215.

⁶⁰¹ Le site du Forum des droits peut être consulté à l'adresse suivante : www.foruminternet.org.

association de la loi du 1^{er} juillet 1901, subventionnée par l'État. Cette structure se veut un point d'équilibre entre une régulation purement privée et une réglementation seulement publique. Sa composition a été organisée de manière à ce que tous les acteurs concernés par le réseau soient représentés : les pouvoirs publics⁶⁰², les professionnels et les utilisateurs. À l'origine, la place de pouvoirs publics était plus importante que celle des acteurs privés, professionnels ou individuels, qui n'étaient qu'associés⁶⁰³. Mais l'égalité a été rétablie dans les statuts du Forum. Dans le rapport fondateur, il a été décidé de regrouper ces membres associés en deux collèges, un pour les professionnels et un autre pour les utilisateurs⁶⁰⁴. C'est l'illustration de ce qu'était attendu d'un organisme de corégulation.

Le Forum des droits sur l'internet est considéré par son rapport fondateur comme un espace démocratique devant donner voix à tous, acteurs privés – ayant ou non un poids économique important, acteurs publics et simples utilisateurs. Sa compétence porte sur les contenus, et au-delà, les usages de l'internet, et elle vise la recherche d'un consensus. Il détient une mission générale de recommandation, de veille et d'alerte en ce qui concerne les contenus et les usages. Son action doit être préventive, afin d'aider à un meilleur encadrement législatif et réglementaire et encourager les initiatives privées. Son mode d'intervention consiste globalement à organiser le débat en se saisissant de questions à traiter et en reconnaissant l'existence de questions nouvelles.

Par sa mission, le Forum répond à l'approche téléologico-évaluative qu'ont souhaité poursuivre les pouvoirs publics. Il doit ainsi participer à l'élaboration de nouvelles règles, et pourrait permettre la formalisation de certaines pratiques. Son rôle reste toutefois purement consultatif. Il ne peut trancher les conflits ni agréer une pratique d'autorégulation comme la labélisation des contenus ou la rédaction de codes de conduite. C'est pourquoi il n'a pas été retenu qu'il gère une ligne d'appel d'urgence. Il peut au mieux encourager ces pratiques, et dénoncer, par l'intermédiaire de sa mission d'information, celles qu'il considérerait comme ne

⁶⁰² La tutelle des pouvoirs publics est établie par la présence permanente au Forum d'un représentant du Gouvernement – agissant comme observateur - désigné par le Premier ministre. Le directeur du développement des médias a été choisi à cet effet. N'étant pas membre du Conseil, il ne peut qu'assister aux réunions, et éventuellement répondre à des questions. Il assure une fonction de coordination interministérielle entre le Gouvernement et l'organisme. Il permet au premier de donner son point de vue ou d'ouvrir le débat sur une question nouvelle. Ce représentant s'ajoute à la présence de représentants des Autorités administratives indépendantes intéressées de près par le fonctionnement du réseau.

⁶⁰³ Voir le rapport de Christian Paul, précité, pp. 103-107, et notamment le tableau p. 104, et les statuts du Forum des droits déposés le 9 avril 2001, disponibles en ligne sur le site du Forum des droits sur l'internet.

⁶⁰⁴ Le centre nerveux du Forum est représenté par le Conseil d'orientation, au sein duquel a été créé un Comité international.

présentant pas d'engagement suffisant. Enfin, une place importante est donnée à ses missions d'information vis-à-vis des utilisateurs de l'internet. Il doit mettre à la disposition du public des renseignements concernant le droit applicable et les méthodes d'autorégulation qui sont à sa disposition, tels les dispositifs de filtrage.

L'existence du Forum des droits est prévue pour six ans et elle pourra être prorogée par un vote de son Assemblée générale. Néanmoins, le rapport de Christian Paul prévoyait la possibilité, sinon d'une reconnaissance d'utilité publique, du moins d'une consécration législative du Forum. Pour cela, il faudrait avant tout considérer s'il réussit à remplir ses missions correctement et à se faire accepter par l'ensemble des acteurs de l'internet. La possibilité de faire évoluer à terme les missions du Forum de manière plus contraignante est envisagée, notamment à l'égard de l'autorégulation. En effet, le rapport suggère⁶⁰⁵ par exemple, que ce dernier pourrait se voir reconnaître la possibilité de juger lui-même des critères de filtrage, surtout si cette pratique tendait à se développer. Mais lui reconnaître une position plus institutionnalisée et donner éventuellement un caractère obligatoire à son action en modifierait profondément la nature.

Ensuite, et toujours dans le même ordre d'idée, le fait que le Forum puisse conduire à aider à une meilleure régulation publique comporte comme finalité de permettre aux pouvoirs publics de maîtriser l'ensemble des enjeux de l'internet, dans un but d'encadrement législatif et réglementaire. Donc, même si la méthode n'est pas autoritaire, il y a de manière sous-jacente l'idée selon laquelle on fera de toute façon un retour à la loi et à la réglementation classique. Le but est de réguler, d'encadrer et de contrôler. Cette volonté semble aller à l'encontre des thèses actuelles qui tendent à soutenir l'existence d'un déclin des instruments de réglementation traditionnelle, et donc une crise du droit⁶⁰⁶. Le Gouvernement cherche ainsi à éviter toute précipitation qui pourrait conduire à deux écueils, à savoir d'une part, déplaire aux acteurs privés qui s'écarteraient du processus de consensus entamé, et d'autre part, figer la technologie en l'encadrant trop vite par des règles qui ne correspondraient pas forcément à ce qu'on veut en faire.

⁶⁰⁵ Voir le rapport précité, notamment p. 100.

⁶⁰⁶ Ost, François et van de Kerchove, Michel, "De la Pyramide au réseau ? Vers une nouvelle forme de production du droit ?", précité.

Une seconde structure de corégulation a été mise en place par le Gouvernement par un décret en date de 2003⁶⁰⁷ suite à la réunion du Comité interministériel sur la société de l'information du 10 juillet 2003⁶⁰⁸. Il s'agit du Conseil consultatif de l'internet. Sa structure et ses missions correspondent *a priori* à la définition de la corégulation données plus haut. Il est composé d'utilisateurs de l'internet et de représentants d'acteurs économiques et associatifs, mais comprend aussi des personnalités politiques et les présidents du C.S.A., de la C.N.I.L. et de l'A.R.C.E.P. Par ailleurs, il est chargé de conseiller le Gouvernement pour tout ce qui concerne l'internet et d'émettre des avis et des études. Néanmoins, il manque à cet organisme un des critères de la définition de la corégulation, à savoir son caractère permanent. En effet, le Conseil n'a été réuni qu'une seule fois en 2004. Son existence semble moribonde.

⁶⁰⁷ Décret n° 2003-1167 du 8 décembre 2003 portant création du Conseil consultatif de l'internet, *J.O.*, n° 284, 9 décembre 2003, p. 20966.

⁶⁰⁸ Le Comité interministériel à la société de l'information a été constitué en 1998. Il s'est réuni à cinq reprises entre 1998 et 2006. Son objectif est de permettre aux différentes administrations concernées de fixer, identifier et coordonner leurs actions. Divers thèmes sont traités, comme par exemple les usages de l'internet, l'amélioration des services publics grâce aux nouvelles technologies, ou encore le renforcement de la compétitivité des entreprises. Pour la réunion du 10 juillet 2003, voir le site de la Direction du développement des médias à l'adresse suivante : http://www.ddm.gouv.fr/rubrique.php3?id_rubrique=70.

Conclusion du Chapitre II

Les organismes de corégulation répondent à un besoin des pouvoirs publics qui s'exprimait essentiellement lors de la prise en compte de la nécessaire préemption de l'internet par le droit. Le Gouvernement ayant initialement voulu rattacher l'internet dans la communication audiovisuelle, dans un but évident de contrôle - par crainte du progrès technologique, il lui était nécessaire de mieux comprendre ce domaine tout en veillant sur les développements techniques. Depuis la loi du 21 juin 2004 qui pose son régime juridique, et surtout depuis la mise en place du Forum du droit sur l'internet en France, la question ne se pose plus. Il semble que le Forum remplit son travail d'appréhension des usages et pratiques, et que les pouvoirs publics ont acquis une expertise de l'internet suffisamment bonne pour ne plus en avoir peur.

Conclusion du Titre I

L'ensemble de ces éléments permet de mettre en lumière le modèle français de régulation de l'internet. Par cohérence avec le système existant de la communication, l'internet n'est pas soumis à une censure préalable, mais à un contrôle *a posteriori* des contenus par le juge. La loi du 21 juin 2004 a posé le régime juridique de l'internet, inséré dans le système général du droit de la communication, et autonome des régimes de la presse et de l'audiovisuel. Il emprunte certaines règles à ces supports, de sorte qu'on s'aperçoit qu'un socle commun pour ces trois médias a été créé. Ceci est la confirmation que l'internet est bien soumis au principe de la liberté d'expression.

Si le régime de l'internet est autonome des deux autres régimes principaux de la communication – presse et audiovisuel, c'est qu'il est justifié par des valeurs de la liberté d'expression différentes. Il ressort de l'ensemble des éléments développés précédemment que ce qui a voulu être préservé par la création d'un régime propre à l'internet est la liberté de choix des utilisateurs ainsi que leur développement individuel. L'appréciation de la légalité des contenus est laissée au juge, et non dépendante d'une autorité de contrôle⁶⁰⁹, afin de concéder toute liberté aux émetteurs de contenus de s'exprimer. Pareillement, si une telle autorité n'existe pas sur l'internet, c'est aussi au nom de la liberté de choix des utilisateurs. On est ici face à une conception intrinsèque de la liberté d'expression, et à l'idée selon laquelle l'internet permet plus de liberté d'expression qu'aucun média ne auparavant. Cet accroissement de la liberté a été reconnu par les pouvoirs publics par le régime juridique de l'internet qu'ils ont mis en place.

Enfin, dans quelle mesure ce mode de réglementation de l'internet nous renseigne-t-il sur la conception française de la liberté d'expression ? Assiste-t-on à une modification générale de cette conception ou seulement à l'émergence d'une conception propre à l'internet ? Aux vues des nombreuses hésitations législatives qui ont eu cours pendant plusieurs années quant au

⁶⁰⁹ Cette conclusion sera à tempérer dans la seconde partie. En effet, nous verrons que les intermédiaires techniques se voient attribuer un rôle de surveillance des contenus, qui leur permet d'en bloquer l'accès sur simple demande d'un tiers. Donner une telle mission à de simples professionnels a été dénoncée comme la mise en place d'un système de censure privée, inacceptable pour ceux qui veulent justifier la liberté d'expression par la valeur de la démocratie. Nos propos ne concernent donc ici que cette première conclusion sur la conception de la liberté d'expression sur l'internet.

régime juridique à créer pour l'internet, on peut dire que la réponse à ces questions a été laborieuse. Par la création d'un régime juridique propre à l'internet, le système français de la communication a subi de profonds changements. Il comporte désormais trois régimes juridiques distincts, chacun justifié par des méta-principes de la liberté d'expression différents, la structure de chaque médium opérant comme autant de contraintes à la mise en place des règles. L'intégration de l'internet dans le système de la communication s'est faite au prix de l'abandon partiel de la logique dominante des supports au profit de la logique des contenus. Les contenus ne sont plus réglementés en fonction du support ayant permis leur diffusion, mais en fonction de leur nature. Ainsi, un message de nature audiovisuelle sera soumis à la législation afférente quel que soit son mode de diffusion. L'internet bouleverse également le droit de la communication par le fait qu'il permet de véhiculer de nombreux contenus de nature différente, aussi bien de la communication publique que de la correspondance privée. La reconnaissance de l'internet par la création d'un régime juridique propre a fait évoluer l'ensemble du droit de la communication. Ce régime concrétise les valeurs de la liberté de choix et du développement individuel à un degré qui n'avait jamais existé auparavant.

Ces points ne forment qu'une première conclusion quant à la conception de la liberté d'expression sur l'internet en France. L'étude de ses limites viendra compléter, confirmer ou infirmer cette déduction. À présent, tentons de dégager les premiers éléments de la conception américaine de la liberté d'expression sur l'internet.

TITRE II.

LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET AUX ÉTATS-UNIS

Aux États-Unis, aucune définition législative n'a été donnée à l'internet. Contrairement à ce qui s'est passé en France, il n'a pas encore été envisagé de l'encadrer dans un régime juridique propre. En revanche, le cas de l'internet est abordé au travers de deux aspects particuliers, celui des contenus considérés comme dommageables aux mineurs et celui de l'accès à l'internet dans les bibliothèques et les écoles publiques. Dans les deux cas, les lois votées ont fait l'objet de contestations devant les tribunaux au nom du principe de la liberté d'expression. C'est au travers des décisions rendues par les juges qu'il sera possible de dégager la ou les qualifications juridiques de l'internet aux États-Unis, et partant, la conception américaine de la liberté d'expression pour l'internet en droit positif.

De manière générale, il s'agira d'analyser les stratégies argumentatives qui permettront d'identifier les approches poursuivies par le Congrès américain et par les tribunaux. En étudiant les décisions de justice relatives au droit de la communication, nous avons déjà remarqué que les juges se fondent sur des arguments techniques pour en tirer des conséquences en termes de valeurs, donnant ainsi l'impression que la technologie serait elle-même porteuse de valeurs. Or, en théorie du droit, la technique est constitutive d'un ensemble de propositions qui ne sauraient être considérées comme vraies ou fausses. La vérité technique n'importe pas, seules comptent les décisions prises en fonction de la technique. Les juges opèrent des choix entre les différentes caractéristiques techniques d'un médium, afin de retenir celles qui porteraient supposément en elles la ou les valeurs qu'ils cherchent à protéger. Nous verrons que le législateur procède de même. Ces choix techniques sont au cœur des stratégies argumentatives.

L'étude des décisions rendues en la matière par la Cour suprême sera particulièrement importante. Ceci devrait nous permettre de répondre à la question de savoir si on assiste aux États-Unis à l'apparition d'un nouveau modèle de la communication pour l'internet, si l'internet est assimilé à une technologie existante. Cette décision quant aux choix à opérer afin

de créer un ensemble de règles pour l'internet dépend en grande partie de l'approche pour laquelle opteront législateur et juges. Décideront-ils que l'internet est une technologie à ce point singulière que son régime juridique ne pourrait reposer sur aucun principe existant ? Au contraire, soumettront-ils l'internet à certains principes, comme celui de la liberté d'expression ? Le cas échéant, quelles sont les règles découlant de ce principe qui lui seront applicables ? Nous verrons que dans un premier temps, la Cour suprême a su imposer au législateur une approche téléologico-évaluative de l'internet (Chapitre I.). Plus récemment, les juges ont corroboré l'approche systémique au sens fort de l'internet poursuivie par le Congrès (Chapitre II.).

CHAPITRE I.

LA MISE EN ŒUVRE D'APPROCHE TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIVE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE

Aux États-Unis, deux approches de la réglementation de l'internet se sont développées de manière concomitante. D'un côté, le Congrès a proposé de soumettre l'internet à un régime juridique restreignant la liberté d'expression dans le but de protéger les intérêts des mineurs. Même si l'internet n'a pas été formellement assimilé à un média existant du type audiovisuel, les règles posées visaient à le soumettre à un régime restrictif. La volonté d'encadrement de l'internet afin de parer à la diffusion de contenus choquants est le signe d'une approche systémique au sens fort de l'internet. De son côté, la Cour suprême, lors du contrôle de constitutionnalité des deux lois votées par le Congrès à ce sujet⁶¹⁰, a opté pour une démarche différente, poursuivant une approche téléologico-évaluative de l'internet.

Mais, quelle fonction accordée à l'internet peut-elle justifier de ne pas en accepter les réglementations ? Quelles sont les valeurs liées au principe de la liberté d'expression qui conduisent la Cour suprême à un tel refus ? Nous verrons que c'est en partant d'une interrogation sur les valeurs de la liberté d'expression qui seraient accrues par l'internet (Section I.) que la Cour décidera du type de contrôle auquel soumettre la réglementation de la diffusion des contenus (Section II), posant ainsi les contours d'un régime juridique de l'internet.

⁶¹⁰ La première décision rendue par la Cour suprême est *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997), qui a censuré le *Communications Decency Act* (C.D.A.), 47 U.S.C.A. §223 (Supp. 1997), et la seconde, *Ashcroft v. ACLU*, 000 U.S. 13-218 (2004) censurant le *Child Online Protection Act* (C.O.P.A.), 112 Stat. 2681-736 (1998), inséré dans 47 U.S.C. §231, voté par le Congrès en réponse à la censure du C.D.A. par la Cour suprême.

SECTION 1.

LES VALEURS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EXARCERBÉES PAR L'INTERNET

En 1997, la Cour suprême a rendu une décision essentielle, en définissant juridiquement l'internet⁶¹¹. Dans les faits, il s'agissait de contrôler la constitutionnalité de l'introduction dans le *Telecommunications Act*⁶¹² de dispositions visant à pénaliser la diffusion sur l'internet de contenus pornographiques, sauf pour les diffuseurs à prouver la mise en place de moyens techniques destinés à en empêcher l'accès des mineurs. Cette nouvelle législation, le *Communication Decency Act*⁶¹³ (C.D.A.), représentait la première tentative du Congrès de protéger les mineurs contre la diffusion de contenus sur l'internet qui leur seraient préjudiciables. La Cour suprême fut saisie afin d'en vérifier la constitutionnalité. Les dispositions contestées étaient interdites à quiconque de transmettre volontairement des messages indécents ou obscènes à des mineurs de dix-huit ans ou encore à les exposer d'une manière ou d'une autre à des images évidemment choquantes⁶¹⁴. Les éditeurs de tels contenus pouvaient se voir déchargés de leur responsabilité en prouvant avoir agi positivement afin d'empêcher l'accès des mineurs à ces contenus, ou avoir mis en place des restrictions

⁶¹¹ *Reno v. ACLU*, précitée.

⁶¹² *Telecommunications Act*, 1996, Pub. LA. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

⁶¹³ *Communication Decency Act*, 1996, Pub. L. 104-104.

⁶¹⁴ Il s'agit des articles 223 (a) et 223 (d) du *Communications Decency Act*, reproduite dans la décision de Cour suprême, *Reno v. ACLU*, précitée : "[The first provision], §223(a), [...] prohibits the knowing transmission of obscene or indecent messages to any recipient under 18 years of age. It provides in pertinent part: "(a) Whoever—(1) in interstate or foreign communications-- "(B) by means of a telecommunications device knowingly-- (i) makes, creates, or solicits, and (ii) initiates the transmission of, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication; (2) knowingly permits any telecommunications facility under his control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both.

The second provision, §223(d), prohibits the knowing sending or displaying of patently offensive messages in a manner that is available to a person under 18 years of age. It provides: (d) Whoever-- (1) in interstate or foreign communications knowingly-- (A) uses an interactive computer service to send to a specific person or persons under 18 years of age, or (B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age, any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication; or (2) knowingly permits any telecommunications facility under such person's control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both".

techniques de façon à ne permettre l'accès qu'aux adultes, identifiables par le biais d'une carte de crédit, d'un numéro ou d'un code d'identification.

Parmi les nombreux apports de cette décision⁶¹⁵, nous n'étudierons ici que ceux qui touchent directement à notre objet, à savoir la perception par la Cour suprême de ce qu'est juridiquement l'internet et des valeurs de la liberté d'expression soutenant les règles à établir. Cette décision est particulièrement importante en ce qu'elle pose les jalons de la définition juridique de l'internet par la Cour suprême qui, en introduction de sa décision *Reno v. ACLU*, consacre des développements spécifiques sur les caractéristiques techniques de l'internet. Il s'agira de voir comment la liberté d'expression sur l'internet est ainsi justifiée. Trois possibilités s'offraient à la Cour : elle pouvait se fonder sur un des méta-principes justificateurs traditionnels, sur une combinaison de certains d'entre eux, ou bien sur un nouveau, qui serait inédit.

À partir d'arguments techniques sur ce que serait l'internet, la Cour en a déduit des arguments axiologiques relatifs à la relation entre l'internet et le principe de la liberté d'expression (§1.). De l'ensemble de ces éléments, nous tâcherons de dégager l'idéologie poursuivie par la Cour au soutien de sa conception de la liberté d'expression sur l'internet (§2).

⁶¹⁵ Cette décision traite également de la responsabilité des intermédiaires techniques et des obligations que la loi a voulu leur imposer afin d'empêcher l'accès des mineurs aux contenus pornographiques. Nous étudierons cet aspect dans la deuxième partie de notre travail.

§1. Les arguments axiologiques basés sur les méta-principes de la liberté d'expression

Le principe de la liberté d'expression est soutenu par des valeurs ou méta-principes. Ces méta-principes sont de deux ordres : ceux qui instrumentalisent la liberté d'expression au nom de la quête de la vérité ou de la démocratie et en font un moyen au service d'une autre fin, et ceux qui servent avant tout l'individu, visant sa liberté de choix ou son développement individuel, pris comme une fin en soi. Dans sa quête d'une qualification juridique de l'internet, la Cour suprême est partie du constat que ce support était un outil d'accroissement de la liberté d'expression, accroissement particulièrement important car cette liberté serait exacerbée aussi bien en tant que moyen au service d'une autre fin (A.) qu'en tant que fin en soi (B.).

A. L'accroissement de la liberté d'expression en tant que moyen au service d'une autre fin

La liberté d'expression peut être justifiée par des valeurs qui l'instrumentalisent. Comme nous l'avons vu précédemment⁶¹⁶, la liberté d'expression peut servir à l'accroissement de la démocratie et de la vérité. Dans sa version instrumentale, la valeur de la démocratie signifie que chacun doit disposer des informations nécessaires à sa participation au processus délibératif. Bien que l'expression politique soit privilégiée, de nombreuses autres expressions sont protégées au titre de ce méta-principe sans être à proprement parler des expressions politiques. Par ailleurs, la valeur de la vérité telle que théorisée par le juge Holmes signifie que la libre circulation des idées dans ce qu'il appelle un "marché libre des idées", conduit nécessairement à l'émergence des meilleures d'entre elles. La circulation des idées conduirait donc à l'émulation générale. Dans la décision *Reno v. ACLU*, les juges de la Cour suprême ont estimé que les caractéristiques de l'internet conduisaient à un accroissement de ces deux valeurs de la liberté d'expression.

La singularité des caractéristiques techniques de l'internet permettrait, selon la Cour, une augmentation des possibilités de participation démocratique et un enrichissement de la discussion publique. La société dans son entier serait ici bénéficiaire de la liberté d'expression, l'internet étant qualifié de vaste forum démocratique fonctionnant grâce à des

⁶¹⁶ Voir Chapitre préliminaire.

possibilités d'expression particulièrement larges, et ce à double titre. Tout d'abord, les utilisateurs disposeraient d'une multiplicité des plateformes d'expression. Pour peu qu'ils le décident, ils pourraient participer à la communication publique au moyen de la consultation d'une page *web* ou de son élaboration. Ils pourraient aussi se tourner vers des forums de discussion, où le nombre de participants est plus ou moins limité selon la formule choisie. Par ailleurs, ils auraient le choix entre des modes de communication plus passifs, où ils ne seraient que récepteurs d'informations comme lorsqu'ils s'inscrivent à des listes de diffusion. Ils pourraient aussi accéder à l'internet de différents endroits : de chez eux, de leur lieu de travail ou encore d'un cybercafé. Ce forum serait en pleine croissance selon les juges. À l'époque de la décision *Reno v. ACLU*, l'utilisation de l'internet était estimée à 40 millions d'individus, susceptible d'atteindre les 200 millions en 1999.

Du point du vue récepteur, l'internet serait un moyen privilégié d'accès à de grandes quantités et variétés d'informations. Les juges font ici une analogie entre l'internet et une vaste bibliothèque riche de milliers de publications disponibles et déjà indexées. L'internet ressemblerait aussi à un grand centre commercial tentaculaire offrant biens et services. Citant le tribunal ayant rendu une décision en première instance dans cette affaire⁶¹⁷, la Cour réaffirme "qu'il n'est pas exagéré de conclure que le contenu de l'internet est aussi divers que la pensée humaine"⁶¹⁸. L'internet constituerait ainsi un immense marché libre des idées.

Du point de vue de l'éditeur cette technologie permettrait également une communication sans formalité préalable, rapide et directe. Elle offrirait des possibilités de publication et de republication paraissant infinies. Les barrières financières à l'accès, qui dans les autres médiums sont un frein à l'accès à l'information, seraient ici pour l'essentiel inexistantes. L'accès aux médiums traditionnels de la communication obéit à des règles précises. De manière générale, le pouvoir éditorial dont disposent les rédactions de presse ou de l'audiovisuel leur permet de décider du contenu et du mode de diffusion de l'information. Au contraire, et en règle générale, l'accès à l'internet est gratuit. Les plus modestes peuvent trouver à s'informer et à communiquer. Il n'existerait pas de contrainte particulière à la publication sur l'internet, et, par voie de conséquence, nulle position dominante de quel

⁶¹⁷ *ACLU v. Reno*, District Court for the Eastern District of Pennsylvania, 929F. Supp. 824 (Ed Pa. 1996).

⁶¹⁸ *Reno v. ACLU*, précité, "it is no exaggeration to conclude that the content on the internet is as diverse as human thought".

qu'éditeur que ce soit. Chacun pourrait atteindre directement une audience constituée de millions d'individus. En cela aussi, l'internet serait un vaste forum démocratique.

S'ajoute à ceci le caractère décentralisé de cette technologie qui fait qu'il n'existe pas de point de contrôle unique des communications s'y déroulant. Aucune organisation ne contrôle l'appartenance au *web*. De même, il n'existe pas d'endroit centralisé duquel il serait possible de bloquer des sites ou des services individuels. Le *cyberespace* ne se situerait dans aucun lieu géographique particulier, tout en étant disponible pour tous. Le forum démocratique ne serait pas contrôlé par une personne ou une entité spécifique, comme c'est le cas de l'audiovisuel.

En plus d'être un vaste forum démocratique au service de la société et du marché libre des idées, l'internet favoriserait l'expression individuelle, qu'elle serve à la démocratie ou qu'elle soit le simple exercice de la liberté de choix de chacun.

B. L'accroissement de la liberté d'expression en tant que fin en soi

Dans la version intrinsèque de la valeur de la démocratie, on s'intéresse davantage à l'intérêt individuel à la communication. Selon les variantes de cette conception, l'individu est pris en compte aussi bien lorsqu'il s'exprime que lorsqu'il reçoit une information. Dans cette vision civique – ou romantique – de la démocratie, attribuée au juge Brandeis⁶¹⁹, et développée ensuite par d'autres auteurs comme Shiffrin⁶²⁰, la liberté d'expression servirait à l'épanouissement individuel par la possibilité offerte à chacun de participer à la délibération publique. Selon la Cour suprême, les dissidents et les non-conformistes trouveraient un moyen d'expression par le biais de l'internet grâce aux techniques d'utilisation simple de dissimulation de l'identité. La communication pourrait aussi avoir lieu en toute discrétion grâce à la publication de manière anonyme, permettant l'expression et l'accès à des opinions dissidentes. De façon plus générale, chacun pourrait s'exprimer à titre individuel sur l'internet et trouver une audience à son expression. Chaque idée pourrait trouver un mode de diffusion et atteindre un public.

⁶¹⁹ Le juge Brandeis a développé cette conception lors de la décision rendue par la Cour suprême, *Whitney v. California*, 274 U.S. 357 (1927). Voir notre chapitre préliminaire.

⁶²⁰ Shiffrin (S.H.), *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, 1990. Voir notre Chapitre préliminaire.

Par ailleurs, les utilisateurs de l'internet auraient accès à des informations introuvables par d'autres biais. Le vaste forum d'expression qu'est l'internet selon la Cour suprême servirait ainsi l'intérêt individuel à l'expression de chacun. La diversité des idées, le pluralisme - dans sa version millienne, s'en trouverait favorisés. La liberté de choix individuelle qui permettrait une plus grande autonomie serait mise en exergue, par opposition à l'avantage social de la communication. La Cour suprême met donc ici en avant le méta-principe de la liberté de choix.

Enfin, selon la Cour, on ne rencontrerait pas de contenu par hasard sur l'internet. La probabilité de se connecter à un site à caractère sexuel de manière malencontreuse serait très faible : "though such material is widely available, users seldom encounter such content accidentally. [...] The odds are slim that a user would enter a sexually explicit site by accident"⁶²¹. L'accès aux contenus nécessiterait donc une démarche positive. La navigation sur l'internet serait directe : entrer une adresse *web* ou inscrire un mot-clé dans un moteur de recherche. La pratique des liens hypertextes constituerait également un moyen volontaire d'élargir son champ d'investigation. Chacun disposerait donc d'une grande liberté dans les choix des contenus auxquels il souhaite avoir accès.

C'est donc une combinaison du méta-principe de la démocratie dans ses deux versions essentielles, participative et intrinsèque, avec celui de la liberté de choix, qui justifie le mode de protection de la liberté d'expression sur l'internet pour la Cour suprême. Cette combinaison est interprétée essentiellement de façon à favoriser la liberté individuelle dans l'expression. Deux des principaux méta-principes justifiant la liberté d'expression, et perçus du point de vue des individus, se trouveraient exacerbés grâce à l'internet. Mais l'internet est également un vecteur de progrès grâce à une liberté d'expression accrue.

⁶²¹ *Reno v. ACLU*, précité. "Bien que ce matériel soit largement disponible, les utilisateurs rencontrent rarement ce type de contenu par hasard. Les chances pour un utilisateur d'entrer par hasard sur un site explicitement sexuel sont minces".

§2. Le progrès, une idéologie au soutien de la liberté d'expression sur l'internet

Le qualifiant de médium de la communication unique et nouveau, la Cour suprême, dans sa décision *Reno v. ACLU*, constate l'évolution permanente de l'internet. Cette évolution toucherait aussi bien les différentes méthodes de communication⁶²² permises par cette technologie que le nombre croissant d'utilisateurs. La Cour qualifie l'ampleur de ce phénomène de "croissance extraordinaire".

Mais le progrès est un argument qui n'a pas seulement été soulevé par la Cour. Au soutien de la constitutionnalité du C.D.A., le Gouvernement a argué du fait que cette législation visait, en plus de la protection de l'intérêt de l'enfant, à conduire au développement de l'internet. En effet, sans la réglementation des matériels indécents et manifestement offensants circulant sur ce médium, un grand nombre de citoyens renonceraient à son utilisation. Ils ne voudraient pas prendre le risque de s'y exposer eux-mêmes ou d'y exposer leurs enfants.

Deux conceptions du progrès s'opposent ici. La première, celle du Gouvernement, repose sur un argument négatif, consistant à dire que sans une limitation de la liberté d'expression, les utilisateurs se détourneraient de l'internet. La seconde, celle de la Cour suprême, s'insère dans son approche téléologico-évaluative de l'internet qui la conduit à voir dans les limitations de la liberté d'expression sur ce support un frein au progrès technique. Le Gouvernement n'ayant pas prouvé le contraire, les juges présument que le C.D.A. interfèrera avec le libre marché des idées plutôt qu'il ne l'encouragera. L'intérêt de valoriser la liberté d'expression dans une société démocratique serait plus important que celui, théorique et non démontré, d'une censure. Selon les juges, une réglementation de l'internet serait – à l'époque - trop précoce. Dans leur majorité, les juges se sont ralliés à l'idée que des développements technologiques futurs étaient possibles et qu'ils pourraient s'avérer positifs en termes de liberté d'expression.

L'argument du progrès s'est étiolé dans les décisions de la Cour suprême les plus récentes, et on peut assister au développement d'une approche systémique qui conduit à accepter des

⁶²² Ces méthodes sont, rappelons-le, les sites et pages web (auxquels on peut ajouter les blogs et les podcasts), le courrier électronique, les groupes de discussion, les listes de diffusion. Elles permettent de diffuser aussi bien du texte que des images et des vidéos.

réglementations restrictives de l'expression sur l'internet⁶²³. Mais si, comme nous le verrons, ces derniers temps les juges semblent accepter de plus en plus la possibilité d'une réglementation de ce médium, ce n'est peut-être pas parce que la technologie se serait stabilisée et que l'essentiel des progrès aurait déjà eu lieu. Ce peut-être simplement parce que la technologie est mieux maîtrisée par les acteurs juridiques. Les pouvoirs publics ont d'ailleurs revu leur législation initiale, le C.D.A., par le vote d'une nouvelle loi, le C.O.P.A. Cette loi visait à moins contraindre la communication sur l'internet que ne le faisait le C.D.A., tout en protégeant des intérêts jugés essentiels, telle la protection de l'enfance. Elle a été rédigée à la lumière de la décision de la Cour suprême censurant le C.D.A. Lors de son contrôle, les juges de la Cour ont reconnu que sa constitutionnalité avait très certainement été une préoccupation importante de la part du Congrès et du Président qui l'ont ratifiée. Certains des membres de la Cour suprême ont fait remarquer⁶²⁴ que le contrôle de constitutionnalité ne devait pas forcément conduire à une censure des législations relatives à l'internet. La majorité de la Cour a conclu que le "pouvoir judiciaire" doit procéder avec précaution afin d'identifier les failles de la loi avant de la censurer⁶²⁵. Toutefois, le respect dû au Congrès ne l'absout pas des règles découlant du Premier amendement. En l'occurrence, le C.O.P.A. n'aboutirait toujours pas à l'équilibre souhaité par les juges entre le principe de la liberté d'expression et la protection de l'enfance sur l'internet.

La Cour suprême a adopté une approche téléologico-évaluative pour la qualification de l'internet. Dans les deux décisions étudiées, la seule référence systémique faite est celle du Premier amendement. La Cour soumet les législations relatives à l'internet au principe de la liberté d'expression, accordant une grande marge de manœuvre aux pouvoirs publics pour inventer les règles qu'ils estimeraient nécessaires. La seule contrainte qu'elle pose est le respect de la libre expression. Cette démarche téléologico-évaluative se retrouve dans les termes employés pour qualifier l'internet. L'utilisation du terme de *cyberespace* pour

⁶²³ Cette approche fait l'objet de la section suivante de ce chapitre. Comme nous le verrons, cette approche reste relativement isolée, et il est encore trop tôt pour savoir si elle aura un futur. La pérennité de l'argument du progrès en tant qu'obstacle à une réglementation de l'internet en dépendra.

⁶²⁴ Ce fut le cas du juge Kennedy dans son opinion concurrente à la décision de la Cour suprême *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002), repris dans la décision de la Cour suprême *Ashcroft v. ACLU*, 000 U.S. 13-218 (2004).

⁶²⁵ Selon l'opinion concurrente du juge Kennedy dans la décision précitée, "for these reasons, even if this facial challenge appears to have considerable merit, the Judiciary must proceed with caution and identify overbreadth with care before invalidating the Act". (Pour ces raisons, même si ce contrôle abstrait paraît avoir de fortes chances d'aboutir, l'autorité judiciaire doit agir avec précaution et identifier l'excès de pouvoir avec attention avant d'invalider la loi").

caractériser l'ensemble de ces méthodes de communication en ligne dans ces deux décisions rappelle inmanquablement cette approche.

Les juges américains sont restés longtemps réticents à toute législation visant les contenus diffusés sur l'internet, car elle limitait forcément la liberté d'expression alors que selon eux, cette technologie serait source d'une plus grande liberté au titre de la plupart des valeurs qui la fondent. Les juges de la Cour suprême ont donc décidé que ce médium méritait la plus grande forme de protection contre l'intrusion des pouvoirs publics, protection contingente du niveau de contrôle exercé.

SECTION 2.

LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES RÉGLEMENTATIONS AFFECTANT L'INTERNET

Selon l'interprétation donnée par la Cour suprême du principe constitutionnel de la liberté d'expression, l'activité expressive est plus fortement protégée que les simples conduites⁶²⁶. Trois types de contrôle des réglementations ont été institués par la Cour selon qu'elles touchent de plus ou moins près une expression protégée. Lors de leur examen d'une réglementation, les juges pourront la qualifier de neutre sur le contenu, de basée sur le contenu, ou encore de basée sur un point de vue. Ceci déterminera le niveau du contrôle qu'ils effectueront⁶²⁷.

Les juges de la Cour suprême ont été saisis à deux reprises afin de contrôler la constitutionnalité de l'établissement par la loi de mesures destinées à pénaliser les éditeurs proposant des contenus pornographiques sur l'internet et qui n'auraient pas mis en place des moyens susceptibles d'empêcher l'accès des mineurs. Comme nous l'avons vu dans nos développements précédents, la première version de cette loi, le C.D.A., a été censurée lors de la décision *Reno v. ACLU*. Ce fut également le cas de la seconde version, le C.O.P.A., lors de la décision *Ashcroft v. ACLU*. Pour vérifier la validité de ces lois, les juges les ont contrôlées au regard du Premier amendement.

Les questions qui se posaient aux juges constitutionnels sont les suivantes : les pouvoirs publics peuvent-ils édicter des règles contraignant la communication sur l'internet comme ils le font pour d'autres médiums tels que la télévision ? Sur quel fondement le principe de la liberté d'expression limiterait-il ce pouvoir pour l'internet ? À quels critères devra être soumise une réglementation de l'activité expressive sur ce support ? Le choix du niveau de contrôle sera justifié de différentes façon par les juges (§1.). Il leur revenait ensuite d'apprécier les alternatives au C.D.A. pour établir le régime juridique de l'internet (§2.).

⁶²⁶ Voir supra Titre I, Chapitre II, Section II.

⁶²⁷ Voir supra Titre I., Chapitre II, Section II, §1., C., 2. Les contraintes posées à la réglementation de l'expression.

§1. Les justifications du choix d'un contrôle strict des réglementations affectant les contenus diffusés sur l'internet

Dans sa décision *Reno v. ACLU*, la Cour suprême a estimé que rien dans sa jurisprudence ne permettait d'établir le niveau de contrôle à appliquer dans ce cas⁶²⁸. Mais il lui fallait trancher, et elle l'a fait en offrant une série de justifications fonctionnelles et axiologiques à l'établissement d'un contrôle strict.

L'accroissement supposé de la liberté d'expression permis par l'internet, par un renforcement de l'ensemble de ses méta-principes justificateurs traditionnels, a conduit la Cour à imposer la mise en place d'un régime juridique protecteur. Pour ce faire, deux possibilités s'offraient à elle : elle pouvait soit assimiler l'internet à une technologie existante faisant l'objet d'un régime protecteur, soit créer un nouveau régime juridique, *sui generis*, applicable seulement à l'internet. C'est cette dernière voie que la Cour a choisie dès sa décision *Reno v. ACLU*. Elle a réaffirmé son attachement à la logique des supports, consistant à doter chaque médium de la communication d'un régime juridique propre, défini en fonction de ses caractéristiques techniques, et fondé sur des valeurs spécifiques⁶²⁹.

Lors de cette même décision, la Cour a dû se prononcer sur la possibilité d'assimiler l'internet à l'audiovisuel, cet argument ayant été soulevé par le Gouvernement durant l'instance. Il soutenait que la définition de l'indécence posée dans le C.D.A. était conforme à la jurisprudence élaborée en matière d'audiovisuel⁶³⁰. Or, la Cour a rejeté l'application à l'internet du régime – contraignant – de l'audiovisuel en procédant à une comparaison entre ces deux supports de la communication. Les justifications de la réglementation de l'audiovisuel ne sont pas, nous dit-elle, applicables sur l'internet. Il en va ainsi de la rareté des fréquences et du caractère intrusif de la technologie audiovisuelle. Les communications qui s'y déroulent n'envahissent pas le domicile des individus pas plus qu'elles ne surgissent de manière importune sur leurs écrans. Il est rare qu'un utilisateur soit confronté à un contenu par hasard. En effet, la plupart des images explicitement sexuelles sont précédées par des

⁶²⁸ *Reno v. ACLU*, précitée.

⁶²⁹ La Cour fait référence ici à sa décision *Southeastern Promotions, Ltd v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975).

⁶³⁰ Le Gouvernement invoquait la décision de la Cour suprême *FCC v. Pacifica Foundation*, précitée. Il s'est également fondé, comme nous le verrons plus loin, sur la jurisprudence de la Cour en matière d'indécence.

avertissements. La Cour énonce que, de surcroît, l'internet n'a pas connu une histoire de réglementation intensive comme c'est le cas de l'audiovisuel. Les pouvoirs publics n'ont jamais établi de réglementation ni même de supervision de l'internet. D'ailleurs, nous indiquet-elle, les règlements affectant l'internet ne sont pas soumises à l'évaluation d'une agence familière avec les caractéristiques uniques de cette technologie⁶³¹.

Ces deux derniers arguments de la Cour peuvent paraître surprenants. En effet, le C.D.A. n'aurait-il pu constituer le premier jalon historique d'une réglementation intensive de l'interne? L'histoire de la réglementation de l'internet n'aurait-elle pu débiter ainsi, en 1996 ? Par ailleurs, si une loi avait décidé de mettre en place une agence d'évaluation ou de contrôle de l'internet - telle la F.C.C. pour l'audiovisuel, les juges l'auraient-ils validée s'ils avaient été saisis ? On peut en douter. Il faut donc considérer que toute législation visant à soumettre l'internet à un régime proche de celui de l'audiovisuel aurait été invalidé par la Cour suprême si elle avait eu à la contrôler. Les arguments qu'elle soulève ici, à savoir l'absence d'histoire de réglementation de l'internet et d'existence d'une autorité qui le superviserait, ont simplement pour vocation d'affirmer le fait que l'internet ne devrait pas être soumis au régime de l'audiovisuel ou à un régime qui lui ressemblerait.

La Cour suprême a décidé de soumettre les réglementations des contenus diffusées sur l'internet à un contrôle strict, créant de la sorte un régime très protecteur en termes de liberté d'expression. Cette décision fut réitérée lors de son examen de la constitutionnalité du C.O.P.A., qui succéda au C.D.A. dans sa tentative d'encadrement de la pornographie diffusée en ligne. La Cour a conforté sa position libérale à l'égard de la liberté d'expression sur l'internet. Par ailleurs, elle s'en tient donc résolument à une logique des supports entraînant la mise en place de régimes juridiques particuliers à chaque médium de la communication.

Ainsi, la décision de procéder à un contrôle strict des réglementations des contenus diffusés sur l'internet tient à une combinaison de justifications téléologico-évaluatives mais aussi de justifications substantielles⁶³². Mais aucune n'est en soi suffisante. En effet, et à titre d'exemple, il est admis que les réglementations des contenus, notamment pornographiques,

⁶³¹ On pourra retrouver l'ensemble de ces éléments dans la décision *Reno v. ACLU*, précitée.

⁶³² Le contrôle opéré par la Cour se fera également sur le type d'expression en cause dans la législation, à savoir les contenus qualifiés d'obscènes pour les mineurs, et sur la détermination des responsables. Mais s'agissant d'une tentative du Congrès de limiter la liberté d'expression sur l'internet, l'étude de cette décision au regard des responsabilités sur l'internet se fera dans la deuxième partie de notre travail, traitant exclusivement de ceci.

diffusés par le biais de l'audiovisuel fassent l'objet d'un contrôle plus souple. Ces réglementations sont généralement jugées valides, à condition qu'elles ne visent pas à censurer un point de vue. Les juges accepteront alors que les pouvoirs publics imposent aux chaînes audiovisuelles des heures de faible écoute pour la diffusion de programmations indécentes⁶³³. Donc, le type de contenu en cause dans une réglementation n'est pas à lui seul déterminant du niveau de contrôle opéré par les juges. Ce qui sera déterminant est la fonction attribuée au support en cause, selon ses caractéristiques techniques, les valeurs de la liberté d'expression que les juges veulent mettre en exergue, et la nature et l'étendue de la réglementation contrôlée.

Toutefois, s'il est établi que les réglementations des contenus diffusés sur l'internet sont soumises à un contrôle strict, cela ne signifie pas nécessairement qu'elles soient invalidées par les juges. L'exercice même du contrôle de la législation consistera à vérifier que les règles posées, même si elles limitent la liberté d'expression, sont nécessaires à la poursuite d'un intérêt essentiel⁶³⁴.

Par sa censure de la section 230 du C.D.A., la Cour suprême a apprécié les alternatives à la réglementation que sont les techniques de filtrage des contenus. Au travers de leurs deux décisions *Reno v. ACLU* et *Ashcroft v. ACLU*, les juges de la Cour suprême en ont vérifié la constitutionnalité.

§2. La préférence de la Cour suprême pour l'utilisation volontaire des techniques de sélection des contenus

Lors de deux principales affaires concernant la réglementation des contenus diffusés sur l'internet⁶³⁵, la Cour suprême a pratiqué un contrôle strict de ces mesures. Elle a jugé que le Gouvernement n'avait pas réussi à démontrer que les lois proposées remplissaient les critères imposés par la jurisprudence relative au Premier amendement. Il lui fallait en effet prouver que ces lois, visant à protéger un intérêt légitime et reconnu par la Cour suprême - à savoir la protection de l'enfance face à des contenus qui lui seraient préjudiciables - constituaient le

⁶³³ Sur l'ensemble de ces points, voir Titre I. Chapitre II.

⁶³⁴ L'exercice de ce contrôle sera étudié dans la seconde partie de notre travail, Partie II, Titre I, Chapitre II.

⁶³⁵ Il s'agit des décisions *Reno v. ACLU* et *Ashcroft v. ACLU*, précitées.

moyen le moins restrictif de la liberté d'expression. La Cour a donc dû s'interroger sur ces moyens alternatifs (A.) et les évaluer en fonction d'arguments axiologiques en faveur d'une certaine conception de la liberté d'expression (B.)

A. L'évaluation judiciaire des techniques de sélection des contenus

En invalidant les deux tentatives du Congrès de réglementer la diffusion des contenus indécentes sur l'internet, la majorité des juges de la Cour suprême ont dû évaluer l'efficacité des techniques de sélection des contenus. Leur utilisation sur une base volontaire était considérée par les opposants aux législations comme une meilleure alternative aux deux lois votées, plus respectueuse de la liberté d'expression. Les juges constitutionnels ont dû faire des choix en ce qui concerne les caractéristiques de ces techniques et leur impact sur les droits à la liberté d'expression des utilisateurs de l'internet. La question principale qu'ils ont eu à résoudre à deux reprises est celle de savoir si la liberté d'expression se trouvait restreinte de manière plus que nécessaire par les lois contrôlées. En d'autres termes, il s'agissait de savoir si l'alternative à la législation mise en avant par les demandeurs au procès - à savoir l'utilisation sur une base volontaire des techniques de sélection des contenus- était suffisante pour protéger l'intérêt du Congrès dans la protection des mineurs face aux contenus diffusés sur ce médium.

L'évaluation judiciaire de ces techniques se trouve ainsi au cœur des deux décisions de la Cour suprême intervenues en la matière. Dès sa première décision, *Reno v. ACLU*, la Cour a décidé de s'en remettre aux conclusions factuelles établies par les juges de première instance. Ces derniers avaient évalué les techniques de sélection des contenus de même que celles permettant de vérifier l'âge ou l'identité d'un utilisateur. Pour les premières, ils avaient jugé qu'il était alors techniquement impossible d'éviter l'accès à des images explicitement sexuelles. Pour les secondes, ils avaient estimé que le gouvernement n'avait pas prouvé que les techniques de vérification de l'âge des utilisateurs permettaient de s'assurer que ceux-ci étaient bien majeurs. De plus, un grand nombre d'émetteurs de contenus ne seraient pas économiquement à même de mettre en place ces techniques, étant de simples particuliers, et non des éditeurs professionnels. Ce dernier problème n'était plus d'actualité lors de l'examen du C.O.P.A. par les juges, cette loi ayant réduit son objet de façon à ne s'appliquer qu'aux contenus diffusés sur le *web*, et aux seuls pornographes professionnels.

Quelles étaient donc, pour les juges, les particularités des moyens techniques de sélection des contenus qui, s'ils étaient imposés par la loi aux personnes diffusant sur l'internet, pourraient conduire à diminuer la liberté d'expression sur ce médium ? La Cour a dégagé trois éléments de réponse lors de sa décision *Ashcroft v. ACLU*⁶³⁶ rendue en 2004 à propos de la constitutionnalité du C.O.P.A. Tout d'abord, l'utilisation de ces moyens techniques conduirait à une restriction universelle à la source de l'expression, alors que s'ils étaient mis en place de manière volontaire, ils ne représenteraient plus qu'une sélection à la réception des contenus. En d'autres termes, la loi ne permettrait pas aux récepteurs de choisir les contenus auxquels ils souhaiteraient accéder. Cet accès leur serait irrémédiablement impossible. Au contraire, par une utilisation des moyens techniques sur une base volontaire, ils pourraient empêcher l'accès de leurs enfants mineurs à certains contenus lorsqu'ils le souhaiteraient, et accéder à ces contenus eux-mêmes, en fermant les logiciels de filtrage.

Ensuite, par une utilisation des moyens techniques de sélection des contenus sur une base volontaire, les adultes qui voudraient accéder à des contenus dommageables aux mineurs pourraient le faire sans avoir à s'identifier ou à prouver qu'ils sont adultes.

Enfin, le filtrage volontaire des contenus aurait un champ d'application plus large que celui qu'imposerait le C.O.P.A. Cette loi n'a, en effet, vocation à s'appliquer que sur le territoire américain. Elle n'empêche donc pas la réception par des mineurs de contenus provenant de l'étranger. De plus, le filtrage couvrirait toutes les applications de communication de l'internet, et pas seulement le *web*. Enfin, la loi ne garantirait pas l'éventuel contournement par les mineurs des systèmes de vérification d'âge, par l'utilisation d'une carte de crédit qui leur serait propre, ou par l'usurpation de la carte de crédit d'un adulte. Selon les juges, l'utilisation de moyens techniques de sélection des contenus serait plus efficace que le C.O.P.A.

Les juges reconnaissent toutefois que les techniques de sélection des contenus ne constituent pas une solution parfaite au problème de l'accès par des mineurs à des matériels qui leurs seraient préjudiciables. Ils concèdent que ces techniques peuvent bloquer des contenus dont on n'est pas certain qu'ils seraient dommageables aux mineurs. Néanmoins, le filtrage sur une base volontaire serait une meilleure solution que la législation proposée. À l'appui de cette

⁶³⁶ *Ashcroft v. ACLU*, précitée.

conclusion, les juges se réfèrent au rapport établi par la *Commission on Child Online Protection*⁶³⁷, remis au Congrès en 2000. Cette Commission a été créée par le Congrès afin d'évaluer la pertinence des différents moyens de restriction de l'accès des mineurs à des matériels diffusés sur l'internet qui pourraient leur être préjudiciables. La Commission avait conclu que l'utilisation de logiciels de filtrage des contenus sur une base volontaire serait plus efficace que l'imposition sur les éditeurs de contenus d'une obligation de mise en place de systèmes de vérification d'âge ou de filtrage. Selon la Commission, les pouvoirs publics devraient améliorer leur expertise concernant ces techniques et mettre l'accent sur la formation publique à leur utilisation, surtout celle des parents.

L'évaluation judiciaire des possibilités techniques de sélection des contenus a donc conduit les juges constitutionnels à considérer que le C.O.P.A. ne constituait pas le moyen le moins restrictif de la liberté d'expression afin de protéger un intérêt légitime et essentiel, à savoir la protection de l'enfance face aux contenus diffusés sur l'internet qui pourraient leur être préjudiciables. Cette évaluation technique s'appuie sur des arguments axiologiques qu'il s'agit d'envisager à présent.

B. Les arguments axiologiques à propos de l'imposition de techniques de sélection des contenus

Quelles sont les questions constitutionnelles posées par l'imposition législative de logiciels de sélection des contenus sur l'internet ? En quoi la décision du Congrès de soumettre les pornographes professionnels gérant des sites *web* à l'obligation de mettre en place des outils techniques conduisant à empêcher les mineurs d'accéder aux contenus qu'ils proposent pose-t-elle des problèmes de constitutionnalité au regard du Premier amendement ? Rappelons qu'ayant décidé de soumettre les réglementations des contenus diffusés sur l'internet à un contrôle strict, la Cour devait vérifier si la législation constituait le moyen le moins restrictif à la liberté d'expression.

L'imposition législative de logiciels de sélection de contenus définis comme étant préjudiciables aux mineurs se heurte à des considérations axiologiques en rapport direct avec

⁶³⁷ Commission on Child Online Protection (COPA), rapport au Congrès remis le 20 octobre 2000, disponible sur <http://www.copacommission.org/report>.

le principe de la liberté d'expression. La majorité des juges de la Cour suprême américaine, en invalidant à deux reprises la tentative du Congrès de réglementer les contenus diffusés sur l'internet, a entendu promouvoir certaines valeurs justifiant la liberté d'expression qu'il s'agit ici de dégager.

En premier lieu, dans sa décision *Ashcroft v. ACLU*⁶³⁸, la Cour regrette implicitement que la loi pénalise un type de discours, à savoir le discours obscène au regard des mineurs, alors que la définition qui en est faite pose des difficultés au regard des critères posés par la jurisprudence⁶³⁹. L'idée poursuivie par les juges est que l'utilisation sur une base volontaire de moyens techniques de sélection des contenus permet aux utilisateurs, qu'ils soient émetteurs ou récepteurs, de ne pas avoir à s'interroger sur leur légalité, et donc craindre une éventuelle répression.

Au contraire, l'imposition d'une obligation de restriction à la source peut faire craindre aux émetteurs la possibilité de poursuites pénales à leur encontre. L'existence d'un moyen de défense ne changerait rien à l'inévitable autocensure qu'ils pratiqueraient. En effet, rappelons que le C.O.P.A. pénalise la diffusion sur le *web* par des pornographes professionnels de contenus considérés comme préjudiciables aux mineurs. La loi leur permet toutefois d'échapper à une condamnation éventuelle s'ils prouvent avoir mis en place des dispositifs restreignant l'accès à leur site par les mineurs⁶⁴⁰. Or, en cas de doute quant au caractère légal du contenu diffusé, la Cour estime que les émetteurs auront tendance à s'autocensurer, pratique qui diminuerait la liberté d'expression sur l'internet. De plus, une limitation des contenus à la source pose un problème philosophique sérieux par rapport aux récepteurs des matériels diffusés sur l'internet dans la mesure où il est un principe selon lequel on ne peut vouloir ce que l'on ignore. Ainsi, à cause de leur mode de sélection des contenus à la source et

⁶³⁸ Précitée.

⁶³⁹ Peu de temps avant cette décision, la Cour s'était prononcée sur la définition donnée dans le C.O.P.A. de contenus dommageables aux mineurs : *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002). Le C.O.P.A. pose les "critères de la communauté" comme un des éléments d'identification de ce type de contenu. Ainsi, le fait qu'une personne moyenne considère comme dommageable un contenu au regard des valeurs ayant cours dans sa communauté le rendrait automatiquement illégal. Le C.O.P.A. se base en fait sur le test posé dans la jurisprudence *Miller*, 413 U.S. 15 (1973) par laquelle la Cour suprême avait défini l'obscénité. L'application de ce test dans le contexte de l'internet pose évidemment des problèmes au regard du principe de la liberté d'expression, comme nous l'étudierons plus loin. En tout état de cause, à une courte majorité, la Cour a reconnu la pertinence de la transposition du test de *Miller* dans le contexte de l'internet.

⁶⁴⁰ Selon la loi, ces dispositifs peuvent consister en l'exigence de l'utilisation d'une carte de crédit, d'un compte bancaire, d'un code d'accès ou d'un numéro personnel d'identification, en l'acceptation d'un certificat digital permettant de vérifier l'âge du récepteur, ou encore en toute mesure raisonnable réalisable par le biais des technologies disponibles.

du blocage erroné de contenus légaux, les technologies de sélection des contenus pourraient supprimer l'accès à des contenus qu'un individu ne chercherait pas de manière volontaire, tout simplement parce qu'il en ignorerait l'existence. Or, ceux-ci pourraient se révéler intéressants, voire importants.

En second lieu, la Cour dénonce la démarche implicite du Congrès, révélée par l'étude des débats relatifs au C.O.P.A., qui présumerait le manque de capacité des parents de surveiller ce que voient leurs enfants. Selon le Congrès, la loi aurait pour vocation de suppléer au contrôle des parents, ce que la Cour suprême avait déjà condamné dans une décision précédente. En effet, lors de sa décision *Playboy*⁶⁴¹, la Cour s'était trouvée face à un choix similaire à opérer entre valider une restriction basée sur le contenu destinée à protéger les mineurs contre certaines diffusions sur la télévision par câble ou bien lui préférer la simple mise à disposition des parents d'outils techniques leur permettant une sélection destinée à leurs enfants. Lors de cette décision, les juges avaient estimé que le gouvernement n'avait pas réussi à prouver que la seconde solution ne représentait pas une alternative moins restrictive à la liberté d'expression que la législation. La possibilité de contrôle des parents sur les contenus accessibles à leurs enfants mineurs s'est avéré là aussi supérieur à une pénalisation de la diffusion de contenus qualifiés de dommageables.

Quelle est donc la ou les valeurs que souhaite protéger la Cour suprême en invalidant une telle législation ? Émetteurs et récepteurs des contenus sont les bénéficiaires de cette décision. La liberté d'expression des premiers serait diminuée si, par crainte de poursuites pénales, ils s'autocensuraient. De nombreux contenus pourtant licites ne seraient ainsi pas diffusés. La liberté d'expression des récepteurs adultes serait également restreinte. Les parents ne pourraient décider des contenus visibles par leurs enfants ni visualiser ces contenus en leur absence. C'est bien la valeur de la réalisation individuelle par l'expression⁶⁴², variante du méta-principe du développement individuel, qui subirait alors une atteinte. Cette valeur serait essentielle à une expression libre car elle permettrait à chacun de se réaliser par le biais de l'activité communicative et de disposer d'un contrôle individuel de sa destinée par des prises de décision personnelles⁶⁴³. S'autocensurer, ne pas pouvoir accéder à certains contenus constitutionnellement reconnus ou encore ne pas pouvoir décider des contenus visibles par

⁶⁴¹ Précitée.

⁶⁴² Voir supra, Titre I., Chapitre I., Section II.

⁶⁴³ Il s'agit ici de la théorie développée par Martin Redish, "The Value of Free Speech", précité, que nous avons étudié supra, au cours du Titre I., Chapitre I., Section II.

des enfants mineurs vont à l'encontre du principe de la liberté d'expression justifié par le méta-principe de la réalisation personnelle. Pour que la loi ait été valide, il aurait fallu, selon la Cour, que le gouvernement prouve qu'elle imposerait moins de coûts à la liberté d'expression que les techniques de sélection volontaire des contenus.

Conclusion du Chapitre I.

La Cour suprême a été un des acteurs majeurs de la détermination des règles à appliquer à l'internet aux États-Unis. Lors de ses décisions rendues à l'occasion du contrôle de constitutionnalité des premières réglementations de contenus diffusés sur l'internet, elle s'en est résolument tenue à une approche téléologico-évaluative. Cette approche a consisté à isoler fonctionnellement l'internet des autres supports de la communication, et à considérer les valeurs de la liberté d'expression qui étaient exacerbées. Elle a jugé que la communication sur l'internet permettait l'accroissement de la liberté d'expression dans toutes ses valeurs justificatrices. Dès lors, les juges constitutionnels ont pris la décision de soumettre les réglementations des contenus à un contrôle strict, particulièrement protecteur d'une libre expression.

Cette approche téléologico-évaluative s'insère néanmoins dans le système juridique de la communication américain. D'emblée, c'est au regard du Premier amendement que les juges se sont prononcés. Cette approche n'est donc pas a-systémique. Mais elle a permis aux juges de se prononcer sans présupposés sur ce que devrait être l'internet juridiquement. Ils ont d'ailleurs procédé à cette évaluation en le comparant à d'autres supports, comme l'audiovisuel, et en refusant de lui appliquer des régimes juridiques existants. Le progrès, loin de faire peur aux juges constitutionnels, est même plutôt une idéologie dont ils protègent l'accomplissement.

L'approche poursuivie par les juges repose enfin sur une démarche pragmatique. Ils se sont intéressés avant tout aux conséquences pratiques en termes de liberté d'expression que les réglementations soumises à son contrôle pouvaient avoir. Face à l'apparition d'un phénomène juridique nouveau facteur d'une plus grande liberté d'expression, ils ont voulu rester vigilants en posant les jalons du régime juridique de l'internet, autonome par rapport aux autres supports.

Pour autant, dans un autre contexte, la Cour a validé une loi qui encourageait la mise en place de moyens de sélection des contenus. Il s'agit à présent de voir si les fondements de cette dernière démarche sont similaires ou non à celle que nous venons d'étudier.

CHAPITRE 2.

LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FORT DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE

La prolifération sur l'internet de contenus pouvant se révéler dommageables aux mineurs a éveillé l'attention du législateur. Ses deux tentatives de légiférer dans ce domaine, en posant le principe d'une responsabilité pénale pour les éditeurs de pornographie qui ne prendraient pas de précautions particulières pour empêcher l'accès des mineurs, ont été censurées par la Cour suprême. Les juges constitutionnels ont préféré ne pas pénaliser ces éditeurs, estimant que cela irait à l'encontre du principe de la liberté d'expression posé par le Premier amendement. Le recours sur une base volontaire par les utilisateurs à des procédés techniques de filtrage et de blocage des contenus lui a semblé préférable.

Pourtant, la Cour a modifié son approche en validant l'obligation législative de l'utilisation de techniques de filtrage et de blocage des contenus dans les écoles et bibliothèques publiques. Plus précisément, le Congrès avait fait de la mise en place de ces techniques dans ces institutions la contrepartie de l'obtention d'aides fédérales. De même, au cours de son contrôle d'une seconde législation, elle a accepté que la définition traditionnelle de l'obscénité – reposant sur les critères des communautés locales - s'applique pour qualifier certains contenus circulant sur l'internet. Dans ces deux cas, le Congrès poursuivait une approche systémique au sens fort, inférant telles quelles des règles existantes à l'internet. En validant ces mesures, la Cour a épousé cette démarche.

Plusieurs questions se posent ici : cette nouvelle approche adoptée par la Cour est-elle en contradiction avec son approche précédente ? Renonce-t-elle ici à la conception de la liberté d'expression qu'elle avait précédemment posée ? Au contraire, cette nouvelle démarche est-elle le fruit d'une meilleure expertise en matière d'internet qui la conduirait finalement à poser des limites à la communication sur ce support ? Pour y répondre, nous étudierons d'un côté les raisons de la préférence des juges pour un accès limité à l'internet dans les écoles et

bibliothèques publiques (Section 1.), et de l'autre, celles qui les ont conduits à valider l'application sur ce support de la définition traditionnelle de l'obscénité (Section 2.).

SECTION 1.

LES FONDEMENTS DE LA VALIDATION PAR LA COUR SUPRÊME DE L'OBLIGATION DE SÉLECTION DES CONTENUS

La Cour suprême se refuse à valider une législation qui pénaliserait les éditeurs de certains contenus s'ils ne restreignent pas l'accès des mineurs. Néanmoins, dans un tout autre contexte, celui de l'accès à l'internet dans les bibliothèques et écoles publiques, les choses en vont différemment.

À la fin de l'année 2000 est entré en vigueur le *Children's Internet Protection Act* (C.I.P.A.)⁶⁴⁴. Le but de cette loi, dont le sort n'est toujours pas scellé, est d'obliger les bibliothèques et écoles publiques à sélectionner les contenus diffusés sur l'internet pour prétendre aux subventions accordées dans le cadre des programmes *E-Rate* et *Library Services and Technology Act* (L.S.T.A.).

Le programme *E-Rate*, connu également sous le nom de *School and Libraries Discount*, a été mis en place par le *Telecommunications Act* de 1996. Il permet aux bibliothèques et écoles publiques d'offrir un accès du public à l'internet à un coût avantageux pour elles. Afin de bénéficier de ce programme, les institutions concernées doivent prendre des mesures destinées à éviter un usage inapproprié des ordinateurs. Ces mesures consistent dans la surveillance des mineurs lorsqu'ils utilisent l'internet, et la mise en place de logiciels de sélection des contenus en ligne. Par ailleurs, la loi permet à l'administrateur de désactiver ces logiciels lorsqu'un adulte en fait la demande.

Le programme L.S.T.A. appartient au *Museum and Library Services Act*⁶⁴⁵, qui date également de 1996. Il organise un système de subventions destinées aux bibliothèques publiques afin de les relier entre elles dans un but éducatif, informatif et social, de les assister dans l'accès aux informations en réseau, et de subvenir aux coûts d'acquisition et de partage

⁶⁴⁴ *Children's Internet Protection Act* (C.I.P.A.), 114 Stat. 2763A-335.

⁶⁴⁵ *Museum and Library Services Act of 2003*, Public Law 108-81.

des ordinateurs et des technologies afférentes. À l'origine, ce programme ne conditionnait pas l'octroi de subventions à la mise en place de logiciels de sélection des contenus. C'est le C.I.P.A., entré en vigueur le 21 décembre 2000, qui a imposé une telle obligation.

Quelles sont les dispositions du C.I.P.A. qui posent des problèmes constitutionnels au regard de la liberté d'expression ? Tout d'abord, le C.I.P.A. définit des contenus considérés comme obscènes, représentant de la pornographie infantine ou dommageables aux mineurs⁶⁴⁶ et impose d'en bloquer l'accès. Les logiciels de filtrage doivent fonctionner de manière permanente⁶⁴⁷, ce qui pose les problèmes constitutionnels précédemment analysés lors de l'étude du C.D.A. et du C.O.P.A.⁶⁴⁸. Ensuite, le C.I.P.A. requière qu'une autorité locale de type conseil d'école, agence éducationnelle ou bibliothèque, détermine localement ce qui est inapproprié pour les mineurs⁶⁴⁹. Cette autorité devra donc établir une réglementation interne, intitulée *Internet Savety Policy*, afin d'empêcher les mineurs de visualiser certains types de contenus.

Déclarée inconstitutionnelle par les premiers juges, cette nouvelle législation a été validée par la Cour suprême lors de sa décision *United States v. American Library Association* (ou *A.L.A.*) rendue en 2003⁶⁵⁰. Plusieurs questions se posaient alors à la Cour. Dans un premier temps, elle a été confrontée à la question du niveau de contrôle à établir pour cette législation. Pour cela, elle a dû s'interroger sur la qualification juridique de l'accès à l'internet dans les écoles et bibliothèques publiques (§1.). Dans un second temps, la Cour a contrôlé la constitutionnalité au regard du Premier amendement de l'imposition d'une obligation de mise en place des techniques de sélection des contenus diffusés sur l'internet en contrepartie de l'octroi d'une subvention fédérale (§2.).

⁶⁴⁶ Selon la loi, l'accès à de tels matériels est inapproprié. *Telecommunications Act*, Section 254 (h)(5)(B) et 254 (h)(5)(C).

⁶⁴⁷ Le C.I.P.A. amende ici le *Telecommunications Act* de 1934 en ajoutant des dispositions regroupées sous l'intitulé *Neighborhood Children's Internet Protection* (N.C.I.P.A.), 47 U.S.C. Section 254.

⁶⁴⁸ Il s'agit de problèmes techniques liés au fait que ces logiciels bloquent des contenus inoffensifs ou bien laissent passer des contenus dont la nature va à l'encontre du principe de la protection des droits de l'enfant.

⁶⁴⁹ 20 U.S.C. Section 9134(b)(6) (1999) (West Supp. 2003), amendement la Section 224 du *Museum and Library Services Act*.

⁶⁵⁰ *United States v. American Library Association (ALA)*, 539 U.S. 194 (2003).

§1. La qualification de l'accès à l'internet dans les écoles et bibliothèques publiques

Les bibliothèques et les écoles publiques qui décident de mettre à la disposition de leurs utilisateurs un accès à l'internet se voient imposer par le C.I.P.A. l'obligation de filtrage des contenus comme condition d'obtention de certaines aides publiques. La qualification de l'action de sélection des contenus diffusés sur l'internet par les responsables des écoles et bibliothèques publiques dépend de la fonction attribuée à ces institutions. Cette question est essentielle en ce qu'elle permettra aux juges de vérifier la constitutionnalité au regard du Premier amendement de l'obligation posée par le C.I.P.A. Agissent-elles de la même manière lorsqu'elles sélectionnent des ouvrages à acquérir ou à supprimer des rayons des bibliothèques et lorsqu'elles décident de n'accorder qu'un accès sélectif à l'internet ? Lorsqu'elles permettent un accès à l'internet, ces institutions créent-elles un forum public ou agissent-elles dans le cadre d'un pouvoir de nature éditoriale ?

Lors de la mise en cause de la constitutionnalité du C.I.P.A., les juges ont été confrontés à deux propositions principales de qualification fonctionnelle à l'accès à l'internet dans les bibliothèques et écoles publiques. Selon la première proposition, lorsque ces institutions décident de permettre un accès à l'internet, elles créent un forum public (1.). Selon la seconde, le but de cet accès est tout autre et fait partie du pouvoir des bibliothécaires de sélectionner les ouvrages qu'ils mettront à la disposition de leurs utilisateurs (2.).

A. L'accès à l'internet en tant que forum public

La théorie du forum public permet de s'interroger sur l'admissibilité au regard du Premier amendement du subventionnement de l'expression par les pouvoirs publics. En effet, par l'intermédiaire d'aides publiques, les autorités peuvent encourager l'activité expressive, mais aussi parfois exclure certains points de vue. Cela pose bien entendu des contraintes sur la liberté d'expression. La Cour suprême a développé une jurisprudence au sujet des forums publics, et posé différents niveaux de contrôle des réglementations indirectes de l'expression

qu'elles peuvent contenir⁶⁵¹. Rappelons ici brièvement que dans ce domaine, le niveau de contrôle exercé par les juges des réglementations du contenu des expressions dépend du type de forum public concerné. Ainsi, si les autorités veulent réglementer le contenu de l'expression dans un forum public traditionnel – tels les parcs publics ou les rues, cette réglementation sera soumise à un contrôle strict des tribunaux. Il en va différemment des réglementations d'un lieu qualifié de forum public par destination, c'est-à-dire généralement d'un lieu privé, mais dans lequel l'activité expressive ne peut être totalement exclue. Ici, les juges procéderont à un contrôle intermédiaire, appelé "time, place and manner". Le contrôle se fera alors sur "une base rationnelle" – ou *rational basis*, c'est-à-dire que la restriction de la liberté d'expression devra simplement être raisonnable⁶⁵². Plus précisément, les juges regarderont si l'effet de la réglementation sur l'expression est indirect, si elle n'était pas dirigée contre un contenu particulier et si elle ne visait ni à supprimer un point de vue ni à en encourager un.

Ces règles concernent donc les espaces d'expression reconnus comme des forums publics. Une des questions essentielles ici est celle de savoir si l'internet constitue ou non un forum public. Dans une certaine mesure, cette question ne semble pas très pertinente. En effet, il n'a jamais été question de qualifier un média de forum public. La presse, la télévision ou le cinéma constituent en soi des modes d'expression. Ces supports sont protégés et la théorie du forum public n'a pas sa place dans l'analyse de la liberté d'expression dans ce cadre. Ceci est d'ailleurs confirmé par la Cour suprême qui, dans sa décision *Forbes*⁶⁵³, a jugé que les principes du forum public ne s'appliquent pas aux jugements éditoriaux établis dans les télévisions publiques. Les personnes qui désirent s'y exprimer ne disposent donc pas d'un droit d'accès, cet accès étant laissé à la discrétion des responsables de la chaîne.

En fait, l'utilisation de cette théorie a semblé pertinente aux juges de la *District Court* de Pennsylvanie⁶⁵⁴ afin de déclarer le C.I.P.A. inconstitutionnel. Ils ont estimé que lorsque les instances administratives d'une bibliothèque ou d'une école publique mettaient en place un accès à l'internet au public, elles créaient en réalité un forum public par destination. Le but de

⁶⁵¹ Une étude de la théorie du forum public a été réalisée au titre précédent à propos des conceptions existantes de la liberté d'expression, Chapitre II, Section II, §2., Sous-paragraphe 1.

⁶⁵² Cour suprême, *Cornellius v. NAACP Legal Defense*, 473 U.S. 788 (1985).

⁶⁵³ *Arkansas Ed. television Comm'n v. Forbes*, 523 U.S. 666 (1998).

⁶⁵⁴ United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, *American Library Association v. United States*, n. 01-1303, 31 mai 2002, anciennement disponible à l'adresse suivante : <http://www.paed.uscourts.gov/documents/opinions/02d0415p.pdf>.

cet accès serait de permettre au public de participer à une activité expressive. Ils en concluaient également qu'étant donné le caractère illimité du nombre d'informations disponibles et de récepteurs potentiels, le C.I.P.A. devait être soumis à un contrôle strict. Afin d'étayer la nécessité de procéder à un tel contrôle, les juges ont considéré que par analogie, un tel accès à l'internet pouvait même être qualifié de forum public traditionnel. Les valeurs du Premier amendement y serait promues de manière analogue. Pourtant, les choix auxquels procèdent les administrateurs de bibliothèques publiques en matière d'acquisition de matériels sont considérés par la jurisprudence de la Cour suprême comme des décisions éditoriales soumises à un contrôle intermédiaire⁶⁵⁵. Or, selon la *District Court*, la décision des administrateurs de bibliothèques publiques de restreindre l'accès à l'internet ne peut être qualifiée de choix éditorial, soumis à un contrôle modéré des tribunaux. En effet, les critères de sélection utilisés pour décider de la sélection d'un ouvrage (tels sa pertinence, l'autorité de son auteur, de l'éditeur, ou encore sa place dans les programmes éducatifs) ne seraient pas applicables en ce qui concerne l'accès à l'internet⁶⁵⁶, même lorsqu'il est restreint par des logiciels de sélection des contenus. D'autre part, un tel pouvoir éditorial serait impossible à exercer sur l'internet étant donné le caractère illimité du nombre de contenus disponibles. Dès lors, les restrictions de l'accès à l'internet dans ce contexte devaient être soumises à un contrôle strict en cas de litige. Aux termes de l'exercice de son contrôle, la *District Court* a jugé que l'obligation posée par le C.I.P.A. n'était pas assez étroitement construite pour satisfaire à la protection de l'intérêt en cause, à savoir la protection de l'enfance face aux contenus diffusés sur l'internet qui pourraient lui être dommageables.

La Cour suprême a invalidé la décision de la *District Court*⁶⁵⁷. L'utilisation de la théorie du forum public dans ce contexte serait déplacée, selon elle. L'internet ne saurait en aucun cas être qualifié de forum public traditionnel : tout d'abord, l'internet n'a pas été institué de manière immémoriale pour être mis à la disposition du public, comme l'est un parc, par exemple. Ensuite, il n'a jamais été utilisé de longue date dans un but d'assemblée, de communication des pensées entre les citoyens et de discussion sur les questions publiques. Ainsi, on ne saurait étendre la théorie du forum public à des situations où l'aspect historique serait absent.

⁶⁵⁵ Voir par exemple la décision de la Cour suprême, *Rosenberger v. University of Virginia*, 515 U.S. 819 (1995).

⁶⁵⁶ La *District Court* cite les tentatives de quelques bibliothèques de restreindre l'accès à l'internet à une liste de sites ayant été préalablement contrôlés, et leur échec face au trop grand nombre de contenus disponibles sur ce support.

⁶⁵⁷ *United States v. American Library Association (ALA)*, précitée.

L'internet ne pourrait non plus, selon la Cour, être qualifié de forum public par destination. Pour créer un tel forum, les pouvoirs publics doivent délibérément ouvrir leur propriété à l'usage du public. Les bibliothèques publiques n'acquièrent pas des ordinateurs afin de permettre à des personnes de diffuser des contenus sur l'internet, pas plus qu'elles n'acquièrent d'ouvrage afin de permettre à leurs auteurs de s'exprimer. Leur but n'est pas d'encourager la diversité des points de vue exprimés par des personnes privées.

Dès lors, comment qualifier l'action de sélection des contenus par les responsables de bibliothèques et d'écoles publiques ? De quel degré de discrétion disposent-ils dans cette sélection ? Peuvent-ils acquérir et supprimer les matériels qu'ils souhaitent, ou doivent-ils s'en remettre à des critères déterminés ? Ceci est important car la réponse à cette question apportera la réponse à celle de savoir si la mise en place de logiciels de sélection des contenus sur l'internet dans ce contexte viole ou non la liberté d'expression de leurs utilisateurs.

B. L'accès à l'internet comme pouvoir éditorial des bibliothécaires

Dans l'espèce où était en cause la constitutionnalité du C.I.P.A. au regard du principe de la liberté d'expression⁶⁵⁸, la Cour suprême devait déterminer le but poursuivi par les bibliothèques publiques. Quel est leur rôle dans le système éducatif ? Filtrer l'accès à l'internet s'apparente-t-il à une action de suppression ou d'acquisition de contenus ? Finalement, à quel type de contrôle les juges soumettront-ils ces décisions ?

La Cour suprême a été confrontée dans le passé à la question de la qualification fonctionnelle des bibliothèques et écoles publiques⁶⁵⁹. Était en cause la décision de l'administration d'une école de supprimer des ouvrages considérés comme "anti-américains, antichrétiens, antisémites et répugnants"⁶⁶⁰. La question était donc de savoir si une telle décision de suppression était constitutionnelle au regard du Premier amendement. La réponse à cette question dépendait de la mission attribuée aux écoles publiques. La Cour a considéré qu'elles ont un rôle d'une importance capitale dans l'éducation à la citoyenneté, et qu'elles sont les

⁶⁵⁸ *United States v. American Library Association* (A.L.A.), précitée.

⁶⁵⁹ *Board of Education v. Pico*, 457 U.S. 583 (1982).

⁶⁶⁰ *Pico*, précitée.

véhicules de valeurs fondamentales nécessaires au maintien du système politique démocratique. De même, elles servent à faciliter la recherche, l'apprentissage et les loisirs en fournissant des matériels nécessaires et utiles. Dans cette mission, l'administration dispose d'un pouvoir discrétionnaire dans la détermination du contenu des bibliothèques. Toutefois, ce pouvoir n'est pas absolu. L'administration doit respecter les droits au Premier amendement des étudiants, notamment en ne supprimant pas les ouvrages pour la simple raison qu'elle n'apprécie pas les idées qui y sont exprimées. La Cour avait en effet déjà affirmé que les bibliothèques des écoles ne pouvaient pas réduire le nombre des ouvrages disponibles dans les rayons à ceux conformes à une certaine "orthodoxie"⁶⁶¹. Ce pouvoir ne peut pas plus être exercé de manière politique ou partisane. Le retrait d'un ouvrage ne pourra donc être justifié que par le fait que son contenu serait inapproprié au rôle éducatif poursuivi par l'institution. Les juges exerceront un contrôle des motivations ayant conduit au retrait des ouvrages. Ce contrôle sera limité à ces seules considérations.

Qu'en est-il du rôle de ces institutions publiques lorsqu'elles décident de permettre un accès à l'internet ? Nous avons vu que la Cour a rejeté l'argument selon lequel ces institutions, en mettant en place cet accès, créeraient un forum public. En fait, les juges ont raisonné par analogie, en décidant que le but de cet accès était fondé sur les mêmes raisons que celles pour lesquelles elles mettaient à la disposition du public les ressources bibliothécaires. En cela, la Cour se range du côté du Congrès qui avait considéré dans les motifs de la loi que l'internet n'était qu'un moyen supplémentaire de rendre disponible des informations aux écoles ou aux bibliothèques. En ce sens, l'internet ne serait rien de plus que l'extension technologique des rayonnages de livres⁶⁶².

Les juges devaient ensuite répondre à l'argument soulevé par la *District Court* selon lequel filtrer l'accès à l'internet ne sauraient être assimilé au pouvoir discrétionnaire des bibliothécaires car ces derniers ne peuvent inspecter chaque site *web* comme ils inspectent chaque ouvrage en vue de leur achat ou leur retrait. Leur pouvoir serait naturellement limité par le nombre de sites *web* existants. D'après la Cour suprême, cette distinction ne serait pas pertinente pour deux raisons. Tout d'abord, le rôle traditionnel rempli par les bibliothèques est d'identifier les matériels convenables et dont l'acquisition est souhaitable. Ce rôle est

⁶⁶¹ *West Virginia Board of Education v. Barnette*, 319 U.S. 624 (1943).

⁶⁶² Congrès américain, S.Rep. N° 106-141, cité par la Cour suprême dans sa décision *United States v. ALA* précitée.

identique quelle que soit la source du matériel, l'internet ou une autre. La Cour illustre son propos avec l'exemple de la pornographie : la décision des bibliothécaires d'en bloquer l'accès est la même que celle de l'exclure des rayons. Ensuite, le fait que les bibliothèques ne limitent pas l'accès à l'internet aux seuls sites qu'elles seraient capables d'inspecter ne contrevient en rien à leur pouvoir discrétionnaire traditionnel. Le contraire reviendrait à réduire de manière trop importante le nombre d'informations disponible. Or, au titre de ce pouvoir, les bibliothèques peuvent décider de n'exclure que certaines catégories de contenus.

Il résulte de cette qualification fonctionnelle de l'accès à l'internet dans les écoles et bibliothèques publiques que les décisions qui règlementent cet accès doivent être soumises au même type de contrôle que celles relatives à l'acquisition et au retrait des ouvrages des bibliothèques. Le contrôle exercé se limitera à vérifier que ces décisions n'ont pas été motivées par des considérations politiques ou partisans, et qu'elles ne visaient pas à empêcher l'accès à des idées jugées non orthodoxes. Seule l'intention des bibliothécaires dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire sera soumise à l'appréciation des juges.

Au demeurant, il restait aux juges à résoudre la question de la constitutionnalité de l'utilisation de logiciels de sélection des contenus au regard du Premier amendement.

§2. La constitutionnalité de l'obligation d'utilisation de logiciels de sélection des contenus dans les écoles et bibliothèques publiques

Dans sa décision à propos du C.I.P.A., la *District Court* avait exprimé des doutes quant à la constitutionnalité de l'utilisation de logiciels de sélection des contenus au regard du Premier amendement. Son raisonnement a été suivi dans les opinions dissidentes exprimées dans la décision de la Cour suprême *United States v. ALA*⁶⁶³. Le point de départ de ce raisonnement était le constat que les logiciels de sélection des contenus avaient tendance à bloquer plus de contenus que nécessaire. Ils bloqueraient également de manière erronée des informations qui se révéleraient inoffensives aussi bien pour les mineurs que pour les adultes. Ce défaut inhérent à ces logiciels constituerait une atteinte grave à la liberté d'expression.

⁶⁶³ Précitée.

Les problèmes constitutionnels posés par les logiciels de sélection des contenus ont été décrits de manière exhaustive par la *District Court*. Elle partait du constat que les bibliothécaires étaient confrontés à trois types de difficultés : celle relative aux plaintes des utilisateurs qui se trouveraient exposés à des contenus explicitement sexuels sans le vouloir, celle concernant les utilisateurs qui souhaiteraient l'accès à des contenus pornographiques et ne le pourraient pas, et celle relative à l'utilisation de l'internet à des fins illégales. Face à ces problèmes, la *District Court* a procédé à des témoignages afin de déterminer l'efficacité des logiciels de sélection des contenus⁶⁶⁴. Elle s'est alors aperçue que ceux-ci étaient sujets à deux défauts rédhibitoires au regard de la liberté d'expression, celui de bloquer plus de contenus que nécessaire, et celui de ne pas en bloquer assez. En d'autres termes, ces logiciels s'avèreraient inefficaces pour bloquer de nombreux sites illégaux, et dans le même temps, ils bloqueraient de nombreux sites dont le contenu est pourtant constitutionnellement protégé. De plus, la *District Court* a noté qu'aucun des logiciels testés ne définissait les catégories de contenus en fonction des définitions posées par le C.I.P.A. Ensuite, les logiciels ne sauraient discerner une description picturale de l'obscénité, de la pornographie infantine ou d'un contenu dommageable aux mineurs. Enfin, étant donné les changements et l'expansion rapides du *web*, il serait impossible pour les sociétés fabriquant ces logiciels de se doter d'un personnel suffisant pour vérifier la pertinence de telle ou telle sélection établie par le programme. La *District Court* en conclut que le C.I.P.A. reste confronté aux difficultés qu'il se donnait pour ambition de résoudre.

D'après la *District Court*, la constitutionnalité du C.I.P.A. ne serait pas sauvée par la disposition permettant aux utilisateurs de demander la désactivation des logiciels de sélection des contenus. La législation prévoit en effet que cette désactivation peut avoir lieu à la demande d'un utilisateur dans le cas où il souhaiterait entreprendre des recherches de bonne foi ou utiliser l'internet pour tout autre but légal. La *District Court* s'est posé la question de savoir dans quelles circonstances les bibliothécaires pouvaient satisfaire à une telle demande. Cet accès devra-t-il être restreint aux seuls contenus constitutionnellement protégés ou sera-t-il totalement libre ? Selon les juges, si le Congrès avait estimé que la seconde hypothèse s'appliquait, il aurait dû le préciser. De toute façon, ils ont considéré que quelle que soit l'interprétation à adopter ici, c'est le fait même pour un utilisateur d'avoir à demander la désactivation des logiciels de sélection des contenus qui poserait le problème principal au

⁶⁶⁴ United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, *American Library Association v. United States*, n°01-1303, 31 mai 2002.

regard de la liberté d'expression. Une telle barrière à l'accès à des contenus même légaux risquerait de conduire à une autocensure des utilisateurs, qui se garderont de demander la désactivation des logiciels. C'est ce que la jurisprudence américaine appelle le "chilling effect". Cette réticence des utilisateurs, dans la mesure où elle est l'effet d'une contrainte législative, rend la loi inconstitutionnelle au regard du Premier amendement. La Cour suprême l'a déjà jugé dans le contexte de la poste⁶⁶⁵ et dans celui de l'audiovisuel⁶⁶⁶. De manière générale, la Cour considère qu'imposer des contraintes à l'accès à des contenus protégés restreint autant la liberté d'expression qu'une réglementation basée sur le contenu. La possibilité d'effectuer cette demande de manière anonyme ne réduirait pas, selon la *District Court*, l'effet délétère du C.I.P.A. sur la liberté d'expression des utilisateurs.

La Cour suprême n'a partagé ni les arguments soulevés par la *District Court* ni ses conclusions relatives à l'imposition législative de l'utilisation de logiciels de sélection des contenus par les écoles et bibliothèques publiques. Dans sa décision *United States v. ALA*⁶⁶⁷, elle reconnaît les problèmes constitutionnels que peut poser le blocage erroné par les logiciels de contenus protégés. Pourtant, elle estime que c'est justement la faculté laissée aux utilisateurs de demander leur désactivation qui rend le C.I.P.A. constitutionnel. Elle admet implicitement que cette demande peut mettre mal à l'aise un utilisateur. Néanmoins, elle décide que rien dans la Constitution ne garantit le droit d'acquérir des informations dans une bibliothèque publique sans risquer l'embarras. Dans ce contexte, le droit à la libre expression des utilisateurs, même adultes, doit s'accommoder des décisions prises afin de protéger l'intérêt des mineurs. La position de la Cour vis-à-vis du droit des utilisateurs se limite ici aux écoles et bibliothèques publiques, dont le rôle est l'éducation et la formation à la citoyenneté. Il n'y a donc pas revirement de jurisprudence par rapport à ses décisions précédentes relatives aux réglementations des contenus diffusés sur l'internet, mais plutôt une application sectorielle du méta-principe de la démocratie envisagé dans sa seule version instrumentale.

Il restait enfin à la Cour suprême à résoudre un dernier point soulevé par les demandeurs, celui de savoir si le C.I.P.A. imposait une condition inconstitutionnelle à l'obtention d'aides

⁶⁶⁵ *Lamont v. Postmaster Gen.*, 381 U.S. 301 (1965), où a été déclarée inconstitutionnelle l'obligation pour les bureaux de poste de ne plus distribuer de la propagande communiste à moins que son destinataire n'en fasse la demande expresse.

⁶⁶⁶ *Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996), où le même sort a été réservé à une loi fédérale qui imposait aux câblo-opérateurs de ne permettre l'accès aux contenus pornographiques qu'ils diffusaient qu'aux seuls utilisateurs en ayant fait la demande à l'avance et par écrit.

⁶⁶⁷ Précitée.

publiques par les bibliothèques et écoles publiques. L'obligation de mise en place de logiciels de sélection des contenus pour l'obtention de ces aides conduit-elle ces institutions à renoncer à leur droit à la liberté d'expression ? Selon les demandeurs, la Cour suprême a admis dans sa jurisprudence que le gouvernement ne peut conditionner l'obtention d'un bénéfice à une personne à la condition qu'elle renonce à ses droits à la liberté d'expression⁶⁶⁸. Or, les juges écartent ici cet argument en adoptant un raisonnement basé sur une autre prémisse tirée de sa décision *Rust v. Sullivan*⁶⁶⁹. En l'espèce, il était question d'une loi fédérale réservant l'obtention par les plannings familiaux de fonds fédéraux à la condition qu'ils s'abstiennent de délivrer des conseils relatifs à l'avortement. Les demandeurs arguaient du fait que l'imposition de cette condition conduisait à les faire renoncer à leur droit de pratiquer de tels conseils. Or, les juges ont décidé que les pouvoirs publics ne niaient pas la possibilité d'obtenir de tels conseils. Ils se contentaient juste d'insister sur le fait que les fonds publics devaient être dépensés au bénéfice des buts pour lesquels ils avaient été autorisés. Une loi qui décide de ne pas subventionner l'exercice d'un droit fondamental n'empiète pas pour autant sur l'exercice de ce droit.

En l'espèce, la Cour considère que le but poursuivi par le Congrès est d'aider les bibliothèques publiques à remplir leur rôle traditionnel de collecteurs de matériels d'une qualité appropriée à leurs objectifs d'éducation et d'information. Dans la mesure où ces institutions ont traditionnellement exclu la pornographie de leurs fonds, le Congrès peut imposer une restriction similaire en ce qui concerne l'accès qu'elles fournissent à l'internet. L'utilisation de logiciels de sélection des contenus est donc une condition à l'obtention de l'aide publique constitutionnellement valide. D'ailleurs, poursuit la Cour, aucune bibliothèque n'est obligée de se plier à cette condition. Celles qui le désirent peuvent offrir un accès libre à l'internet. Simplement, elles ne bénéficieront pas des aides prévues par le C.I.P.A. Et ceci ne saurait être considéré comme une pénalité.

L'application à l'internet de règles existantes du droit de la liberté d'expression par la Cour suprême dans le domaine du pouvoir de sélection des contenus à mettre à la disposition du public dans les bibliothèques et écoles publiques est le fruit d'une approche systémique au

⁶⁶⁸ *Board of Comm'rs, Wabaunsee Cty. v. Umbehr*, 518 U.S. 688 (1996), décision citée dans *United States v. ALA*, précitée.

⁶⁶⁹ *Rust v. Sullivan*, 500 U.S. 173 (1991).

sens fort. Le recours à cette approche a été réaffirmé par la Cour dans un autre domaine, celui de la définition de l'obscénité.

SECTION 2.

LES CRITÈRES DE LA COMMUNAUTÉ, OU L'OBSCÉNITÉ SUR L'INTERNET

L'obscénité pose un problème particulier en droit américain car sa définition est contingente de critères locaux, dits "critères de la communauté". Le *Communications Decency Act* (C.D.A.)⁶⁷⁰ a été la première mesure législative ayant pour objet de pénaliser l'obscénité sur l'internet. Il s'agissait plus spécifiquement d'interdire la communication à des mineurs de 18 ans de contenus considérés comme indécents⁶⁷¹, et "de contenus, qui pris dans leur contexte, dépeignent ou décrivent, de manière manifestement choquante au regard des standards de la communauté, des activités sexuelles ou excrémentielles, ou des organes"⁶⁷². La Cour suprême avait censuré le C.D.A. dans sa décision *Reno v. ACLU*⁶⁷³, censure fondée notamment sur son refus de permettre l'application sur l'internet des "critères de la communauté". Malgré cela, le Congrès a réitéré la référence à ces critères dans le C.O.P.A. et l'a fait de manière encore plus explicite. La loi dispose qu'une communication est obscène "lorsqu'une personne moyenne, selon les critères contemporains de sa communauté, y trouve un intérêt lubrique dans son ensemble et au regard des mineurs ; que le travail décrive, d'une manière manifestement choquante au regard des mineurs, une conduite sexuelle ; que l'œuvre, dans son ensemble, manque sérieusement de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique pour les mineurs"⁶⁷⁴.

⁶⁷⁰ Précité.

⁶⁷¹ *Ibid.*, §223(a) (Supp. 1997).

⁶⁷² *Ibid.*, §223(d) (Supp. 1997). Voici cet article dans sa version originale : [It is a material that] "in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs."

⁶⁷³ Précitée.

⁶⁷⁴ Ceci n'est pas une traduction littérale de la définition de l'obscénité posée dans le C.O.P.A. En voici la définition exacte : " any communication, picture, image, graphic image file, article, recording, writing, or other matter of any kind that is obscene or that (A) the average person, applying contemporary community standards, would find, taking the material as a whole and with respect to minors, is designed to appeal to, or is designed to pander to, the prurient interest; (B) depicts, describes, or represents, in a manner patently offensive with respect to minors, an actual or simulated sexual act or sexual contact, an actual or simulated normal or perverted sexual act, or a lewd exhibition of the genitals or post-pubescent female breast; and (C) taken as a whole, lacks serious literary, artistic, political, or scientific value for minors", *Child Online Protection Act*, 47 U.S.C. §231(e)(6).

Dans le cadre de la réglementation de l'obscénité sur l'internet, est-il constitutionnel de recourir aux "critères de la communauté" ? Peut-on, sans porter atteinte au Premier amendement, imposer les obligations qui découlent de ces critères aux éditeurs de contenus sur l'internet ? Quelles en seraient les conséquences en termes de liberté d'expression sur l'internet ? Lors de leur examen de la constitutionnalité du C.O.P.A., les juges de la Cour suprême ont accepté l'emploi de critères locaux pour réglementer les contenus obscènes diffusés sur ce support, poursuivant de la sorte une approche systémique au sens fort de l'internet (§1.). Néanmoins, ce choix n'a pas fait l'unanimité au sein de la Cour, loin s'en faut. Les critiques formulées par six des neuf juges de la Cour suprême à l'encontre de l'application à l'internet des "critères de la communauté" en matière d'obscénité dévoilent les faiblesses de cette approche aux États-Unis (§2.). Ces critiques se joignent à celles formulées par les juges à l'égard de la décision prise à propos de la constitutionnalité du C.I.P.A.

§1. Le choix de l'application des "critères de la communauté" à la communication sur l'internet

La Cour suprême a décidé récemment, à une faible majorité, de valider l'application à l'internet de la définition existante de l'obscénité⁶⁷⁵. Cette définition se base pour l'essentiel sur une détermination du caractère obscène d'un contenu en fonction de critères d'appréciation locaux, ou "critères de la communauté". Pourtant, l'adoption de cette approche systémique pour l'internet n'est pas sans poser d'importants problèmes constitutionnels au regard du principe de la liberté d'expression. Afin de comprendre la nature de ces problèmes, regardons ce que sont exactement ces "critères de la communauté".

Lors de l'affaire *Miller v. California*⁶⁷⁶, la Cour suprême a défini l'obscénité par le recours à trois critères cumulatifs : un matériel sera considéré comme obscène à condition qu'une personne moyenne, selon les critères contemporains de sa communauté, y trouve un intérêt lubrique dans son ensemble, ensuite que le travail décrive, d'une manière clairement offensante, une conduite sexuelle définie spécifiquement par un texte, et enfin, que l'œuvre, dans son ensemble, manque sérieusement de valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique. À l'origine, ce test de l'obscénité se voulait protecteur des expressions explicitement sexuelles. La démonstration de l'existence d'une valeur sérieuse permet à un émetteur d'être protégé contre les communautés les moins tolérantes du pays. La Cour est par la suite venue préciser que la variation de ces critères d'une communauté à l'autre ne rendait pas inconstitutionnelle l'application de cette définition dans une loi fédérale⁶⁷⁷.

La jurisprudence *Miller* a été appliquée à de très nombreuses reprises, que ce soit dans le domaine de l'art ou de la littérature, mais aussi de la communication de matériels obscènes par courrier postal⁶⁷⁸ ou par le téléphone⁶⁷⁹. Dans ces deux dernières hypothèses, la Cour suprême avait imposé aux émetteurs de se conformer aux critères de chaque communauté dans laquelle ils disséminaient leurs contenus jugés obscènes. Il était de leur responsabilité de prendre les

⁶⁷⁵ *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, 535 U.S. 564 (2002).

⁶⁷⁶ *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), précitée.

⁶⁷⁷ *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87 (1974), confirmé dans *Sable Communications v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

⁶⁷⁸ *Hamling*, précitée.

⁶⁷⁹ *Sable*, précitée.

mesures nécessaires afin de ne pas heurter les communautés pouvant être choquées par les contenus qu'ils proposaient.

Est-il constitutionnellement possible de soumettre l'appréciation des contenus obscènes sur l'internet à des critères locaux ? L'admettre peut paraître incongru, vu le caractère international de l'internet et les caractéristiques de la diffusion des contenus. La Cour avait d'ailleurs déjà répondu à cette question par la négative lors de son examen du C.D.A.⁶⁸⁰, pour les raisons que nous verrons plus loin. Saisie à nouveau de ce problème, mais cette fois dans le cadre du C.O.P.A., c'est une toute autre position qu'a adoptée la Cour suprême dans la décision *Ashcroft v. ACLU*⁶⁸¹. Selon le juge Thomas, qui a rédigé cette décision au nom de la majorité, le C.O.P.A. restreindrait à bon escient la définition de l'obscénité à celle énoncée dans la jurisprudence *Miller*. Il estime que même appliquée à l'internet, l'existence d'une variation de ces critères d'une communauté à l'autre ne rendrait pas leur utilisation inconstitutionnelle. Rien ne justifierait de s'éloigner d'une approche systémique. À l'appui de sa démonstration, il réfute les arguments fonctionnels avancés par les opposants à la loi. D'après lui, aucune des caractéristiques techniques de l'internet ne légitimerait de s'écarter des solutions dégagées pour les autres médiums de la communication. Il revient ainsi aux émetteurs de contenus sur l'internet de supporter le poids des "critères de la communauté", d'adapter leurs contenus en fonction de leur audience. Et le fait qu'une fois émis, les contenus sont disponibles à chaque communauté de la nation, n'y changerait rien. Un émetteur qui ne pourrait se soumettre à ces critères devra alors envisager de communiquer à l'aide d'un autre médium.

Les argumentations systémiques souffrent souvent de faiblesse rhétorique. Face au constat du refus de l'application des "critères de la communauté" décidé par cette même Cour lors de son contrôle du C.D.A., le juge Thomas défend sa position en arguant du fait que l'ancienne loi était exceptionnellement vague et large. Ceci rendait l'application de ces critères beaucoup plus hasardeuse. Le C.O.P.A., en restreignant la définition de l'obscénité à celle posée dans *Miller*, est une mesure constitutionnelle au regard du Premier amendement.

L'ensemble de ces éléments n'a toutefois pas convaincu la plupart des autres juges de la Cour suprême dans la décision *Ashcroft v. ACLU*. Si toutefois la majorité a voté en faveur de cette

⁶⁸⁰ *Reno v. ACLU*, précitée.

⁶⁸¹ *Ashcroft v. American Civil Liberties Union*, précitée.

décision, c'est parce que les opposants au C.O.P.A. n'ont pas réussi à démontrer que la loi était bien trop large du fait même de l'application des "critères de la communauté". Ainsi, si cette démonstration avait été faite, l'application de ces critères aurait très certainement été invalidée. Ceci ressort très clairement de chacune des opinions rédigées par les autres juges, qu'elles soient concurrentes ou dissidentes. Du fait de l'ampleur de leurs critiques, il est possible que cette décision reste isolée. L'approche systémique en matière d'internet reste faible aux États-Unis.

§2. Les faiblesses de l'approche systémique

Suite à son vote par le Congrès, la question de la constitutionnalité du C.O.P.A. avait été portée devant les tribunaux, et la censure des juges du premier degré⁶⁸² avait été confirmée par une Cour d'appel⁶⁸³. Pour juger que l'utilisation des critères de la communauté sur l'internet rendait le C.O.P.A. inconstitutionnel, la Cour d'appel s'était appuyée sur la précédente censure de la Cour suprême du C.D.A.⁶⁸⁴ Quelles avaient été alors les justifications de la Cour pour censurer le recours législatif à ces critères ? Les circonstances factuelles ayant motivé cette censure avaient-elles disparu lors du contrôle du C.O.P.A. par la Cour ?

Lors de la décision *Reno v. ACLU*, les juges avaient censuré le C.D.A. en raison de son caractère très large et vague. Au-delà des problèmes liés aux définitions vagues des contenus pénalisés par la loi, les juges avaient considéré que les "critères de la communauté" ne pouvaient être appliqués à l'internet en raison de ses caractéristiques techniques. En effet, selon les juges, contrairement à ce qui se passe sur d'autres médiums de la communication auxquels ces critères s'appliquent, sur l'internet, il n'est pas possible pour un émetteur de limiter géographiquement la diffusion d'un contenu. Un émetteur ne peut sélectionner son audience. Une fois le contenu envoyé sur l'internet, il est disponible partout et immédiatement. Les juges en avaient alors tiré pour conséquence qu'appliqués à l'internet, les "critères de la communauté" signifieraient que toute communication disponible à l'échelle nationale sera jugée en fonction de critères de la communauté la plus puritaine du pays. Cette

⁶⁸² United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania, *ACLU v. Reno*, D.C. n° 98-cv-05591.

⁶⁸³ United States Court of Appeal for the Third Circuit, *ACLU v. Reno*, n° 99-1324, le 22 juin 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://vls.law.vill.edu/locator/3d/Jun2000/991324.txt> .

⁶⁸⁴ *Reno v. ACLU*, précitée.

situation réduirait le nombre de contenus disponibles sur l'internet, ce qui violerait le Premier amendement. *A priori*, l'état de la technologie ne s'était pas modifié entre la censure du C.D.A. et le vote du C.O.P.A. Il serait toujours impossible pour les émetteurs de contenus sur l'internet de circonscrire leur audience, et donc de se conformer aux sensibilités de chaque communauté à travers les États-Unis.

C'est cette argumentation fonctionnelle et axiologique qui est au cœur des critiques formulées par six des neuf juges de la Cour suprême ayant participé à la décision *Ashcroft v. ACLU*. Elle est reprise par le juge Stevens dans son opinion dissidente. Selon le juge, c'est justement la particularité de l'internet que de rendre les contenus accessibles sans limitation géographique. Il reprend les arguments soulevés lors de la décision *Reno v. ACLU* pour dire qu'il est techniquement impossible d'éviter de toucher les communautés qui seraient à même de considérer un contenu dommageable aux mineurs. C'est ce qui fait de l'internet un forum unique de communication, et donc un outil en faveur de la liberté d'expression. Imposer aux émetteurs de contenus de se conformer aux "critères de la communauté" va à l'encontre de ce principe. Le test de *Miller* se trouve ainsi détourné : plutôt que de protéger l'expression contre les communautés les plus puritaines, il devient une arme à leur profit.

Sur le fondement de cette impossibilité technique pour un émetteur de localiser son audience sur l'internet, deux autres juges proposent d'adopter un critère national de l'obscénité. La communauté de référence serait alors la communauté adulte du pays. La juge O'Connor estime même que la jurisprudence *Miller* avait déjà vocation à s'appliquer à l'entière communauté de Californie où l'affaire avait eu lieu, forte de plusieurs millions d'habitants. Un critère national serait possible à trouver, et surtout, il poserait moins de problèmes au regard du Premier amendement. En effet, des variations continueraient d'exister d'une communauté à l'autre du fait de l'existence du système du jury aux États-Unis. C'est justement ce système qui permettrait alors d'adapter la définition de l'obscénité aux sensibilités locales. Les juges Kennedy, Souter et Ginsburg se sont ralliés à cette proposition. Ils ajoutent à cela que chaque médium de la communication ayant ses propres caractéristiques techniques, il conviendrait de mettre en place pour chacun d'entre eux un ensemble de règles qui serait conforme au Premier amendement. Imposer aux émetteurs de trouver un autre moyen d'expression s'ils ne peuvent se conformer aux critères de chaque communauté du pays revient à éliminer un moyen d'expression. Ceci ne saurait être toléré au nom du principe de la liberté d'expression.

Conclusion du Chapitre II.

Quelles que soient les solutions alternatives proposées par les juges de la Cour suprême au problème de l'application des "critères de la communauté" sur l'internet, ce qui ressort de la décision *Ashcroft v. ACLU* est la faiblesse de l'approche systémique au sens fort en ce qui concerne l'internet. Les arguments en faveur d'une démarche fonctionnelle sont majoritaires au sein de la Cour.

La Cour suprême a rendu des décisions à propos de l'internet en suivant généralement une approche téléologico-évaluative, partagée par la plupart des juges. La seule opinion dissidente formulée lors de la décision *Reno v. ACLU* dans laquelle la Cour censurait le C.D.A. ne consistait pas à s'en remettre à une approche systémique. Au contraire, son auteur, la juge O'Connor, a plutôt proposé une autre approche fonctionnelle, basée sur la théorie du zonage. Il était question de chercher une autre voie que celle qui avait été décidée par la Cour afin de trouver un régime juridique à l'internet. De même, dans la décision *Ashcroft v. ACLU* où il était question de la constitutionnalité du C.O.P.A. en tant que restriction de l'obscénité sur l'internet, une seule critique a longuement été développée, et elle ne concernait pas la démarche choisie par la majorité. Les juges Scalia, Breyer et O'Connor se montraient défavorables à l'exercice d'un contrôle strict de cette législation. Leur argumentation reposait sur le fait que le C.O.P.A. visait à réglementer la pornographie commerciale, expression non protégée par le Premier amendement. Dès lors, il n'y avait pas lieu, selon eux, de considérer le C.O.P.A. comme inconstitutionnel. Leur désaccord portait donc sur le fond, le contenu réglementé, et non sur la voie prise par la Cour par rapport à l'appréhension juridique de l'internet.

Il est encore difficile de savoir si cette approche restera isolée ou si elle se renforcera dans le temps. Est-elle le résultat du renouvellement des juges de la Cour suprême entre ces deux législations ? L'approche systémique au sens fort paraît parfois nier l'accroissement de la liberté d'expression permise par l'internet, reconnue par ses opposants.

Conclusion du Titre II.

Aux États-Unis, l'appréhension de l'internet par les acteurs juridiques s'est faite en fondant son régime juridique sur le Premier amendement. C'est au regard du principe de la liberté d'expression que des règles ont été proposées et élaborées. La question de la création d'un régime juridique *sui generis* ou de la subsumption des règles de l'internet de régimes juridiques existants s'est posée. Lors de la première loi votée à propos de la réglementation de la diffusion sur l'internet de contenus dommageables aux mineurs, le Congrès a opté pour une approche systémique au sens fort. Lors de la défense de la loi devant la Cour suprême, les pouvoirs publics sont même allés jusqu'à suggérer que l'internet s'apparentait à l'audiovisuel.

À ce stade de notre analyse, quelle serait donc la conception de la liberté d'expression sur l'internet aux États-Unis ? La réponse à cette question est malaisée tant les deux approches existantes sont fortes. On peut conclure provisoirement qu'il existe actuellement deux conceptions de la liberté d'expression sur ce support. La première, audacieuse, voit dans l'internet un accroissement de cette liberté. La protection à accorder à l'internet au titre du Premier amendement est justifiée par l'ensemble des méta-principes justificateurs d'une libre expression. La valeur de la démocratie, envisagée de manière sociale comme de manière intrinsèque, est particulièrement mise en avant par la Cour suprême, mais elle n'est pas la seule. L'épanouissement personnel et la liberté de choix doivent également servir de justification à la censure de réglementations qui mettraient en place des restrictions à la communication sur ce support. Il en est de même du libre marché des idées. D'après la Cour, il n'y a pas une seule valeur justificatrice d'une libre expression qui ne soit mise en exergue par l'internet.

La seconde approche passe par des arguments systémiques au sens fort pour restreindre la liberté d'expression sur l'internet. Selon ses partisans, l'intérêt dans la protection de l'enfance contre des contenus qui lui seraient dommageables est une limite à cette liberté. Le Premier amendement serait perdant dans le conflit qui l'oppose à l'intérêt de l'enfant. Ceci aurait une importance relative dans le cas des écoles et bibliothèques publiques, car leurs utilisateurs peuvent toujours accéder ailleurs à l'internet. La mission de ces institutions est de veiller à l'intérêt des enfants, et non d'être un lieu dédié à l'expression. Toutefois, une application stricte sur ce support de certaines règles existantes peut conduire à en détourner le sens. Il en

est ainsi des critères de la communauté qui, appliqués sur l'internet, reviennent à réduire très largement le nombre de contenus diffusés, alors qu'ils servent, dans d'autres contextes, à permettre à chaque communauté de décider pour elles-mêmes de ce qui est obscène. Ainsi, un contenu devrait être interdit sur tout le territoire américain dès lors qu'une communauté le qualifierait comme tel. Les très nombreuses critiques dont a fait l'objet cette décision, surtout de la part des juges de la Cour, montrent les faiblesses de cette approche.

Conclusion de la première Partie

Trouver les fondements de la liberté d'expression sur l'internet est un exercice ardu. Nous avons déjà conclu qu'il n'existe pas un mais plusieurs fondements à ce principe, et ce aussi en France qu'aux États-Unis. Pourquoi en irait-il différemment lorsque ce principe s'applique à l'internet ?

En faisant porter l'analyse sur les règles s'appliquant aux différents supports de la communication, nous avons vu que malgré de nombreuses hésitations, il a été décidé dans les deux systèmes juridiques envisagés de créer un régime qui soit propre à l'internet, au même titre que la presse et l'audiovisuel. Ces ensembles de règles sont justifiés au regard du principe de la liberté d'expression, sur des fondements différents. L'audiovisuel fait ainsi l'objet d'un régime juridique restreint afin que soit respecté le méta-principe de la démocratie duquel découle la nécessité d'un pluralisme de l'information. De son côté, la presse jouit d'une plus grande liberté d'expression, également sur le fondement du méta-principe de la démocratie dans ses versions instrumentale et intrinsèque.

Concernant l'internet, les deux systèmes juridiques présentent deux différences importantes. La première tient au fonctionnement même de ces régimes. En France, le principe de la liberté d'expression posé à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme ne peut être invoqué que devant le Conseil constitutionnel, et dans des limites très strictes. En matière de droit de la communication, la sous-théorisation dont fait l'objet ce principe implique une analyse des discours des acteurs juridiques afin d'en trouver le sens. Au contraire, aux États-Unis, la matière est largement développée. Le contrôle diffus de constitutionnalité des lois impose aux acteurs la détermination d'un sens à ce principe.

Une seconde différence se trouve dans la manière d'envisager l'internet en tant que phénomène juridique nouveau. En France, la tendance est de recourir rapidement à la loi afin de donner un sentiment de sécurité juridique. Aux États-Unis, la Cour suprême impose aux pouvoirs publics d'attendre avant de mettre en place de restrictions ; les nécessités du progrès l'emportent sur la loi.

Pourtant, les deux systèmes convergent sur les fondements de la liberté d'expression sur l'internet. C'est dans les deux cas les méta-principes de la démocratie, dans ses deux versions, instrumentale et intrinsèque, et celui du développement individuel qui justifient une libre expression. Néanmoins, la Cour suprême américaine a une conception plus large, considérant que l'internet permet de mettre également en avant tous les autres méta-principes qui soutiennent cette liberté.

Cette conclusion ne vaut que pour ce qui concerne les fondements de la liberté d'expression dans les régimes juridiques français et américain de l'internet. L'étude des limites de cette liberté sur ce support entraînera probablement d'autres conclusions quant à sa nature.

PARTIE II.

LA RENCONTRE DES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR L'INTERNET

Comme toute liberté, la liberté d'expression existe par ses limites. Bien que ce principe provienne de la tradition juridique française, nous avons pu constater dans les développements précédents qu'il s'applique tout autant aux États-Unis où finalement, l'absolutisme revendiqué dans la conception de la liberté se révèle n'être que l'interprétation minoritaire de l'énoncé du Premier amendement selon lequel le Congrès ne peut faire de loi limitant la liberté d'expression¹.

Toute liberté a pour limite le respect des lois, des règlements et des droits d'autrui. Mais de quelles limites spécifiques fait l'objet la liberté d'expression ? En France, l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen nous indique que : " la libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'homme : tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi". Cet énoncé nous renvoie ainsi à la loi en cas d'abus. Ceux qui sont sanctionnés législativement concernent tout d'abord le contenu d'une idée ou d'une information exprimée publiquement. Aussi, toujours en France, la loi sur la presse de 1881 définit un certain type d'occurrences, qui, une fois portées à la connaissance du public, sont susceptibles d'engager la responsabilité de leur auteur. Il en est ainsi par exemple de l'atteinte à la réputation, de la provocation aux crimes et aux délits, de l'injure ou encore du négationnisme. Des lois spécifiques répriment également certains abus de la liberté d'expression comme la loi de 1970² à propos de l'atteinte à la vie privée.

Aux États-Unis, la situation juridique est similaire. Le législateur, mais surtout la jurisprudence ont construit à partir du principe de dommage - ou *harm principle* – un système

¹ "Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]".

² Loi n° 70-643 du 17 juillet 1970 tendant à renforcer la garantie des droits individuels des citoyens, *J.O.*, 19 juillet 1970, p.6751, qui a été codifiée à l'article 9 du Code civil.

de limitation de la liberté d'expression sanctionnant, à quelques différences près, le même type de contenus que le législateur français.

Une autre limitation essentielle de la liberté d'expression concerne la responsabilité en cas de diffusion au public de ces contenus répréhensibles. Comme nous l'avons vu précédemment, des règles ont été posées selon que ces contenus sont énoncés directement par quelqu'un, dans un lieu public, ou par le biais d'intermédiaires à la communication tels la presse ou l'audiovisuel. Dans ce dernier cas, dans les deux pays étudiés, des règles spécifiques ont été mises en place pour garantir la liberté d'expression tout en désignant les personnes responsables.

Ces limites de la liberté d'expression trouvent-elles à s'appliquer au le phénomène juridique nouveau qu'est l'internet ? L'apparition de ce nouveau support de la communication conduit-il au contraire à les bouleverser ? Ou bien, une simple adaptation suffirait-elle ? Il semblerait que la nouvelle manière de communiquer que permet l'internet conduise à modifier le cas échéant la définition de certains contenus ou les critères utilisés pour leur qualification juridique. Ces modifications peuvent être étudiées dans le cadre plus général de la mise en place des règles des responsabilités, qui nous semblent au cœur de la détermination des limites de la liberté d'expression sur ce support.

La diffusion de contenus sur l'internet se fait par le biais d'intermédiaires n'assurant dans la plupart des cas qu'un rôle technique de transmetteurs d'informations. Cette fonction est nouvelle et ne ressemble pas *a priori* à celle des intermédiaires classiques de la communication comme la presse ou l'audiovisuel qui exercent un pouvoir éditorial. Toutefois, comme ces derniers, ils participent à la diffusion d'expressions et ils constituent le point de passage obligé entre leurs auteurs et le public. Juges et législateurs ont eu à déterminer les régimes de leurs responsabilités civile et pénale du fait de la diffusion d'expressions répréhensibles. Ils ont dû choisir entre leur imposer une responsabilité de principe ou limiter leur responsabilité. Ces choix ont des incidences directes importantes, et différentes, au regard du principe de la liberté d'expression. Nous verrons que dans un premier temps, la préférence a été donnée à la construction de régimes de responsabilités de principe, solution qui découlait essentiellement de l'application des régimes existants pour la presse et l'audiovisuel (Titre I). Puis, une fois les décisions rendues et commentées, une seconde période s'est ouverte dans laquelle ce principe s'est inversé en faveur de la mise en place de responsabilités limitées

(Titre II). Mais avant cela, il est nécessaire de décrire succinctement les différents intermédiaires techniques de l'internet.

Paragraphe préliminaire. Présentation des différents intermédiaires techniques

Les intermédiaires techniques de l'internet peuvent être définis selon la fonction qu'ils assument dans l'opération de mise à la disposition des contenus au public. On en dénombre quatre.

Le transporteur ou opérateur de télécommunications est un professionnel spécialisé dans le transport des informations sur le réseau, comme il le fait pour toute communication téléphonique. Les câblo-opérateurs sont également concernés. Les opérateurs de télécommunications des deux pays étudiés n'ont jamais vu leur responsabilité engagée. Celle-ci reposerait sur leur connaissance, prouvée, d'une illicéité car leur activité se borne au transport des informations. La question est plus délicate en ce qui concerne l'opérateur – ou tout autre intermédiaire - ayant en plus une activité de "cache"³. Le cache est un stockage temporaire par un opérateur des pages les plus consultées sur ses serveurs – c'est-à-dire ses ordinateurs - lui permettant *a priori* d'en exercer un contrôle.

Un deuxième intermédiaire, le fournisseur d'accès, permet à tout utilisateur de se connecter sur le réseau par l'intermédiaire d'une ligne téléphonique, du câble, ou encore du satellite. Il s'occupe de l'interconnexion des équipements permettant l'accès à l'internet. Souvent, cet intermédiaire fournit également des contenus sur sa page d'accueil. Dans ce cas, il sera responsable comme auteur principal des contenus qu'il édite lui-même, comme n'importe quel fournisseur de contenus. Mais en ce qui concerne la simple fourniture d'accès, la question de sa responsabilité est généralement écartée. Néanmoins, du fait de sa possibilité technique d'intercepter les contenus, il a été suggéré à maintes reprises de le contraindre à bloquer l'accès à certains sites comportant des contenus illicites. Cette question est particulièrement épineuse et fera l'objet de développements spécifiques.

Le fournisseur d'hébergement est un troisième intermédiaire qui, de son côté, propose l'accès à plusieurs services, telle que la messagerie électronique ou encore l'hébergement des pages personnelles de ses abonnés par le biais du stockage des données transmises par ceux-ci sur

³ Un "cache" est plus précisément une copie locale d'informations distantes destinée à accélérer les nouveaux accès à ces données. Un ordinateur conserve ainsi une copie des pages visitées dans son cache pour pouvoir les réafficher rapidement sans avoir à les recharger à partir du site sur lequel un utilisateur se reconnecte. Voir le site suivant : http://www.atoute.org/lexique_internet.htm.

son serveur, c'est-à-dire dans ses ordinateurs. C'est cette fonction qui jusqu'à présent a posé le plus de problèmes en terme de responsabilité. Il a ainsi été envisagé de le contraindre à exercer un contrôle des contenus entre leur transmission par leur auteur et leur mise à la disposition du public.

La question de l'engagement de la responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et de liens hypertexte se pose également depuis quelques temps. Il existe deux types d'outils de recherche : les moteurs de recherche et les annuaires. Un moteur de recherche est "un logiciel d'exploration appelé 'robot', qui visite en continu les pages web et les indexe de manière automatique dans une base de données, en fonction des mots-clés qu'ils contiennent"⁴. Il n'existe aucune intervention humaine dans ce référencement. Les annuaires "sont des listes de sites disposées selon des catégories et des sous-catégories"⁵. La différence entre ces deux méthodes est que la seconde nécessite pour le propriétaire du site de s'enregistrer au préalable, en indiquant le titre, une courte description et des mots-clés. Le référencement est ici humain et non automatique, au contraire des moteurs de recherche⁶.

Par ailleurs, les liens hypertextes peuvent être définis comme des "code[s] HTML permettant l'indication interactive de la coordonnée d'une page web, d'une image, d'un endroit spécifique à l'intérieur d'une page web ou de tout autre document numérisé"⁷. C'est ainsi, dit-on, que "la Toile se tisse"⁸, ces liens étant une des caractéristiques essentielles de la communication sur l'internet. La question de la responsabilité du fait du renvoi par lien hypertexte à un contenu illicite variera selon que ce lien a été établi par un éditeur de contenu ou par un intermédiaire du type moteur de recherche ou plus généralement "portail"⁹. La mise en cause de leur responsabilité se fait généralement dans le cadre du respect des droits d'auteur ou de la contrefaçon.

Enfin, dans le domaine spécifique de la protection des données, les juges ont eu à décider si les entreprises offrant un accès à l'internet à leurs employés pouvaient se voir qualifier d'intermédiaires techniques. Nous verrons que ce fut généralement le cas.

⁴ Verbiest (T.) et Wéry (É.), "La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens", *Légipresse*, Mai 2001, pp 49-53.

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

⁹ Un portail peut être défini comme une sorte d'annuaire fournissant des liens hypertextes permettant l'accès à des sites spécialisés dans certaines matières.

La responsabilité de ces intermédiaires dépendra en partie de leur degré de connaissance et de contrôle technique des contenus. Plus il sera élevé, plus les intermédiaires risqueront de voir leur responsabilité engagée. Voyons à présent les solutions adoptées par les juges et les législateurs français et américains.

TITRE I.

LA RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

En France comme aux États-Unis, la jurisprudence, et dans certains cas le législateur, ont opté aux débuts de l'intégration juridique de l'internet pour la mise en place pour ses intermédiaires techniques de régimes instituant leur responsabilité par principe. Le fait même qu'un contenu répréhensible soit diffusé par leur biais conduirait à leur mise en cause s'il était intercepté. Ils seraient en quelque sorte les responsables éditoriaux des contenus transitant sur leurs serveurs afin d'être mis à la disposition du public. La nécessité de réagir face à l'utilisation de plus en plus massive de l'internet et celle de réguler la diffusion de contenus répréhensibles ne sont pas étrangères à la mise en place de régimes de responsabilités civile et pénale qui ont pu paraître sévères.

Il s'agit de découvrir plus à fond les fondements et la nature de cette sévérité au travers de l'étude des droits français et américains. Avant l'intervention du législateur, les juges ont appliqué les règles du droit de la communication et du droit commun. Aussi, la difficulté à inférer des règles construites pour d'autres médiums à l'internet, n'entraîneraient-ils pas cette sévérité ? Quant au droit commun, dont les règles générales n'ont pas vocation à protéger différemment l'activité expressive des autres activités humaines, l'appliquer à l'internet ne serait-il pas également source de sévérité ? Les législateurs français et américain, en tentant de réguler l'internet, ont corroboré dans un premier temps cette responsabilité de principe des intermédiaires.

Il conviendra d'étudier distinctement la mise en œuvre d'une responsabilité de principe des intermédiaires techniques de l'internet en France (Chapitre I) et aux États-Unis (Chapitre II.).

CHAPITRE I.

LA SOUMISSION DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES À UNE RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE EN FRANCE

La question de la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet a fait couler beaucoup d'encre en France avant l'intervention du législateur en 2004¹⁰. Les décisions de justice ont été largement commentées par la doctrine, et les solutions discutées. La matière n'est pas simple et une lecture superficielle ou rapide des décisions et de leurs commentaires peuvent conduire à un sentiment de confusion tant ces derniers sont contradictoires. Les contradictions sont de deux ordres. Elles portent tout d'abord sur l'interprétation des solutions appliquées par les juges, de même que sur leur détermination du régime de responsabilité à adopter¹¹. Elles consistent ensuite en une confusion entre responsabilités civile et pénale. Les études proposent souvent des solutions qui ne font pas clairement la différence entre les deux alors pourtant que leurs régimes sont nécessairement distincts. Rares sont les auteurs qui offrent une analyse différenciée.

Même si les juges et le législateur furent un temps d'accord - bien que poursuivant des objectifs distincts - pour imposer une responsabilité de principe aux intermédiaires techniques face aux contenus répréhensibles circulant sur l'internet, la détermination de la structure de cette responsabilité reste différente en droit pénal (Section I.) et en droit civil (Section II.).

¹⁰ Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, *J.O.* n° 143, 22 juin 2004, p.11168. Notons que l'encre a continué de couler après l'intervention de la loi, même si les critiques se sont peu à peu apaisées.

¹¹ C'est également ce que font remarquer certains auteurs : "confrontés à la difficulté d'appréhender correctement le rôle technique tenu par ces intermédiaires, leur implication exacte dans la chaîne de responsabilité, et les diligences attendues d'eux, les tribunaux saisis ont statué en des sens diamétralement opposés", Verbiest (T.), et Wéry (É.), "La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens du fait du contenu des sites référencés", précité.

SECTION I.

LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Trouver un régime de responsabilité équilibré est particulièrement sensible en matière pénale du fait des sanctions afférentes, et plus encore dans le domaine de la liberté d'expression où la crainte des sanctions peut conduire ceux qui y seraient exposés à se limiter dans leur activité expressive.

Certaines décisions de justice, déjà anciennes, ont appliqué le régime de la responsabilité en cascade découlant du droit de la presse aux intermédiaires. Comment les juges ont-ils procédé pour réaliser une telle inférence ? Les intermédiaires techniques de l'internet peuvent-ils être considérés comme les équivalents fonctionnels des acteurs de la presse ou de l'audiovisuel ? Exercent-ils un contrôle éditorial des contenus diffusés par leur biais ? Dans le cas contraire, comment justifier de les soumettre à ce régime ? Enfin, la transposition du régime de la responsabilité en cascade aux intermédiaires de l'internet serait-elle protectrice de la liberté d'expression, comme elle l'est pour la presse et l'audiovisuel, ou conduirait-elle à limiter cette liberté sur ce médium ? (§1.)

D'un autre côté, l'application du régime de droit commun a été envisagée. En soi, elle soulève des questions plus simples. Si un intermédiaire était l'auteur principal d'une infraction, sa responsabilité se verrait aisément engagée, comme tout un chacun. La question de son éventuelle complicité pose plus de problèmes. Le législateur est allé plus loin dans ce domaine en proposant de les déresponsabiliser sur le fondement du droit commun, tout en leur imposant des charges dont le non-respect conduirait à les sanctionner. L'application du droit commun dans le domaine pénal soulève également la question de la limitation de la liberté d'expression sur l'internet (§2).

§1. L'application de la responsabilité en cascade aux intermédiaires techniques

La responsabilité éditoriale, illustrée par la métaphore de la cascade, a été créée pour le droit de la presse¹² – puis étendue à l'audiovisuel¹³. C'est une responsabilité de nature pénale. Une fois des propos publiés déclarés illicites, la responsabilité de celui qui dispose du contrôle éditorial de la publication est automatiquement engagée. En matière de presse, à défaut de pouvoir aller contre l'éditeur¹⁴, les juges rechercheront la responsabilité des imprimeurs, vendeurs et distributeurs, et en dernier lieu, celle de l'auteur des propos. Cette quête de responsabilité s'arrêtera dès que les juges auront trouvé un de ces intervenants, dans l'ordre défini par la loi du 29 juillet 1881¹⁵.

La transposition de ce régime à l'internet reviendrait à faire peser la responsabilité de la diffusion des contenus illicites sur les intermédiaires techniques. Mais cette transposition dépend dans une large mesure de la définition de leur rôle technique, c'est-à-dire des différentes opérations qu'ils effectuent afin de mettre une information à la disposition du public. Elle dépend également de la qualification donnée à l'internet par les juges (A.). Nous verrons que l'application de ce régime aux intermédiaires techniques s'est révélée être une opération malaisée (B.)

A. Les qualifications judiciaires de l'internet

Avant l'intervention du législateur par la loi du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique¹⁶, les juges ont eu à trancher les affaires qui leur étaient soumises concernant l'internet et répondre aux argumentations des parties. L'application du régime de la responsabilité en cascade aux intermédiaires techniques de l'internet a été la première solution adoptée par les tribunaux. Néanmoins, ce régime s'applique traditionnellement dans deux hypothèses : celle du droit de la presse et celle du droit de l'audiovisuel. Ainsi, pour que cette

¹² Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, insérée dans le code pénal, dans l'annexe "presse et communication", voir la Partie I, Titre préliminaire, Chapitre II, Section I.

¹³ *Ibid.*

¹⁴ *Ibid.* Dans le régime de l'audiovisuel, c'est le directeur de publication qui sera d'abord responsable, article 93-3 de loi n° 85-1371 du 13 décembre 1985 modifiant la loi du 29 juillet 1982 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 14 décembre 1985, p. 14535.

¹⁵ Articles 42 à 44 de la loi du 29 juillet 1881.

¹⁶ Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

inférence soit valable, les juges ont dû se poser la question de savoir si l'internet pouvait ou non être qualifié de service de presse en conformité à la loi de 1881 sur la liberté de la presse, réformée par la loi du 1^{er} août 1986¹⁷ (1.), ou de service de communication audiovisuelle au sens de la loi de septembre 1986¹⁸ (2.).

1. L'internet, un service d'édition en ligne ?

Un site internet peut-il être qualifié de publication de presse au sens de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 1986 ? Cet article dispose que : "au sens de la présente loi, l'expression 'publication de presse' désigne tout service utilisant un mode écrit de diffusion de la pensée mis à la disposition du public en général ou de catégories de publics et paraissant à intervalles réguliers". À l'origine, cette définition avait pour but de distinguer la presse périodique du livre.

Selon l'argument de l'application du droit de la presse à l'internet, les trois critères de la loi de 1986, à savoir la diffusion par écrit, la mise à la disposition du public et la périodicité de cette diffusion, pourraient être appliqués à toute publication sur l'internet.

Au cours d'une affaire jugée par le Tribunal d'instance de Paris¹⁹ concernant une plainte pour diffamation publique contre un site internet, le demandeur avait argué de l'incompétence de cette juridiction au profit du Tribunal de grande instance de Paris sur le fondement de l'article R. 321-8 du Code de l'organisation judiciaire. Cet article donne compétence aux tribunaux de grande instance pour les "actions civiles pour diffamation ou injures publiques ou non publiques, verbales ou écrites, autrement que par voie de presse". En d'autres termes, les tribunaux d'instance ne peuvent connaître des litiges de diffamation et d'injures qu'à la condition que les faits soient commis en dehors de la presse. En l'espèce, il s'agissait donc de déterminer si le contenu contesté avait été commis ou non par voie de presse.

Le tribunal a rejeté l'argumentation du demandeur en se référant à la loi sur la presse de 1986. Il a qualifié le site internet en cause de publication périodique, jugeant aussi qu'il était

¹⁷ Loi 86-697 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, *J.O.*, 2 août 1989, p. 9529.

¹⁸ Loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 1^{er} octobre 1986, p. 11755.

¹⁹ Tribunal d'instance de Paris, 3 août 1999, *SA Groupe Tests c/ SARL Groupe Worldnet*, *Légipresse*, n° 168, janvier-février 2000, pp. 20-24, note Bigot (C.).

indifférent que son auteur soit ou non journaliste, suivant ainsi les critères posés par cette loi. Cette espèce est intéressante dans la mesure où elle pose le problème de la définition de ce qu'est un journal, et plus généralement une édition, question qui ne se posait pas auparavant. En effet, s'il peut paraître évident que le droit de la presse devrait s'appliquer aux sites internet ayant une fonction d'édition, des doutes subsistent quant à l'extension de cette qualification à tous les sites. Lorsque de simples particuliers mettent en place une page, un site internet, ou encore un blog dans lequel ils expriment des opinions, peuvent-ils être protégés au titre de la liberté de la presse ? Répondre positivement à cette question reviendrait à modifier le sens donné à la liberté de la presse, lui ajouter un fondement qu'elle n'avait pas jusque là, à savoir la valeur du développement individuel, méta-principe orienté principalement sur celui qui s'exprime. Or, la presse, fondée historiquement sur les valeurs de vérité et de démocratie, est orientée vers le public. Considérer des pages internet, des sites ou encore des blogs de particuliers comme des services d'édition en ligne serait un élargissement considérable du principe de la liberté de la presse, élargissement qui pourrait en saper la pertinence. Le Conseil d'État est pourtant allé dans cette direction en proposant de définir l'édition comme "la création et la production d'un contenu mis à la disposition du public"²⁰. Toutefois, aucun tribunal n'a validé une telle interprétation du principe de la liberté de la presse. Les juges ont été plus sensibles à l'argument visant à considérer l'internet comme un service de communication audiovisuelle.

2. L'internet, un service de communication audiovisuelle ?

La solution appliquée le plus fréquemment par les juges avant l'intervention du législateur a été de qualifier l'internet de service de communication audiovisuelle au sens de la loi du 30 septembre 1986²¹. Dans la plupart des cas, cette qualification était explicite. Ainsi, dans une affaire où un étudiant éconduit avait mis en ligne des photos de son ancienne amie dans des positions plus que suggestives, le tribunal a décidé "qu'il convient de rappeler qu'Internet est un service de communication audiovisuelle ; qu'il faut entendre par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories du public par un procédé de

²⁰ Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998, p. 184.

²¹ Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée. Son article 2 alinéa 2 dispose que : "on entend par communication audiovisuelle toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de télécommunication, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée".

communication, de signes, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée"²². Cette qualification fut également utilisée lors d'une affaire de diffamation²³, dirigée notamment contre un intermédiaire technique. Les juges ont estimé que l'internet était bien un procédé de télécommunications, et donc le support de services de communication audiovisuelle. Le caractère public de la communication était quant à lui confirmé par le fait que "l'hébergement des pages personnelles consiste, après le stockage, à acheminer les pages personnelles vers l'ordinateur de tout utilisateur d'Internet qui en fait la demande [...]"²⁴.

D'autres fois, la qualification de l'internet de service de communication audiovisuelle était implicite. Elle est ressortie par exemple de la décision d'un tribunal de considérer des propos comme constitutifs d'une infraction inscrite dans la loi de 1881 relative à la liberté de la presse, ou par l'application des règles de prescription de l'action publique de cette même loi²⁵. Pour autant, les juges reconnaissaient volontiers la difficulté d'appliquer telle quelle la responsabilité en cascade à l'internet :

"Si la mise en œuvre de ce principe [de prescription posé à l'article 65 de la loi de 1881] est aisément applicable à des messages périssables, voire furtifs, dès lors qu'ils ont fait l'objet d'une publication sur support papier ou audiovisuels, il n'en va pas de même lorsque le message a été publié par internet qui constitue un mode de communication dont les caractéristiques techniques spécifiques obligent à adapter les principes posés par la loi sur la presse qui visent tout à la fois à protéger la liberté de pensée et d'expression et à en condamner les excès dès lors qu'ils portent atteinte à des valeurs consacrées par ladite loi et, le cas échéant, à des intérêts particuliers ou collectifs"²⁶.

Jusqu'à l'intervention du législateur²⁷, l'internet était donc qualifié par les juges de service de communication audiovisuelle, et parfois seulement, de service de presse. Toutefois, cette

²² Tribunal de grande instance de Privas, 3 septembre 1997, *Le Ministère public et Mademoiselle S. / Monsieur F.*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=159. Cette définition de la communication audiovisuelle est celle qui était donnée par la loi du 30 septembre 1986 dans sa version initiale, précitée.

²³ Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, *Axa c/ Christophe M.*, *Légipresse*, n° 168, janvier-février 2000, pp. 20-24, note Bigot (C.).

²⁴ *Ibid.*

²⁵ Cour d'appel de Paris, 15 décembre 1999, *Jean-Louis Costes c/ Ministère public et autres*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/cgi-iddn/french/affiche-jnet.cgi?droite=internet_illicites.htm. Les propos de M. Costes diffusés sur l'internet avaient été qualifiés d'injures publiques raciales, de diffamation publique raciale, de provocation à la violence raciale et de provocation à des atteintes à la vie et à l'intégrité des personnes.

²⁶ *Ibid.*

²⁷ Le législateur est intervenu une première fois en 2000, loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, n° 177, 2 août 2000, p. 11903, puis une seconde fois en 2004, loi n° 2004-275 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, *J.O.*, 22 juin 2004, voir supra Partie I, Titre I.

qualification n'était pas souvent aisée à identifier et les décisions judiciaires pas toujours claires quant à leurs fondements juridiques. Ceci peut s'expliquer par la marque d'une certaine prudence de la part des juges face à un médium alors juridiquement nouveau. Qualifier l'internet de service de communication audiovisuelle démontre une volonté de cohérence par rapport au système de la communication alors en vigueur. Pour autant, les juges n'ont pratiquement jamais tiré jusqu'au bout les conséquences d'une telle qualification, aucune condamnation n'étant intervenue dans le cadre de la responsabilité en cascade.

B. La difficile application de la responsabilité en cascade

Les juges n'ont jamais condamné les intermédiaires techniques de l'internet au titre de la responsabilité en cascade. Une telle inférence était rendue difficile du fait de deux obstacles déterminants. Le premier concernait leur rôle, perçu par les juges comme se limitant à une tâche technique de mise à la disposition du public des informations (1.). Le second obstacle tenait à leur absence de pouvoir éditorial sur les contenus, pouvoir essentiel dans ce mécanisme de la cascade (2.).

1. De simples intermédiaires techniques

L'avantage de soumettre les intermédiaires techniques au régime de la responsabilité en cascade aurait été de faciliter les poursuites en désignant de manière quasi-certaine un responsable à la diffusion de contenus illicites. Cette application a été envisagée. Rappelons que la chaîne des intermédiaires de la presse désigne comme responsables, successivement et de manière non cumulative, le directeur de publication ou l'éditeur, l'auteur, l'imprimeur, et enfin le vendeur, le distributeur et l'afficheur²⁸. Dès lors, comment définir les différents intermédiaires de l'internet ? Ils pourraient être considérés à titre principal soit comme de simples distributeurs, soit comme des directeurs de publication selon qu'on décide qu'ils jouent ou non un rôle uniquement technique dans le processus de communication au public²⁹. C'est donc le degré de contrôle sur les contenus qui nous donnerait la clé pour la mise en place de la cascade. Qualifiés de simples distributeurs, les intermédiaires ne verraient leur

²⁸ Article 42 de la loi du 29 juillet 1881, précitée.

²⁹ Cette hypothèse implique ici évidemment qu'ils ne créent pas eux-mêmes de contenus.

responsabilité engagée que s'il est impossible d'établir celle du directeur de publication, puis de l'auteur réel. Mais qui serait alors le directeur de publication au sens du droit de la presse ? Et, si on les considérait comme des directeurs de publication, la question de leur contrôle éditorial des contenus se poserait.

Un des principaux arguments avancés contre l'application de la cascade aux intermédiaires de l'internet tenait à la difficulté d'établir une telle chaîne de responsabilités dans le cas de la communication publique sur ce médium. Il serait malaisé de déterminer avec précision le rôle de chacun des intermédiaires, ceux-ci cumulant souvent plusieurs fonctions. Ainsi, un fournisseur d'accès met généralement en ligne lui-même des contenus sur sa page d'accueil. Il peut aussi offrir un certain nombre de services dont l'hébergement de pages ou de sites personnels. Cette difficulté pourrait toutefois être résolue en suivant le modèle des chaînes de responsabilité de la presse ou de l'audiovisuel. Chaque fonction y est stable et déterminée, et lorsqu'une personne exerce plusieurs fonctions à la fois, les juges retiennent celle qui intervient en première ligne³⁰.

Néanmoins, dans le cas de l'internet, il faudrait déterminer la fonction principale d'un intermédiaire dans un cas précis mettant en cause sa responsabilité. Le Conseil d'État a dénoncé la difficulté de l'établissement d'une chaîne de responsabilités de type éditoriale dans ce cadre :

"Il est [...] difficile de fixer, a priori, une chaîne de responsabilité d'acteurs, aux fonctions stables et déterminées, alors que ceux-ci peuvent, sur les réseaux, exercer pratiquement toutes les fonctions ; certes, il y a des métiers distincts (fournisseur d'accès, hébergeur, éditeur de contenus...) mais ceux-ci ne sont pas liés de façon permanente à un type d'acteur. Il faut donc raisonner par fonction et déterminer au cas par cas, le schéma de responsabilité"³¹.

Par ailleurs, l'internet ayant été qualifié dans un premier temps par la jurisprudence de service de communication audiovisuelle³², pourquoi les juges n'ont-ils pas appliqué la responsabilité en cascade telle qu'elle découle de la loi du 29 juillet 1982 sur l'audiovisuel³³ ? Aux termes de cette loi, la responsabilité touche d'abord le directeur de publication, puis l'auteur, et enfin le

³⁰ Auvret (P.), "L'application du droit de la presse au réseau Internet", *J.C.P.*, G., 1999, I, n° 108, pp. 257-263, et notamment p. 260.

³¹ Conseil d'État, précité, p. 176.

³² Voir supra.

³³ Loi du 29 juillet 1982 relative à la liberté de communication, précitée.

producteur³⁴. La mise en cause du directeur de publication implique cependant que le contenu ait été fixé - à savoir enregistré – préalablement à sa diffusion au public. À défaut d'une telle fixation, c'est le droit commun qui s'applique, et seul l'auteur peut être considéré comme responsable. C'est dans une affaire ayant trait à la responsabilité pénale d'un fournisseur d'hébergement que cette hypothèse a été soulevée³⁵. Initialement, le juge avait considéré qu'"il était d'ores et déjà acquis que l'édition de pages personnelles pouvant être consultées sur le réseau de l'Internet est un moyen de communication audiovisuelle". Ensuite, la question qui se posait était de savoir s'il existait un délai entre le transfert des fichiers de l'auteur et leur accessibilité au public. Le juge estimait que l'existence d'un tel délai aurait permis l'exercice par le fournisseur d'hébergement d'un contrôle éditorial avant que le public n'ait eu accès au contenu. La mise en œuvre de la responsabilité en cascade aurait alors été possible. Dans l'hypothèse d'une absence de délai, l'intermédiaire devait être réputé comme ne pouvant exercer de contrôle. Sa responsabilité ne pouvait alors être engagée que sur le fondement du droit commun. En l'espèce, le juge a déduit du fonctionnement du service d'hébergement que son fournisseur ne saurait être le directeur de publication du site en cause car il n'existait aucun délai entre le transfert du fichier par son auteur et son accessibilité en ligne. Dès lors, seul l'auteur du contenu, et à défaut le producteur, auraient pu être déclarés responsables sur le fondement de la loi de 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle.

En plus de la difficulté technique à soumettre les intermédiaires de l'internet à la responsabilité en cascade prévue pour la presse et l'audiovisuel se pose celle liée à la question de leur pouvoir éditorial sur les contenus diffusés par leur biais.

2. La question du contrôle éditorial des intermédiaires techniques

La possibilité technique pour les intermédiaires, à des degrés toutefois divers, d'intercepter les contenus ou d'en bloquer l'accès soulève la question de leur maîtrise des contenus. La logique de la cascade pourrait conduire à les considérer comme les auteurs principaux de la responsabilité du fait des contenus diffusés. L'architecture de l'internet permettrait

³⁴ Article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, précitée.

³⁵ Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, *AXA Conseil IARD et AXA Conseil Vie / Monsieur Christophe M., Monsieur Christophe SAPET, Président du Conseil d'Administration de la société INFONIE*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php?id_article=29.

théoriquement de leur imposer ce contrôle³⁶, comme c'est le cas pour la presse ou l'audiovisuel. L'intermédiaire serait ici considéré comme exerçant une surveillance *a priori* des contenus, sauf à répondre *a posteriori* de leur diffusion en cas d'illicéité. Ce choix juridique serait parfaitement possible s'il ne se heurtait au fondement même du régime de la cascade, à savoir l'existence d'une ligne éditoriale de la part de l'intermédiaire et la protection de la liberté d'expression.

Nous l'avons vu à plusieurs reprises, le système de responsabilité en cascade a été mis en place afin de protéger la liberté d'expression du journaliste. Si le directeur de publication ou l'éditeur est le premier visé par la chaîne des responsabilités, c'est tout d'abord parce qu'il édicte une politique éditoriale, et ensuite parce qu'il maîtrise la teneur des contenus avant leur publication. Ceci explique donc que l'auteur de ces contenus ne soit placé qu'au deuxième rang de la chaîne. Assimiler les intermédiaires aux directeurs de publication - ou éditeurs - implique que ces deux critères – maîtrise des contenus et politique éditoriale - soient réunis, ce qui est rarement le cas sur l'internet. Seuls les pages ou sites à vocation informationnelle et fonctionnant sur le modèle de la presse ou de l'audiovisuel pourraient répondre à ce schéma, et ils représenteraient une part trop peu significative de la communication sur l'internet pour que ce modèle soit étendu à toute communication au public. En revanche, il a pu sembler raisonnable de retenir ce système le cas échéant³⁷. C'est ainsi que le rapport du Conseil d'État propose d'ajouter un alinéa à l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982, établissant la cascade en matière audiovisuelle, qui serait ainsi formulé : "Ne sont tenus pour responsables sur le fondement des alinéas précédents que les personnes qui créent ou produisent des contenus mis à la disposition du public"³⁸. Cette définition reste toutefois large car elle implique un grand nombre de contenus qui n'ont pas forcément de caractère informationnel. Ceci aurait tout de même pour avantage de clarifier la matière en excluant explicitement la responsabilité des intermédiaires, sauf à ce qu'ils aient eux-mêmes participé à l'élaboration du contenu, qu'ils

³⁶ Ainsi dans le cas du fournisseur d'hébergement, le – très – court délai existant entre la réception des contenus des auteurs et leur accessibilité au public pourrait être augmenté afin de permettre une telle surveillance. Il en serait de même dans le cas des groupes de discussion et des listes de diffusion. Mais les décisions normatives relatives à la technique sont des propositions susceptibles d'être vraies ou fausses, et il ne nous appartient pas de nous prononcer sur leur véracité ou leur fausseté.

³⁷ C'est la solution que retenait le Conseil d'État dans son rapport précité pp. 175-179 et 183-185, bien que comme nous le verrons plus loin, son but était d'écartier l'application de la responsabilité en cascade aux intermédiaires. Mais dès lors, et comme le fait remarquer le Conseil, une question importante surgit qui est celle de la définition de la notion d'édition. En effet, aucune définition n'existe, et pour pouvoir appliquer la cascade, encore faut-il être certain qu'on se trouve en présence d'une activité éditoriale.

³⁸ *Internet et les réseaux numériques*, précité, p. 184.

l'aient modifié, ou qu'ils en aient eu connaissance. Leur responsabilité serait ici fondée sur le droit commun.

La seule décision intervenue en matière de responsabilité pénale d'un intermédiaire technique³⁹ a abouti à refuser de le considérer comme le directeur de publication au sens du droit de la communication. Il s'agissait en l'espèce pour le tribunal de se prononcer sur l'éventuelle responsabilité d'un intermédiaire technique, Infonie, pour la diffusion sur un des sites qu'il hébergeait de propos diffamatoires à l'encontre de la société Axa. Se fondant sur le droit de la communication, Axa prétendait que le président du conseil d'administration d'Infonie était responsable en tant que directeur de publication d'un service de communication audiovisuelle. Axa ajoutait qu'aux termes de l'article 93-3 de la loi du 30 septembre 1986, l'auteur des propos devait être considéré comme complice. Le téléchargement des pages personnelles sur les serveurs d'Infonie constituerait la condition de fixation préalable pour l'application de ces dispositions. L'intermédiaire avait la possibilité de contrôler les contenus transitant sur ses serveurs, et Infonie aurait manqué à son obligation de vérification.

De son côté, l'intermédiaire, Infonie, contestait l'application de la loi de 1986, cette dernière supposant une possibilité de contrôle éditorial exercé avant la communication au public. Or, il n'existerait aucun délai entre la transmission des pages personnelles aux serveurs de l'intermédiaire et leur accessibilité au public. Du fait de l'absence de fixation préalable, le président d'Infonie estimait qu'il ne pouvait en aucun cas être qualifié de directeur de publication.

Le juge s'est tout d'abord attaché à déterminer le caractère public des pages personnelles en cause en reconnaissant leur qualification de services de communication audiovisuelle. Il a ensuite considéré les propos comme étant effectivement diffamatoires. Enfin, examinant la question de la responsabilité de l'intermédiaire technique, Infonie, il devait déterminer le rôle exact d'un fournisseur d'hébergement. Il estima que celui-ci dispensait publiquement un service de stockage des données et de gestion des contenus. Il ne faisait que participer à l'acte de diffusion par les moyens techniques mis à la disposition du créateur des pages personnelles sans intervenir sur l'émission des données ni en déterminer le contenu :

³⁹ Tribunal d'instance de Puteaux, 28 septembre 1999, *Axa Conseil Iard et Axa Conseil Vie c/ M. Christophe M., M. Christophe Sapet, Président du Conseil d'administration de la société Infonie*, précité.

"Il résulte des énonciations précédentes que le fournisseur de contenus informationnels, dans le cadre de l'hébergement de pages personnelles, est le créateur de la page personnelle. Le fournisseur d'hébergement n'intervient en aucune façon sur l'émission des données, il ne peut pas même en déterminer le thème ni le sujet. Il ne peut non plus ni sélectionner, ni modifier les informations avant leur accessibilité sur l'Internet"⁴⁰.

L'intermédiaire technique ne pourrait ainsi être qualifié de directeur de publication, n'exerçant aucun contrôle avant la mise à la disposition des informations au public et ne maîtrisant pas les contenus de ses serveurs. De plus, l'instantanéité de mise à disposition des pages au public écarterait la possibilité de fixation préalable selon l'expertise pratiquée en l'espèce. Aussi, d'après le juge, si dans cette affaire la responsabilité éditoriale devait être appliquée, elle serait de toute façon écartée car l'auteur des contenus était identifié. L'intermédiaire, Infonie, ne pourrait non plus être jugé complice, comme cela est prévu par l'article 93-3 de la loi de 1986, en l'absence de fixation préalable.

Ainsi, il semble difficile, à la fois techniquement et au niveau des principes, d'appliquer le système de responsabilité en cascade à l'internet. En tout cas, les juges s'y sont toujours refusé, de sorte que si l'internet était bien qualifié de service de communication audiovisuelle, les intermédiaires techniques n'étaient pas pour autant assimilés à des directeurs de publication exerçant un pouvoir éditorial sur les contenus transitant sur leurs serveurs. C'est donc vers l'application du droit commun que certains juges et le législateur se sont tournés pendant un temps.

§2. L'application de la responsabilité pénale de droit commun aux intermédiaires techniques

De manière minoritaire, des juges ont accepté de considérer la responsabilité pénale des intermédiaires techniques sous l'angle du droit commun. Or, le droit commun a depuis longtemps cédé la place à un régime particulier de responsabilité justifié par la nature de l'activité en cause, protégée par le principe de la liberté d'expression. Appliquer le droit commun en la matière revient en effet à considérer l'activité expressive comme équivalente à une simple conduite humaine, et donc, à ne lui offrir aucune protection particulière. Mais au-delà de ces considérations, dont ne font que très rarement état les magistrats dans la

⁴⁰ *Ibid.*

motivation de leurs décisions, appliquer la responsabilité de droit commun dans le domaine de l'internet pose le problème de sa mise en œuvre concrète, comme nous allons le voir (A.).

En outre, un amendement a été déposé en 1996⁴¹ lors du vote de la loi réformant la réglementation des télécommunications⁴², afin, officiellement, de déresponsabiliser pénalement les intermédiaires techniques et de créer une instance de contrôle de la diffusion des contenus sur l'internet. Mais, nous verrons que ces dispositions entravaient trop fortement la liberté d'expression sur ce médium, au point d'être déclarées inconstitutionnelles par le Conseil constitutionnel (B.).

A. L'application du droit commun de la responsabilité pénale aux intermédiaires techniques

Appliquer le droit commun de la responsabilité pénale aux intermédiaires techniques de l'internet a été envisagé à une époque où ce médium commençait à peine à être appréhendé juridiquement. Le Code pénal permet en effet d'envisager de placer ces intermédiaires sur le terrain de la complicité (2.). Dans un système comme celui de la France où un principe de la liberté d'expression est reconnu, lorsque le rôle de l'intermédiaire se borne à une simple transmission de contenus, il ne semble pas envisageable de le considérer comme l'auteur principal d'une infraction (1.).

1. L'intermédiaire technique, auteur de l'infraction

C'est un principe, on ne peut être responsable pénalement que de son propre fait⁴³. Certaines exceptions existent, bien entendu, dont celles qui créent une véritable responsabilité du fait d'autrui. En matière de presse et d'audiovisuel, nous l'avons vu, un système de responsabilité particulier, éditorial, a été mis en place. Ce n'est pas l'auteur réel du contenu litigieux qui sera d'abord poursuivi mais le directeur de publication ou l'éditeur. Ce dernier sera considéré

⁴¹ Cet amendement est connu sous le nom d'amendement Fillon. On trouvera son contenu sur le site du Sénat, à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/seances/s199606/s19960618/sc19960618027.html>.

⁴² Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.* n° 174, 27 juillet 1996, p. 11384.

⁴³ Article 121-1 du Code pénal.

comme l'auteur principal de l'infraction, et l'auteur réel sera poursuivi au titre de la complicité. Il ne s'agit donc pas d'une véritable responsabilité du fait d'autrui, mais plutôt de l'extension de la qualification d'auteur principal aux personnes disposant d'un pouvoir éditorial.

Nous avons vu dans les développements précédents qu'avant l'intervention du législateur, les acteurs juridiques considéraient que la responsabilité de nature éditoriale ne pouvait être appliquée que pour ce qui la concerne, à savoir la fonction d'édition, et qu'elle avait ainsi été exclue par les juges pour les intermédiaires techniques n'assumant qu'un rôle purement technique de transmission de l'information sur le réseau. Pour autant, ces derniers participant à la communication sur l'internet et à la diffusion de contenus illicites, un accord semble établi entre les différents acteurs juridiques pour considérer qu'ils ne sauraient être exonérés de toute responsabilité, ou du moins de toute obligation à l'égard des contenus. Le Conseil d'État le rappelle clairement dans son rapport : "le régime doit être efficace en responsabilisant les acteurs afin de prévenir les infractions et en permettant de lutter effectivement contre les contenus illégaux"⁴⁴. Si la responsabilité en cascade devait être écartée, pourraient-ils se voir appliquer le droit commun de la responsabilité pénale ?

La responsabilité pénale suppose l'existence d'une faute et une intention criminelle. Dans le cas des intermédiaires techniques de l'internet assumant un rôle purement technique, aucune faute ni intention criminelle n'ont n'a jamais été retenues pour le simple fait que des contenus illicites - non produits par eux - transitent sur leurs serveurs. Ainsi, la faute des intermédiaires ne pourrait être établie que par leur participation personnelle et en toute connaissance de cause à la confection du contenu litigieux, ou leur intervention pour en modifier la teneur, ce qui les rendrait coauteurs de l'infraction. Mais hormis dans ces hypothèses, seule leur complicité pourrait être envisagée.

2. L'intermédiaire technique, complice de l'infraction

L'article 121-7 du Code pénal et la jurisprudence définissent la complicité comme une participation au délit qui peut prendre la forme d'une aide ou assistance, d'une provocation ou d'une fourniture d'instructions. Dans tous les cas, la complicité ne pourra être constituée que

⁴⁴ Conseil d'État, rapport précité, p. 174.

par la connaissance de l'infraction et le fait de s'être abstenu d'intervenir. Il faut donc une intention criminelle, c'est-à-dire que le complice ait su qu'il s'associait à un crime ou à un délit⁴⁵.

La complicité par aide et assistance peut prendre la forme d'une fourniture de moyens. Cette hypothèse est parfaitement envisageable notamment dans le cas où un intermédiaire aurait été officiellement informé de la présence d'un contenu illicite et n'aurait rien fait pour en bloquer l'accès. Il semble néanmoins improbable que la complicité puisse être caractérisée par la simple fourniture d'une infrastructure informatique d'hébergement ou d'accès à l'internet. Cette solution a été écartée pour ce qui concerne le minitel, les juges ayant considéré que le centre serveur hébergeant des services télématiques ne pouvait être considéré comme complice bien qu'il ait mis "un outil entre les mains du fournisseur de services"⁴⁶. Il manquait peut-être ici une intention de commettre un crime ou un délit. Dans une décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris⁴⁷, les juges devaient se prononcer sur la responsabilité d'un individu et de son intermédiaire technique pour la diffusion sur un site internet de chansons d'un goût très douteux à caractère raciste, constitutives d'exhortation à la haine et à la violence raciale selon la loi Gayssot modifiant celle de 1881⁴⁸. Le tribunal a estimé que l'intermédiaire technique aurait pu être qualifié de complice pour avoir participé à la diffusion de ces chansons, mais il aurait toutefois fallu prouver son caractère délibéré. De plus, l'auteur, M. Costes, était en l'espèce identifié. Seule sa responsabilité a été retenue, à laquelle il a échappé du fait de la prescription de l'action.

Si on appliquait telle quelle la responsabilité pénale de droit commun, peu d'intermédiaires n'auraient pas à craindre de sanction, l'intention criminelle faisant le plus souvent défaut. Le Conseil d'État a envisagé la possibilité d'engager la responsabilité pénale d'un intermédiaire technique pour complicité sur le fondement du droit commun sans avoir à prouver l'intention criminelle⁴⁹. Pour cela, il a proposé de s'inspirer du régime de responsabilité des élus pour fait

⁴⁵ Stefani (G.), Levasseur (G.) et Bouloc (B.), *Droit pénal général*, Paris, Précis Dalloz, 14^e éd., 1992, p.239.

⁴⁶ Crim. 15 novembre 1990, Bull, n° 388, cité dans Stefani (G.), Levasseur (G.) et Bouloc (B.), précité, p. 236.

⁴⁷ Tribunal de grande instance de Paris, 10 juillet 1997, *UEJF c/ Costes, Altern-B et AUI*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.rajf.org/dossiers/1/uejf.php>.

⁴⁸ Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.*, n° 162 du 14 juillet 1990. Cette loi ajoute un article 24 bis à la loi sur la presse de 1881 qui pénalise la contestation des crimes commis par les nazis durant la Seconde guerre mondiale en soumettant leurs auteurs aux mêmes peines que celles prévues pour la provocation à la haine et la discrimination raciale. Sur ce sujet, voir Troper (M.), "La loi Gayssot et la Constitution", *Annales HSS*, vol. 54, n° 6, 1999, pp. 1239-1255.

⁴⁹ Conseil d'État, précité, pp. 176-177.

d'imprudence ou de négligence qu'institue la loi du 13 mai 1996⁵⁰. Pour retenir la responsabilité, il faudrait prouver que l'intermédiaire technique a agi en connaissance de cause et qu'il n'avait pas accompli les diligences normales pour faire cesser l'infraction. C'est la connaissance qui établirait l'intention délictueuse, de même que la capacité de contrôle et les mesures prises par le fournisseur en cas de contenus litigieux.

Devant les incertitudes quant au type de responsabilité pénale à appliquer aux intermédiaires techniques, le législateur est intervenu en 1996, proposant une voie nouvelle.

B. La proposition de centralisation du contrôle des contenus sur l'internet

En 1990, une réforme des télécommunications a été entamée afin de se conformer aux exigences européennes⁵¹. L'exploitant public France Télécom en charge de ce service public a été soumis à la concurrence. Puis, en 1996, l'Assemblée nationale a voté deux lois, la première mettant en place une nouvelle réforme des télécommunications⁵², et la seconde transformant France Télécom en une entreprise nationale⁵³. Le monopole des télécommunications fut ainsi définitivement abandonné. L'Autorité de régulation des télécommunications (A.R.T.)⁵⁴ a été créée avec pour compétence de réguler le domaine des télécommunications et plus largement celui des nouvelles technologies de la communication. Profitant de cette occasion, M. Fillon, alors ministre de l'économie et de l'industrie, fit voter un amendement visant à exonérer de leur responsabilité pénale les fournisseurs d'accès à l'internet (1). Cette disposition fut censurée par le Conseil constitutionnel (2).

⁵⁰ Loi n° 96-393 du 13 mai 1996, relative à la responsabilité pénale pour des faits d'imprudence ou de négligence, *J.O.*, n° 112, 14 mai 1996, p. 7211

⁵¹ Sur l'ensemble de la question, voir Chevallier (J.), "La mise en œuvre de la réforme des télécommunications", *R.F.D.A.* n. 13, 1997, pp. 1115-1128 ; Maisl (H.), "La nouvelle réglementation des télécommunications", *A.J.D.A.*, 20 octobre 1996, pp. 762-779 ; et Barbry (E.), et Olivier (F.), "Aperçu rapide de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications", *J.C.P.*, Ed. G., Act. n° 38, 18 septembre 1996.

⁵² Loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.* n° 174, 27 juillet 1996, p. 11384.

⁵³ Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *J.O.* n° 174 du 27 juillet 1996, p. 11398.

⁵⁴ L'A.R.T. est devenue l'Autorité de régulation des communications électroniques et de la poste (A.R.C.E.P.) depuis la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *J.O.*, n° 159, 10 juillet 2004, p. 12483.

1. La proposition d'exonération de responsabilité pénale des fournisseurs d'accès à l'internet

L'amendement Fillon, voté ultérieurement par l'Assemblée nationale, concernait la responsabilité pénale des intermédiaires techniques ayant pour rôle de fournir un accès à l'internet. Il modifiait l'article 43 de la loi de 1996 relative aux télécommunications⁵⁵ et définissait les fournisseurs d'accès comme "les personnes dont l'activité est d'offrir un service de connexion à un ou plusieurs services de communication audiovisuelle [...]"⁵⁶, les services fournis étant ainsi qualifiés de services de communication audiovisuelle.

L'amendement ajoutait ensuite trois alinéas à cet article. Le premier obligeait les fournisseurs à proposer à leurs abonnés des moyens techniques restreignant l'accès à certains services, ou en permettant la sélection. Il s'agissait d'imposer aux fournisseurs d'accès la mise à disposition de logiciels de filtrage à leurs clients.

Le deuxième alinéa de l'article 43 créait un Comité supérieur de la télématique (C.S.T.) auprès du Conseil supérieur de l'audiovisuel (C.S.A.), disposant d'un pouvoir réglementaire à l'égard de ces services, assorti d'un pouvoir de sanctions. Ce Comité devait ainsi élaborer des recommandations puis les proposer à l'adoption du Conseil supérieur de l'audiovisuel, l'objectif étant de faire respecter des règles de déontologie par les fournisseurs d'accès. Au sein de ce Comité, une instance était chargée d'émettre un avis sur le comportement des fournisseurs et, en cas de constat de violation des règles de déontologie, de publier son avis au Journal officiel. Il revenait ensuite au président du C.S.A. de saisir le procureur de la République. Enfin, le Comité aurait été composé pour moitié des professionnels représentant les fournisseurs d'accès, les éditeurs de services et les éditeurs de presse, l'autre moitié de représentants des utilisateurs et de membres choisis par le président du C.S.A. La composition et les modalités de fonctionnement de ce Comité étaient soumises à un décret pris après avis du C.S.A.

Enfin, l'article 43-3 disposait que les fournisseurs d'accès ne pouvaient être pénalement responsables en cas de fourniture de logiciels de filtrage, à défaut d'un avis défavorable publié au Journal officiel. En revanche, leur responsabilité restait entière s'il était établi qu'ils avaient

⁵⁵ Article 43, loi n° 96-649 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, précitée.

⁵⁶ *Ibid.*

personnellement commis l'infraction ou participé à sa commission en connaissance de cause. Une liste précisant les contenus à filtrer devait être publiée au Journal officiel.

Le Conseil constitutionnel, saisi afin de contrôler la constitutionnalité de cette loi, a déclaré les articles 43-2 et 43-3 inconstitutionnels. Nous allons voir à présent à la fois les critiques de cet amendement et les fondements de la décision du Conseil.

2. Les critiques de l'amendement Fillon et la censure du Conseil constitutionnel

Une fois l'amendement Fillon déposé, de nombreuses voix se sont élevées contre lui. Trois arguments principaux ont été soulevés par les commentateurs. Le premier touchait directement au principe de la liberté d'expression en ce que les dispositions proposées consistaient en une réglementation *a priori* de l'expression sur l'internet. Cet argument se dérivait de deux façons. Tout d'abord, il était avancé que les intermédiaires techniques auraient été contraints de ne donner accès qu'aux seuls sites en ligne qui n'auraient pas fait l'objet d'un avis défavorable du C.S.T.⁵⁷. Le C.S.T. devait en effet établir une liste noire des sites dont l'accès serait interdit à partir du territoire français, la responsabilité pénale du fournisseur devenant automatique en cas d'accès à un de ces sites par un utilisateur. Ensuite, et c'est un des points soulevés par les auteurs de la saisine, il était affirmé que les règles de déontologie élaborées par le C.S.A. s'apparentaient à "l'édiction déguisée d'une procédure d'autorisation préalable"⁵⁸. Les fournisseurs d'accès auraient eu à les respecter avant de mettre un contenu à la disposition du public.

Le second argument avançait l'idée que la valeur de la démocratie, soutenant le principe de la liberté d'expression, aurait été violée dans la mesure où une autorité administrative se serait trouvée habilitée à qualifier de délictueux des contenus et des comportements, interprétation

⁵⁷ Barbry (E.), Contribution à Paul (Chr.), *Mission de préfiguration pour la création d'un organisme de "corégulation de l'internet*, novembre 1999 – avril 2000, anciennement disponible à l'adresse suivante : http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/lsi/contribution_barbry.htm

⁵⁸ Conseil constitutionnel, décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, Recueil, p. 99.

qui aurait, de plus, lié le juge pénal⁵⁹. De même, les règles de déontologie, devant servir de base à l'adoption des avis du C.S.T., auraient pu fonder des poursuites pénales contre les fournisseurs d'accès dont le contenu serait de plus "imprécis et pour tout dire inconnu"⁶⁰.

Le troisième argument, soulevé par les auteurs de la saisine du Conseil, était que s'agissant d'un domaine touchant aux libertés publiques, il revenait au législateur d'élaborer les règles de déontologie - et non au C.S.A., comme il lui appartenait de déterminer précisément le champ d'application de ces règles. Il en était de même de la composition du C.S.T. et de la procédure applicable devant lui, ceci étant d'autant plus sensible que ses avis seraient susceptibles de déclencher des poursuites pénales, qui lieraient le juge pénal.

Un quatrième argument concernait l'existence même du C.S.T., qui aurait eu pour rôle d'exercer une régulation *a priori* de l'internet, mais aussi de poser des règles contraignantes à la communication en ligne. Aussi, certains⁶¹ ont pu le qualifier de Léviathan, d'"organe directeur de l'internet"⁶², de "gouverneur de l'espace virtuel". Il serait devenu pour l'internet l'équivalent du C.S.A., à savoir l'autorité de régulation du réseau, limitant la liberté d'expression en ligne.

Enfin, le cinquième argument développé par les opposants à l'amendement Fillon était relatif à ses incidences sur la responsabilité des fournisseurs d'accès. Dans l'ensemble, il lui était reproché de ne pas détailler assez précisément les conditions de mise en cause de cette responsabilité⁶³. Comme nous l'avons vu à plusieurs reprises en droit américain, il est généralement considéré que le flou entourant l'éventuelle mise en cause de la responsabilité pénale est à même de créer chez les intermédiaires techniques une incertitude pouvant se révéler préjudiciable à la liberté d'expression⁶⁴. L'exonération de responsabilité posée par l'amendement Fillon a été interprétée par un auteur⁶⁵ comme la création en réalité d'une

⁵⁹ I.R.I.S. (Imaginons un réseau internet solidaire), "'Amendement Fillon' 2.0 : au secours, la déontologie de l'expression publique revient !", Communiqué de presse, 14 février 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://www.iris.sgdg.org/info-debat/comm-deontologie0207.html>.

⁶⁰ Cité dans Conseil constitutionnel, décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, précitée.

⁶¹ Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web ; une histoire de la réglementation des réseaux numériques", *Lex Electronica*, vol. 6, n° 1, printemps, 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Barbry (O.), précité.

⁶⁴ Il est dommage que les acteurs juridiques français ne détaillent pas plus les implications en termes de liberté d'expression des dispositions contestées dans notre domaine.

⁶⁵ Thoumyre (T.), précité.

présomption de responsabilité, qui pèserait sur tout fournisseur n'ayant pas respecté les avis du C.S.T. L'obligation de surveillance des contenus se révélait être une obligation de résultat, impossible à réaliser techniquement⁶⁶. Comme le note le professeur Vivant⁶⁷, cet amendement s'appuyait pourtant sur la thèse selon laquelle les intermédiaires de l'internet n'auraient qu'un rôle purement technique, leur imposer un contrôle des messages étant à la fois impossible et irréaliste.

Le Conseil constitutionnel a été saisi par soixante sénateurs conformément à l'article 61-2 de la Constitution, afin de se prononcer sur la conformité de la loi à la Constitution⁶⁸. Sa réponse a été favorable aux arguments des auteurs de la saisine à propos de l'inconstitutionnalité des articles 43-2 et 43-3. Ces articles intervenant dans le cadre du principe de la liberté d'expression, le Conseil a rappelé son considérant de principe déjà dégagé dans des décisions précédentes⁶⁹ selon lequel :

"[...] s'agissant de la liberté de communication, il [...] revient [au législateur] de concilier, en l'état actuel des techniques et de leur maîtrise, l'exercice de cette liberté telle qu'elle résulte de l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, avec, d'une part, les contraintes techniques inhérentes aux moyens de communication concernés et, d'autre part, les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, le respect de la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels"⁷⁰.

Ensuite, le Conseil a décidé que dans la mesure où les recommandations devant être émises par le C.S.T. avaient vocation à avoir des incidences pénales, elles auraient dû être déterminées de manière plus précise. Puis, il a rappelé que l'article 34 de la Constitution⁷¹ permet au législateur de déléguer la mise en œuvre de l'exercice des libertés publiques, mais qu'il ne peut le faire qu'après avoir préalablement déterminé la nature des garanties nécessaires. Aussi, il a déclaré l'article 43-2 contraire à la Constitution, de même que l'article 43-3, jugé inséparable.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Vivant (M.), "La responsabilité des intermédiaires de l'internet", *J.C.P.*, n° 45-46, 1999, pp. 2021-2025, p. 2022.

⁶⁸ Conseil constitutionnel, décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications*, précitée.

⁶⁹ Voir notamment la décision 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, *Recueil*, p. 48, et la décision 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication*, *Recueil*, p. 141.

⁷⁰ Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, précitée, cons. 27.

⁷¹ L'article 34 dispose que : "la loi fixe les règles concernant les droits civiques et les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques."

L'absence de développements dans la motivation de cette décision ne nous permet pas de savoir avec précision quelles conséquences négatives de ces dispositions sur la liberté d'expression le Conseil a voulu éviter. Néanmoins, le rappel de son considérant de principe, quoique sensiblement adapté en l'espèce⁷², démontre qu'il considère l'internet comme un moyen de communication à part, qui n'est proche ni de la presse ni de l'audiovisuel. Mais, nous ne savons pas ce que le Conseil aurait décidé si la loi avait rempli les conditions de l'article 34 de la Constitution. Avec plus de précisions de la loi, y aurait-il eu violation de la liberté d'expression ? Un Comité tel le C.S.T. aurait-il constitutionnellement pu exercer un rôle similaire pour l'internet à celui du C.S.A. en matière de communication audiovisuelle ?

Il nous reste à présent à voir comment il a été procédé afin de déterminer un régime de responsabilité civile des intermédiaires techniques de l'internet.

⁷² Dans son considérant de principe à propos de l'audiovisuel, le Conseil traite des "contraintes techniques inhérentes aux moyens de la *communication audiovisuelle*" (souligné par nous), et de "l'influence considérable" exercée par les moyens de communication audiovisuelle. Voir les décisions 82-141 DC et 86-217 DC, précitées.

SECTION II.

LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

En matière de communication, appliquer le droit commun, à savoir un système de sanction basé sur la notion de faute ou sur celle de négligence, est une approche très différente de celle de l'application d'une responsabilité éditoriale telle qu'issue du droit de la presse. Cette dernière ne repose pas sur la démonstration d'une faute mais sur le simple fait de rendre publique une information illicite. En France, elle a vocation à s'appliquer essentiellement en matière pénale. Les conséquences de ces deux systèmes sur la liberté d'expression ne sont pas les mêmes car l'application du droit commun conduit à priver les acteurs de la liberté d'expression des garanties découlant de ce principe. Après de nombreuses hésitations sur ce sujet en France, la Cour de cassation a décidé depuis peu de refuser les actions civiles dans lesquelles la presse serait impliquée sur le fondement de l'article 1382, optant ainsi pour une définition fonctionnelle de la presse⁷³. Dès lors, en matière civile, la détermination des responsables se fait sur la base de la chaîne établie par la loi de 1881. Une responsabilité civile de nature éditoriale existe donc en France aussi bien en matière pénale que civile. Elle consiste à permettre la désignation d'un responsable par principe, qui ne serait pas forcément l'auteur de la faute civile.

Avant l'intervention du législateur en 2004⁷⁴, les juges ont généralement fondé leurs décisions relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques pour la diffusion de contenus illicites sur le droit commun. Dans la majorité des cas, leurs décisions se basaient sur la responsabilité pour négligence telle qu'elle est prévue à l'article 1383 du Code civil⁷⁵. Toutefois, dans une affaire dont la solution a eu un grand retentissement, les juges ont préféré

⁷³ Cour de cassation, Assemblée plénière, 12 juillet 2000, *Bulletin*, 2000, A.P., n° 8, p.13, deux espèces, précitées. Voir supra, Titre préliminaire, Chapitre II, Section I, §1., B., 1., b. Nous avons alors vu que la Cour de cassation impose aux juridictions inférieures de fonder leurs décisions sur l'action civile prévue par la loi de 1881 sur la presse.

⁷⁴ Loi n° 2004-275 du 21 juin 2004 sur la confiance dans l'économie numérique, précitée.

⁷⁵ Aux termes de l'article 1383 du Code civil : "chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence".

faire application de la responsabilité éditoriale découlant de la théorie du risque. Ces solutions entraînent un certain nombre de questions. Dans quelle mesure les intermédiaires techniques de l'internet peuvent-ils être considérés comme fautifs ou négligents dans la diffusion de contenus illicites dont ils ne seraient pas les auteurs ? Appliquer une responsabilité basée sur le droit commun ne reviendrait-il pas à diminuer la liberté d'expression sur l'internet ? A *contrario*, une responsabilité de nature éditoriale serait-elle une garantie à cette liberté, comme c'est le cas pour les autres médiums de la communication. Dans la mesure où les intermédiaires seraient responsables par principe, quels moyens pourraient être mis en place pour qu'ils puissent s'en exonérer ? Nous verrons dans un premier temps l'application par les juges de la responsabilité de droit commun (§1.), puis, celle d'une responsabilité de nature éditoriale (§2.).

§1. L'application de la responsabilité civile de droit commun aux intermédiaires techniques

En l'absence de dispositions spécifiques, les juges ont suivi la logique du système juridique en décidant d'appliquer les principes généraux découlant du droit commun aux différends ayant trait à la diffusion de contenus illicites sur l'internet. Pour autant, soumettre les intermédiaires techniques à une responsabilité basée sur leur négligence n'allait pas forcément de soi. Les juges auraient très bien pu décider de s'en tenir à une responsabilité basée sur la faute, ce qui aurait, dans la grande majorité des cas, dégagé les intermédiaires de toute responsabilité face aux contenus diffusés. Il s'agira ici de voir sur quels fondements une telle responsabilité basée sur la négligence a été érigée⁷⁶ (A.). Ensuite, nous verrons les choix opérés par les juges pour mettre en place cette responsabilité (B.).

⁷⁶ Il est à noter que ces fondements s'appliquent également en partie à la responsabilité de nature éditoriale que nous verrons lors du paragraphe suivant.

A. Les fondements de la mise en cause de la responsabilité civile des intermédiaires techniques

L'application de la responsabilité civile de droit commun à l'égard des intermédiaires techniques a été justifiée de diverses façons par les juges et la doctrine (1.). Mais plus essentiel au niveau des principes, les intermédiaires ont surtout été considéré comme des acteurs de la liberté d'expression sur l'internet (2.).

1. Les raisons de la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires techniques

Selon l'argument le plus répandu, le mode de fonctionnement de l'internet rend difficile l'application du principe de responsabilité du fait personnel en cas d'émission de contenus publics illicites. En d'autres termes, la structure technique de l'internet ne faciliterait pas la mise en cause des individus auteurs de contenus dommageables. C'est la plupart du temps contre l'intermédiaire technique que la victime se tournera afin d'obtenir réparation d'un dommage. Les intermédiaires visés ont jusqu'à présent été les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement, et ce sont les seconds qui ont fait l'objet de condamnations, les premiers n'ayant pour l'instant jamais été déclarés responsables. La mise en cause des intermédiaires de l'internet sur la base du droit commun au cours de litiges ayant pour origine la violation de droits individuels repose principalement sur deux raisons factuelles et une raison tenant à la structure du système juridique.

Tout d'abord, l'internet permet un anonymat relatif des émetteurs de contenus. Il est plus facile pour la victime de diriger son action contre l'intermédiaire plus aisément identifiable. On a ainsi pu estimer que le fournisseur d'hébergement n'était responsable que subsidiairement, du fait seulement de l'absence d'identification de l'éditeur du contenu⁷⁷. Mais la possibilité d'anonymat de l'auteur d'un contenu n'exclut pas la responsabilité de l'intermédiaire, même s'il vient à être identifié. Ici s'ajoute en effet un autre élément qui concerne la solvabilité de l'auteur du contenu. La victime préférera souvent faire la demande en réparation de son

⁷⁷ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ Estelle Halliday*, *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, pp. 637-642, note Caron (C.), notamment p. 641.

préjudice auprès de l'intermédiaire, intuitivement considéré comme plus solvable que l'auteur, souvent un simple particulier. L'impératif d'indemnisation qui guiderait la structure actuelle de la responsabilité civile délictuelle s'appliquerait naturellement à l'internet⁷⁸.

Ensuite, le fait pour le fournisseur d'hébergement de donner à l'auteur de contenus les moyens techniques de la violation des droits justifierait la possibilité de mise en œuvre de sa responsabilité. En effet, l'hébergement consiste en un stockage des données fournies par l'éditeur à l'intermédiaire. C'est au travers de son ordinateur que les contenus seront ensuite mis à la disposition du public. L'intermédiaire n'interviendrait pas en principe sur le contenu ainsi diffusé⁷⁹. Il se contenterait de fournir les moyens permettant la diffusion, mais cette participation expliquerait que sa responsabilité soit recherchée lors de l'émission de contenus illicites.

Enfin, une troisième raison a conduit les auteurs des recours ainsi que les juges, dans les premières affaires de diffusion de contenus illicites sur l'internet, à se fonder sur le droit commun et à dégager sur cette base une éventuelle négligence des intermédiaires techniques. Elle est implicite et tient à la clôture du système juridique. Le devoir des juges consiste à apporter des solutions aux litiges ayant entraîné des dommages, et le droit commun a vocation à s'appliquer à tous les cas de figure, même en l'absence de dispositions spécifiques, aux phénomènes nouveaux comme l'internet. Les règles sont suffisamment générales pour permettre une solution à une espèce donnée. La clôture du système juridique explique que les juges appliquent la responsabilité de droit commun aux intermédiaires, à défaut de l'existence de règles spécifiques. Pourtant, ils reconnaissent aussi qu'ils participent au système de liberté d'expression.

2. Les intermédiaires techniques, acteurs de la liberté d'expression

Reconnaître un principe de la liberté d'expression indépendant, à savoir justifié par ses propres valeurs, implique, en droit français, que le processus de communication soit gouverné

⁷⁸ Caron (C.), précité, p. 641.

⁷⁹ Cette justification concerne le fournisseur se comportant comme un simple intermédiaire de la communication. Néanmoins, si celui-ci venait à intervenir sur le contenu diffusé, de même que s'il diffusait lui-même un contenu, il est évident que les termes de sa responsabilité s'en trouveraient modifiés car il deviendrait alors l'auteur principal ou le coauteur de l'illicéité.

par des règles particulières. Ainsi, être un acteur de la liberté d'expression signifie dépendre de règles découlant du principe de libre communication des idées, qui seront différentes de celles régissant les autres activités humaines. Sont des acteurs de la liberté d'expression les émetteurs et les récepteurs de contenus, qu'ils soient une personne isolée ou un public. Le sont également, et même en premier lieu, ceux qui décident des contenus à mettre à la disposition du public par l'exercice d'un pouvoir éditorial, comme c'est le cas par exemple dans la presse quotidienne.

Qu'en est-il des intermédiaires techniques de l'internet ? Jouent-ils un rôle suffisamment actif pour les introduire dans le système du droit de la communication régi par le principe de la liberté d'expression ? Ou au contraire doit-on abandonner tout critère d'activité ou de passivité pour considérer que du moment qu'ils interviennent dans la diffusion du contenu, quel que soit leur rôle, ils devront être soumis à ce principe ?

Plusieurs juges ont choisi cette dernière option, notamment eu égard aux intermédiaires techniques hébergeant des sites et pages web éditées par des tiers. Ils l'ont parfois fait de manière explicite :

"L'activité du fournisseur d'hébergement s'exerce dans le domaine de la communication des idées, des opinions, des informations, des services. Elle participe de la liberté d'expression"⁸⁰.

Le plus souvent c'est par une simple référence au principe de la liberté d'expression dans des procès mettant en cause la responsabilité d'intermédiaires techniques que les juges ont montré qu'ils considéraient bien ces derniers comme des acteurs. Ainsi, dans un procès contre plusieurs hébergeurs, un tribunal⁸¹ a estimé que "la liberté d'expression constitue une valeur fondamentale, dont les juridictions de l'ordre judiciaire sont gardiennes"⁸².

⁸⁰ Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. c/ les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel, Légipresse*, n° 169, III, pp. 41-44, note Ader (B.), *J.C.P.*, II, 10279, pp. 577-582, note Olivier (F.), et Barbry (E.).

⁸¹ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 12 juin 1996, *Union des étudiants juifs de France c/ Calvacom, Eunet, Axone et autres*, disponible à l'adresse suivante :

<http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=530>. Dans cette affaire, l'Union des étudiants juifs de France avait assigné plusieurs intermédiaires techniques afin qu'ils empêchent la diffusion de tout contenu constitutif de négation de crimes contre l'humanité tels qu'ils ont été jugés par le Tribunal de Nuremberg, conformément à l'article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881, précitée.

⁸² *Ibid.*

Avant l'intervention de la loi⁸³, les intermédiaires techniques étaient déjà perçus par les juges comme des maillons essentiels du processus de communication sur l'internet. Selon eux, ils participaient à la liberté d'expression sur ce support, et représentaient les acteurs indispensables sans lesquels émission et réception des contenus ne pouvaient avoir lieu. Cette définition fonctionnelle des intermédiaires était à l'époque confirmée dans la plupart des travaux préparatoires aux législations visant à réformer le droit de la communication⁸⁴. Les intermédiaires étaient donc des acteurs de la liberté d'expression d'un nouveau type. Pourquoi alors leur appliquer le droit commun ? C'est probablement parce qu'il s'agissait de la solution la moins sévère qui s'offrait alors aux juges, à défaut d'un cadre législatif régissant ce problème. Les différentes règles du droit commun constituaient autant de structures possibles de la responsabilité des intermédiaires.

B. La quête judiciaire d'une structure de la responsabilité civile de droit commun des intermédiaires techniques

En France, le droit commun est basé sur la démonstration d'une faute, génératrice du dommage causé à la victime, ou encore d'une négligence ou d'une imprudence. D'autres règles existent, toujours dans le cadre du droit commun, et nous verrons que les juges ont eu alternativement recours à la plupart de ces règles (1.). Par l'application du droit commun, ils ont dégagé un certain nombre d'obligations que les intermédiaires devaient remplir afin de s'exonérer de leur responsabilité, le cas échéant (2.).

⁸³ La première loi intervenue en la matière est celle du 1^{er} août 2000, précitée, que nous analyserons au cours du prochain titre.

⁸⁴ Il en est ainsi par exemple de la *Consultation publique sur l'adaptation du cadre législatif de la société de l'information*, dans le cadre du *Programme d'action gouvernementale pour la société de l'information*, précité, de même du *Plan RE/SO 2007 (Pour une République Numérique dans la Société de l'Information)*, précité.

1. Les différentes applications de la responsabilité civile de droit commun aux intermédiaires techniques

Pour déterminer la forme de responsabilité civile à laquelle devaient être soumis les intermédiaires techniques, les juges se sont d'abord attachés à statuer sur leur rôle dans le processus de communication au public. Les choix à opérer ici conduisaient à la mise en place de régimes distincts. En effet, s'il était décidé que leur rôle était limité à une transmission technique des contenus, la mise en cause de leur responsabilité ne pouvait avoir lieu que s'ils avaient eu connaissance de la présence d'un contenu litigieux sur leur serveur, - et qu'ils n'avaient rien fait pour empêcher sa diffusion - ou s'ils avaient participé à sa création. Si au contraire, il était décidé que leur rôle excédait la simple prestation technique, ils étaient alors considérés comme responsables par principe des contenus émis, sauf à prouver avoir rempli un certain nombre d'obligations mis à leur charge.

En fait, cette évaluation du rôle des intermédiaires techniques dans le processus de la communication a concerné essentiellement deux catégories d'entre eux⁸⁵ : les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. C'est à propos d'une affaire de diffusion de photographies sur l'internet sans consentement qu'un tribunal⁸⁶ s'est prononcé sur le rôle et la responsabilité de ces deux catégories d'intermédiaires techniques sur le fondement des articles

⁸⁵ Les juges ont également eu à se prononcer sur le rôle et la responsabilité des fournisseurs de liens hypertextes et des moteurs de recherche. Les procès restent toutefois assez rares et portent dans leur ensemble sur des faits de contrefaçon, de pratiques commerciales déloyales ou de violation de la propriété intellectuelle. Le législateur ne s'est pour l'instant pas prononcé sur cette question. Le Forum des droits sur l'internet a rédigé deux recommandations sur ce sujet : Recommandation du Forum des droits sur l'internet, "Hyperliens : statut juridique", 3 mars 2003, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507> ; Recommandation du Forum des droits sur l'internet, "Quelles responsabilités pour les créateurs d'hyperliens ?", 23 octobre 2003, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=666>. Dans ses recommandations, le Forum propose d'appliquer le droit commun, pour faute ou pour négligence, et d'écarter une responsabilité de nature éditoriale telle qu'elle a été dérogée judiciairement pour les fournisseurs d'hébergement dans l'affaire Estelle Hallyday, Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 9 juin 1998, *Estelle H. c/ Valentin L. et Daniel*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php?id_article=230 et que nous analyserons plus loin. Pour un commentaire sur l'ensemble de cette question ainsi que sur les recommandations du Forum, voir Thoumyre (L.), "De la responsabilité arachnéenne sur Internet : Quelle issue pour les tisseurs de liens en France", *Lex Electronica*, vol. 10, n°1, hiver 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm>.

⁸⁶ Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. c/ les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel*, précité, et Cour d'appel de Versailles 8 juin 2000, *Société Multimania Production c/ L. Heineman Épouse Lacoste*, *Légipresse*, III, n° 174, pp. 139-146, note Rojinsky (C.), Thoumyre (L.), "Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance – A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 juin 2000", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 127, juillet 2000, pp. 5-9, Bertrand (A.), "Regard critique sur l'arrêt Lacoste", *Légipresse*, II, n° 169, pp. 31-32.

9⁸⁷ et 1382⁸⁸ du Code civil, donc sur le droit commun. La victime avait engagé la responsabilité de plusieurs fournisseurs hébergeant des sites où se trouvaient ces photographies. Elle estimait que ces intermédiaires avaient manqué à leur obligation de surveillance des contenus. De leur côté, une partie de ces fournisseurs arguaient de leur absence de responsabilité sur le fondement de la directive sur le commerce électronique⁸⁹. D'autres affirmaient que leur responsabilité devait s'apprécier en fonction de leur possibilité technique de contrôle des contenus. Et tous considéraient avoir agi avec diligence et en bons professionnels en retirant les photographies en cause dès qu'ils avaient été informés de leur présence.

Afin d'apprécier la responsabilité des fournisseurs, les juges ont commencé par définir leurs fonctions exactes⁹⁰. Les fournisseurs d'accès furent considérés comme de simples intervenants dans le transport des données, sans possibilité de contrôle de celles-ci. Ils n'étaient donc en rien responsables de la diffusion des contenus litigieux. En revanche, les fournisseurs d'hébergement furent définis comme effectuant une prestation durable de stockage des informations. Leur activité était perçue comme excédant la simple prestation technique effectuée par les fournisseurs d'accès. Les juges estimaient qu'en tant que cocontractants des éditeurs des sites, ils avaient la possibilité d'accéder aux contenus qu'ils mettaient à la disposition du public afin d'en vérifier la teneur. Ils ne pouvaient néanmoins pas en identifier les auteurs, cette faculté technique revenant aux seuls fournisseurs d'accès grâce aux données de connexion.

Dans la plupart des cas, le fondement juridique sur lequel s'appuyaient les juges était l'article 1383 du Code civil⁹¹, c'est-à-dire la responsabilité pour négligence. D'ailleurs, lorsque les victimes se plaçaient sur le terrain de la responsabilité pour faute de l'article 1382, les juges

⁸⁷ D'après l'article 9 du Code civil : "Chacun a droit au respect de sa vie privée".

⁸⁸ D'après l'article 1382 du Code civil : "Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer".

⁸⁹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur («directive sur le commerce électronique»), précitée. Cette directive pose le principe de l'irresponsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement à la condition qu'ils n'aient pas participé à la confection d'un contenu litigieux, mais aussi qu'ils agissent promptement pour retirer un contenu de ce type dès qu'ils en auraient connaissance. On retrouvera une étude plus détaillée des dispositions de cette directive infra Titre II, Chapitre I.

⁹⁰ On voit bien ici encore l'importance de l'analyse technique de l'internet. La responsabilité des intermédiaires dépend en effet essentiellement de ce que les juges (aidés par les experts) estiment que ceux-ci peuvent faire ou ne pas faire techniquement.

⁹¹ Rappelons que l'article 1383 du Code civil permet l'engagement de la responsabilité pour négligence ou pour imprudence.

substituèrent à ce fondement la responsabilité pour négligence de l'article 1383⁹². La responsabilité des fournisseurs d'hébergement était alors rendue possible par le constat de leur absence de surveillance des contenus transitant sur leurs serveurs. Un tribunal estima même que le recours à ce fondement s'expliquait par l'absence de régulation étatique et le caractère encore peu développé de l'autorégulation⁹³.

Un fondement différent a parfois été avancé lors de procès mettant en cause la responsabilité civile des intermédiaires techniques. Il s'agit de l'application de l'article 1384⁹⁴ qui institue la responsabilité du fait d'autrui. Le fait pour un intermédiaire technique d'être le propriétaire de l'infrastructure permettant l'accès de contenus sur l'internet – que ce soit un accès simple, un hébergement, un lien hypertexte ou encore un moteur de recherche - a souvent été invoqué à l'appui des demandes principales⁹⁵ au cours des différents procès. La propriété de l'infrastructure technique pourrait en effet impliquer la notion de garde de la chose, et les obligations qui en découlent. En droit civil général, le gardien doit veiller sur la chose "en bon père de famille". Le caractère hétéroclite des objets pour lesquels la jurisprudence a jusqu'à présent accepté l'application de cette disposition laisse penser qu'une infrastructure technique pourrait s'ajouter à une liste déjà longue d'objets dont la garde peut être source de responsabilité. Néanmoins, la communication sur l'internet dépasse le simple droit civil général du fait de sa soumission au principe de la liberté d'expression. Nous avons vu précédemment qu'en France, le choix a été fait depuis 1881 de consacrer des dispositions spécifiques aux "choses" permettant la communication de la pensée, y compris la parole (si tant est que cette dernière soit une chose). La loi est toujours intervenue afin de préciser les conditions particulières des régimes à donner aux supports de diffusion de l'expression. Or, les "choses" dont traite l'article 1384 n'appartiennent pas au système de la communication.

⁹² Il en a été ainsi dans la décision de la Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, *Sté Multimania Production c/ Lynda N. épouse L., S.A.R.L. France Cybermedia, S.A.R.L. SPPI, Société Esterel*, précité.

⁹³ Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. c/ les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel*, précité.

⁹⁴ D'après l'article 1384 alinéa 1 du Code civil : "On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde".

⁹⁵ Voir par exemple, Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 31 juillet 2000, *Bertrand Delanoë c/ Sté Alta Vista Company, Sarl Kohiba Multimédia, Sarl Kohiba Productions, Félix Marquardt et Sté Objectif Net*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php?id_article=173.

Cette exclusion a été précédemment établie par les juridictions judiciaires en ce qui concerne les infrastructures d'hébergement de sites minitel⁹⁶. La Cour de cassation a confirmé cette solution aux motifs que le directeur d'un centre serveur ne peut se voir imputer une responsabilité du fait de la diffusion de messages illicites compte tenu des dizaines de services dont il assure l'hébergement⁹⁷. L'importance de l'internet, comparée à celle du minitel, laisse à penser que les juridictions judiciaires seraient d'autant plus poussées à adopter une solution similaire pour ce support. D'ailleurs, les juridictions s'étant vu confrontées à l'argument visant à l'application de l'article 1384 à l'internet n'y ont pas même répondu. L'article 1383 du Code civil suffisait, à cette époque, à l'engagement de la responsabilité des intermédiaires techniques, et notamment des hébergeurs.

Finalement, par la caractérisation du rôle des intermédiaires techniques dans le processus de communication et l'application du droit commun, les juges ont opté pour la mise en place d'un système de responsabilité basé sur la négligence, système qui inspira peu après le législateur. Les intermédiaires ne devaient répondre civilement des dommages causés par des contenus diffusés par leur biais que s'ils ne pouvaient prouver avoir respecté les obligations imposées.

2. Les obligations liées à la responsabilité civile de droit commun des intermédiaires techniques

L'application d'une responsabilité civile de droit commun avant l'intervention du législateur a entraîné la mise en place d'obligations dont le respect servirait de cause exonératoire aux intermédiaires techniques⁹⁸.

La première décision intervenue sur ce point fut celle rendue dans une nouvelle affaire de diffusion sans son accord de photographies d'un mannequin célèbre⁹⁹. Le juge des référés

⁹⁶ Tribunal de grande instance de Draguignan, 15 mai 1992, cité dans Mallet-Poujol (N.), note sous Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ E. Halliday, D.*, n° 26, 8 juillet 1999, pp. 389-393, p. 392.

⁹⁷ Cass. crim., 15 novembre 1990, *Néron*, cité dans Mallet-Poujol (N.), précité., p. 393.

⁹⁸ Comme nous l'avons vu notamment dans les développements précédents, il s'agit ici du problème particulier de la responsabilité du fournisseur d'hébergement. Ce cadre d'analyse général pourrait toutefois parfaitement s'appliquer aux autres intermédiaires.

⁹⁹ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 9 juin 1998, *Estelle H. c/ Valentin L. et Daniel*, précité. Cette décision intervenait certes dans le cadre de la mise en œuvre de la responsabilité éditoriale du fournisseur d'hébergement. L'étude de ces obligations reste toutefois pertinente ici dans la mesure où la responsabilité éditoriale découlait en l'espèce de l'application sur le fondement du droit commun de la théorie dite du risque.

avait estimé que bien que la question de la responsabilité devait faire l'objet d'un débat sur le fond, l'intermédiaire avait "l'obligation de veiller à la bonne moralité de ceux qu'il héberge, au respect par ceux-ci des règles déontologiques régissant le web, et au respect par eux des lois et des règlements et des droits des tiers". Il ajoutait que :

"pour pouvoir s'exonérer de sa responsabilité, il [devait] donc justifier du respect des obligations mises à sa charge, spécialement quant à l'information de l'hébergé sur l'obligation de respecter les droits de la personnalité, le droit des auteurs, des propriétaires de marques, de la réalité des vérifications qu'il aura opérées, au besoin par des sondages et des diligences qu'il aura accompli dès la révélation d'une atteinte aux droits des tiers pour faire cesser cette atteinte"¹⁰⁰.

Le contenu de cette obligation a été précisé dans des décisions ultérieures. Sur la base de l'article 1383 du Code civil, les juges ont estimé que les intermédiaires étaient soumis à une obligation générale de vigilance et de prudence des contenus diffusés par leur intermédiaire. Il leur revenait de ce fait "de prendre les précautions nécessaires pour éviter de léser les droits de tiers" et de "mettre en œuvre les moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action"¹⁰¹. L'obligation d'information consistait à rappeler aux créateurs de sites la nécessité de respecter les lois, les règlements et les droits des tiers. Concrètement, cela passait généralement par la signature d'une charte de déontologie incluse dans le contrat liant l'auteur de contenus à son fournisseur d'hébergement. Certains juges ont même interprété cette obligation comme pouvant aller jusqu'à l'interdiction de l'anonymat de l'éditeur de contenu¹⁰². Les intermédiaires auraient ainsi dû relever les éléments d'identification des créateurs de sites. Toutefois, dans une affaire où il était justement reproché à un fournisseur d'hébergement de ne pas s'être assuré de l'identité du créateur d'un site, le tribunal a constaté qu'il n'existait pas d'obligation légale dans ce sens¹⁰³. Puis, critiquant "le manque de rigueur générale dans la profession", il a estimé que les éléments d'identification pouvaient être demandés au fournisseur d'accès par le biais d'une procédure judiciaire rapide. Donc, s'il était établi que les fournisseurs d'hébergement devaient disposer de l'identité de leurs cocontractants, un doute subsistait quant à l'exigence de vérification de la véracité de cette information.

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. / les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel*, précité.

¹⁰² Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, *Sté Multimania Production c/ Lynda N. épouse L., S.A.R.L. France Cybermedia, S.A.R.L. SPPI, Société Esterel*, précité.

¹⁰³ Tribunal de grande instance de Nanterre, 24 mai 2000, *U.E.J.F. c/ Multimania Production*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tginanterre20000524.htm>.

L'obligation de vigilance, ou de surveillance, s'analysait comme la mise en place de moyens techniques visant à intercepter des contenus répréhensibles. L'utilisation par les intermédiaires de moteurs de recherche internes était préconisée par les juges. De même, un tribunal a considéré qu'un fournisseur d'hébergement "ne [pouvait] pas s'abriter derrière le caractère parfois fugace de certaines informations pour s'abstenir de tout contrôle"¹⁰⁴. Par ailleurs, une Cour d'appel¹⁰⁵ a précisé que les intermédiaires devaient mettre en œuvre les diligences appropriées pour repérer les contenus répréhensibles et provoquer une régularisation ou une interruption de la diffusion. Mais, aussi bien le degré de cette vigilance que son contenu n'ont pas fait l'objet de plus de précision. Selon le Tribunal de grande instance de Nanterre dans sa décision concernant la diffusion de photographies sans autorisation¹⁰⁶, la vigilance n'avait pas à être minutieuse et approfondie. Le but était simplement d'évincer les sites dont le caractère illicite serait apparent. Et le tribunal d'ajouter que l'apparence devait s'apprécier au regard des compétences propres des intermédiaires.

La dernière obligation mise en place par la jurisprudence dans le cadre de l'article 1383 du Code civil revenait à imposer une réactivité aux intermédiaires lors de la découverte de contenus répréhensibles. Ils devaient alors mettre en demeure les auteurs de ces contenus et procéder à la fermeture des sites en l'absence de réaction de leur part. Il s'agissait de même de vérifier qu'une fois que l'accès à un site était interrompu, ce dernier n'était pas remis en ligne peu après par son créateur. Ici aussi, le degré de réactivité imposé aux intermédiaires variait en fonction des jugements. Alors que certains juges¹⁰⁷ se limitaient à contraindre à une mise en demeure, préalable à la fermeture d'un site, d'autres¹⁰⁸ leur imposaient explicitement de réagir à une injonction de l'autorité judiciaire, mais aussi en cas de doutes sur la licéité d'un contenu découvert par l'utilisation de leurs propres méthodes d'investigation ou après en avoir été informés par un tiers. Néanmoins, les juges restaient cléments quant à l'incompétence éventuelle d'un intermédiaire dans l'appréciation du caractère illicite d'un contenu, qui restait sous le contrôle de l'autorité judiciaire en cas de litige sur ce point.

¹⁰⁴ *Ibid.*

¹⁰⁵ Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, *Sté Multimania Production c/ Lynda N. épouse L., S.A.R.L. France Cybermedia, S.A.R.L. SPPI, Société Esterel*, précité.

¹⁰⁶ Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. / les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel*, précité.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, *Sté Multimania Production c/ Lynda N. épouse L., S.A.R.L. France Cybermedia, S.A.R.L. SPPI, Société Esterel*, précité.

La sévérité de cette solution consistant à imposer une obligation générale de vigilance et de prudence dépendait de la question de savoir si elle doit être interprétée comme une obligation de moyens ou de résultat. Dans le premier cas, l'intermédiaire pouvait s'exonérer de sa responsabilité en prouvant avoir pris toutes les diligences appropriées pour repérer les sites litigieux et faire cesser le trouble. Seule son inertie pouvait le rendre responsable. Dans le second cas, la responsabilité des hébergeurs serait automatique. L'hébergeur se serait été considéré comme fautif pour tout contenu illicite transitant par le biais de ses serveurs.

Les juges, se fondant sur l'article 1383 du Code civil, ont considéré qu'il s'agissait ici d'une obligation de moyens n'entraînant pas d'examen systématique des contenus. Cette obligation portait sur les précautions à prendre et les contrôles à effectuer pour prévenir la diffusion de contenus répréhensibles, ou la faire cesser. Il a ainsi été décidé :

"[qu']il n'est pas exigé du fournisseur d'hébergement qu'il exerce une surveillance minutieuse et approfondie des sites qu'il abrite et pour les raisons techniques qu'il avance, ce contrôle qui ne peut être effectué *a priori*, avant la mise en ligne du site dont l'initiative revient à l'internaute, est nécessairement aléatoire et faillible du fait des manœuvres de contournement entreprises pour le déjouer"¹⁰⁹.

La définition de cette obligation de vigilance et de ses sous-obligations par la jurisprudence sur la base du droit commun a été accueillie favorablement par doctrine¹¹⁰ qui considérait qu'elle parachèverait la mise en place d'un régime équilibré de responsabilité des intermédiaires techniques. Cet équilibre serait satisfaisant à la fois à propos de la responsabilité des acteurs de l'internet qu'au regard des "divers droits et libertés qui s'entrechoquent"¹¹¹. Il en ressort que recourir au droit commun en matière de liberté d'expression est perçu ici comme une meilleure solution que l'application d'un régime de responsabilité de nature éditoriale, pourtant utilisée par une Cour d'appel.

¹⁰⁹ Tribunal de grande instance de Nanterre, 24 mai 2000, *U.E.J.F. c/ Multmania Production*, précité.

¹¹⁰ Voir par exemple Lepage (A.), "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur l'internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", *Dalloz*, 2001, n°4, pp. 322-327.

¹¹¹ *Ibid.*, p. 323.

§2. L'application d'une responsabilité de nature éditoriale aux intermédiaires techniques

En-dehors de la responsabilité éditoriale, en cascade, telle que prévue pour la presse et l'audiovisuel, il existe une responsabilité éditoriale fondée sur le droit commun. C'est le cas de la mise en œuvre de la théorie dite du risque selon laquelle on doit assumer les risques de responsabilité découlant d'une activité dont on tire profit. Dans une décision certes isolée, mais retentissante, des juges ont appliqué cette théorie pour reconnaître la responsabilité d'un fournisseur d'hébergement (A.). Cette solution a été très largement critiquée par la doctrine pour ses effets inhibiteurs sur la libre communication des contenus sur l'internet (B.).

A. La responsabilité des intermédiaires techniques fondée sur la théorie du risque

Alors que la plupart des juges faisaient preuve d'une certaine mansuétude à l'égard des intermédiaires techniques de l'internet, soit en refusant de leur appliquer la chaîne des responsabilités du droit de la presse, soit en envisageant leur responsabilité sous l'angle de la négligence, une Cour d'appel est allée plus loin en condamnant un fournisseur d'hébergement par le biais d'une responsabilité de nature éditoriale.

L'affaire était celle de la diffusion de photographies d'un célèbre mannequin sans son autorisation¹¹². La victime avait recherché la responsabilité du fournisseur d'hébergement, le juge des référés attribua le rôle suivant à ce dernier :

"S'agissant de l'hébergement d'un service dont l'adresse est publique et qui est donc accessible à tous, le fournisseur d'hébergement a, comme tout utilisateur de réseau, la possibilité d'aller vérifier le contenu du site qu'il héberge et en conséquence de prendre le cas échéant les mesures de nature à faire cesser le trouble qui aurait pu être causé à un tiers."

Il définissait également les obligations du fournisseur qui lui auraient permis de s'exonérer de sa responsabilité, qui sont en substance celles développées par la jurisprudence développée

¹¹² Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 9 juin 1998, *Estelle H. c/ Valentin L. et Daniel*, précité.

jusque là, à savoir : l'information des hébergés quant au respect des lois, des règlements et des droits des tiers, et la démonstration des vérifications opérées sur les sites hébergés de même que les diligences accomplies pour faire cesser une atteinte aux droits des tiers. Le juge des référés se basait ainsi sur la jurisprudence constante construite sur la base du droit commun de la responsabilité civile.

Néanmoins, l'hébergeur interjeta appel, et pour retenir sa responsabilité, la Cour¹¹³ s'appuya sur un fondement juridique sévère en appliquant la théorie du risque, selon laquelle on doit assumer une éventuelle mise en cause de sa responsabilité lorsqu'on gère une activité dont on tire profit. C'est par une détermination stricte du rôle du fournisseur que ce fondement était posé :

"[...] Valentin Lacambre excède manifestement le rôle technique d'un simple transmetteur d'informations et doit, d'évidence, assumer à l'égard des tiers aux droits desquels il serait porté atteinte dans de telles circonstances, les conséquences d'une activité qu'il a, de propos délibérés, entrepris d'exercer dans les conditions susvisées et qui, contrairement à ce qu'il prétend, est rémunératrice et revêt une ampleur que lui-même revendique"¹¹⁴.

Dans la mesure où l'hébergement du site contenant les photographies en cause était effectué de manière anonyme, l'hébergeur ne pouvait, selon les juges, se voir exonérer de sa responsabilité. La Cour d'appel a tranché sévèrement selon l'idée que la fonction d'hébergeur est suffisamment rémunératrice pour qu'il lui soit imposé la police des contenus. Certains auteurs ont vu dans l'anonymat des auteurs réels que permettait l'hébergeur en l'espèce une des raisons principales de la sévérité de la Cour d'appel¹¹⁵. En effet, l'emphase des juges sur l'hébergement anonyme dans la motivation de l'arrêt laisse à penser que si Lacambre avait pris des mesures afin d'identifier au préalable les auteurs réels, sa responsabilité en aurait été atténuée. Le résultat de cette décision est la mise en œuvre d'une responsabilité de nature éditoriale. Aucune faute n'a à être prouvée par la victime, le fournisseur étant ici automatiquement responsable des contenus illicites transitant sur ses serveurs. De nombreux auteurs ont critiqué cette solution jurisprudentielle sévère, notamment pour son effet inhibiteur de la liberté d'expression sur l'internet.

¹¹³ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Valentin Lacambre c/ Estelle Halliday*, *Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, pp. 637-642, note Caron (C.), et *Dalloz*, n° 26, 8 juillet 1999, pp. 389-393, note Mallet-Poujol (N.).

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Olivier (F.) et Barbry (É.), note sous Cour d'appel de Paris 10 février 1999, *JCP éd. G.*, 1999, II, n° 10101, p. 1088, et Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques", précité.

B. Le poids de l'application d'un régime de responsabilité de nature éditoriale aux intermédiaires techniques sur la liberté d'expression sur l'internet

Le principe d'une responsabilité de nature éditoriale des intermédiaires techniques pour les contenus répréhensibles dont ils permettent la diffusion sur l'internet, conduit-il à restreindre la liberté d'expression sur ce support ? Lorsque leur rôle se limite à permettre techniquement la diffusion de contenus, doit-on les placer au sommet d'une chaîne de responsabilité, les considérant ainsi comme fautifs par principe de la seule présence d'un tel contenu sur leurs serveurs, même si des causes exonératoires existent ?

La plupart des commentateurs de la décision de la Cour d'appel dans l'affaire Estelle Hallyday¹¹⁶ établissant une responsabilité de nature éditoriale des fournisseurs d'hébergement ont estimé que ce système entraînait un risque d'amoindrissement de la liberté d'expression sur l'internet. L'argument principal dénonçait l'automatisme de cette responsabilité, dont l'engagement découlait du simple fait de la diffusion d'un contenu répréhensible. Dès lors qu'un tel contenu serait détecté par un tiers lésé, l'intermédiaire technique verrait sa responsabilité engagée. Il ne pourrait s'en exonérer qu'en prouvant avoir rempli l'obligation de vigilance et de prudence. Imposer aux intermédiaires techniques la charge de la preuve démontrerait la sévérité de ce régime¹¹⁷. De plus, les intermédiaires seraient "les responsables désignés de toutes les dérives de l'internet"¹¹⁸. Leur responsabilité découlerait de leur activité, de leur qualité d'intermédiaires techniques dans la mise à la disposition au public des contenus. Ce régime de responsabilité fondé sur le risque est considéré comme "draconien"¹¹⁹, les intermédiaires auraient eu mal à s'en libérer. Dès lors, cet argument avance implicitement que ces acteurs de l'internet seraient conduits à prendre des mesures pour échapper à cette responsabilité, mesures qui auraient un effet inhibiteur sur la liberté d'expression. Selon le Conseil d'État, ils devraient mettre en place des systèmes de contrôle préalable des contenus,

¹¹⁶ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ E. Halliday*, précité, à propos de la diffusion sur plusieurs sites internet de photos du célèbre mannequin sans son autorisation.

¹¹⁷ Ader (B.), "La responsabilité des acteurs de l'internet après la loi du 1^{er} août 2000", *Légipresse*, n°176, nov. 2000, pp. 113-118, p. 116.

¹¹⁸ Vivant (M.), "La responsabilité des intermédiaires de l'internet", précité, p. 2023.

¹¹⁹ Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web ; une histoire de la réglementation des réseaux numériques", précité.

ce qui constitue une forme de censure privée de l'expression¹²⁰. En effet, une fois un contenu répréhensible détecté, la mise en œuvre d'une responsabilité automatique les conduirait à de mettre en demeure son auteur de le retirer, puis, le cas échéant, de fermer le site, sans que le juge lui-même ne soit intervenu. D'autre, part, le Conseil¹²¹ note également que la mise en place de tels systèmes de contrôle n'entrent pas dans le champ de compétences d'un intermédiaire technique. N'étant pas développé par le Conseil, ce sous-argument reste vague. Il pourrait peut-être s'expliquer à la lumière d'un autre sous-argument, largement répandu, qui est celui de l'inefficacité des techniques de détection des contenus¹²². En pratique, les fournisseurs hébergeraient des milliers de pages web qui, de plus, pourraient être modifiées à tout moment¹²³. Imposer une telle obligation serait donc irréaliste et irréalisable¹²⁴. De surcroît, ce travail de contrôle engendrerait pour les intermédiaires des coûts qui ne manqueraient pas d'être répercutés sur les utilisateurs¹²⁵. Il serait ainsi difficile pour eux de respecter une telle obligation de "surveillance chirurgicale"¹²⁶.

Néanmoins, un tempérament à ces considérations a été apporté par des auteurs¹²⁷, selon lequel la réaction d'un intermédiaire sur les contenus répréhensibles ne signifierait pas forcément fermeture du site, donc disparition d'une expression¹²⁸. On attendrait de lui toute diligence pour faire cesser le trouble. Seule son inertie serait source de responsabilité. Les juges en décideraient ainsi selon le critère du caractère raisonnable de la réaction. Pourtant, malgré ce tempérament devant les craintes engendrées par l'application aux intermédiaires techniques d'une responsabilité civile de nature éditoriale, cette solution demeure sévère.

¹²⁰ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, précité, p.175.

¹²¹ *Ibid.*

¹²² Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web ; une histoire de la réglementation des réseaux numériques", précité, Verbiest (T.), "Quelle responsabilité pour les acteurs de l'Internet ? - La diffusion d'informations sur le réseau peut-elle engager la responsabilité des partenaires techniques ?", précité.

¹²³ Verbiest (T.), "Quelle responsabilité pour les acteurs de l'internet", précité.

¹²⁴ Verbiest (T.) et Thoumyre (L.), "Le mannequin et l'hébergeur", *Juricom.net*, 25 février 1999, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juricom.net/pro/1/resp19990225.htm>.

¹²⁵ Thoumyre (L.), "Responsabilités sur le Web ; une histoire de la réglementation des réseaux numériques", précité, Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, précité, p. 175.

¹²⁶ Jez (E.) et Pansier (F-J.), "Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000 (JO du 2 août 2000) – Bilan des acquis jurisprudentiels et d'une réforme législative amputée", *Gaz. Pal.*, 8 et 9 septembre 2000, pp. 1511-1516, notamment, p. 1513.

¹²⁷ Mallet-Poujol, (N.), note sous Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ E. Halliday*, précité, et Vivant (M.), précité.

¹²⁸ Nous entendons ici le terme expression *largissimo sensu*, incluant aussi bien une opinion, une idée que le simple exposé d'un fait.

Conclusion du Chapitre I

Face à l'utilisation de plus en plus répandue de l'internet et à la présence de contenus répréhensibles, les juges se sont tournés vers les solutions qu'ils connaissaient, à savoir le droit commun en matière de responsabilité civile, et le droit de la presse et de l'audiovisuel en matière de responsabilité pénale. Cette dernière, éditoriale, aurait dû conduire à faire de l'intermédiaire technique l'équivalent fonctionnel d'un directeur de publication. Bien que les juges aient dans la plupart des différends qualifié l'internet de service de communication audiovisuelle, ils ne sont pas allés jusqu'à soumettre les intermédiaires à un contrôle éditorial des contenus sur la base du droit de la presse. L'application de la cascade s'est révélée ardue et n'a pas semblé souhaitable par des acteurs juridiques tel le Conseil d'État.

De son côté, le législateur a tenté d'imposer un système d'irresponsabilité pénale des intermédiaires, mais en les soumettant à des contraintes telles que son effet négatif sur la liberté d'expression se serait révélé au moins aussi important que l'application de la cascade, sinon plus. Les pouvoirs de contrôle de l'internet du Comité supérieur de la télématique auraient été similaires à ceux du C.S.A. sur l'audiovisuel. Cela conduisait à créer un système d'autorisation préalable à la communication sur l'internet, système estimé préjudiciable à la liberté d'expression par le Conseil constitutionnel qui a censuré l'ensemble de ces dispositions.

En matière civile, des juges ont soumis un intermédiaire technique à une responsabilité de nature éditoriale. Que ce soit en matière pénale ou en matière civile, ce type de responsabilité pose des problèmes au regard de la liberté d'expression. Les intermédiaires seraient tentés d'interdire la diffusion des contenus au moindre doute sur leur licéité. Mais aussi, leur donner un rôle de juge des contenus contreviendrait à la valeur de la démocratie selon laquelle on ne saurait laisser aux acteurs privés le soin de déterminer sans contrôle aucun l'opportunité de la diffusion d'une opinion ou d'une information.

Malgré tout, cette position judiciaire est restée isolée, la majorité des tribunaux ayant opté pour l'application aux intermédiaires du droit commun. À défaut de dispositions législatives permettant de les guider, une jurisprudence s'est dessinée afin d'imposer aux intermédiaires un

système d'obligations à remplir, se fondant sur l'idée que ceux-ci étaient des acteurs essentiels de la liberté d'expression sur l'internet et ne pouvaient s'abstenir d'une vigilance des contenus.

Voyons à présent comment le principe de la responsabilité automatique des intermédiaires techniques a été construit et perçu aux États-Unis.

CHAPITRE II.

L'APPLICATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ AUX ÉTATS-UNIS

Face à l'abondance de contenus répréhensibles circulant sur l'internet, la tentation a été grande aux États-Unis comme en France de responsabiliser systématiquement les intermédiaires techniques. Ceux-ci constituent autant de points de centralisation du réseau et ils sont les acteurs nécessaires à toute communication par ce médium. Les solutions données lors des premières affaires impliquant l'internet ont parfois tendu vers une sévérité à leur égard mais aussi vis-à-vis des utilisateurs fournissant des contenus. Cette sévérité dépendait des règles choisies par les juges pour pratiquer leurs inférences.

Dans le domaine de la responsabilité civile, les juges américains qui ont eu à connaître des affaires de contenus violant les droits des tiers se sont appuyés dans un premier temps sur les règles de la *Common Law*, appliquées traditionnellement dans le cadre de la presse et de l'audiovisuel. La question qui se pose est celle de savoir quel est l'impact de l'application de la responsabilité éditoriale tirée de la *Common Law* dans les affaires liées à l'internet sur le principe de la liberté d'expression. Cette liberté pourrait se voir élargie ou diminuée en fonction des contraintes que les règles appliquées créent sur la circulation des contenus par les intermédiaires techniques (Section I.).

En matière pénale, le législateur est intervenu afin de faire peser sur les éditeurs de contenus et les intermédiaires techniques une responsabilité liée à la diffusion de contenus pornographiques. Mais comment mettre en place un régime de responsabilité pénale sans diminuer outre mesure les possibilités expressives sur l'internet ? La question est d'autant plus sensible que la répression pénale peut avoir de plus fortes incidences sur le principe de la liberté d'expression que la responsabilité civile. Nous verrons comment a abouti cette tentative de responsabilisation pénale des acteurs de l'internet (Section 2.)

SECTION I.

L'APPLICATION DE LA *COMMON LAW* AUX INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Avant l'intervention du législateur, aux États-Unis, comme en France, les juges ont dû faire face à des litiges dans lesquels il était question de reconnaître la responsabilité civile des intermédiaires techniques pour la diffusion de contenus illicites. Et dans les deux pays, les juges ont eu recours aux règles qu'ils connaissaient et qui étaient déjà posées. Mais lesquelles choisir ? Peut-on considérer, compte tenu des règles existantes, que les intermédiaires techniques soient envisagés comme les équivalents fonctionnels des intermédiaires de la presse ou d'autres médiums de la communication ? Nous verrons que les juges américains, lors des premiers litiges où la responsabilité des intermédiaires était mise en cause, ont opté pour les règles de la *Common Law* concernant les éditeurs (§1.) et les distributeurs (§2.).

§1. L'intermédiaire technique comme éditeur

Aux États-Unis, la presse jouit d'une grande liberté d'expression, dont la contrepartie est la responsabilité éditoriale¹²⁹. Il appartient aux éditeurs de décider de ce qui sera publié dans leur journal, mais aussi de contrôler la teneur des articles avant leur publication. Si un propos illégal ou portant atteinte aux droits d'un tiers venait tout de même à paraître, ils peuvent se voir déclarer responsables par un tribunal. La Cour suprême a défini la liberté éditoriale comme le choix des informations à publier et les décisions quant à la taille ou au contenu d'un article, que ceux-ci soient justes ou non¹³⁰. L'éditeur est ainsi celui qui exerce une sélection et un contrôle actif sur le contenu de son journal.

Un intermédiaire technique de l'internet, qui fournirait un accès à des contenus en ligne diffusés par des tiers, pourrait-il être assimilé à un éditeur au sens du droit de la presse et voir sa responsabilité engagée si ces contenus étaient répréhensibles ? Dispose-t-il de moyens de contrôle suffisants ? Ce sont les questions auxquelles ont répondu les juges de la Cour suprême de l'État de New York en 1995 au cours de leur décision *Stratton Oakmont v. Prodigy*¹³¹. Les juges devaient se prononcer sur la responsabilité d'un fournisseur de services, la société Prodigy. Des messages diffamatoires avaient été postés sur son forum "Money Talk", accusant une société - Stratton Oakmont - d'avoir commis des actes délictuels et frauduleux concernant la vente du stock d'une autre société. Stratton a alors engagé une action contre Prodigy en tant qu'éditeur du contenu, et contre la personne ayant pour rôle de modérer ce forum. Afin de prouver le rôle d'éditeur attribué à Prodigy, les demandeurs se sont basés sur les clauses du contrat type par lesquelles l'intermédiaire technique demandait à ses abonnés de se conformer à une certaine déontologie, en s'abstenant d'exprimer des propos insultants ou de mauvais goût ; le modérateur avait d'ailleurs pour tâche de faire respecter ces directives, pouvant même aller jusqu'à retirer de lui-même des messages litigieux. En plus de ce contrôle manuel, il ressort de la décision que Prodigy utilisait également un logiciel permettant de filtrer les messages présentant un caractère choquant.

¹²⁹ Des développements spécifiques sont consacrés à la liberté de la presse dans le titre préliminaire de notre travail, Chapitre II, Section II, Sous-paragraphe II, A.

¹³⁰ *Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974).

¹³¹ *Stratton Oakmont v. Prodigy*, N. Y. Misc. Lexis 229 (1995).

Après avoir mis en avant le contrôle exercé par l'intermédiaire technique sur les contenus diffusés sur ses serveurs, les demandeurs ont fondé leur action sur une règle du droit de la diffamation qui veut que celui qui reproduit ou publie à nouveau un message diffamatoire est susceptible de voir sa responsabilité engagée de la même manière que celui qui l'a originellement émis¹³². Par application de cette règle, l'intermédiaire technique pouvait être considéré comme le coauteur du message litigieux et donc être tenu pour responsable.

De son côté, l'intermédiaire, la société Prodigy, niait sa qualification d'éditeur. Il arguait que depuis quelques temps, il avait abandonné son contrôle manuel face à l'augmentation du nombre de messages postés sur son forum (60 000 par jour selon lui). Il demandait aux juges de ne pas prendre de décision qui aurait un impact négatif sur le développement de l'internet.

La Cour a refusé de faire droit aux arguments de Prodigy. L'utilisation d'un logiciel de filtrage automatique, l'existence d'une clause dans le contrat type visant à faire respecter une certaine conduite par les utilisateurs, et l'emploi de personnel contrôlant les contenus et retirant ceux qu'il n'estimait pas convenables font que Prodigy prenait bien des décisions relatives au contenu. Il se comportait comme un éditeur, exerçant volontairement un contrôle éditorial tel que défini dans la décision *Miami Herald Tribune v. Tornillo*¹³³. D'après les juges, l'intermédiaire qui exerce un tel contrôle doit en assumer les conséquences, notamment lorsqu'il cherche à attirer une certaine clientèle (en l'espèce les familles) et à en tirer des bénéfices.

Pour retenir la responsabilité de Prodigy, les juges ont ajouté un argument tiré directement du principe de la liberté d'expression : le contrôle éditorial exercé par l'intermédiaire entraîne un effet inhibiteur sur la liberté de communication sur l'internet, et c'est justement ce qu'il recherche. Il doit donc assumer les conséquences de l'exercice de cette censure privée, qui consiste à empêcher l'accès à certains contenus, voire à les retirer d'autorité. Comme le remarque un auteur¹³⁴, la Cour aurait ici poursuivi l'esprit du droit moderne de la diffamation

¹³² "One who repeats or otherwise republishes a libel is subject to liability as if he had originally published it", *Restatement of Torts*, 2nd, Section 578 (1977).

¹³³ Précité.

¹³⁴ Butler (C.), "Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers", *Michigan Telecommunication and Technology Law Review*, n°6, 2000, pp. 247-272, notamment p. 251.

qui tendrait à établir une proportionnalité entre la protection d'un espace de liberté¹³⁵ nécessaire à l'existence d'un débat public robuste et celle des individus contre les atteintes à leur réputation.

D'évidence, une telle solution allait entraîner son lot de critiques. Conscients de ceci, les juges les ont anticipées en déclarant que les forums de discussion devraient généralement être considérés comme les équivalents fonctionnels non d'un éditeur mais plutôt de bibliothèques et de librairies, qualifiés de distributeurs dans la *Common Law*. À ce titre, leur responsabilité serait contingente de leur connaissance de l'existence d'un contenu litigieux¹³⁶. Or, en l'espèce, l'intermédiaire aurait altéré ce scénario en mettant ouvertement en place un contrôle des contenus. Par ailleurs, les juges ont réfuté l'argument suivant lequel la mise en cause d'un intermédiaire qui mettrait en place un contrôle éditorial des contenus postés sur son forum conduirait l'ensemble des intermédiaires à renoncer à un tel contrôle. En effet, par peur d'une répression éventuelle, ils préféreraient ne rien contrôler, et ainsi ne rien savoir des contenus qui transitent sur leurs serveurs. Selon les juges, cet argument serait basé sur la présomption erronée que le marché ne compenserait pas l'exercice de ce contrôle accru. Or, par sa politique de contrôle et de censure des contenus, Prodigy aurait justement cherché à attiré les utilisateurs désirant faire un usage familial de l'internet, exempt de contenus choquants. La responsabilité ne serait ici que la contrepartie du service proposé¹³⁷.

Enfin, les juges ont admis que leur décision risquait d'être provisoire dans la mesure où le Congrès était à cette époque sur le point de voter le *Communications Decency Act*¹³⁸ dont la vocation était notamment de régler la question du statut des intermédiaires techniques de l'internet. Comme nous le verrons plus loin, le Congrès a ainsi effectivement saisi l'occasion de censurer la décision *Stratton Oakmont* dont la solution allait à l'encontre de ses objectifs. Depuis lors, il n'est plus question que les intermédiaires voient leur responsabilité engagée sur le fondement de contenus diffusés par un tiers et ce quel que soit leur degré de contrôle des contenus.

¹³⁵ Il s'agit du "breathing space", notion essentielle en droit de la diffamation développée par la Cour suprême au fil de sa jurisprudence.

¹³⁶ Ce point est l'objet du paragraphe suivant, *infra*.

¹³⁷ Ceci rappelle la théorie du risque développée en droit civil français en matière de responsabilité, et selon laquelle on doit accepter les risques afférents à la poursuite d'une activité lucrative.

¹³⁸ *Telecommunications Act*, 1996, Pub. L.A. No. 104-104, 110 Stat. 56 (1996).

Une autre solution concernant le statut des intermédiaires techniques a connu plus de succès. Elle consiste à les qualifier de distributeurs des contenus diffusés par leur biais.

§2. L'intermédiaire technique comme distributeur ou transporteur

Selon la *Common Law*, les vendeurs de journaux, les libraires ou encore les bibliothécaires sont considérés comme les distributeurs de l'information. Ils n'exercent pas de contrôle sur les publications qu'ils acquièrent, ils se contentent de les diffuser. Dès lors, leur responsabilité ne peut être engagée que dans l'hypothèse où ils savaient la présence d'un contenu litigieux dans leurs rayons ou avaient des raisons de le savoir. La Cour suprême a depuis longtemps refusé qu'un régime de responsabilité de nature éditoriale leur soit imposé¹³⁹, étant impossible pour eux de prendre connaissance de chaque publication. Un tel régime reviendrait à limiter la liberté d'accès du public aux écrits. Il en va de même des marchands de journaux et des transporteurs, qui bénéficient également d'un privilège par la *Common Law*, reconnu dans la décision *Anderson v. New York Tel. Co.*¹⁴⁰. En l'espèce, la Cour d'appel de New York avait jugé qu'une compagnie de téléphone ne pouvait être considérée comme l'éditrice de l'enregistrement d'une conversation téléphonique fait à l'insu des personnes concernées par un tiers, qui l'avait ensuite mis à la disposition du public. Les juges avaient estimé que même si la compagnie de téléphone avait été qualifiée d'éditeur de l'enregistrement, elle bénéficiait de toute façon du privilège provenant de la *Common Law* selon lequel seules l'intention coupable et la mauvaise foi du transporteur peuvent aboutir à sa responsabilité. Les intermédiaires techniques de l'internet peuvent-ils se voir qualifiés de distributeurs ou de transporteurs si leur rôle se borne à permettre la diffusion de contenus sur l'internet sans en contrôler le contenu ?

C'est ce qui a été retenu dans la décision *Cubby v. Compuserve* rendue par un tribunal de New York en 1991¹⁴¹. L'affaire opposait les créateurs d'un forum de discussion dénommé *Rumorville* hébergé par un intermédiaire technique, Compuserve, et ceux d'un autre forum, dépendant d'un autre fournisseur. Les seconds accusaient les premiers d'avoir tenus des propos diffamatoires à leur encontre dans leur forum. Ils ont également dirigé leur action

¹³⁹ *Smith v. California*, 361 U.S. 147 (1959), décision dans laquelle la Cour a invalidé une mesure qui visait à rendre responsables les libraires de la simple possession d'un livre obscène, qu'ils en connaissent ou non la teneur.

¹⁴⁰ *Anderson v. New York Tel. Co.*, 320 N.Y. 2d 647 (1974).

¹⁴¹ *Cubby v. Compuserve*, 776 F. Supp. 135 (1991).

contre leur hébergeur, CompuServe, pour diffamation et concurrence déloyale. De son côté, CompuServe demandait de se voir qualifier de simple distributeur en application de la jurisprudence *Smith v. California*¹⁴². La question qui nous intéresse ici, et à laquelle devait répondre le tribunal, était celle de savoir si CompuServe pouvait se voir considérer comme l'éditeur ou le distributeur des contenus litigieux, et en être éventuellement déclaré responsable.

Le tribunal s'est attaché à certaines caractéristiques de l'internet avançant implicitement l'idée selon laquelle il faut préserver ce qui constitue une révolution de l'industrie de l'information, à savoir la vitesse par laquelle les informations transitent sur le réseau et la facilité d'expression de chacun. Dans ce contexte, CompuServe serait l'équivalent d'une bibliothèque électronique véhiculant nombre de publications à ses utilisateurs en contrepartie d'un abonnement. L'intermédiaire n'aurait que peu, voire pas de contrôle éditorial sur le contenu des publications. D'ailleurs, le contrat liant CompuServe au forum en cause stipulait que ce dernier était entièrement responsable des contenus qu'il diffusait. Les juges en ont conclu que CompuServe ne disposait pas plus de contrôle éditorial sur le contenu des informations qu'un libraire ou un bibliothécaire. À l'instar de ces derniers, il ne lui était pas matériellement possible de contrôler les contenus des informations qu'il hébergeait.

C'est également sur le fondement d'un argument tiré du principe de la liberté d'expression que les juges ont écarté l'idée d'imposer aux intermédiaires techniques de contrôler les contenus dont ils permettent la diffusion. Ils estimaient que ce serait un fardeau pour la libre expression:

"Technology is rapidly transforming the information industry. A computerized database is the functional equivalent of a more traditional news vendor, and the inconsistent application of a lower standard of liability to an electronic news distributor such as CompuServe than that which is applied to a public library, book store or news stand would impose an undue burden on the free flow of information. Given the relevant First amendment considerations, the appropriate standard of liability to be applied to CompuServe is whether it knew or had reason to know of the allegedly defamatory Rumorville statements"¹⁴³.

¹⁴² Précitée.

¹⁴³ "La technologie est en train de transformer l'industrie de l'information. Une base de données informatisée est l'équivalent fonctionnel d'un vendeur d'information plus traditionnel, et l'application erronée d'un critère plus faible de responsabilité à un distributeur électronique d'informations tel que CompuServe que celui appliqué à une bibliothèque publique, un libraire ou un kiosque à journaux, imposerait un fardeau injuste sur la libre circulation de l'information. Etant donné les considérations liées au Premier amendement en l'espèce, le critère approprié de responsabilité applicable à CompuServe est celui qui repose sur le point de savoir s'il avait

Un régime de responsabilité de nature éditoriale serait donc à écarter dans la mesure où il conduirait à diminuer la liberté d'expression. Dans le cas contraire, les intermédiaires techniques seraient dans l'obligation de pratiquer une autocensure, limitant l'accès des informations au public à celles qu'ils auraient pu contrôler, sous peine de voir leur responsabilité engagée.

Dès lors, selon le tribunal, les intermédiaires doivent être considérés comme les équivalents fonctionnels des libraires, bibliothécaires et marchands de journaux. Pour autant, ceci ne les protégerait pas d'une mise en cause éventuelle de leur responsabilité. En effet, selon la *Common Law*, leur responsabilité peut être engagée s'il est prouvé qu'ils avaient connaissance de l'existence d'un contenu répréhensible ou qu'ils avaient des raisons de le savoir. En l'espèce, le tribunal a décidé que ce critère de connaissance n'était pas rempli du fait du grand nombre de messages disponibles sur le forum et de la vitesse à laquelle ils étaient accessibles en ligne. Les juges se sont donc positionnés en faveur d'une neutralité technologique consistant à ne pas imposer aux intermédiaires un contrôle des contenus, contrôle qui aurait des conséquences négatives en termes de liberté d'expression du public dans l'accès à l'information.

Par ailleurs, les demandeurs s'étaient placés sur le terrain de la responsabilité civile délictuelle du fait des tiers à l'encontre de l'intermédiaire. La détermination de cette responsabilité dépendait de la nature des relations entre Compuserve et les gérants de Rumorville, et permettait de décider qui était l'éditeur original des propos contestés, donc le responsable. Le droit américain distingue ici deux situations : les cocontractants peuvent être liés soit par une "relation d'agence" - *agency relationship*, soit être indépendants l'un de l'autre. Dans le premier cas, l'agent est soumis au contrôle et à la direction de l'employeur¹⁴⁴. Ce dernier sera logiquement responsable. Dans le second cas, l'employé exerce un travail indépendant selon ses propres méthodes, son employeur n'exerçant aucun contrôle sur lui ; il est donc le responsable des publications. Selon les termes du contrat liant les gérants de Rumorville à Compuserve, le tribunal a considéré que les premiers agissaient effectivement selon leurs propres méthodes. Compuserve leur avait délégué son pouvoir de contrôle et n'avait conservé

connaissance ou s'il existait des raisons pour qu'il ait connaissance des propos supposés diffamatoires émis par Rumorville".

¹⁴⁴ Ce système ressemble à celui prévu par l'article 1384 du Code civil français et qui concerne la responsabilité des maîtres à l'égard de leurs commettants.

qu'une compétence limitée à l'égard des messages distribués dans Rumorville, les retirant s'ils allaient à l'encontre des critères qu'il avait posé contractuellement. Donc, les juges ont décidé que les gérants de Rumorville étaient bien les éditeurs originaux des propos, et Compuserve a vu ici encore sa responsabilité dérogée.

L'affaire *Cubby* est restée célèbre pour avoir été la première dans laquelle des juges ont considéré les intermédiaires techniques comme des simples distributeurs. Selon cette décision, ils ne peuvent être déclarés responsables des contenus édités par des tiers, et ce quel que soit leur degré de contrôle des messages diffusés, sauf à ce qu'ils les éditent eux-mêmes. Cette solution n'est pas restée isolée comme le montre une décision rendue quelques années plus tard par la Cour d'appel de New York¹⁴⁵.

La décision *Lunney v. Prodigy* opposait également un utilisateur à un intermédiaire technique. Des comptes de messagerie électronique avaient été ouverts malicieusement chez un intermédiaire, Prodigy, au nom d'Alexandre Lunney. L'usurpateur avait envoyé des messages vulgaires sur le forum de discussion de Prodigy ainsi qu'une menace de mort à une tierce personne par courrier électronique. Une fois informé des faits, Lunney a assigné l'intermédiaire pour avoir été négligent en permettant l'ouverture des comptes de messagerie, s'estimant depuis victime de stigmatisation et de diffamation. La Cour devait donc déterminer la qualification à donner à l'intermédiaire technique afin de décider de sa responsabilité dans cette affaire. D'emblée, les juges ont considéré qu'en ce qui concernait le message électronique contenant les menaces, Prodigy était l'équivalent fonctionnel d'un transporteur d'information conformément à la *Common Law*. Selon la Cour, il serait en effet incongru de lui imposer de surveiller le contenu des courriers électroniques échangés. L'intermédiaire ne saurait donc être considéré comme l'éditeur de ces courriers. Pour soutenir son argument de l'équivalence fonctionnelle entre l'intermédiaire technique et les transporteurs d'information, la Cour a explicitement admis le bien fondé du recours aux analogies découlant des principes du droit de la responsabilité jusque là développés. Elle a déclaré que : "although they were fashioned long before the advent of e-mail, these settled doctrines accommodate the technology comfortably, and with apt analogies"¹⁴⁶. Le privilège des compagnies de téléphone et de télégraphe serait ainsi largement applicable en l'espèce.

¹⁴⁵ *Lunney v. Prodigy*, 94 N.Y.2d 242 (1999).

¹⁴⁶ "Bien qu'elles aient été élaborées longtemps avant l'avènement du courrier électronique, ces théories s'appliquent commodément à la technologie avec des analogies adéquates".

Se posait ensuite la question des messages postés sur le forum de discussion de Prodigy. Il ne s'agissait plus ici de conversations privées mais de messages postés afin d'atteindre un public. Ici encore, la Cour a refusé de qualifier l'intermédiaire d'éditeur, même si ce dernier se réservait le droit de retirer certains messages à caractère vulgaire. Son attitude à l'égard des millions d'autres messages postés était généralement passive car il ne procédait à aucune surveillance. Les juges considéraient qu'il ne fallait d'aucune manière l'obliger à s'enquérir du contenu des messages étant donné leur nombre trop important.

Ensuite, la Cour a décidé qu'aucune négligence ne pouvait être caractérisée par le fait qu'une personne ait pu aisément ouvrir un compte au nom d'une autre. Elle estimait qu'en juger autrement reviendrait à créer une responsabilité sans limites à l'encontre des intermédiaires techniques étant donné le nombre très élevé d'abonnés à leurs services.

Enfin, un dernier argument a été soulevé par Prodigy en l'espèce, qui aurait voulu se voir appliquer l'immunité accordée aux intermédiaires techniques par le *Communications Decency Act*¹⁴⁷. Bien qu'en vigueur à l'époque de la décision, il ne l'était pas lors du premier jugement de l'affaire, de sorte que la Cour d'appel a décidé d'écarter cet argument au nom de la sécurité juridique.

En matière de responsabilité civile, les juges ont dans un premier temps recouru aux règles générales de la *Common Law*, optant dans l'ensemble pour une responsabilité limitée des intermédiaires techniques. Ce ne fut pas le cas en matière de responsabilité pénale, une loi étant intervenue dès 1996 pour instituer un régime sévère de responsabilité concernant les contenus pornographiques circulant sur l'internet.

¹⁴⁷ Précité.

SECTION II.

LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

En 1996, le Congrès a réformé le *Telecommunications Act*¹⁴⁸ afin de réglementer la diffusion de contenus pornographiques sur l'internet. Il s'agit du *Communications Decency Act*¹⁴⁹, partiellement en vigueur actuellement. Les éditeurs de tels contenus ainsi que les intermédiaires techniques pouvaient voir leur responsabilité pénale engagée en cas de diffusion à des mineurs, et ne pouvaient se dégager de cette responsabilité qu'en prouvant avoir mis en place des moyens d'en empêcher l'accès aux mineurs¹⁵⁰. Dans sa Section 223, le C.D.A. apportait une grande limitation de liberté d'expression sur l'internet de deux manières : tout d'abord, en réglementant un contenu auquel les adultes ont un droit d'accès sur le fondement du Premier amendement ; ensuite, en faisant peser sur les intermédiaires techniques des obligations de contrôle de leur diffusion. Ces intermédiaires peuvent-ils se voir imposer des obligations légales sans que cela n'altère la liberté d'expression sur l'internet ? Comment organiser une surveillance de certains contenus sans nuire à la circulation de ceux qui sont protégés par le Premier amendement ? Plus généralement, est-il possible de mettre en œuvre une responsabilité pénale automatique des intermédiaires techniques ou même des éditeurs de contenus sur l'internet sans porter atteinte de manière inconstitutionnelle au principe de la liberté d'expression ? C'est la question qui a été posée à la Cour suprême américaine (§2.) à propos de la Section 223 du C.D.A. (§1.).

¹⁴⁸ Précité.

¹⁴⁹ Précité.

¹⁵⁰ Il s'agit des dispositions de la section 223 du C.D.A., censurées par la Cour suprême comme nous allons le voir.

§1. Les dispositions pénales du *Communications Decency Act*

Dans le but de combattre l'accès des mineurs à la pornographie sur l'internet, les parlementaires américains ont décidé de faire peser la responsabilité de ce type de diffusion sur leurs auteurs, mais aussi sur les intermédiaires techniques. Acteurs indispensables à la communication sur l'internet, ces intermédiaires représentent également autant de points de centralisation de la diffusion des contenus. Il n'est dès lors pas étonnant que le Congrès ait voulu les utiliser afin de protéger l'enfance contre la pornographie circulant sur l'internet.

La Section 223 du C.D.A. établissait des sanctions correctionnelles allant d'une amende à une peine de deux ans d'emprisonnement contre quiconque n'aurait pas pris les précautions suffisantes pour empêcher l'accès des mineurs à des contenus indécents ou manifestement choquants pour eux, de même que pour ceux qui auraient sciemment placés des mineurs face à de tels contenus. Pour échapper à ces sanctions, le responsable pouvait se défendre de deux manières. D'une part, il lui était possible de démontrer avoir pris de bonne foi des mesures raisonnables, effectives et appropriées pour restreindre ou prévenir l'accès des mineurs à ces contenus, y compris par l'utilisation de toute méthode permise par les technologies disponibles. D'autre part, il pouvait prouver avoir restreint l'accès à ces contenus en s'assurant de la majorité de ses usagers par l'utilisation d'une carte de crédit, d'un compte en banque, d'un code ou d'un numéro d'identification personnel. À défaut du rapport de telles preuves, sa responsabilité pénale était établie.

La Section 223 du C.D.A. était une réglementation du contenu de l'expression sur l'internet. Il s'agissait plus précisément de réglementer les messages indécents ou obscènes et les images évidemment choquantes pour les mineurs. Le sénateur Exon, l'instigateur du C.D.A., a d'ailleurs déclaré que l'objectif était à la fois d'éviter que l'internet ne devienne un "quartier rouge" et d'y étendre les critères de la décence qui ont jusque-là protégés les utilisateurs¹⁵¹.

¹⁵¹ "The information superhighway should not become a red light district. This legislation will keep that from happening and extend the standards of decency which have protected telephone users to new telecommunications devices. Once passed, our children and families will be better protected from those who would electronically cruise the digital world to engage children in inappropriate communications and introductions. The Decency Act will also clearly protect citizens from electronic stalking and protect the sanctuary of the home from uninvited indecencies", Sénateur Exon, 141 Cong. Rec. S1953 (1^{er} février, 1995), cité dans Butler (C.), "Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers", précité, pp. 251-252. ("Les autoroutes de l'information ne doivent pas devenir un "quartier rouge". La loi empêchera que cela ne se réalise et elle étendra

"Les barbares sont à la porte !", affirmait-il¹⁵². Le sénateur était alarmé par la prolifération de la pornographie et de l'indécence sur l'internet ainsi que de la facilité par laquelle les mineurs pouvaient y accéder. Aussi, il voulait impliquer activement les acteurs de l'internet et les pornographes en punissant sévèrement leur inaction face à l'indécence.

Une question est restée ambiguë, qui était celle de savoir à qui s'adressait cette responsabilité. S'agissait-il seulement des fournisseurs de contenus, ou devait-on inclure également les intermédiaires techniques permettant leur diffusion ? Aux vues des justifications de la loi fournies par son auteur¹⁵³, seuls les premiers étaient visés par ces dispositions, les seconds ne pouvant l'être que s'ils avaient participé à la confection du contenu ou avaient sciemment aidé leur auteur dans sa diffusion. Les simples fournisseurs d'accès et de service ne devaient pas être concernés par ces dispositions. C'est d'ailleurs ce que disposait cette même Section 223 : "personne ne peut être déclaré responsable de la diffusion de la pornographie à des mineurs du simple fait d'avoir fourni un accès ou une connexion à l'internet"¹⁵⁴. De plus, cette Section s'insérait dans un schéma plus général consistant à faire participer les intermédiaires techniques à la lutte contre la pornographie tout en les immunisant contre les actions en responsabilité visant à les considérer comme les éditeurs des contenus émis par des tiers. En effet, la Section 230 du C.D.A.¹⁵⁵, toujours en vigueur, institue une immunité pour les intermédiaires lorsque leur rôle s'est limité à fournir un accès à l'internet ou à des services de communication du type listes de diffusion ou forums de discussion. Ainsi, s'ils ne peuvent être considérés comme les responsables de la diffusion de contenus pornographiques conçus par des tiers, ils doivent toutefois surveiller ces contenus et agir pour les combattre.

les critères de la décence qui ont protégé les utilisateurs du téléphone aux nouveaux moyens de télécommunications. Une fois ceci accompli, nos enfants et nos familles seront mieux protégés de ceux qui utilisent le monde digital pour entrer dans des communications inappropriées avec les enfants. La loi sur la décence protégera aussi clairement nos citoyens du harcèlement électronique et protégera le sanctuaire de leur foyer des indécences non désirées").

¹⁵² "The Barbarians are at the gate!", cité dans Cannon (R.), "The Legislative History of Senator Exon's Communications Decency Act: Regulating Barbarians on the Information Superhighway", *Federal Communications Law Journal*, vol. 49, n°1, novembre 1996, disponible également à l'adresse suivante : <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v49/no1/cannon.html>.

¹⁵³ On retrouvera le détail des justifications du sénateur Exon dans l'article suivant : Cannon (R.), précité.

¹⁵⁴ "No person shall be held to have violated subsection (a) or (d) solely for providing access or connection to or from a facility, system, or network not under that person's control, including transmission, downloading, intermediate storage, access software, or other related capabilities that are incidental to providing such access or connection that does not include the creation of the content of the communication", Section 223 (e) (1) du C.D.A., précité.

¹⁵⁵ La Section 230, et l'immunité qu'elle institue, sera étudiée au second titre de cette partie.

Néanmoins, la Section 223 pouvait être interprétée de manière différente. Elle était en effet insérée dans la liste des moyens de défense pouvant être avancés dans un procès en responsabilité. C'est ainsi qu'*a fortiori*, les intermédiaires techniques auraient été soumis à une responsabilité de principe pour la diffusion de contenus pornographiques à des mineurs. La preuve de leur activité de fournisseurs d'accès ou de service n'était qu'un moyen d'y échapper. C'est cette lecture de la loi qu'ont fait les intermédiaires techniques qui ont participé au recours en inconstitutionnalité déposé contre ce texte¹⁵⁶, arguant que ceci restreindrait drastiquement la liberté d'expression sur l'internet¹⁵⁷.

Avant l'entrée en vigueur du C.D.A., des associations de défense des libertés civiles, auxquels se sont joints différentes organisations et professionnels de l'internet, ont entamé un recours en inconstitutionnalité devant la Cour suprême. Ils estimaient d'une part que le C.D.A. pénalisait une expression protégée par le Premier amendement et d'autre part, que les termes "indécents" et "manifestement choquants" étaient trop généraux et larges pour s'appliquer en matière pénale. De plus, ils pensaient que l'institution d'une surveillance des contenus par les intermédiaires techniques limiteraient plus qu'il n'était constitutionnellement possible la liberté d'expression sur l'internet. C'est ce que la Cour suprême a eu à juger dans la première grande affaire concernant l'internet.

§2. La censure des dispositions pénales du *Communications Decency Act* par la Cour suprême

Lors de sa décision *Reno v. ACLU*¹⁵⁸, la Cour suprême a censuré la Section 223 du C.D.A.¹⁵⁹ Elle a instauré un régime protecteur pour l'internet, en décidant d'opérer un contrôle strict des réglementations touchant aux expressions diffusées sur ce médium. Le recours à un tel contrôle était justifié de manière substantielle, c'est-à-dire par une analyse du fond des dispositions contestées (A.). Selon la jurisprudence, si l'analyse des dispositions révèle qu'il s'agit effectivement d'une réglementation du contenu de l'expression, les pouvoirs publics

¹⁵⁶ Voir le recours déposé par l'*American Civil Liberties Union* contre le C.D.A. le 8 février 1996, disponible à l'adresse suivante : <http://www.aclu.org/privacy/speech/156641gl19960208.html>.

¹⁵⁷ Ceci sera développé dans le prochain paragraphe, *infra*.

¹⁵⁸ *Reno v. ACLU*, 000 US 96-511 (1997).

¹⁵⁹ Ce point a été largement développé dans la partie précédente, voir *supra* Partie I, Titre II, Chapitre I. Nous avons vu que la Cour a alors décidé de doter l'internet d'un régime juridique propre, bénéficiant d'une grande protection en termes de liberté d'expression.

doivent alors prouver son caractère nécessaire à la protection d'un intérêt légitime, sans quoi la législation ne peut survivre (B.).

A. Le contrôle du Communications Decency Act par la Cour suprême

D'après les juges de la Cour suprême, l'établissement d'un contrôle strict des réglementations des contenus diffusés sur l'internet était justifié du fait de la nature pénale des dispositions contestées. Selon une jurisprudence constante, les juges estiment qu'en soi, la peur de la répression est un facteur favorisant l'autocensure et donc une diminution de la liberté d'expression. Cette peur serait accentuée par l'absence de définition précise des contenus réprimés, comme c'est parfois le cas. Le caractère pénal d'une réglementation d'une expression est donc souvent la justification substantielle déterminante à un contrôle strict. En droit américain, une telle réglementation pénale pourra être censurée par les juges sur le fondement de la théorie de la *vagueness* - ou de l'excès de pouvoir - si les dispositions ne sont pas assez précises.

L'exercice du contrôle se confond ici avec ses justifications. Il nous faut donc tenter de séparer ces deux éléments. L'attention va porter sur trois points : le type de contenus réglementés, leur définition et la détermination des responsables.

En premier lieu, la question était de savoir quels étaient les contenus visés par le C.D.A. La loi traitait de contenus manifestement indécents ou choquants pour des mineurs. Les termes employés ne correspondaient pas aux catégories établies par la jurisprudence. S'agissait-il d'indécence ou d'obscénité ? L'obscénité est bien une forme d'expression reconnue, mais les juges estiment que la faiblesse, voire l'inexistence d'une quelconque valeur sociale qui lui serait attachée, permet sa réglementation et même son interdiction. Il n'en va pas de même de l'indécence qui est considérée comme une expression dont l'accès par des adultes est constitutionnellement protégé par le Premier amendement, même si les juges acceptent qu'elle soit restreinte¹⁶⁰. Aucune définition uniforme de cette expression n'a jamais été formulée. Les

¹⁶⁰ Voir la jurisprudence abondante concernant l'indécence et l'obscénité, et notamment *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968), *Miller v. California*, 413 U.S. 15 (1973), *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973), *Young v. American Mini Theatres*, 427 U.S. 50 (1976), *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), *Renton v. Playtime Theatres, Inc.*, 475 U.S. 41 (1986), *Barnes v. Glen Theatre, Inc.*, 501 U.S. 560 (1991).

juges s'accordent à considérer qu'est indécent ce qui contient un caractère explicitement sexuel mais qui ne remplit pas les critères de l'obscénité posés par la jurisprudence *Miller*¹⁶¹. De manière générale, réglementer l'indécence reste possible, mais les dispositions normatives devront remplir différents critères, ceux relatifs au contenu lui-même et ceux auxquelles sont soumises toutes les réglementations sur le contenu. Les juges ont considéré que la loi réglementait effectivement l'accès à l'indécence, le recours au contrôle strict était donc justifié en l'espèce.

En deuxième lieu, réglementer un contenu implique de le définir avec précision, surtout lorsqu'on se trouve dans le domaine pénal. Lors de son examen du C.D.A., la Cour suprême a constaté que la législation employait les termes "indécence" et "manifestement choquant"¹⁶² sans les définir. Ces termes ont été jugés suffisamment vagues pour créer une incertitude de la part de ceux qui s'expriment, incertitude pouvant conduire à une autocensure sur un type de discours pourtant constitutionnellement protégé. Ainsi, l'incertitude quant aux expressions proscrites, s'ajoutant à la nature pénale de l'interdiction, conduirait nécessairement les adultes voulant s'exprimer à préférer le silence à une éventuelle répression. Le C.D.A. serait une épée de Damoclès pour tout éditeur de contenu.

Enfin, la détermination des responsables potentiels était déterminante à l'exercice du contrôle strict posé par la Cour. Le C.D.A. avait vocation à s'appliquer à toute personne émettant sur l'internet des contenus indécents ou manifestement choquants, quelle que soit la fonctionnalité technique utilisée (sites *web*, groupes de discussion, courriels, etc.). Ainsi, étaient visés aussi bien les simples particuliers que les pornographes professionnels. Or, la Cour a constaté que seuls ces derniers pouvaient financièrement se conformer à la loi en mettant en place des moyens techniques de restrictions de l'accès des mineurs. Imposer de tels coûts à de simples particuliers conduirait beaucoup d'entre eux à renoncer à l'activité expressive, et réduirait ainsi le nombre d'informations disponibles sur l'internet¹⁶³.

¹⁶¹ Les critères de l'obscénité utilisés actuellement en droit américain sont ceux posés lors de la décision *Miller v. California*, précitée. Par extension, lors de sa décision *New York v. Ferber*, précitée, la Cour suprême a défini ce qu'est une expression obscène à l'égard des mineurs. Ainsi, ce qui est obscène au regard des enfants, et donc susceptible d'une interdiction pure et simple, ce qui est qualifié d'indécent pour les adultes, qui jouissent de la sorte d'un droit constitutionnel à son émission et à sa réception. La ligne de démarcation entre indécence et obscénité est donc très floue, au point que leurs réglementations sont régulièrement portées devant les tribunaux qui doivent trancher sur l'étendue exacte de la disposition normative en cause.

¹⁶² Le terme exact en anglais est "patently offensive".

¹⁶³ Ce point sera développé dans la deuxième partie de notre travail à propos des limites de la liberté d'expression sur l'internet.

La Cour a déduit de ces éléments que de manière globale, le champ d'application du C.D.A. était bien trop étendu pour permettre son application effective sans une restriction conséquente de la liberté d'expression des adultes. Une telle réglementation conduirait à limiter le type de contenus disponibles sur l'internet à ceux dédiés aux enfants. Cette restriction à la liberté d'expression des adultes toucherait également les parents qui souhaiteraient exposer leurs enfants à ce type de contenus pour des raisons éducatives. D'après la Cour, les conséquences sur la liberté d'expression seraient trop importantes pour pouvoir laisser survivre une législation pénale aussi vague, à moins que le Gouvernement ne prouve qu'elle est nécessaire à la poursuite d'un intérêt légitime.

B. Le rapport par le Gouvernement de la preuve du caractère nécessaire des réglementations des contenus diffusés sur l'internet

Toute réglementation touchant au contenu d'une expression protégée est présumée invalide¹⁶⁴. Aussi, sa validité sera contingente au rapport de la preuve de sa constitutionnalité par ses auteurs. Cette preuve consistera dans la double démonstration de la nécessaire protection d'un intérêt essentiel – telle la protection de l'enfance, et de l'absence d'alternative moins restrictive de la liberté d'expression. Le but de ce test est clairement rappelé par la Cour :

"The purpose of the test is not to consider whether the challenged restriction has some effect in achieving Congress' goal, regardless of the restriction it imposes. The purpose of the test is to ensure that speech is restricted no further than necessary to achieve the goal, for it is important to assure that legitimate speech is not chilled or punished"¹⁶⁵.

Les juges doivent donc s'assurer qu'une expression n'est pas restreinte plus qu'il ne le faut pour atteindre un objectif fixé par le Congrès. De son côté, le gouvernement doit démontrer que les alternatives proposées par les adversaires de la législation, alternatives supposément moins restrictives à la liberté d'expression, comportent des faiblesses, mais aussi et surtout,

¹⁶⁴ Nous avons étudié l'ensemble de ces règles dans la Partie I, Titre I., Chapitre 2, Section 2, §1., C., 2. "Les contraintes posées à la réglementation de l'expression", et notamment la note n° 227.

¹⁶⁵ *Ashcroft v. ACLU*, 000 U.S. 13-218 (2004). "Le but de ce test n'est pas de regarder si la restriction contrôlée aurait pour effet d'accomplir un objectif du Congrès, sans égard pour la limitation qu'elle impose. Le but de ce test est de s'assurer que l'expression n'est pas restreinte plus que de besoin pour remplir cet objectif, car il est important de s'assurer qu'une expression légitime ne soit pas censurée ou punie".

qu'elles seraient moins efficaces que la législation contrôlée. Ainsi, le simple fait que la législation permette de protéger l'intérêt énoncé ne suffit pas à la valider.

Dans sa décision *Reno v. ACLU*¹⁶⁶, la Cour suprême a reconnu que le C.D.A. était motivé par un intérêt essentiel, celui de la protection de l'enfance face aux contenus pouvant leur être préjudiciables sur l'internet, en particulier la pornographie. Une description plus détaillée de ce que représente cet intérêt se trouve dans un rapport établi par des parlementaires lors de la discussion sur le C.O.P.A.¹⁶⁷, le successeur du C.D.A. Dans ce rapport, il est dit que l'exposition des mineurs à la pornographie irait à l'encontre d'un développement sain et approprié de la sexualité de l'enfant. Elle ne fournirait pas à l'enfant une perspective sexuelle normale dans la mesure notamment où les matériels sexuels ainsi livrés représentent des activités destinées aux adultes. De plus, la pornographie aurait un impact significatif sur les attitudes et les valeurs, impact clairement préjudiciable s'agissant des mineurs. L'accès par des mineurs aux images sexuelles fortes présentes sur le web pourrait ainsi conduire à des pathologies et à des violences sexuelles.

En plus de ces considérations factuelles, le rapport se base sur la ligne de jurisprudence de la Cour suprême en matière d'accès par des mineurs à des contenus pornographiques. La Cour a en effet reconnu à de nombreuses reprises la possibilité pour les pouvoirs publics de légiférer dans le but d'empêcher l'accès des mineurs à des contenus explicitement sexuels. Cet intérêt dans la protection de l'enfance a depuis longtemps été considéré comme essentiel¹⁶⁸. Lors de sa décision *Reno v. ACLU*, la Cour suprême a confirmé le caractère essentiel de la protection de l'enfance contre les contenus pornographiques diffusés sur l'internet. L'intervention des pouvoirs publics en matière de pornographie reste considérée comme primordiale. La loi doit intervenir afin d'aider les parents dans la protection du bien-être de leurs enfants. Selon les juges, le premier critère de validité de la législation était donc rempli.

Le second critère de validité d'une réglementation touchant au contenu d'une expression semble, quant à lui, faire défaut. La Cour devait vérifier que le Gouvernement, dont le rôle est

¹⁶⁶ Précité.

¹⁶⁷ Committee on Commerce, *Child Online Protection Act*, House of Representatives, 105th Congress, 2nd session, 105-775.

¹⁶⁸ Voir les décisions de la Cour suprême : *Ginsberg v. New York*, 390 U.S. 629 (1968), *FCC v. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978), *New York v. Ferber*, 458 U.S. 747 (1982), *Sable Communications of Cal. v. FCC*, 492 U.S. 115 (1989), *Denver Area Ed. Tel. Consortium v. FCC*, 116 S.Ct. 2374 (1996), et 117 S.Ct. 2346, 2348.

de défendre la loi jugée, avait rapporté la preuve selon laquelle il n'existait pas d'autre moyen moins restrictif à la liberté d'expression. Les questions posées étaient les suivantes : une réglementation basée sur le contenu de l'expression et visant à protéger un intérêt essentiel peut-elle être valide si elle porte atteinte à des droits à la libre expression ? En quoi le droit des adultes à accéder à des contenus pornographiques sur l'internet serait-il affecté par des réglementations tel le C.D.A.? Finalement, une réglementation protégeant un intérêt essentiel est-elle la moindre des restrictions à la liberté d'expression ?

L'interdiction de l'accès à la pornographie par les mineurs pose le problème de la restriction de la liberté d'expression des adultes. D'après la jurisprudence traditionnelle de la Cour suprême, la réglementation d'un contenu doit laisser ouverts d'amples moyens alternatifs à la communication pour ne pas empiéter sur des droits à la libre expression. Un contrôle de proportionnalité doit ainsi être opéré entre la restriction nécessaire de l'accès par les mineurs et le droit des adultes à bénéficier de ce type d'expression. Toute réglementation de la pornographie doit ainsi obligatoirement permettre l'accès des adultes, en leur accordant des moyens alternatifs d'accès à cette communication.

Concernant le C.D.A., la Cour suprême a refusé la thèse selon laquelle la réglementation des contenus diffusés sur l'internet votée par le Congrès constituait le seul moyen de protéger l'intérêt de l'enfance. La Cour a réitéré son refus lors de sa décision *Ashcroft v. ACLU*¹⁶⁹, à propos de la question de la constitutionnalité du C.O.P.A.¹⁷⁰, mais cette fois sur des motifs différents. Le Congrès avait suivi les indications données par la Cour lors de sa décision *Reno v. ACLU*, et tenté par cette nouvelle loi d'éviter les écueils de la première. Ainsi, l'objet de la législation fut considérablement réduit. Il n'était plus question de réglementer chaque application de l'internet, mais seulement les sites *web*. Par ailleurs, seuls les pornographes professionnels étaient concernés. Enfin, la définition de ce qui est dommageable aux mineurs fut restreinte de façon à ressembler au plus près aux définitions traditionnelles de l'obscénité et de l'indécence posées par le Cour suprême au fil de sa jurisprudence¹⁷¹. Pourtant, la Cour

¹⁶⁹ *Ashcroft v. ACLU*, 000 U.S. 03-218 (2004).

¹⁷⁰ 47 U.S.C., notamment §231, qui prévoit entre autres une amende de 50 000 dollars ainsi qu'un emprisonnement pour une durée de six mois pour les pornographes professionnels qui publieraient des contenus dommageables pour les mineurs sur le web. Cette disposition prévoit également une immunité pour ceux qui auraient pris des mesures de restriction de l'accès des mineurs par la demande de présentation d'une carte de crédit pour entrer dans leur site, ou tout autre mesure raisonnable réalisable compte tenu de l'état de la technologie.

¹⁷¹ La Cour a confirmé ce point lors de sa décision *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002), dans laquelle une faible majorité a reconnu la constitutionnalité de l'utilisation des "standards de la communauté" par le C.O.P.A.

suprême est restée sensible aux arguments présentés par les opposants au C.O.P.A. en l'invalidant à son tour.

Après une estimation des techniques alternatives à la législation afin d'interdire l'accès à des mineurs à des contenus pornographiques diffusés sur l'internet, les juges ont considéré que le gouvernement n'avait pas rapporté la preuve de la supériorité du C.O.P.A. dans la protection de l'enfance. Le contrôle des contenus diffusés par les utilisateurs eux-mêmes a été jugé préférable. La Cour a considéré que l'utilisation des techniques de filtrage des contenus était moins restrictive à la liberté d'expression que le C.O.P.A., comme cela avait déjà été le cas dans le cadre de la télévision par câble. Dans l'affaire *Playboy*¹⁷² jugée en 2000, la Cour suprême avait dû se prononcer sur une restriction de la liberté d'expression afin de protéger l'enfance face à des contenus pornographiques diffusés sur la télévision câblée. Les adversaires de cette législation avançaient que des moyens techniques de filtrage des contenus étaient à la disposition des parents, et qu'ils suffisaient à la protection de cet intérêt. La Cour a jugé que l'utilisation de ces moyens techniques était effectivement préférable, d'autant que le gouvernement n'avait pas apporté la preuve de la plus grande efficacité de la législation sur ces moyens. Comme dans l'affaire *Playboy*, la Cour a préféré l'option consistant à laisser le soin aux parents de mettre en place des dispositifs techniques de sélection des contenus.

afin d'identifier les matériels pouvant porter préjudice aux mineurs. Rappelons que ce critère des "standards de la communauté" est perçu par les juges comme la sensibilité d'une collectivité donnée par rapport à une expression de type sexuel. Chaque collectivité définira ainsi ce qu'elle considère comme pornographique ou comme simplement indécent. Aucun critère national ne saurait donc s'imposer en la matière (voir Titre I, Chapitre II, Section II, C., 1. Les méthodes de résolution des conflits entre l'expression et les autres valeurs sociales, et notamment la note 215). Malgré de très forts arguments provenant des opposants au C.O.P.A., la majorité des juges de la Cour suprême dans cette espèce a décidé que les caractéristiques particulières de l'internet ne justifiaient pas de revenir sur cette ligne traditionnelle de la jurisprudence.

¹⁷² *United States v. Playboy Entertainment Group*, 529 U.S. 803 (2000).

Conclusion du Chapitre II

Comme nous allons le voir dans notre prochain développement consacré aux États-Unis, depuis l'entrée en vigueur du C.D.A., il n'est plus possible pour les tribunaux d'appliquer aux intermédiaires techniques de l'internet les règles régissant la responsabilité civile issues de la *Common Law*. Pourtant, des tribunaux tentent parfois de les réhabiliter¹⁷³. Pourtant, le recours aux équivalences fonctionnelles entre les intermédiaires techniques et les intermédiaires plus classiques de la communication n'est pas indifférent en termes de liberté d'expression. Considérer les intermédiaires techniques comme de simples distributeurs ou transporteurs des informations qu'ils contribuent à mettre à la disposition du public confère une grande liberté à la réception de l'expression. Le public en est le bénéficiaire. La prémisse de cette inférence est que sans cela, et étant donné le nombre très important de contenus circulant sur l'internet et l'immédiateté de leur transmission, les intermédiaires se trouveraient face à une tâche considérable, celle de contrôler toutes les informations envoyées sur l'internet avant qu'elles ne deviennent accessibles au public. En qualifiant les intermédiaires de distributeurs, les juges les soulagent de ce poids, de la même manière qu'ils évitent que la liberté d'expression soit amoindrie.

Toutefois, la solution consistant à qualifier les intermédiaires d'éditeurs des contenus émis par un tiers s'avère plus sévère en termes de libre expression. Si un intermédiaire se donne pour rôle de contrôler du mieux possible les contenus qui circulent par le biais de ses serveurs, le considérer comme éditeur aboutit à le rendre responsable pour un simple manque de vigilance. Dès lors, deux solutions s'offrent à lui. Il peut décider de contrôler tous les contenus, et restreindre ainsi la facilité de circulation des informations sur l'internet ; ceci aboutit nécessairement à limiter la liberté d'expression. Sinon, il peut renoncer à tout contrôle des contenus, ce qui va alors dans le sens d'une grande liberté. Cependant, le C.D.A. est justement venu condamner une telle solution comme nous allons le voir.

¹⁷³ Voir la décision récente de la Cour d'appel de Californie, *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal.4th 33, 146 P.3d 510, 51 Cal.Rptr.3d 55 (Cal. Sup. Ct., Nov. 20, 2006), anciennement disponible à l'adresse suivante : <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S122953.PDF>., censurant le tribunal inférieur qui avait rendu un jugement appliquant la responsabilité du distributeur à un intermédiaire technique. Cette décision sera étudiée dans le détail dans le prochain titre de notre travail.

En matière pénale, les choses en sont allées différemment. Poursuivant l'objectif selon lequel ceux qui émettent des contenus indécents, de même que ceux qui permettent leur diffusion, devraient prendre eux-mêmes les mesures pour éviter que les mineurs n'y aient accès, le Congrès a tenté d'apporter une importante limitation de la liberté d'expression que la Cour suprême a censurée. Posant le principe selon lequel le régime juridique de l'internet bénéficiait d'une grande protection du Premier amendement, elle n'a pas accepté que la nécessaire protection de l'enfance outrepassse le droit des adultes à la libre expression. Ce n'est pas en soi le principe d'une limitation que la Cour critiquait alors, mais plutôt le trop grand poids que le Congrès voulait imposer sur les possibilités d'expression sur l'internet.

TITRE II

UNE IRRESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Après que les juges et les législateurs aient offerts les premières solutions à la diffusion des contenus répréhensibles sur l'internet en responsabilisant les intermédiaires techniques, une seconde période s'est ouverte, en faveur d'une large limitation de leurs responsabilités pénale et civile, voire de leur irresponsabilité. Les effets négatifs sur la liberté d'expression d'un régime de responsabilité de principe ont été estimés trop importants.

Depuis une période récente, législateurs et juges ont opté pour l'application du principe d'une irresponsabilité des intermédiaires techniques. Plusieurs interrogations s'attachent à cette nouvelle position. Quelles sont en effet les modifications opérées par rapport à l'état du droit précédent ? Les intermédiaires sont-ils toujours considérés comme des acteurs de la liberté d'expression ? Dans cette hypothèse, des obligations sont-elles toujours mises à leur charge ? Si des obligations persistent, entraînent-elles un élargissement de la liberté d'expression ? La question centrale ici est donc de savoir si un équilibre a pu être trouvé entre la volonté de réglementer les contenus répréhensibles sur l'internet et le respect du principe de la liberté d'expression.

Les deux pays étudiés ont offert des solutions différentes, tout en poursuivant le principe d'une irresponsabilité des intermédiaires techniques. Nous verrons tout d'abord ce qu'il en est en France (Chapitre I), puis aux États-Unis (Chapitre II.).

CHAPITRE I.

LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES EN FRANCE

Face à la diversité des solutions judiciaires apportées à la responsabilité des intermédiaires techniques, notamment celle consistant à leur appliquer une responsabilité de nature éditoriale, les pouvoirs publics français ont réagi. Dans le même temps, les institutions européennes se sont penchées sur ce problème pour consacrer dans une directive le principe de leur irresponsabilité.

Mais quels contours donner à cette irresponsabilité ? Sera-t-elle absolue ? Au contraire, sera-t-elle assortie d'obligations à la charge des intermédiaires techniques ? La consécration de l'irresponsabilité des intermédiaires et la détermination du contenu de ce régime s'est faite à partir de 1999 au fil de lois et projets de loi ayant conduit au régime actuel (Section I). Leur irresponsabilité n'étant pas si absolue que arguments justificatifs le prétendent, un certain nombre d'obligations leur sont imposées par la loi, dont certaines par la codification de solutions jurisprudentielles antérieures à la nouvelle loi (Section 2).

SECTION I.

L'AVÈNEMENT DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

La mise en place d'un régime d'irresponsabilité pénale et civile des intermédiaires techniques s'est faite par étapes. Sous l'impulsion de la directive européenne sur le commerce électronique, dès 2000, le législateur a posé ce principe d'irresponsabilité dans les différents projets et textes de loi. Mais s'il est décidé que l'irresponsabilité des intermédiaires n'est pas absolue, comment articuler les exceptions à ce principe ? À quels intermédiaires ce principe s'appliquera-t-il ? Dans quels cas pourrait-on mettre en jeu leur responsabilité ? Doit-on distinguer entre responsabilités civile et pénale ? Peut-on permettre à un tiers de demander le retrait d'un contenu à un hébergeur sous peine de voir sa responsabilité engagée ? Un retrait opéré dans de telles conditions peut-il être opéré sans l'intervention d'un juge ? Le cas échéant, quelles seraient ses conséquences sur le principe de la liberté d'expression ?

Le législateur a répondu progressivement à ces différentes questions (§1.), pour aboutir à la consécration du principe d'irresponsabilité des intermédiaires techniques (§2.).

§1. La mise en place d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques

Après quelques années de construction jurisprudentielle d'un régime de responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet, ce fut au tour du législateur de se saisir de cette matière. La mise en place législative de ce régime s'est faite en plusieurs étapes. De nombreuses questions se posaient, dont la plus essentielle, celle du choix du principe devant guider le régime de responsabilité. Par la directive sur le commerce électronique, les instances européennes ont opté pour un principe d'irresponsabilité des intermédiaires (A.). Elles furent suivies par le législateur français (B.).

*A. Les dispositions de la directive européenne sur le commerce électronique*¹⁷⁴

À la fin des années 1990, l'actualité judiciaire et législative des différents pays européens a conduit les institutions européennes à mettre en place un cadre pour le déroulement du commerce électronique. Il était estimé que le développement des services de l'internet était freiné par des obstacles tels l'insécurité juridique résultant des régimes développés jusque là dans les États membres. Une directive fut adoptée afin de poser les principes à suivre. L'objectif était de fournir les bases des règles que les États membres devaient adopter à propos des services de la société de l'information¹⁷⁵. Ces services furent définis comme un ensemble d'activités économiques se déroulant en ligne, à la condition qu'elles soient fournies sur demande individuelle. La directive proposait ainsi de faciliter une utilisation massive de l'internet pour les échanges commerciaux et de promouvoir une sécurité juridique qui demeurerait faible dans les droits nationaux du fait de la diversité des régimes juridiques applicables, mais probablement également de leur sévérité en matière de responsabilité des intermédiaires techniques.

¹⁷⁴ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), *J.O.C.E.*, n° L 178, 17 juillet 2000, pp. 0001-0016.

¹⁷⁵ Pour plus de détails sur les différentes dispositions de la directive, voir Verbiest (T.), "La Directive européenne sur le commerce électronique", *Juricom.net*, 15 juin 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juricom.net/pro/2/ce20000615.htm>, Notté (G.), "La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique", *J.C.P.*, n°38, 20 septembre 2000, pp. 1687-1690, Sédallian (V.), "La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millennium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique", *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux*, n°110, janvier 1999, Rojinsky (C.), "Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe", *Gaz. Pal.*, mai-juin 2000, pp. 1076-1082.

La question de la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet fait partie des dispositions essentielles de cette directive. La nécessité d'adopter des règles communes en la matière était justifiée par l'objectif communautaire de libre circulation des services, et en l'occurrence, de ceux de la société de l'information. Le bon fonctionnement du marché intérieur et la concurrence en dépendraient. Ces règles devaient aussi "refléter [...] la liberté d'expression"¹⁷⁶. Par conséquent, les activités liées aux services de la société de l'information devaient s'exercer librement.

Trois principes ont été posés par la directive afin de préserver la liberté d'expression, mais surtout les libertés économiques communautaires. Le premier est celui de l'interdiction d'imposer une autorisation préalable à l'exercice de ces activités ou de toute contrainte équivalente. Cette interdiction se conjugue avec une obligation d'identification des intermédiaires de l'internet qui devront ainsi mettre à la disposition de leurs destinataires et des autorités compétentes leurs nom et adresse et un certain nombre d'autres mentions destinées à les identifier¹⁷⁷.

Le deuxième principe de la directive est celui de l'irresponsabilité des intermédiaires techniques de l'internet face aux contenus diffusés par leurs utilisateurs. La Section 4 définit trois types de prestataires techniques dont elle écarte la responsabilité, sauf dans des conditions précises, variant selon leur rôle dans le processus de communication. Le premier, le fournisseur d'accès à l'internet, est considéré comme un simple transporteur des informations fournies par leurs auteurs, les mettant instantanément à la disposition du public. Il ne pourra être considéré comme responsable que s'il exerce une certaine forme de contrôle sur le contenu, à savoir s'il est à l'origine de la transmission, s'il en choisit le destinataire, ou s'il sélectionne ou modifie les informations faisant l'objet de cette transmission. C'est donc sa capacité de contrôle du contenu qui est ici déterminante. Si l'intermédiaire se contente de remplir son rôle de manière purement technique et passive, il sera exonéré de toute responsabilité. Une solution similaire est accordée au deuxième intermédiaire mentionné, celui qui exerce une forme de stockage appelée le "caching", qui consiste à stocker de manière temporaire les informations transitant sur ses serveurs afin d'en rendre la transmission ultérieure plus efficace. Sa responsabilité ne pourra être engagée que s'il intervient sur le

¹⁷⁶ Directive sur le commerce électronique, précitée, cons. 9.

¹⁷⁷ *Ibid.*, article 5.

contenu transmis. La directive lui impose de retirer l'information litigieuse ou d'en rendre l'accès impossible si cela a été ordonné par décision d'un tribunal ou d'une autorité administrative. L'article 13 ajoute que les droits nationaux peuvent prévoir de lui imposer de prévenir la diffusion de contenus illicites. Enfin, le troisième intermédiaire bénéficiant d'une irresponsabilité est celui qui assure l'hébergement des contenus. Il ne pourra être responsable que s'il avait connaissance d'une illégalité. Le cas échéant, il sera exempté de responsabilité s'il agit promptement pour retirer les informations ou pour empêcher leur accès sur le réseau. Ici encore, la directive laisse aux États membres la possibilité d'exiger ce retrait au prestataire.

S'ajoute à ceci l'interdiction faite aux États d'édicter une obligation de surveillance des contenus à caractère général. Cela signifie qu'aucun intermédiaire ne pourrait être responsable *a priori* de la diffusion d'un contenu illicite. Toutefois, les États peuvent exiger des intermédiaires de prendre les précautions raisonnables afin de "détecter et d'empêcher certains types d'activités illicites"¹⁷⁸. L'utilisation de moyens techniques de filtrage des contenus a ainsi été encouragée par les instances européennes.

Ce principe d'irresponsabilité des intermédiaires techniques a pour corollaire un troisième principe qui est celui de l'application du droit commun. Un intermédiaire ne peut être considéré comme responsable de la présence d'un contenu illicite sur ses serveurs à moins qu'il n'intervienne d'une manière ou d'une autre dans sa fabrication. La contrepartie de cette irresponsabilité est de l'obliger à agir pour retirer un tel contenu de la connaissance du public une fois qu'il en est informé. La directive laisse le soin aux États d'établir les conditions de ce retrait.

Cette directive a généralement reçu un accueil favorable de la part de la doctrine française. Néanmoins, certaines de ses lacunes ont été dénoncées¹⁷⁹ comme l'absence de prise en compte du sort des démarches abusives que des tiers pourraient entreprendre dans le but de faire retirer des contenus, pourtant licites, qui leur déplairaient. Selon ces critiques, les conditions de cette notification auraient également dû être réglementées par la directive. Plus important est l'argument dénonçant la minoration du rôle du juge dans l'estimation de la licéité des contenus. Peut-on accepter, au nom de la valeur de la démocratie qui fonde le principe de la

¹⁷⁸ *Ibid.*, cons. 48.

¹⁷⁹ Voir notamment Rojinsky (C.), "Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe", précité, pp.1081-1082.

liberté d'expression, qu'un intermédiaire vienne à retirer un contenu du seul fait qu'il lui soit notifié par un tiers comme étant illicite, ou même par simple prudence de sa part ? L'appréciation d'une illégalité ne devrait-elle pas faire l'objet d'un débat contradictoire devant une juridiction compétente¹⁸⁰ ? L'interdiction d'un contenu par une entité privée sans intervention du juge est-elle admissible dans un système dans lequel la libre expression est un principe fondamental ? Ces considérations sont essentielles devant le risque de diminution de cette liberté. Voyons à présent comment les autorités françaises ont réagi face à ces arguments, et de manière plus générale, comment s'est construit le régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques de l'internet.

B. Les réformes législatives en vue de l'établissement d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques

Alors que la directive était encore en discussion au sein des instances européennes, le législateur français a décidé d'intervenir afin de régler en urgence le sort juridique des intermédiaires techniques de l'internet. Ce besoin s'est fait sentir du fait essentiellement de la décision de la Cour d'appel de Paris, qui dans l'affaire de diffusion sans autorisation de photographies d'un mannequin dénudé avait condamné l'hébergeur sur le fondement d'une responsabilité de nature éditoriale¹⁸¹. La solution se révélait sévère au regard de la liberté d'expression, et le législateur voulait la censurer en poursuivant l'objectif communautaire d'une irresponsabilité des intermédiaires.

En 1999, la réforme de la loi du 30 septembre 1986 sur la liberté de communication a été initiée au Parlement. Il s'agissait de procéder à des réformes ponctuelles du droit de l'audiovisuel, comme par exemple la création de la société France Télévision et la modification de certaines règles de fonctionnement de l'audiovisuel. Mais, l'objectif du législateur était également de régler la question de la responsabilité des intermédiaires techniques de l'internet. Lors des débats dans les assemblées, deux conceptions du régime à mettre en place se sont affrontées. La première, représentée par l'amendement déposé par le

¹⁸⁰ *Ibid.*, p. 1081.

¹⁸¹ Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ Estelle Halliday*, précité.

député Bloche¹⁸², était de consacrer un principe d'irresponsabilité des fournisseurs d'accès et d'hébergement, principe assorti de deux exceptions. Ils redevenaient responsables s'ils avaient eux-mêmes participé à la création ou à la production du contenu, et pour les fournisseurs d'hébergement, s'ils n'agissaient pas promptement pour retirer le contenu après avoir été saisis par l'autorité judiciaire. La responsabilité des intermédiaires dépendait ainsi d'une procédure devant les tribunaux. L'amendement ne traitait toutefois que des contenus qui portaient atteinte aux droits des tiers.

La seconde conception ressort du rapport du sénateur Hugot¹⁸³ présenté au cours des débats parlementaires. Ce dernier souhaitait plutôt consacrer législativement le régime de responsabilité construit par les juges sur le fondement du droit commun de l'article 1383 du Code civil, à savoir un système de responsabilité pour négligence. Il souhaitait également interdire l'anonymat sur l'internet, sous peine de sanctions pénales. Cette conception était plus sévère que celle proposée par le député Bloche dans la mesure où elle visait à consacrer une responsabilité basée sur le droit commun. Elle allait aussi à l'encontre des dispositions européennes, qui exigeaient de leur côté l'instauration de régimes d'irresponsabilité des intermédiaires techniques au sein des États-membres.

Le texte de loi adopté par l'Assemblée nationale le 27 mai 1999 s'est inspiré de l'amendement du député Bloche, optant ainsi pour une irresponsabilité de principe des intermédiaires techniques, plus précisément des fournisseurs d'hébergement, et ce aussi bien en matière pénale que civile. Le nouvel article 43-8 disposait que :

"les personnes physiques ou morales qui assurent, à titre gratuit ou onéreux, le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature accessibles par ces services, ne sont pénalement ou civilement responsables du fait du contenu de ces services que :

- si, ayant été saisies par une autorité judiciaire, elles n'ont pas agi promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ;
- ayant été saisies par un tiers estimant que le contenu qu'elles hébergent est illicite ou lui cause un préjudice, elles n'ont pas procédé aux diligences appropriées".

La nouveauté du texte par rapport à l'amendement Bloche réside ici dans la possibilité offerte aux tiers de saisir un fournisseur d'hébergement pour lui demander d'agir face à un contenu

¹⁸² Amendement n°568 proposé par Patrick Bloche, Projet de loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dont on trouvera le dossier complet à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/communic.asp>.

¹⁸³ Rapport n° 154 de M. Jean-Paul Hugot, fait au nom de la commission des affaires culturelles, déposé le 22 décembre 1999 au Sénat, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/rap/199-154/199-154.html#toc26>.

illicite ou préjudiciable, plus exactement de procéder aux "diligences appropriées". Néanmoins, cette notion était floue. Consistait-elle dans le retrait du contenu ou dans la suspension de sa diffusion ? De son côté, l'organisation de cette procédure de notification posait des problèmes au regard du principe de la liberté d'expression. Était-il conforme à ce principe de permettre à un tiers d'obtenir le retrait d'un contenu simplement parce qu'il estimerait que le contenu est illicite ou lui cause préjudice ? Le fournisseur d'hébergement n'aurait-il pas tendance à retirer tout contenu dès notification, opérant ainsi une censure privée de l'expression ? Ces craintes ont été levées par les précisions données par la ministre de la Culture et de la Communication lors des débats à l'Assemblée nationale. Elle considérait que cette notion de "diligences appropriées" signifiait :

"vérifier la présence du contenu litigieux, mettre en relation le tiers et l'auteur ou l'éditeur - ce qui permet de résoudre beaucoup de litiges -, informer sur les procédures, s'assurer que le plaignant saisira la justice ou qu'elle sera saisie si l'hébergeur a un doute et, le cas échéant, interdire l'accès aux contenus illicites. Pour être hébergeur, on n'en est pas moins un citoyen, et certains contenus ne peuvent être laissés accessibles"¹⁸⁴.

L'intervention de l'autorité judiciaire était donc centrale dans cette disposition de sorte que l'intermédiaire technique n'avait pas à se faire juge des contenus.

Les députés ont saisi le Conseil constitutionnel afin de vérifier la constitutionnalité de cette loi, mais ils ne contestaient pas les dispositions concernant la responsabilité des intermédiaires techniques. Le Conseil a soulevé d'office l'inconstitutionnalité de la seconde exception posée par l'article 43-8¹⁸⁵. Plus précisément, il a mis en cause le fait qu'en matière pénale la procédure de notification par des tiers aux hébergeurs de la présence de contenus illicites ou préjudiciables ne soit pas plus précise. De plus, il a estimé que le législateur n'avait pas déterminé "les caractéristiques essentielles du comportement fautif de nature à engager, le cas échéant, la responsabilité pénale des intéressés". En d'autres termes, la notion de "diligences appropriées" qui permettait à l'hébergeur d'échapper à sa responsabilité pénale aurait dû être mieux définie par le texte. Le Conseil a invalidé cette seconde exception, et dans la mesure où la loi ne distinguait pas entre les responsabilités civile et pénale, elle s'est trouvée amputée d'une de ses dispositions essentielles. Seule restait la responsabilité des hébergeurs du fait de leur inertie après une injonction judiciaire.

¹⁸⁴ Assemblée nationale, Séance du 15 juin 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/cr/html/20000229.asp>.

¹⁸⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Recueil*, p. 121.

Cette décision fut très vivement critiquée par la doctrine. La loi aurait ainsi été vidée de son principal intérêt¹⁸⁶, et la décision du Conseil serait sans fondement¹⁸⁷. Elle faisait naître une période d'incertitude¹⁸⁸. Les fournisseurs d'hébergement disposaient dès lors d'une large impunité dans la mesure où la seule obligation qui leur restait était d'agir promptement pour empêcher l'accès à contenu après une injonction judiciaire. Un auteur¹⁸⁹ a fait valoir le caractère contestable de cette décision d'un point de vue pénal. En effet, aucune infraction nouvelle n'était créée, et la loi ne ferait qu'ajouter une condition à la mise en jeu de la responsabilité pénale. Pour le reste, le droit pénal général s'appliquait, c'est-à-dire que la victime devait toujours prouver que l'hébergeur était l'auteur du contenu ou son complice.

Malgré ses lacunes, l'article 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000 a été appliqué par les juges. Victime de diffamation, une entreprise avait assigné en référé un fournisseur d'hébergement afin d'obtenir la fermeture du site où les propos étaient diffusés¹⁹⁰. Le juge, après avoir constaté que l'hébergeur avait préalablement procédé à la fermeture du site, a considéré implicitement que ce dernier s'était conformé aux nouvelles dispositions législatives. Cette solution a été réitérée dans une nouvelle affaire de diffamation contre une entreprise, cette fois sur un forum de discussion¹⁹¹. Dès réception de l'assignation par les victimes, l'hébergeur avait procédé à la fermeture du forum, mesure que le juge a corroborée sur de la même manière que dans l'affaire précédente. Toutefois, le juge a estimé ici que la jurisprudence précédant la loi du 1^{er} août 2000, basée sur la responsabilité pour négligence de l'article 1383 du Code civil et imposant une obligation générale de surveillance des contenus par les hébergeurs, trouvait toujours à s'appliquer. En effet, il a considéré que :

"[...] la Société NFrance Conseil en sa qualité d'hébergeur est tenue d'une obligation générale de prudence et de diligence et il lui appartient de prendre toutes précautions

¹⁸⁶ Lepage (A.), "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur l'internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", *Dalloz*, n°4, 2001, p. 322-327, notamment p. 327.

¹⁸⁷ Mallet-Poujol (N.), "Regard perplexe sur les récents travaux législatifs en droit de l'information", *Légipresse*, n°177, décembre 2000, pp. 137-141, notamment p. 140.

¹⁸⁸ De Candé (P.), "La responsabilité des intermédiaires de l'internet ou ISP (1) : l'apport du projet de loi sur la société de l'information", *Dalloz*, n° 24, 2001, pp. 1934-1938, notamment p. 1936.

¹⁸⁹ Melison (D.), "Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil", *Juriscom.net*, 25 avril 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=682>.

¹⁹⁰ Tribunal de grande instance de Paris, Ordonnance de référé, 6 février 2001, *S.A. Ciriël c/ S.A. Free*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20010206.htm>.

¹⁹¹ Tribunal de grande instance de Toulouse, ordonnance de référé, 5 juin 2002, *Association Domexpo c/ SARL NFrance Conseil et Monsieur A. S.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=326>.

pour éviter de léser les droits des tiers, se devant de mettre en œuvre à cette fin des moyens raisonnables d'information, de vigilance et d'action".

Il est vrai que le législateur n'avait pas alors explicitement exclu toute obligation générale de prudence et de diligence à la charge des hébergeurs. Néanmoins, en mettant en place un régime de limitation de leur responsabilité, et en définissant limitativement les obligations à leur charge, il a implicitement entendu revenir sur les décisions judiciaires antérieures. Une interprétation fonctionnelle et *a contrario* de la loi par le juge l'aurait conduit à adopter une telle solution, notamment au regard de la directive sur le commerce électronique¹⁹² interdisant l'imposition de ce type d'obligation, et du projet de loi sur la société de l'information¹⁹³ qui faisait alors l'objet de débats à l'Assemblée nationale. Ce projet interdisait l'imposition d'une obligation de surveillance générale des contenus à son article 43-8-2¹⁹⁴.

Ce projet de loi sur la société de l'information a jeté les bases du régime mis en place trois ans plus tard par la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁹⁵. Prenant acte de la décision du Conseil constitutionnel censurant la loi du 1^{er} août 2000, le projet se bornait à poser le principe d'une irresponsabilité des hébergeurs seulement dans le domaine civil. Il remplaçait aussi la seconde exception à l'irresponsabilité des hébergeurs - censurée par le Conseil – par la formule suivante : "si, ayant effectivement connaissance du caractère manifestement illicite de ce contenu, [ils] n'ont pas agi promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible¹⁹⁶". Le fournisseur d'accès était de son côté irresponsable, alors que l'opérateur assumant le "cache" des contenus devait les retirer ou en rendre l'accès impossible s'ils avaient préalablement disparu du réseau, du fait de leur auteur ou suite à une décision de justice. Il s'agissait de s'assurer que des contenus illicites ou préjudiciables ne réapparaissent pas suite à leur suppression. Dans le projet, il était également précisé que les fournisseurs d'accès et d'hébergement ne pouvaient être considérés comme les producteurs des contenus au sens de l'article 93-3 de la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle¹⁹⁷,

¹⁹² Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur ("directive sur le commerce électronique"), précitée.

¹⁹³ Projet de loi sur la société de l'information, déposé à l'Assemblée nationale le 14 juin 2001, disponible à l'adresse suivante : <http://www.assemblee-nationale.fr/11/projets/pl3143.asp>.

¹⁹⁴ *Ibid.* L'article 43-8-2 disposait : "les prestataires techniques mentionnés aux articles 43-7 et 43-8 ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher activement des faits ou des circonstances révélant des activités illicites".

¹⁹⁵ Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

¹⁹⁶ *Ibid.* Article 11 I. b).

¹⁹⁷ Loi du 29 juillet 1982 relative à la liberté de communication, précitée. Rappelons que l'article 93-3 transpose à l'audiovisuel le régime de la responsabilité en cascade prévu par la loi de 1881 pour la presse.

écartant ainsi explicitement l'application aux intermédiaires techniques de la responsabilité éditoriale.

Le projet prévoyait aussi une réglementation des données de connexion¹⁹⁸. Ces dispositions, comme la plupart de celles relatives à la responsabilité des intermédiaires du fait des contenus, ont été reprises, et souvent légèrement modifiées, par la loi pour la confiance dans l'économie numérique qui consacre le principe de l'irresponsabilité des intermédiaires techniques de l'internet.

§2. La consécration d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques

Transposant la directive européenne sur le commerce électronique, la loi pour la confiance dans l'économie numérique¹⁹⁹ consacre le principe de l'irresponsabilité des intermédiaires techniques. Mais, affirmer que ce principe est bien celui d'une irresponsabilité ne relève pas de l'évidence. En effet, si la plupart des commentateurs de la loi pour la confiance dans l'économie numérique ont interprété de cette manière l'esprit de la législation, d'autres au contraire estiment que le régime institué est celui d'une responsabilité limitée (A.). Une fois exposée cette controverse, il s'agira de voir l'économie générale de la loi, en analysant plus particulièrement les dispositions ayant une incidence sur la liberté d'expression sur l'internet (B.).

A. Irresponsabilité ou responsabilité limitée des intermédiaires techniques ?

La loi pour la confiance dans l'économie numérique entrée en vigueur en 2004 pose le principe de l'irresponsabilité des fournisseurs d'accès à l'internet, à condition qu'ils ne soient pas à l'origine de la demande de transmission d'un contenu illicite, qu'ils ne sélectionnent pas les destinataires et qu'ils ne sélectionnent ni ne modifient les contenus²⁰⁰. Le même principe s'applique aux intermédiaires exerçant un "cache" des contenus, dans des conditions

¹⁹⁸ Les dispositions relatives aux données de connexion seront étudiées lors de la prochaine section à propos des obligations pesant sur les intermédiaires techniques.

¹⁹⁹ Précitée.

²⁰⁰ Article 9-I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée. Notons que ces dispositions ont été insérées dans le Code des postes et des communications électroniques.

relativement différentes²⁰¹ dans la mesure où le but est ici d'éviter que des contenus préalablement retirés ne fassent leur réapparition. Ces intermédiaires doivent donc être considérés comme irresponsables par principe lorsqu'ils se limitent à leur rôle d'intermédiaires dans la diffusion des contenus.

La question de la responsabilité des fournisseurs d'hébergement est quant elle plus sensible car elle a de nombreuses incidences en termes de liberté d'expression. La loi dispose à son article 6-I-2 que :

"[les fournisseurs d'hébergement] ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible".

L'article 6-I-3 comporte une disposition similaire concernant leur responsabilité pénale :

"les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible"²⁰².

Une question se pose qui est celle de savoir s'il s'agit effectivement d'une irresponsabilité de principe des hébergeurs ou au contraire, si leur responsabilité n'est que limitée. En d'autres termes, le régime ainsi institué relève-t-il de l'application du droit commun ou constitue-t-il un régime autonome de responsabilité ?

²⁰¹ Article 9-I de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée. L'article dispose qu'un tel intermédiaire "ne peut voir sa responsabilité civile ou pénale engagée à raison de ces contenus que dans l'un des cas suivants : 1) [il] a modifié ces contenus, ne s'est pas conformée à leurs conditions d'accès et aux règles usuelles concernant leur mise à jour ou a entravé l'utilisation licite et usuelle de la technologie utilisée pour obtenir des données ; 2) [il] n'a pas agi avec promptitude pour retirer les contenus qu'elle a stockés ou pour en rendre l'accès impossible, dès qu'elle a effectivement eu connaissance, soit du fait que les contenus transmis initialement ont été retirés du réseau, soit du fait que l'accès aux contenus transmis initialement a été rendu impossible, soit du fait que les autorités judiciaires ont ordonné de retirer du réseau les contenus transmis initialement ou d'en rendre l'accès impossible". Ces dispositions sont également intégrées dans le Code des postes et des communications électroniques.

²⁰² Ces dispositions sont quant à elles insérées dans la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la communication, précitée.

Considérer que la loi a consacré un régime autonome de responsabilité serait, selon un auteur²⁰³, interpréter la loi *a contrario*. Dans cette hypothèse, l'engagement de la responsabilité des intermédiaires techniques, et notamment des hébergeurs, serait possible si trois conditions étaient réunies : leur connaissance de l'existence d'un contenu illicite sur ses serveurs, leur absence d'action pour le retirer ou en rendre l'accès impossible, et le constat judiciaire postérieur de l'illicéité. Ces trois conditions seraient également nécessaires à l'engagement de leur responsabilité pénale sur le fondement de la complicité.

Cette interprétation conduirait à constater la création de nouveaux cas de responsabilité des hébergeurs. C'est un régime autonome, dérogatoire au droit commun, qui serait créé, et qui entraînerait une responsabilité de principe, dans lequel le constat ultérieur de la licéité du contenu ne modifierait en rien la mise en cause de l'intermédiaire qui ne l'aurait pas retiré dès que la demande lui en aurait été faite. Selon un auteur²⁰⁴, ceci reviendrait à engager la responsabilité d'un hébergeur pour avoir refusé de fermer un site alors que celle de l'éditeur serait écartée.

Cette responsabilité automatique rappelle celle existant en matière de presse et d'audiovisuel, dite en cascade, dont la structure s'explique par la nécessité de préserver la liberté d'expression sur ces supports. Or, dans son article 6-I-6, la loi pour la confiance dans l'économie numérique a explicitement écarté l'application de la responsabilité en cascade des intermédiaires techniques en précisant que les fournisseurs d'accès comme les fournisseurs d'hébergement "ne sont pas des producteurs au sens de l'article 93-3 de la loi n°82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle". Ce serait justement la différence entre ces supports et l'internet, dans leur nature comme dans leur mode de fonctionnement, qui militerait pour l'abandon de cette interprétation au profit d'une interprétation littérale des termes de la loi. Selon ce dernier argument²⁰⁵, l'interprétation *a contrario* serait mauvaise, et inconstitutionnelle, pour quatre raisons, toutes techniques, qui sont la masse des informations stockées par les hébergeurs, la volatilité des informations, l'éloignement des hébergeurs de celles-ci et la difficulté fréquente d'apprécier leur licéité. Au soutien de cette dernière raison, il est avancé que les hébergeurs ne disposeraient souvent pas de moyens humains, techniques

²⁰³ *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°17, Décision et documents du Conseil constitutionnel, Jurisprudence, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 juin 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm>.

²⁰⁴ Sédallian (V.), "Responsabilité des intermédiaires techniques – Le droit français", *Lex Electronica*, vol. 10, n°1, Hiver 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/sedallian.htm>.

²⁰⁵ Cet argument est développé dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°17, précité.

et financiers suffisants, ni d'une capacité d'analyse juridique idoine pour honorer leurs obligations législatives. Aussi, dans cette hypothèse, pour se voir dégagés de leur responsabilité, les hébergeurs seraient tentés de cesser la diffusion d'un contenu dès notification par un tiers de sa supposée illicéité²⁰⁶. Ce *chilling effect*²⁰⁷ serait contraire au principe de la liberté d'expression consacré à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme.

Seule une interprétation littérale de ces dispositions législatives serait constitutionnelle²⁰⁸. Si ce type d'interprétation s'impose lorsqu'elle est dépourvue d'ambiguïté²⁰⁹, ainsi qu'en matière pénale, dans notre cas de figure, elle correspondrait en plus à la transposition fidèle de la directive européenne sur le commerce électronique²¹⁰, comme l'a jugé le Conseil constitutionnel : "[...] les 2 et 3 du I de l'article 6 se bornent à tirer les conséquences nécessaires des dispositions inconditionnelles et précises du 1 de l'article 14 de la directive susvisée sur lesquelles il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de se prononcer"²¹¹. Ainsi, ces dispositions ne créeraient pas de nouveaux cas de responsabilité à l'égard des hébergeurs, mais plutôt des causes d'exonération supplémentaires. Le principe de l'irresponsabilité des intermédiaires techniques est ainsi posé par l'interprétation du Conseil des dispositions législatives. Cette irresponsabilité a vocation à s'appliquer dans les deux hypothèses envisagées par la loi, à savoir lorsque les hébergeurs n'avaient pas connaissance du caractère illicite d'un contenu présent sur leurs serveurs, et lorsqu'une fois cette connaissance acquise, ils ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible. Leur mise en cause ne pourra donc avoir lieu qu'en cas de connaissance et d'absence d'intervention, finalement, en cas de négligence, comme le prévoit l'article 1383 du Code civil.

²⁰⁶ L'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique prévoit une procédure de notification par laquelle les tiers peuvent demander à un hébergeur le retrait d'un contenu qu'ils considéreraient comme illicite. Cette disposition a fait l'objet de nombreuses controverses que nous analyserons dans les prochains développements. Voir infra.

²⁰⁷ Rappelons que le *chilling effect* est le terme américain utilisé pour qualifier l'autocensure pratiquée par un émetteur ou un intermédiaire à la diffusion d'un contenu.

²⁰⁸ Nous suivons ici toujours l'analyse faite dans les *Cahiers du Conseil constitutionnel* n°17, précité, dans la mesure où elle décrit en détail les différents arguments en présence.

²⁰⁹ Ce qui ne semble d'ailleurs pas le cas, étant donné l'existence d'une interprétation contraire, bien qu'elle ne soit pas une interprétation authentique, c'est-à-dire faite par un organe disposant de ce pouvoir.

²¹⁰ Précitée.

²¹¹ Conseil constitutionnel, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 juin 2004, précité, cons. 9.

Une question subsiste toutefois. Pourquoi instaurer un régime d'irresponsabilité interprété comme l'application du droit commun ? N'est-ce pas une redondance par rapport aux règles qui existent déjà et qui permettent d'établir la responsabilité de celui qui néglige d'intervenir alors qu'il a connaissance d'une illicéité ? La réponse réside peut-être dans le fait que la législation établit clairement l'irresponsabilité des hébergeurs, alors que des juges avaient condamné un hébergeur sur le fondement du risque, qui consiste en une responsabilité automatique²¹². Ce peut-être aussi parce que la loi prévoit des causes d'exonération de responsabilité spécifiques, qui avaient déjà été dégagées par la jurisprudence²¹³. Cette interrogation a été soulevée par les auteurs de la saisine²¹⁴ du Conseil constitutionnel afin de contrôler la validité de la loi²¹⁵. Ils soutenaient que le droit antérieur, basé sur l'application par les juges du droit commun, était parfaitement suffisant pour répondre aux préoccupations causées par la circulation de contenus illicites sur l'internet.

Mais, hormis la nécessité de revenir clairement sur des décisions judiciaires appliquant aux hébergeurs un régime de responsabilité automatique, la loi nouvelle avait pour vocation de transposer la directive sur le commerce électronique²¹⁶, transposition obligatoire pour tous les États-membres et dont la France s'est acquittée en mettant en œuvre un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques.

B. Le régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques

La précédente législation encadrant la responsabilité des intermédiaires techniques avait été en partie invalidée par le Conseil constitutionnel au motif que la notion de "diligences appropriées" qui aurait permis aux intermédiaires de se voir dégagés de leur responsabilité en cas de présence d'un contenu illicite sur leurs serveurs était trop vague pour être appliquée en matière pénale. Dans la mesure où la loi ne distinguait pas entre responsabilités civile et

²¹² Voir supra, et notamment la décision de la Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ E. Halliday*, précité.

²¹³ Voir supra, et notamment la décision de la Cour d'appel de Versailles, 8 juin 2000, *Sté Multimania Production c/ Lynda N. épouse L., S.A.R.L. France Cybermedia, S.A.R.L. SPPI, Société Esterel*, précité.

²¹⁴ Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Saisine du Conseil constitutionnel par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs, 18 mai 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2004/2004496/saisine1.htm>.

²¹⁵ Conseil constitutionnel, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, Recueil, p. 101.

²¹⁶ Précitée.

pénale, le texte entré en vigueur se trouvait déséquilibré. Afin d'éviter les mêmes déboires, le législateur a décidé en 2004 de séparer ces deux types de responsabilité (1.). Il a aussi maintenu la possibilité pour un tiers de notifier à l'hébergeur l'existence d'un contenu illicite sur ses serveurs en vue de son retrait. Cette procédure de notification a fait l'objet de très vives critiques (2.).

1. La distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale

La loi pour la confiance dans l'économie numérique traite des responsabilités civile et pénale des hébergeurs dans deux paragraphes distincts. Leur rédaction est pratiquement identique. On peut toutefois noter deux variations subtiles²¹⁷. La première concerne le domaine de chacune d'entre elles. Ainsi, la responsabilité civile des hébergeurs ne peut être engagée "du fait des *activités* ou des *informations* stockées"²¹⁸. Au pénal, la responsabilité des hébergeurs ne peut être engagée "à raison des *informations* stockées"²¹⁹, alors que le même article se réfère ensuite à la *connaissance* des activités illicites. Si une activité diffère d'une information, pourquoi ne pas mentionner les activités illicites au début de l'énoncé sur la responsabilité pénale? Ceci suggère-t-il que dans l'esprit du législateur, l'activité se déduit de l'information ? Ce serait considérer que l'expression serait une composante de la conduite humaine, qu'elle en découlerait. Dans ce cas, l'existence même d'un principe de la liberté d'expression serait inutile car non indépendant du principe de la liberté, c'est-à-dire non fondé sur des valeurs propres. Or, si un principe de la liberté d'expression est énoncé en France, et qu'en découle un ensemble de règles spécifiques pour encadrer l'activité de communication, c'est justement parce qu'il est indépendant du principe de la liberté, qui règle quant à lui les conduites humaines non expressives. Mais pourquoi alors exiger par la suite du prestataire en matière pénale la connaissance "de *l'activité* ou de *l'information* illicites" ? En fait, cette particularité dans les énoncés des responsabilités civile et pénale des hébergeurs n'entraîne pas une grande incidence sur leurs régimes, malgré le doute qu'elle peut semer à première vue²²⁰.

²¹⁷ Ces différences ont été mises en avant par Melison (D.), "Responsabilité des hébergeurs : une unité en trompe l'œil", précité.

²¹⁸ Article 6-I-2 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée, souligné par nous.

²¹⁹ Article 6-I-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée, souligné par nous, et dont nous rappelons le libellé du fait des particularités de sa rédaction que nous envisageons ici : "les personnes visées au 2 ne peuvent voir leur responsabilité pénale engagée à raison des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites ou si, dès le moment où elles en ont eu connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible".

²²⁰ Voir Melison (D.), précité.

Il pourrait en fait ne s'agir que d'une maladresse de rédaction, ou encore d'une solution lexicale visant à éviter les répétitions dans le texte de la loi.

Une seconde variation dans ces deux énoncés montre que le champ d'application de l'irresponsabilité est plus restreint au pénal qu'au civil. Selon les termes de la loi, en matière pénale, la connaissance par l'hébergeur d'une activité ou d'une information illicites devra être prouvée pour engager sa responsabilité. En revanche, en matière civile, il suffira de rapporter des faits ou des circonstances pouvant faire apparaître ce caractère. Les conditions de la mise en œuvre de la responsabilité pénale sont donc plus restrictives que celle de la responsabilité civile. Considérant les enjeux de la responsabilité pénale, on ne saurait se contenter d'une simple présomption de connaissance d'une illégalité.

En matière de responsabilité pénale, les choses se compliquent toutefois. Un hébergeur pourra voir cette responsabilité engagée si, ayant effectivement connaissance d'une activité ou d'une information, il n'agit pas pour les retirer. Dès lors, le droit commun s'appliquera. L'hébergeur sera considéré comme le complice de l'auteur du contenu, ce qu'il faudra d'ailleurs prouver. En droit pénal général, la responsabilité est contingente de la preuve d'un élément matériel, en l'espèce la diffusion d'un contenu illégal, mais aussi d'un élément moral, à savoir une intention criminelle ou complice le cas échéant. Or, la simple mise à disposition des moyens permettant de commettre l'infraction ne serait pas suffisante pour constituer l'élément moral de la complicité²²¹. De plus, la complicité doit être antérieure ou concomitante à la commission de l'infraction principale. Comment prouver l'intention complice de l'hébergeur qui se comporterait en simple intermédiaire technique ? Selon un auteur²²², en droit pénal général, il faut distinguer trois types d'infractions. Dans le cas des infractions instantanées qui auraient été commises avant une assignation ou une notification par un tiers²²³, il faudrait prouver que l'hébergeur connaissait déjà les faits litigieux ou qu'il a manqué de neutralité. Sa responsabilité pénale en tant que simple intermédiaire devrait ici être écartée. Les choses en vont différemment pour les infractions instantanées mais répétées après l'assignation ou la notification. Il s'agit de l'hypothèse où un hébergeur aurait été informé de la présence sur ses serveurs de contenus enfreignant la loi pénale, mais qui n'agirait pas pour les retirer ou en empêcher l'accès. Son intention complice serait caractérisée par sa connaissance de

²²¹ *Ibid.*

²²² *Ibid.*

²²³ Cette procédure de notification est prévue à l'article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Elle sera étudiée dans notre prochain développement.

l'infraction et son inaction, assimilée à un refus. Finalement, le cas des infractions continues est plus compliqué. Ainsi, en ce qui concerne l'infraction consistant dans la diffusion de contenus pédophiles, qualifiée de continue au titre de l'article 227-23 du Code pénal²²⁴, la responsabilité de l'hébergeur pourrait être mise en œuvre dès sa connaissance des faits, qui pourrait intervenir par le biais d'une notification par un tiers. La matière serait donc complexe.

Toutefois, cette perception de la responsabilité pénale de l'hébergeur en tant que simple intermédiaire technique n'est pas partagée par l'ensemble de la doctrine. Selon un autre auteur²²⁵, il serait inutile d'insister sur la nature de l'infraction – instantanée, répétée ou continue - car la loi pour la confiance dans l'économie numérique aurait en fait instauré un régime de complicité partiellement dérogatoire du droit commun. Ainsi, quelle que soit la nature de l'infraction, un hébergeur pourrait être qualifié de complice dès lors qu'il ne remplirait pas les obligations posées par la loi. Il semblerait bien en effet que la nouvelle loi ait pour vocation de permettre d'engager la responsabilité pénale des hébergeurs qui n'auraient pas "agit promptement pour retirer ces informations ou en rendre l'accès impossible"²²⁶ dès lors que leur connaissance serait confirmée par la notification préalablement opérée par un tiers, et ce, quel que soit le contenu illégal. Si cette interprétation était juste, cela contredirait l'affirmation selon laquelle le régime de responsabilité institué par la loi serait dans le droit fil de l'application du droit commun et qu'aucun cas nouveau de responsabilité n'aurait été créé. Au demeurant, le rôle des tiers dans la mise en œuvre des responsabilités pénale comme civile est essentielle au régime créé par la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

2. Le rôle des tiers dans l'engagement de la responsabilité des intermédiaires techniques

La loi du 1^{er} août 2000 avait prévu une procédure de notification aux hébergeurs de contenus illicites par des tiers²²⁷. Leur responsabilité pouvait alors être engagée s'ils ne procédaient pas aux diligences appropriées une fois connue l'existence d'un contenu illicite. Nous l'avons vu, le Conseil constitutionnel avait invalidé cette disposition car cette notion de diligences

²²⁴ Exemple cité dans Melison (D.), précité.

²²⁵ Thoumyre (L.), "Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN", *Revue Lamy de l'Immatériel*, n°5, mai 2005, p. 58 et s.

²²⁶ Article 6-I-3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²²⁷ Article 43-8 de la loi du 1^{er} août 2000, précité.

appropriées était trop vague pour conduire à engager la responsabilité pénale des hébergeurs²²⁸. La loi pour la confiance dans l'économie numérique a réintroduit cette procédure de notification d'un contenu illicite par un tiers²²⁹, tout en la séparant des dispositions relatives à la responsabilité des intermédiaires techniques. La notification entraîne une présomption de connaissance d'un fait litigieux de la part de l'hébergeur si elle respecte un certain nombre de mentions tels les éléments d'identification du tiers, la description des faits litigieux et les motifs de retrait, justifiés en droit et en fait. De plus, le tiers doit avoir préalablement contacté l'auteur du contenu litigieux afin de lui demander l'interruption de sa diffusion, son retrait ou sa modification, ou bien justifier ne pas avoir pu le contacter. La présomption de connaissance qui en découle permettrait l'engagement de la responsabilité civile ou pénale de l'hébergeur qui n'agirait pas promptement pour retirer ce contenu ou en rendre l'accès impossible. À cela s'ajoute une procédure pour dénonciation abusive d'un contenu, sanctionnée pénalement²³⁰.

Cette procédure a fait l'objet de nombreuses critiques basées essentiellement sur la violation de la liberté d'expression à laquelle elle conduirait. Deux arguments ont été avancés par les auteurs de la saisine du Conseil constitutionnel afin de contrôler la validité de la loi pour la confiance dans l'économie numérique²³¹. Le premier argument énonçait que face au risque d'engagement de leur responsabilité civile comme pénale suite à la notification d'un contenu litigieux par un tiers, les hébergeurs auraient tendance à le retirer immédiatement. Cette autocensure, qualifiée étrangement de "principe de précaution" par les auteurs de la saisine, serait pratiquée sans vérification préalable du bien-fondé de la demande. L'autocensure serait d'autant plus pratiquée par les hébergeurs que leur abstention serait assimilée à un refus de retirer le contenu litigieux, ce qui semblait très disproportionné aux auteurs de la saisine. Elle serait également renforcée par les incertitudes et les imprécisions de la procédure de notification qui ne permettraient pas de caractériser l'élément intentionnel de l'infraction nécessaire pour l'engagement de la responsabilité pénale, comme nous l'avons vu

²²⁸ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, précité.

²²⁹ Article 6-I-5 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²³⁰ L'article 6-I-4 dispose que : "le fait, pour toute personne, de présenter aux [fournisseurs d'hébergement] un contenu ou une activité comme étant illicite dans le but d'en obtenir le retrait ou d'en faire cesser la diffusion, alors qu'elle sait cette information inexacte, est puni d'une peine d'un an d'emprisonnement et de 15 000 EUR d'amende".

²³¹ Loi pour la confiance dans l'économie numérique, Saisine du Conseil constitutionnel par plus de 60 députés et plus de 60 sénateurs, précité.

précédemment²³². Peut-on engager la responsabilité pénale d'un hébergeur sur la base d'une simple présomption d'illicéité notifiée par un tiers ?

Le second argument était celui du risque de censure privée de l'expression. Ce risque était étayé par deux sous-arguments. Le premier portait sur le pouvoir ainsi accordé aux hébergeurs de retirer ou non un contenu sur simple présomption de son illicéité par un tiers. Le second dénonçait le pouvoir concomitant des tiers de faire retirer des contenus sur la base de leur seule appréciation subjective de leur licéité. La censure de l'expression serait le fait d'un "tiers qui dénonce et d'un prestataire qui exécute"²³³. De plus, ce duo serait déséquilibré dans la mesure où l'hébergeur réticent s'exposerait à un risque d'engagement de sa responsabilité, ce qui rejoint ici l'argument précédent de l'autocensure. Ajoutons que ce risque ne serait amoindri ni par la procédure de dénonciation abusive d'un contenu prévue par la loi, ni par le jugement ultérieur de la licéité du contenu en cause. En cela, le droit américain nous enseigne que le seul risque d'une procédure est suffisant à la pratique du *chilling effect* par l'émetteur, quelle que soit son issue. Dans le même ordre d'idée, les auteurs de la saisine assimilaient les effets de cette procédure de notification à ceux d'une autorisation préalable à l'émission d'un contenu, qui de plus, serait le fait de personnes privées. Ils avançaient l'hypothèse selon laquelle cette procédure serait utilisée par de grands groupes industriels ou financiers. La liberté d'expression serait menacée face à la puissance de certains intérêts privés. Et les auteurs de la saisine de rappeler la célèbre jurisprudence *Action Française*²³⁴ selon laquelle les autorités publiques ne peuvent procéder à une saisie de journaux, même si l'ordre public était menacé, sous peine d'être condamnées pour voie de fait. Une personne privée pourrait-elle en revanche agir ainsi dans le cadre de l'internet ? Cette menace serait tempérée par l'obligation faite au tiers d'informer préalablement l'auteur du contenu litigieux et de lui demander de le retirer ou de le rectifier le cas échéant. Toutefois, il est souvent difficile de connaître l'identité des auteurs de contenus sur l'internet. La plupart du temps, ils restent inconnus du public et il faut recourir à une procédure judiciaire afin d'obliger les fournisseurs d'accès de révéler leur identité. Ces démarches ne sont guère protectrices de la liberté d'expression ; elles ne la garantissent qu'*a minima*.

²³² Voir le développement précédent, supra.

²³³ Saisine du Conseil constitutionnel, précitée.

²³⁴ Il s'agit de la décision du Tribunal des conflits, *Action Française*, 8 avril 1935, G.A.J.A., 12^e édition, n°53.

Le second sous-argument du risque de censure privée de l'expression s'attachait à l'absence remarquée du juge dans l'évaluation des contenus et leur retrait. Or, seule l'autorité judiciaire disposerait du pouvoir de décider de retirer ou non un contenu. Les dispositions de la loi sur l'économie numérique permettraient à un tiers d'y recourir ou bien d'opter pour la "justice expéditive"²³⁵ que permettrait la procédure de notification instituée. Il semblait inconstitutionnel aux auteurs de la saisine de donner le pouvoir à un tiers de limiter la liberté d'expression. Par ailleurs, la possibilité offerte aux tiers de se passer du recours au juge pour obtenir le retrait d'un contenu violerait le droit à un procès équitable aussi bien que les droits de la défense. En effet, la procédure de notification ne prévoit aucune possibilité de défense ou de contradiction en faveur de l'auteur du contenu. Une fois un contenu ainsi retiré à tort, rien dans la loi ne permettrait son rétablissement immédiat. Il ne resterait à son auteur que la possibilité d'engager une procédure de dénonciation abusive prévue à l'article 6-I-4²³⁶.

La valeur de la démocratie qui fonde le principe de la liberté d'expression se trouverait affaiblie dans ses deux variantes. D'une part, la censure privée de l'expression – à laquelle on peut associer l'autocensure - contreviendrait à cette valeur dans sa version participative. Le retrait d'un contenu par un tiers et l'absence d'intervention judiciaire à la fois dans l'évaluation de sa licéité et la décision du retrait vont à l'encontre d'un débat public éclairé sur les décisions publiques au sens large. La sélection des contenus ne devrait être permise sur la base d'un simple point de vue. Le rétablissement du rôle du juge serait nécessaire à la protection de la valeur de la démocratie dans sa version participative. Il en va de même de la valeur de la démocratie dans sa version intrinsèque. Elle permet de protéger les minorités et les dissidents au discours majoritaire. Sans un contrôle du juge sur les contenus retirés de manière privée, aucune protection n'est assurée à ce type de discours. La possibilité de recours ultérieur au juge afin de rétablir la diffusion d'un contenu simplement dissident est certes essentielle dans un système dans lequel la liberté d'expression est reconnue, mais ne sauve pas cette liberté d'un grand affaiblissement.

²³⁵ *Ibid.*

²³⁶ La pratique montre que les juges sont favorables au rétablissement d'un contenu sur la base de cette procédure lorsqu'ils constatent qu'il n'est pas illicite. Voir par exemple, Ordonnance de référé, Tribunal de commerce de Paris, 23 mai 2007, *DWC c/ Ebay*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1940. Il est à noter que le juge a estimé en l'espèce que la suspension par l'hébergeur du site de la société DWC, qui n'était pas illicite, avait constitué pour celle-ci une atteinte à sa pérennité et à sa crédibilité.

L'amointrissement de la liberté d'expression à laquelle conduit cette mesure est également perceptible par le biais des valeurs du développement individuel et de la liberté de choix. Les émetteurs aussi bien que les récepteurs seraient les victimes de cette censure privée. Les émetteurs se verraient restreints dans leur activité expressive par des tiers, c'est-à-dire d'autres individus, et les émetteurs disposeraient des seuls contenus que ces derniers voudraient bien laisser diffuser. La valeur de la vérité serait tout aussi affaiblie dans sa vocation à protéger le libre échange des idées et des opinions. Dans ces deux cas aussi, l'intervention du juge s'avère essentielle au maintien d'un système de liberté d'expression dont les valeurs justificatrices seraient respectées.

Néanmoins, les commentateurs de cette loi pour la confiance dans l'économie numérique ne font que peu de cas de ces arguments²³⁷, même si l'existence de cette procédure n'était pas imposée par la directive européenne sur le commerce électronique²³⁸. S'il est parfois déploré que le juge perde ainsi son rôle de gardien des libertés, les critiques portent plutôt sur le caractère facultatif de cette procédure, qui la rendrait inutile. Elle serait tout d'abord facultative pour les hébergeurs qui, hormis pour certains contenus graves comme le négationnisme et la pédophilie²³⁹, n'ont pas d'obligation de mettre en place un système de signalement. Un auteur²⁴⁰ a d'ailleurs remarqué que peu de professionnels en ont prévu un. Le suivi de cette procédure n'est pas non plus obligatoire pour les tiers. Quelle serait donc la valeur d'une notification qui n'aurait pas respecté les conditions de forme de la loi ? Selon ce même auteur²⁴¹, la présomption de connaissance d'un contenu litigieux serait tout de même

²³⁷ Notons tout de même la mention faite de l'atteinte à la liberté d'expression à laquelle conduit cette procédure formulée, bien que lapidairement, par le Forum des droits sur l'internet, *Recommandation du Forum des droits sur l'internet "Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique"*, 6 février 2003, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.htm>. Cette procédure de notification est critiquée car l'hébergeur procéderait au retrait quel que soit le contenu notifié, licite ou non, et le formalisme visant à protéger la liberté d'expression s'avèrerait lourd et complexe, entraînant ainsi, selon le Forum, une juridiciarisation excessive de la procédure.

²³⁸ Directive sur le commerce électronique, précitée. Cette procédure n'était pas interdite non plus. À l'article 14, traitant des règles à établir en matière de responsabilité des fournisseurs d'hébergement, il est précisé que : "le présent article n'affecte pas la possibilité, pour une juridiction ou une autorité administrative, conformément aux systèmes juridiques des États membres, d'exiger du prestataire qu'il mette un terme à une violation ou qu'il prévienne une violation et n'affecte pas non plus la possibilité, pour les États membres, d'instaurer des procédures régissant le retrait de ces informations ou les actions pour en rendre l'accès impossible". Il n'était donc pas obligatoire pour les États d'instaurer une procédure de retrait des contenus qui se déroulerait sans la moindre intervention d'un juge.

²³⁹ Ceci est prévu à l'article 6-I-7 de la loi. Nous étudierons ce point lors du prochain développement, consacré aux obligations pesant sur les intermédiaires techniques.

²⁴⁰ Melison (D.), "Responsabilité des hébergeurs : une unité en trompe l'œil", précité.

²⁴¹ *Ibid.*

acquise. Mieux aurait fallu rendre la procédure obligatoire. Mais, selon un autre auteur²⁴², ce serait justement le caractère facultatif de cette procédure qui la rendrait conforme à la directive sur le commerce électronique en n'ajoutant pas de condition supplémentaire à la mise en cause de la responsabilité des hébergeurs. Les débats parlementaires démontreraient que même si elle est facultative, cette procédure aurait toute son utilité pour informer pleinement les hébergeurs de la présence de contenus litigieux sur leurs serveurs. Ceux-ci disposeraient ainsi des moyens d'apprécier les contenus et de prendre les mesures nécessaires. Ainsi, cette procédure serait utile pour conforter du mieux possible la connaissance de l'hébergeur du contenu litigieux.

²⁴² Thoumyre (L.), "Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN", précité.

SECTION II.

LES OBLIGATIONS LIÉES AU RÉGIME D'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Au fil des décisions rendues avant l'intervention de la loi de 2004 pour la confiance dans l'économie numérique²⁴³, les juges ont construit un système d'obligations à la charge des intermédiaires techniques sur le fondement de l'article 1383 du Code civil, c'est-à-dire du droit commun, et de la démonstration d'une négligence ou d'une imprudence. Ces obligations avaient pour objet de conduire au retrait de contenus illicites.

Par la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le législateur a en partie codifié ces obligations jurisprudentielles. Toutefois, l'obligation générale de surveillance des contenus que les juges mettaient à la charge des intermédiaires techniques a été supprimée, sous l'impulsion de la directive sur le commerce électronique. Cette suppression est un des corollaires du principe d'irresponsabilité des intermédiaires techniques. Les obligations qui restent à leur charge ont pour objectif de leur faire échapper à toute responsabilité en cas de présence de contenus illicites sur leurs serveurs. Elles consistent à leur imposer de retirer ou d'empêcher l'accès à de tels contenus dès qu'ils en auraient connaissance. Comment encadrer cette obligation de retrait de façon à ce qu'elle ne devienne pas une autorisation de pratiquer une censure privée de l'expression ? La loi fixe-t-elle des garanties contre ce type de pratique ? Les obligations des intermédiaires techniques liées à la diffusion de contenus illicites pourraient bien aller à l'encontre d'une libre expression sur l'internet (§1.)

À côté de ces obligations relatives aux contenus eux-mêmes, les pouvoirs publics français ont mis en place un certain nombre d'obligations liées à la recherche des auteurs de contenus illicites et à la lutte contre le terrorisme. La question de la conciliation entre ces nécessités et la liberté de s'exprimer de manière anonyme, qui est une composante du principe de la liberté d'expression, se pose avec acuité. Le renforcement de la valeur de la sécurité vient apporter une nouvelle limite à cette liberté (§2.).

²⁴³ Loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

§1. Les obligations liées à la diffusion de contenus illicites

Afin de lutter contre la dissémination sur l'internet de contenus illicites, les intermédiaires techniques, maillons incontournables à la communication sur ce support, se sont vus imposer des obligations. Elles visent à préserver l'équilibre nécessaire entre le respect du principe de la liberté d'expression sur ce médium, et les atteintes à l'ordre public et aux droits des tiers qui peuvent être causés par l'activité expressive. Elles limitent donc la liberté d'expression. Mais quelles obligations mises à la charge des intermédiaires techniques peuvent maintenir cet équilibre ? Le législateur a choisi de leur imposer le retrait et la surveillance des contenus illicites (A.), mais aussi l'obligation de déférer à une injonction de filtrage pouvant être ordonnée à l'égard de contenus diffusés depuis l'étranger (B.).

A. Les obligations relatives aux contenus illicites

Une fois qu'un intermédiaire technique a connaissance de la présence d'un contenu illicite sur ses serveurs, le législateur lui impose de le retirer ou d'en empêcher l'accès²⁴⁴. Pour ce faire, l'intermédiaire devra être suffisamment convaincu de son illicéité. Cette appréciation ardue pose de nombreuses difficultés (1.). De plus, les intermédiaires se voient imposer une obligation spécifique de surveillance de certains contenus illégaux, assortie de la mise en place d'un dispositif de signalement (2.).

1. Le retrait des contenus illicites

Les articles 6-I-2 et 3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique exonèrent les fournisseurs d'hébergement de toute responsabilité s'ils retirent les contenus relatifs à des activités ou des informations illicites dès qu'ils en ont connaissance. Cette connaissance de l'illicéité doit toutefois être "effective", selon les termes de la loi. *A contrario*, ceci signifie qu'un hébergeur n'aurait pas d'obligation de retirer un contenu qu'il n'estimerait pas "effectivement illicite".

²⁴⁴ Nous nous référerons ici à une obligation de retirer les contenus entendue *largo sensu*, c'est-à-dire comme comprenant celle d'en rendre l'accès impossible. Pour le public, retirer un contenu ou en rendre l'accès impossible produisent les mêmes effets.

Mais peut-on accorder à une personne privée le pouvoir d'estimer le caractère "effectivement illicite" d'un contenu, puis son retrait, sans aucun recours à une appréciation judiciaire ? Nous l'avons vu²⁴⁵, le législateur a choisi de permettre un retrait des contenus par un hébergeur sur notification d'un tiers sans l'intervention du juge judiciaire. Saisi du contrôle de la validité de la loi, le Conseil constitutionnel ne s'est pas prononcé sur ce point. En revanche, il a précisé et apparemment limité le seuil de la connaissance d'une illicéité par un intermédiaire : "[...] ces dispositions ne sauraient avoir pour effet d'engager la responsabilité d'un hébergeur qui n'a pas retiré une information dénoncée comme illicite par un tiers si celle-ci ne présente pas manifestement un tel caractère ou si son retrait n'a pas été ordonné par un juge"²⁴⁶. Cette réserve d'interprétation semble limiter l'appréciation subjective des contenus illicites par l'hébergeur. Néanmoins, la notion de "manifestement illicite" n'est pas non plus évidente à interpréter. De quels contenus s'agit-il ? Il semblerait que soient concernés, par exemple, les contenus racistes ou mettant en scène des actes de pédophilie, dont le caractère illicite serait le plus flagrant.

Les juges ont eu à se prononcer sur l'interprétation à donner à cette notion de contenu "manifestement illicite" dans une décision portant sur des contenus diffusés par le Consulat général de Turquie en France²⁴⁷. Le consul avait publié sur le site du Consulat des propos niant le génocide arménien de 1915. Il fut assigné conjointement à son hébergeur, Wanadoo, par le Comité de défense de la cause arménienne qui demandait leur retrait en se fondant sur la violation des articles 10 et 11 de la Convention européenne des droits de l'homme²⁴⁸, de la Déclaration universelle des droits de l'homme²⁴⁹ et de l'article 1^{er} de la Charte européenne des droits fondamentaux²⁵⁰. Le Comité arguait également de la violation de la loi du 29 janvier

²⁴⁵ Voir supra, Section I.

²⁴⁶ Conseil constitutionnel, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 juin 2004, précité, cons. 9.

²⁴⁷ Tribunal de grande instance de Paris, *Comité de défense de la cause arménienne c/ Aydin S., France Télécom services de communication résidentiels*, 15 novembre 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=609>.

²⁴⁸ Ces articles traitent des libertés d'expression et de réunion et d'association. Conseil de l'Europe, *Convention européenne des droits de l'homme*, 4 novembre 1950, disponible à l'adresse suivante : http://www.lexinter.net/UE/convention_europeenne_des_droits_de_l'homme.htm.

²⁴⁹ Assemblée générale de l'Organisation des Nations Unies, *Déclaration universelle des droits de l'homme*, 10 décembre 1948, disponible à l'adresse suivante : <http://www.un.org/french/aboutun/dudh.htm>.

²⁵⁰ Charte européenne des droits fondamentaux, 2000/C 364/01, 18 décembre 2000, disponible à l'adresse suivante : http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/c_364/c_36420001218fr00010022.pdf. L'article 1er dispose que : " La dignité humaine est inviolable. Elle doit être respectée et protégée".

2001 relative à la reconnaissance par la France du génocide arménien²⁵¹. S'appuyant sur les dispositions de l'article 6 de la loi sur l'économie numérique, les juges ont constaté que la négation du génocide arménien ne faisait l'objet d'aucune sanction en droit français et que la loi de 2001 était dépourvue de valeur normative. D'après eux, ce contenu n'était donc pas manifestement illicite.

Dans plusieurs autres affaires, les juges ont corroboré le retrait spontané de contenus par les hébergeurs après notification d'un tiers ou réception d'une assignation, qu'il s'agisse de révisionnisme²⁵², de pornographie²⁵³ ou même de diffamation²⁵⁴. Le caractère "manifestement illicite" de ceux-ci n'était pas même discuté dans les décisions, peut-être parce que les hébergeurs avaient déjà retiré les contenus litigieux et que les juges s'en remettaient à leur appréciation. D'ailleurs, le fait pour un hébergeur de procéder au retrait de tels contenus ou d'en suspendre l'accès est considéré comme suffisant par les juges pour les faire bénéficier de l'exonération de responsabilité prévue à l'article 6 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique.

Depuis peu, une évolution est perceptible dans l'estimation des juges de la notion de "manifestement illicite", qui tendent à y inclure celle de "trouble manifestement illicite", notion normalement utilisée pour caractériser la compétence du juge des référés dans une situation d'urgence. Ce fut le cas pour une affaire dans laquelle une société éditrice de jeux vidéo avait assigné un site professionnel pour avoir diffusé des annonces relatives à la prochaine sortie d'un nouveau jeu qu'elle estimait illégales au regard du droit commercial et du droit de la consommation. Elle lui avait auparavant demandé leur retrait par le biais d'une notification restée sans réponse. Or, la société gérant ce site estimait que sa responsabilité ne pouvait être engagée dans la mesure où les contenus visés n'étaient pas manifestement illicites selon l'interprétation donnée par le Conseil constitutionnel. Ce point de vue a été réfuté par le juge qui estimait que : "les mails émanant de PriceMinister, objet des procès-verbaux de constat d'huissier versés aux débats, contiennent des offres commerciales qui apparaissent

²⁵¹ Loi n°2001-70 du 29 janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, *J.O.*, 30 janvier 2001.

²⁵² Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 13 juin 2005, *UEJF, SOS Racisme, J'Accuse, MRAP c/ OLM, Planet.com, France Télécom, Free, AOL France*, disponible à l'adresse suivante <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=717>.

²⁵³ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 27 février 2006, *Alain Afflelou / Google, Free*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1648.

²⁵⁴ Tribunal de grande instance de Lyon, 21 juillet 2005, *Groupe Mace / Gilbert D.*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1589.

constituer un trouble manifestement illicite"²⁵⁵. La question se pose de l'interaction entre la notion de "contenu manifestement illicite" et celle de "trouble manifestement illicite"²⁵⁶. Elles seraient autonomes, et inclure la seconde dans la première compromettrait l'équilibre de la loi. Le juge aurait ici "donné à la loi un sens que ni le législateur ni le Conseil constitutionnel ne lui donne"²⁵⁷. Nous sommes ici en présence d'une appréciation particulièrement large de la notion de "contenu manifestement illicite".

Tout en interdisant d'imposer aux hébergeurs une obligation de surveillance générale des contenus, le législateur a mis en place une obligation de surveillance spécifique de certains contenus illégaux.

2. La surveillance de contenus illégaux

La loi pour la confiance dans l'économie numérique a exclu d'imposer aux fournisseurs d'accès et d'hébergement toute obligation générale de surveillance des contenus et de recherche d'éléments visant à révéler des activités illicites²⁵⁸, reprenant ainsi les dispositions de la directive sur le commerce électronique²⁵⁹. Les instances européennes avaient précisé que ceci ne concernait pas "les obligations de surveillance applicables à un cas spécifique"²⁶⁰ lorsqu'elle proviendrait d'une décision d'une autorité nationale. Le législateur français a ainsi prévu que l'autorité judiciaire pouvait prescrire des activités de surveillance "ciblée[s] et temporaire[s]"²⁶¹.

Par ailleurs, la directive accorde aux États une marge de manœuvre dans ce domaine en leur permettant de définir les précautions à prendre de la part des hébergeurs "afin de détecter et empêcher certains types d'activités illicites"²⁶². Ainsi, l'article 7 alinéa 3 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique prévoit que les fournisseurs d'accès comme les

²⁵⁵ Ordonnance de référé, Tribunal de commerce de Paris, 17 octobre 2006, *Konami c/ Babelstore*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=1776. Notons qu'en l'espèce, le juge a implicitement reconnu à la société éditrice du site la qualité d'hébergeur.

²⁵⁶ Wery (E.), "La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés", *Droit & Technologies*, 15 février 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1008>.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ Article 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²⁵⁹ Précitée.

²⁶⁰ Directive européenne sur le commerce électronique, précitée, cons. 47.

²⁶¹ Article 7 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²⁶² Directive européenne sur le commerce électronique, précitée, cons. 48.

hébergeurs devront participer à la lutte contre l'apologie de crimes contre l'humanité, l'incitation à la haine raciale et la pornographie infantine. L'article 40 de la loi pour la prévention de la délinquance²⁶³ a ajouté à cette liste l'incitation à la violence et les atteintes à la dignité humaine²⁶⁴. On peut donc considérer que l'ensemble de ces contenus doit être entendu comme "manifestement illicite".

Le législateur impose aux intermédiaires techniques une obligation de surveillance sous la forme d'un "dispositif facilement accessible et visible permettant à toute personne de porter à leur connaissance ce type de données"²⁶⁵. Ce dispositif pourrait par exemple constituer en une "hot line". Leurs moyens de lutte devront être rendus publics et les autorités informées de tout contenu signalé sous peine de sanctions pénales²⁶⁶.

Des dispositions similaires à l'égard des jeux d'argent ont été ajoutées par cet article 40 pour les intermédiaires techniques qui doivent signaler à leurs abonnés les sites permettant une telle pratique ainsi que les risques encourus. Mais la loi, renvoyant à un décret, ne nous indique pas clairement en quoi consisterait ce signalement. Les intermédiaires devront-ils établir une liste des sites proposant illégalement des jeux d'argent ? Cette liste serait-elle mise en place par les pouvoirs publics ? Plus généralement encore, est-il possible d'établir une liste fiable étant donné la fugacité des contenus sur l'internet ? Le Conseil constitutionnel n'a pas invalidé cette disposition lors de son contrôle de la loi²⁶⁷. Mais, on peut douter de l'efficacité de cette pratique²⁶⁸.

L'ensemble de ce dispositif a été qualifié par un auteur de "nouvelles charges contre les fournisseurs d'accès et les hébergeurs"²⁶⁹. L'investissement humain et matériel ne serait peut-être pas proportionné aux objectifs du législateur. Mais en soi, ces dispositions ne portent pas

²⁶³ Loi n°2007-297 du 5 mars 2007 relative à la prévention de la délinquance, *J.O.*, 7 mars 2007.

²⁶⁴ Cette loi a également institué trois nouvelles infractions pénales : le "happyslapping" qui consiste à filmer une personne victime de violences assénées dans ce but, puis de le diffuser sur l'internet, le fait de faire des propositions sexuelles via l'internet à un mineur de plus de quinze ans et la publicité pour les cercles de jeux de hasard non autorisés mais aussi les casinos non autorisés, les paris sur les courses de chevaux.

²⁶⁵ Article 7 alinéa 4 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²⁶⁶ Article 6-IV-1 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée. Il est prévu qu'un intermédiaire encoure le cas échéant jusqu'à un an d'emprisonnement et 75 000 euro d'amende.

²⁶⁷ Conseil constitutionnel, Décision n° 2007-553 D.C. du 3 mars 2007, *Loi relative à la prévention de la délinquance*, *J. O.*, 7 mars 2007, p. 4356.

²⁶⁸ Ceci rappelle la tentative du Gouvernement en 1996, au travers de l'amendement Fillon, de mettre en place une liste de sites qui auraient fait l'objet d'un avis défavorable du Comité supérieur de la télématique. Voir supra, Titre I, Chapitre I, Section I, §2., B.

²⁶⁹ Wery (E.), "La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés", précité.

une atteinte particulière à la liberté d'expression, les infractions concernées ne constituant pas de nouvelles limites à ce principe.

L'ensemble des dispositions étudiées jusqu'ici concernent des contenus émis à partir du territoire français, les obligations posées par la loi s'appliquant aux intermédiaires techniques situés en France. Face à la possibilité d'accéder à des contenus illégaux à partir de sites situés à l'étranger, la loi pour la confiance dans l'économie numérique a prévu qu'une obligation de filtrage des contenus puisse être imposée aux intermédiaires par le juge.

B. L'obligation de filtrage des contenus

Peut-on exiger d'un hébergeur situé hors du territoire national de retirer un contenu contraire au droit français ou d'en empêcher l'accès à partir de la France ? Dans le même temps, peut-on obliger les intermédiaires techniques français de bloquer l'accès à des sites étrangers diffusant de tels contenus ? Ces questions se sont posées assez rapidement aux juridictions françaises et les solutions apportées devront être étudiées (1.) avant d'envisager le droit actuel, qui s'en est largement inspiré (2.)

1. La mise en place jurisprudentielle d'une obligation de filtrage des contenus

Dès 2000, le problème juridique de l'accès à partir du territoire français à des contenus contraires au droit national a été porté devant les juges. Des associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme ont assigné en référé un hébergeur américain et sa filiale française afin qu'ils empêchent l'accès aux internautes situés en France à un site consacré à la vente aux enchères d'objets nazis²⁷⁰. Il s'agissait de savoir d'une part si les juridictions françaises étaient compétentes pour connaître de contenus émis et hébergés à l'étranger, et d'autre part, quelles mesures pouvaient être ordonnées aux intermédiaires techniques pour en empêcher l'accès en France.

²⁷⁰ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20000522.htm#texte>.

L'affirmation par les juges français de leur compétence en l'espèce a fait couler beaucoup d'encre. On a parlé de confirmation de l'approche universaliste du droit français²⁷¹ et de son ubiquité²⁷². Cette problématique n'est pas nouvelle. Elle provient des articles 113-2²⁷³ et 113-7²⁷⁴ du Code pénal qui posent le principe de l'application de la loi pénale française dès lors que l'infraction est commise sur le territoire ou que la victime s'y trouve. Ainsi, dans sa décision, le juge a estimé que le seul fait que les contenus en cause puissent être visualisés en France entraînait compétence des juridictions françaises. De nombreux auteurs ont critiqué cette position car il faudrait en déduire que les juges français seraient toujours compétents pour connaître de tous les contenus diffusés sur l'internet, ce qui entraînerait comme conséquence que tous les auteurs de contenus se conforment à la loi française. Or, ceux-ci ne devraient respecter que les règles du lieu de leur diffusion où ils font usage de leur liberté d'expression et non celles des lieux de leur réception²⁷⁵. C'est d'ailleurs l'argument avancé par Yahoo! Inc. dans cette affaire où a été invoqué le fait que ses services s'adressaient essentiellement au public américain par le biais de serveurs situés sur le territoire américain. Mais ce point a été rapidement écarté par le juge considérant que le lien de rattachement des contenus avec la France était suffisamment caractérisé par l'envoi de bandeaux publicitaires en langue française lors de la connexion à partir du territoire national à son site de vente aux enchères²⁷⁶.

Cette affaire, qui a connu une longue suite judiciaire, a ensuite tourné autour de l'argument de la faisabilité technique d'un filtrage de l'accès à des contenus. La société mise en cause, Yahoo! Inc., a constamment argué de l'impossibilité pour elle de se plier à une telle obligation de filtrage. De son côté, le juge estimait tout au contraire que "les difficultés réelles rencontrées par Yahoo ne constituent pas des obstacles insurmontables"²⁷⁷. Dans son

²⁷¹ Lapres, (D.A.), "Affaires Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche universaliste confirmée deux fois", *Juriscom.net*, 17 mai 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=697>.

²⁷² Sédallian (V.), "Commentaire de l'affaire Yahoo!", *Juriscom.net*, 24 octobre 2000, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm>.

²⁷³ L'article 113-2 du Code pénal dispose que : "la loi pénale française est applicable aux infractions commises sur le territoire de la République. L'infraction est réputée commise sur le territoire de la République dès lors qu'un de ses faits constitutifs a lieu sur ce territoire".

²⁷⁴ L'article 113-7 du Code pénal dispose que : "la loi pénale française est applicable à tout crime, ainsi qu'à tout délit puni d'emprisonnement, commis par un Français ou par un étranger hors du territoire de la République lorsque la victime est de nationalité française au moment de l'infraction".

²⁷⁵ Voir notamment Pech (L.), "Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet", *Légipresse*, n° 188, janvier/février 2002, p. 6.

²⁷⁶ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, disponible à l'adresse suivante: <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001106-rp.htm>.

²⁷⁷ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 22 mai 2000, précitée.

ordonnance du 22 mai 2000²⁷⁸, il ordonnait à Yahoo! Inc., situé aux États-Unis, de prendre toutes les mesures afin de dissuader ou rendre impossible l'accès de France à son site de vente aux enchères d'objets nazis, de même qu'à tout autre site similaire. Concernant Yahoo France, le juge l'a contraint à mettre en place un système de signalisation visant à prévenir les internautes qu'ils devront interrompre leur consultation si leurs recherches les conduisent à des contenus interdits par la loi française sauf à encourir des sanctions, ce que la société a mis en place par la suite. Puis, il a renvoyé les parties à une audience ultérieure au cours de laquelle Yahoo! Inc. devait rendre compte des mesures qu'elle comptait prendre.

Entre-temps, le juge a demandé à un collège d'experts de l'éclairer sur les différentes solutions techniques s'offrant à Yahoo! pour se conformer à son ordonnance. Ceux-ci ont conclu²⁷⁹ à la faisabilité technique d'un filtrage des internautes en fonction de leur provenance géographique, même si son efficacité n'était pas totale. Il suffisait à Yahoo! Inc. d'associer deux types de procédures, à savoir l'identification géographique de la connexion et la souscription par les internautes français à une déclaration sur l'honneur de nationalité. À l'appui de cette conclusion, le juge a accordé à Yahoo! Inc. un délai de trois mois afin qu'elle se mette en conformité avec sa précédente ordonnance lui imposant une obligation de filtrage²⁸⁰.

Ces deux ordonnances sont très surprenantes dans la mesure où un juge français oblige un acteur privé étranger à empêcher l'accès de France à un certain type de contenus en lui indiquant les mesures à prendre. Lors de la seconde audience, Yahoo! Inc. avait démontré avoir supprimé l'hébergement au site du Protocole des Sages de Sion et offert de mettre en place un système de veille permettant de signaler un site offensant manifestement destiné à des utilisateurs français, qu'il cesserait ensuite d'héberger. Ceci n'a de toute évidence pas convaincu le juge qui, sachant que Yahoo! Inc. interdisait déjà la vente d'objets tels les organes humains ou les animaux vivants, a rétorqué : [...] qu'il lui en coûterait très certainement fort peu d'étendre ses interdictions aux symboles du nazisme et une telle initiative aurait le mérite de satisfaire à une exigence éthique et morale que partagent toutes les sociétés démocratiques". Est-ce une leçon à l'adresse des États-Unis où de telles expressions ne sont

²⁷⁸ *Ibid.*

²⁷⁹ Tribunal de grande instance de Paris, Document de travail sur le rapport d'expertise, 6 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, dont on trouvera un extrait à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20001106-rp.htm>.

²⁸⁰ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, précitée.

pas interdites ? Ce pays manquerait-il d'"éthique et de morale" ? Ne serait-il pas non plus une "société démocratique" ? Est-ce qu'*a contrario*, le juge français accepterait qu'une juridiction étrangère limite la liberté d'expression des hébergeurs français parce que seraient diffusés en France des contenus qui contreviendraient à son droit, quant bien même cette décision proviendrait d'une "société démocratique" ? Les conséquences négatives de cette décision en termes de liberté d'expression seraient importantes car elles reviendraient à limiter cette liberté pour tous afin de protéger certains au regard des normes locales²⁸¹. Ceci est toutefois très improbable et une telle limitation mondiale de la liberté d'expression reste purement théorique.

C'est au nom du Premier amendement américain que Yahoo! Inc. a ensuite saisi la *District Court* de San Jose aux États-Unis²⁸² en lui demandant de se prononcer sur la question de savoir si elle devait ou non se conformer à la décision française d'empêcher l'accès des internautes français à des contenus nazis diffusés sur des sites qu'elle héberge. Contrairement au juge français, le juge américain s'est interdit d'évaluer le droit de la France ou de toute autre nation à déterminer ses propres lois et politiques publiques. Selon lui, le principe de souveraineté permet à chaque État de décider quelles formes d'expressions et de conduites sont acceptables à l'intérieur de ses frontières. Le juge américain a aussi refusé de se placer sur le terrain de l'acceptabilité morale de l'expression nazie, dont il a reconnu le caractère profondément offensant. Se conformant à la jurisprudence traditionnelle relative au Premier amendement, il rappelle qu'aux États-Unis, il est jugé préférable de permettre l'expression non-violente de propos offensants plutôt que d'imposer une réglementation gouvernementale de l'expression basée sur le point de vue. Il restait au juge à résoudre le point de savoir si l'ordonnance du juge français violait le droit à la liberté d'expression de Yahoo! Inc. Tel était bien le cas au titre de trois arguments. Le premier était celui du principe de la libre expression de propos offensants, sauf à ce qu'ils conduisent à un danger "clair et présent" de violence imminente²⁸³. Le deuxième concernait le caractère imprécis de l'obligation faite à Yahoo! Inc. par le juge français : "ordonnons à YAHOO! Inc. de prendre toutes les mesures de nature à dissuader et à rendre impossible toute consultation sur Yahoo.com du service de ventes aux enchères d'objets nazis et de tout autre site ou service qui constituent une apologie du nazisme

²⁸¹ Pech (L.), précité, p. 7.

²⁸² United States District Court for the Northern District of California, San Jose Division, *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme*, F.Supp.2d, 2001 WL 1381157 (N.D.Cal. Nov. 7, 2001), également disponible à l'adresse suivante : <http://www.juricom.net/en/txt/juribus/ic/dccalifornia20011107.htm>.

²⁸³ Le juge rappelle un certain nombre de décisions fondamentales rendues dans ce sens par la Cour suprême, telles *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992) et *Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969).

ou une contestation des crimes nazis"²⁸⁴. Les termes "toutes mesures nécessaires" et "rendre impossible", par leur imprécision, conduiraient Yahoo! Inc. à prendre des mesures qui entraîneraient de sa part une censure d'une expression protégée. Le troisième argument était que l'ordonnance française ne pouvant s'appliquer sur le territoire américain, il était inutile de regarder si Yahoo! Inc. pouvait ou non empêcher les internautes situés en France d'accéder aux sites contestés. Il ajoute que :

"Absent a body of law that establishes international standards with respect to speech on the internet and an appropriate treaty or legislation addressing enforcement of such standards to speech originating within the United States, the principle of comity is outweighed by the Court's obligation to uphold the First Amendment"²⁸⁵.

Mais l'affaire *Yahoo!* ne s'est pas arrêtée là. Constatant le maintien par cette société de son site de ventes aux enchères d'objets nazis, une association, l'Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de haute Silésie, l'a assignée à nouveau devant le Tribunal de grande instance de Paris²⁸⁶ pour infraction à la loi sur la presse et au Code pénal. Les demandeurs invoquaient l'application de la loi du 1^{er} août 2000, alors en vigueur, selon laquelle les hébergeurs ne pouvaient voir leurs responsabilités civile ou pénale engagées du fait des contenus présents sur leurs serveurs, sauf si, saisis par l'autorité judiciaire, ils n'agissaient pas promptement pour en empêcher l'accès²⁸⁷. La question était donc de savoir si Yahoo! Inc. avait été préalablement saisie par un juge pour empêcher l'accès à partir de la France à son site de vente aux enchères d'objets nazis. Le cas échéant, si elle n'avait pris aucune mesure pour faire cesser le dommage, elle pouvait être déclarée coupable de délit d'apologie de crimes contre l'humanité²⁸⁸ et de contravention d'exhibition en public d'insignes ou d'emblèmes nazis²⁸⁹. Lors de cette première instance, Yahoo! Inc. a clamé la prescription des faits, mais le juge a, au contraire, décidé que

²⁸⁴ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, précitée.

²⁸⁵ "En l'absence d'une loi qui établit des normes internationales en ce qui concerne l'expression sur l'internet et un traité ou une législation appropriées qui règlent la mise en application de ces normes d'expression originaire des États-Unis, l'obligation du tribunal de soutenir le Premier amendement est de plus loin plus importante que le principe de courtoisie", traduction tirée de celle offerte par l'ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, précitée. Notons que le principe de courtoisie dont parle le juge américain est un principe informel du droit international par lequel les nations reconnaîtraient entre elles la validité et les effets de leurs décisions législatives, exécutives et judiciaires.

²⁸⁶ Tribunal de grande instance de Paris, 26 février 2002, *Monsieur Timothy K. et Yahoo Inc. c/ Association Amicale des déportés d'Auschwitz et des camps de Haute Silésie et association MRAP*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/txt/jurisfr/cti/tgiparis20020226.htm>.

²⁸⁷ Article 1^{er} de la loi du 1^{er} août 2000 modifiant l'article 43-8 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

²⁸⁸ Article 24 bis de la loi du 29 juillet 1881.

²⁸⁹ Article R. 645-1 du Code pénal.

chaque mise à jour de ce site constituait une infraction nouvelle, et faisait de ce fait courir un nouveau délai de prescription.

Au cours de la seconde audience²⁹⁰, le juge a considéré que Yahoo! Inc. avait bien été saisie par l'ordonnance du 20 novembre 2000²⁹¹, mais aussi qu'elle avait pris un certain nombre de mesures techniques pour s'y conformer. De plus, elle avait agi avec promptitude, qui s'appréciait en fonction des difficultés encourues et du résultat obtenu. L'affaire *Yahoo!* était ainsi close. Toutefois, parallèlement à cette affaire, une association de lutte contre le racisme et l'antisémitisme a engagé une action, cette fois contre des fournisseurs d'accès – français – afin d'obtenir le filtrage de ce type de contenus en provenance des États-Unis.

L'association *J'accuse* a assigné plusieurs fournisseurs d'accès à l'internet afin d'empêcher l'accès à leurs abonnés au portail²⁹² néo-nazi Front 14, situé en Alaska, au nom d'un "devoir naturel d'action contre les perversions de la liberté d'expression et de communication"²⁹³. Toutefois, dans sa première ordonnance, le juge a estimé que l'affaire n'était pas en état d'être jugée faute pour *J'accuse* d'avoir établi une liste de sites véhiculant des contenus contestables et d'avoir mis en cause l'hébergeur du site et ses auteurs, ou du moins de justifier d'une tentative sérieuse dans ce sens. Le juge a également demandé une audition de grands témoins pour "cerner l'ensemble des enjeux de ce litige sur les plans tant factuel et éthique, que technique"²⁹⁴. L'affaire fut renvoyée à une audience ultérieure sans que le juge n'ait prescrit de mesure pour faire cesser le trouble.

Lors de la seconde audience, les demandeurs ont réitéré l'ensemble de leurs arguments à l'encontre des fournisseurs d'accès qu'ils avaient assignés, réfutant les leurs. Ces derniers avançaient principalement des arguments techniques selon lesquels les moyens de filtrage étaient d'une efficacité relative du fait des nombreux procédés de contournement existants, et

²⁹⁰ Tribunal de grande instance de Paris, 11 février 2003, *Amicale des dép. d'Ausch. et des camps de H. Silésie et MRAP c/ M. Timothy K. et Yahoo Inc.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=474>.

²⁹¹ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 novembre 2000, *UEJF et Licra c/ Yahoo! Inc. et Yahoo France*, précitée.

²⁹² Un portail est un site thématique qui permet l'accès par le biais de liens hypertextes à plusieurs autres sites portant sur le même sujet.

²⁹³ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 12 juillet 2001, *Association "J'accuse !...action internationale pour la justice" (AIPJ), La Licra, et autres / Association Française d'Accès et de Services Internet (AFA), 13 fournisseurs d'accès et prestataires techniques d'Internet*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/breves-article.php3?id_article=213.

²⁹⁴ *Ibid.*

leur mise en place conduiraient à des conséquences importantes sur leurs performances. Par ailleurs, ils considéraient que l'assignation, se limitant à quelques uns d'entre eux, était contraire au principe d'égalité. Enfin, ils arguaient qu'il n'existait pas d'encadrement légal des mesures de filtrage ou de blocage, et donc implicitement, qu'ils n'avaient pas à être soumis à une telle obligation. De son côté, le Ministère public critiquait l'ordonnance précédente en ce qu'elle aurait dû prescrire les mesures à prendre par les fournisseurs d'accès assignés. Il avançait également que le juge des référés n'était pas compétent, et enfin, que les carences administratives et politiques faisaient douter d'une véritable volonté politique concernant l'internet.

Dans son ordonnance²⁹⁵, le juge a admis la nécessité et l'urgence de l'organisation d'un débat sur la participation des intermédiaires techniques à la régulation du réseau car il était illusoire de compter sur une autorégulation même minimale. Selon lui, le risque était grand de voir se développer des "paradis de l'internet". Mais aussi, il a contesté l'argument de leur neutralité soulevé par les fournisseurs d'accès car cela laisserait les victimes sans aucune possibilité de faire valoir leurs droits. Face à l'argument principal de la faisabilité d'un filtrage ou d'un blocage de l'accès en France de contenus illégaux émis de l'étranger, le juge a répondu que si la seule obligation légale à leur égard était de fournir à leurs abonnés des outils de filtrage des contenus²⁹⁶, ils n'auraient pas pour autant l'obligation de fournir un accès à l'internet, sauf à faire l'objet d'un recours si leur décision de refus était abusive. Enfin, il leur a laissé le soin de déterminer librement les mesures nécessaires et possibles pour bloquer l'accès de France au portail Front 14.

En soi, cette décision ne contrevient pas au principe de la liberté d'expression car elle est dirigée contre des contenus illégaux au regard du droit français. Mais que penser de l'argument développé par le juge selon lequel il serait loisible aux fournisseurs de refuser l'accès à l'internet, sauf à répondre du caractère abusif de ce refus ? Le juge, pourtant gardien de la liberté d'expression, n'avalise-t-il pas de la sorte la pratique de la censure privée par les intermédiaires techniques ? Ne leur accorde-t-il pas toute latitude pour choisir les contenus à diffuser ? De même, ne remet-il pas ici en cause leur qualité de simples prestataires

²⁹⁵ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 30 octobre 2001, *Association "J'accuse !...action internationale pour la justice" (AIPJ), La Licra, et autres / Association Française d'Accès et de Services Internet (AFA), 13 fournisseurs d'accès et prestataires techniques d'Internet*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=205.

²⁹⁶ Article 43-7 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, modifiée par la loi du 1^{er} août 2000, précitée, alors en vigueur.

techniques alors que leur neutralité légitime la construction en leur faveur d'un régime législatif d'irresponsabilité ? C'est parce qu'ils ignorent *a priori* le caractère des contenus dont ils permettent la diffusion au public qu'ils doivent, d'après le législateur, être réputés irresponsables.

Dans la loi pour la confiance dans l'économie numérique, le législateur a reconnu la possibilité pour le juge d'ordonner des mesures de filtrage des contenus, mettant fin à la jurisprudence appliquant le principe de l'universalisme du droit – et des valeurs – français, mais par pour autant à celle favorable à un filtrage spontané des contenus par les intermédiaires techniques.

2. Le filtrage des contenus opéré dans le cadre du "référé LCEN"²⁹⁷

Afin de lutter contre les contenus illicites émis à partir de sites étrangers, le législateur a avalisé les solutions dégagées jusque-là par la jurisprudence. Ainsi, l'article 6-I-8 de la loi pour la confiance dans l'économie numérique dispose que : "l'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête, à [tout hébergeur] ou, à défaut, à [tout fournisseurs d'accès], toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne"²⁹⁸. Mais pourquoi inscrire dans la loi une procédure qui existe déjà dans le droit commun ? Lors des débats au Parlement²⁹⁹, les partisans de cette disposition reconnaissaient que le Code de procédure civile organisait ce type de procédure³⁰⁰. D'ailleurs, c'est bien sur cette base que les juges s'étaient jusque là prononcés pour ordonner aux intermédiaires techniques de prendre des dispositions face aux contenus illicites diffusés sur l'internet. Ce qu'il est coutume d'appeler le "référé LCEN" est-il suffisamment différent du référé de droit commun pour que son existence soit justifiée ?

²⁹⁷ Le "référé LCEN" est le nom donné à la procédure de référé instituée par la loi pour la confiance dans l'économie numérique permettant à l'autorité judiciaire d'ordonner aux intermédiaires techniques le filtrage des contenus.

²⁹⁸ Loi pour la confiance dans l'économie numérique, précitée.

²⁹⁹ Sénat, Compte-rendu intégral, séance du 8 avril 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.senat.fr/seances/s200404/s20040408/st20040408000.html>.

³⁰⁰ L'article 808 du Nouveau Code de procédure civile dispose que : "dans tous les cas d'urgence, le président du tribunal de grande instance peut ordonner en référé toutes les mesures qui ne se heurtent à aucune contestation sérieuse ou que justifie l'existence d'un différend". L'article 809-1 prévoit quant à lui que : "le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite".

Dans le fond, cette procédure comporte deux particularités³⁰¹, qui l'éloignent de la procédure de référé de droit commun. La première est qu'il n'est pas fait mention d'un "trouble manifestement illicite" à l'instar de ce que prévoit le droit commun. La loi ne traite que d'"un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication publique en ligne". Le juge des référés devra donc caractériser ce dommage. Or, ceci n'est pas normalement de son ressort, sa compétence étant avant tout déterminée par l'urgence de la situation à régler. Si le juge des référés devait caractériser le dommage, cela risquerait d'allonger les délais de la procédure³⁰².

La seconde particularité du "référé LCEN" est d'obliger le juge à diriger ses mesures tout d'abord à l'encontre des hébergeurs, et à défaut seulement, contre les fournisseurs d'accès. Ce n'est qu'en raison de l'impossibilité de faire comparaître un hébergeur étranger dans une instance en cours que le juge pourra se tourner vers les fournisseurs d'accès, situés sur le territoire français. Ici encore, la procédure pourrait connaître des délais qui ne s'accordent pas avec l'objectif du référé, à savoir l'urgence. Par ailleurs, la question se pose de savoir à partir de quel moment le juge peut légitimement estimer qu'une action contre l'hébergeur serait vaine. Devra-t-il attendre l'exécution – ou plutôt l'inexécution - de son ordonnance par l'hébergeur avant de se tourner vers les fournisseurs d'accès ? Pourra-t-il se contenter d'exiger une connaissance effective du contenu litigieux par l'hébergeur ou même simplement d'une action à son encontre de la part des demandeurs ? La loi est ici sujette à interprétation.

Une nouvelle affaire de diffusion de contenus négationnistes par le biais d'un site hébergé aux États-Unis a permis une première interprétation des termes de la loi. Plusieurs associations de lutte contre le racisme et l'antisémitisme ont assigné l'hébergeur du site Aaargh (Association des anciens amateurs de récits de guerre et d'holocauste) pour qu'il en cesse la diffusion. Les deux premières audiences ont donné lieu à deux ordonnances³⁰³ par lesquelles le juge a demandé aux associations de s'assurer que les hébergeurs américains avaient bien eu connaissance de leur demande de mettre fin à l'hébergement du site en cause. Il a également

³⁰¹ Voir Masset (O.), "Affaire Aaargh : première et singulière application du 'référé LCEN'", *Juriscom.net*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=719>.

³⁰² *Ibid.*

³⁰³ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 25 mars 2005, *UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=668>, et ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 20 avril 2005, *UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=684>.

validé l'intervention forcée de plusieurs fournisseurs d'accès français. Il était en effet nécessaire que le jugement leur soit déclaré opposable afin de poursuivre la procédure de référé à leur encontre en cas d'inaction des hébergeurs américains, d'autant que le changement inopiné d'hébergeur par l'auteur du site lui permettait de se dérober et de continuer à diffuser les contenus en cause. Enfin, il a reconnu le caractère manifestement illicite du site qui, édité en langue française, s'adressait à des internautes français.

Suite à l'inefficacité des actions entreprises par les demandeurs contre les hébergeurs américains, dont l'un d'entre eux continuait de diffuser le site en cause, le juge a finalement imposé aux fournisseurs d'accès "de mettre en œuvre toutes les mesures propres à interrompre l'accès à partir du territoire français au contenu du service de communication public en ligne hébergé actuellement à l'adresse 'www.who.org/aaargh'³⁰⁴". Les fournisseurs d'accès ont alors interjeté appel de cette ordonnance sur la base de trois arguments principaux³⁰⁵. Le premier consistait à interpréter l'article 6-I-8 instaurant le "référé LCEN" comme ne permettant d'agir contre les fournisseurs d'accès qu'après avoir épuisé toutes les possibilités d'action à l'encontre des hébergeurs. Les victimes auraient donc dû s'assurer d'une connaissance effective de leur demande de retrait auprès des hébergeurs avant de pouvoir mettre en cause les fournisseurs d'accès, et même demander l'exequatur de la décision les concernant. Les défendeurs exigeaient aussi que les associations engagent une action contre l'auteur du site, d'autant qu'il était identifié en l'espèce. Le deuxième argument était technique. Il était postulé que la mesure ordonnée serait inefficace parce que facilement contournable, disproportionnée car elle ne pouvait être limitée à ce seul site, impossible à mettre en œuvre, contre-productive et inadaptée à la lutte contre les contenus illégaux. Enfin, les fournisseurs d'accès ont soulevé l'argument selon lequel la mesure ordonnée aurait dû être limitée dans le temps, comme toute mesure de référé.

Les juges de la Cour d'appel ont rejeté ces arguments un à un. Ils ont estimé que le référé institué par la loi avait pour but de permettre au juge de réagir le plus rapidement possible face à l'inertie d'un hébergeur. En l'espèce, les demandeurs auraient bien accompli toutes les diligences nécessaires, et leur possibilité d'agir efficacement contre les hébergeurs seraient

³⁰⁴ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 13 juin 2005, *UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a.*, disponible à l'adresse suivante : <http://juriscom.net/documents/tgiparis20050613.pdf>.

³⁰⁵ Cour d'appel de Paris, 24 novembre 2006, *SA Tiscali (Telecom Italia), AFA, France Telecom et a. c/ UEJF, J'Accuse, SOS Racisme et a.*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=866>.

objectivement vaines. De plus, la loi ne prévoirait pas comme condition à la saisine des fournisseurs d'accès qu'une action soit engagée contre l'auteur de propos illégaux. Demander aux associations des actions supplémentaires irait à l'encontre des exigences d'une procédure conçue pour être rapide. Ensuite, les juges ont écarté l'excuse technique avancée par les fournisseurs d'accès. Ils ont estimé que le législateur n'exigeait pas l'efficacité des mesures de filtrage. Le fait d'entraver l'accès au site était déjà une mesure suffisante. Les magistrats ont confirmé les termes de l'ordonnance de référé selon lesquels :

"[...] il appartient en réalité à chacun des fournisseurs d'accès [...] en tenant compte des caractéristiques de [leur] réseau, de mettre en œuvre tous les moyens dont il peut disposer en l'état actuel de sa structure et de la technologie, seul ou s'il estime opportun syndiqué avec d'autres, pour remplir cette obligation, sauf à démontrer pour chacun d'eux l'impossibilité technique d'y parvenir, et avec pour limite le respect de l'anonymat des internautes ayant eu l'occasion de consulter le site"³⁰⁶.

Les fournisseurs d'accès ne pouvaient donc se retrancher derrière l'excuse de l'impossibilité technique de filtrage de l'accès au site pour renoncer à agir. L'obligation qui leur incombait était ainsi une obligation de moyens et non de résultat.

Enfin, les juges d'appel ont indiqué que les mesures prises par voie de référé n'ont pas nécessairement à être limitées dans le temps. D'ailleurs, en l'espèce, une telle limitation aurait pour effet de vider la décision de son sens et de la priver d'efficacité.

Cette décision a été jugée très défavorablement par les fournisseurs d'accès. En revanche, un auteur a souligné l'idée selon laquelle le juge des référés, en n'imposant pas aux fournisseurs d'accès une obligation de résultat, a entendu leur demander de procéder à "une expérimentation à échelle réelle"³⁰⁷, d'autant qu'il n'a pas décrit les mesures à prendre. Cette ordonnance serait donc mesurée. Ceci n'est pas aussi évident car elle soulève d'autres problèmes. En effet, si les fournisseurs démontraient par la suite leur impossibilité technique de filtrer l'accès aux contenus, la question se pose de savoir qui en jugera³⁰⁸ et ce qu'il en sera de l'estimation du caractère satisfaisant des mesures prises par les fournisseurs pour pratiquer le filtrage, notamment s'ils venaient à empêcher l'accès à des contenus non visés par une

³⁰⁶ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 13 juin 2005, *UEJF, SOS Racisme, J'Accuse et a. c/ OLM-LLC, The Planet.com Internet Services Inc. et a.*, précitée.

³⁰⁷ Thoumyre (L.), "Aaargh : une ordonnance finalement mesurée", *Journal du Net*, 17 mai 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.journaldunet.com/tribune/050617thoumyre.shtml>.

³⁰⁸ Cette question est posée par Masset (O.), "Affaire Aaargh : première et singulière application du 'référé LCEN'", précité.

injonction. Dans cette affaire, la Cour d'appel, comme le juge des référés, se sont montrés indifférents à l'argument des fournisseurs d'accès selon lequel la mesure qui leur était imposée pouvait s'avérer disproportionnée car pouvant conduire à empêcher par la même occasion l'accès aux sites auxquels renverrait le même nom de domaine³⁰⁹. Les juges n'ont rien vu à redire au fait que leurs injonctions pouvaient conduire à censurer plus de contenus que nécessaire pour mettre fin au dommage, et surtout, à censurer des contenus qui ne seraient pas illégaux. Ici, comme dans l'affaire *Yahoo!*³¹⁰, l'exercice d'une censure privée de l'expression par les fournisseurs d'accès, qu'elle soit spontanée ou la conséquence d'une injonction judiciaire, est jugée acceptable. Or, une telle latitude laissée aux prestataires techniques de retirer des contenus licites restreint la liberté d'expression dans toutes les valeurs la justifiant : quête de la vérité, démocratie et développement personnel, et ce, aussi bien à l'égard des émetteurs que des récepteurs. Du point de vue des récepteurs, le filtrage des expressions conduit à leur empêcher l'accès à des contenus qu'ils ignorent. Certes, on ne peut vouloir ce qu'on ne sait pas. Néanmoins, un filtrage trop large empêcherait la possibilité de la connaissance d'un contenu licite et à même de favoriser les valeurs de la vérité, de la démocratie ou du développement personnel. Du point de vue des émetteurs, ce type de filtrage leur ôterait la capacité de faire entendre leur voix à leurs destinataires. S'ils estimaient ce filtrage abusif, ils pourraient toujours le faire constater par une juridiction, qui rétablirait ainsi l'accès à leurs contenus. Toutefois, dans notre hypothèse d'un filtrage trop large ordonné par une juridiction étrangère, cette possibilité est illusoire. Dans notre hypothèse toujours, un émetteur qui voudrait mettre en garde contre le site *Aaargh* risquerait bien de subir le filtrage ordonné par le juge français. Pour finir, cette restriction de la liberté d'expression serait opérée par des entités privées avec l'aval du juge qui se refuse de se prononcer sur les mesures de filtrage. Pour importante que soit la lutte contre les contenus racistes et antisémites, est-il acceptable en termes de liberté d'expression de négliger de s'assurer que des contenus licites ne seront pas également censurés ? Les juges ont décidé qu'une telle limitation de la liberté d'expression était justifiée par les difficultés résultant du blocage de sites illégaux en provenance de l'étranger.

Cette problématique d'un filtrage trop large et de ses incidences sur le principe de la liberté d'expression ne provoque pas grande émotion en France. Ainsi, dans son premier rapport

³⁰⁹ Un nom de domaine est une adresse internet permettant d'accéder à un site *web*.

³¹⁰ Voir supra les développements précédents.

d'activité, le Forum des droits sur l'internet³¹¹ se contente de constater le problème de l'efficacité du filtrage dans un développement consacré à la liberté d'expression sur l'internet. Pourtant, le matériel ne manque pas pour évaluer les risques que le filtrage peut entraîner au regard de ce principe³¹². Peut-être n'est-il pas exploité car provenant des États-Unis et ne faisant l'objet d'aucune traduction en langue française. Peut-être encore que les craintes engendrées par certains contenus sont plus fortes que la nécessité de protection de la liberté d'expression. Peut-être enfin que l'absence de contrôle *a posteriori* de la constitutionnalité des lois empêche le développement d'une théorisation sur les droits et libertés et le développement d'arguments solides en faveur de la liberté d'expression.

L'obligation de filtrage des contenus lorsqu'elle est ordonnée par un juge comme le prévoit la loi pour la confiance dans l'économie numérique n'est pas la seule à poser des problèmes en termes de liberté d'expression. La nécessité de poursuite des infractions découlant de la diffusion de contenus illégaux sur l'internet a conduit le législateur à imposer d'autres obligations aux intermédiaires techniques.

§2. Les obligations liées à la recherche des auteurs de contenus illicites

En plus de leur obligation de retirer les contenus illicites, les intermédiaires techniques se voient imposer des obligations dont l'objectif est la recherche de leurs auteurs, et même plus généralement des auteurs d'infractions. Le législateur considère qu'étant les maillons essentiels de la communication sur l'internet, les intermédiaires sont les mieux placés pour recueillir un certain nombre d'informations permettant d'identifier les personnes communiquant sur l'internet. La question se pose de la conciliation entre la poursuite des auteurs d'infractions et le principe de la liberté d'expression. Il s'agit donc de nouveau d'apprécier la limite de cette liberté sur l'internet, qui se traduit par une limitation de l'anonymat. Deux types d'obligations incombent aux intermédiaires techniques. La première est celle de l'identification des auteurs de contenus et de la conservation des données nécessaires à celle-ci (A.). La seconde, basée sur la valeur de la sécurité, est celle de la

³¹¹ Le Forum des droits sur l'internet, *Premier rapport d'activité*, année 2002, La Documentation française, 2003, pp. 24-26.

³¹² Voir par exemple Electronic Privacy Information Center, *Filters & Freedom 2.0 – Free Speech Perspectives on Internet Content Controls*, E.P.I.C., 2nd ed., Washington D.C., 2001, et notamment American Civil Liberties Union, "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet", pp. 97-116.

conservation des données de connexion. La valeur de la sécurité apporte ici une limite importante de la liberté d'expression sur l'internet (B.).

A. Les obligations d'identification et de conservation des données d'identification

Dès les premiers débats au Parlement en 1999 sur l'encadrement juridique l'internet, un accord a été établi sur le fait que les auteurs de sites web devaient tenir à la disposition du public les éléments nécessaires à leur identification.

La loi pour la confiance dans l'économie numérique distingue entre les éditeurs professionnels et les non professionnels. Les premiers doivent mettre à la disposition du public des éléments tels leur nom, domicile, éventuellement leur numéro d'inscription au registre du commerce et des sociétés³¹³, mais également le nom du directeur de la publication en application de l'article 93-2 de la loi du 29 juillet 1982³¹⁴, qui permettra le cas échéant à l'application de la responsabilité en cascade. Ils doivent également mentionner les éléments d'identification de leur hébergeur.

Les éditeurs non professionnels peuvent se contenter de fournir ces indications à leur hébergeur et ne tenir à la disposition du public que les seuls éléments d'identification de ce dernier. Comme l'indique la loi, l'objectif de cette mesure est de permettre de préserver un anonymat relatif vis-à-vis du public. Cet anonymat a pour limite les besoins de recherche et de constatation d'une infraction.

Ces obligations n'étaient jusqu'à peu soumises à aucune sanction. Un tribunal avait ainsi simplement enjoint à une société "d'indiquer sur son site les mentions relatives à la raison

³¹³ Article 6-III-1. La loi distingue entre les personnes physiques et les personnes morales : "s'il s'agit de personnes physiques, leurs nom, prénoms, domicile et numéro de téléphone et, si elles sont assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription ; s'il s'agit de personnes morales, leur dénomination ou leur raison sociale et leur siège social, leur numéro de téléphone et, s'il s'agit d'entreprises assujetties aux formalités d'inscription au registre du commerce et des sociétés ou au répertoire des métiers, le numéro de leur inscription, leur capital social, l'adresse de leur siège social".

³¹⁴ Loi n° 82-652 relative à la communication audiovisuelle, précitée.

sociale, au numéro de téléphone, au numéro d'inscription au RCS, et au capital social"³¹⁵ qui n'y figuraient pas. Un décret est toutefois intervenu³¹⁶ afin de rendre cette déclaration obligatoire, sous peine de sanctions pénales, imposant même différentes autres mentions commerciales.

La loi du 1^{er} août 2000³¹⁷ prévoyait également pour la première fois que les fournisseurs d'accès et d'hébergement à l'internet étaient tenus de conserver les données permettant l'identification de leurs abonnés qui éditeraient des contenus. Pour obtenir ces données, les personnes concernées devaient s'adresser à l'autorité judiciaire, seule habilitée à requérir ces informations. Cette obligation fut reprise par la loi pour la confiance dans l'économie numérique de 2004³¹⁸. Le rôle du juge est également confirmé par le renvoi aux dispositions du Code pénal réprimant la transmission de données nominatives à un tiers sans autorisation de l'intéressé³¹⁹. Le juge est le seul habilité à passer outre le refus d'autorisation d'un tiers récalcitrant. Toutefois, la loi ne précise pas la nature des données nécessaires à l'identification des personnes concernées, renvoyant cette tâche à un décret en Conseil d'État, qui n'a toujours pas été pris.

Pourtant, cette détermination est essentielle car d'une part, les intermédiaires techniques ne connaissent pas exactement le champ d'application de leur obligation de conservation de données, et d'autre part, les demandes en justice pourraient se révéler vaines si les données communiquées ne permettaient pas l'identification, si l'intermédiaire n'avait pas conservé les données nécessaires ou si ces données étaient erronées³²⁰. Cette question s'est posée devant le juge des référés du Tribunal de grande instance de Paris³²¹, saisi par la RATP afin d'obtenir de l'hébergeur Ouvatton la communication des données d'identification du responsable d'un site

³¹⁵ Tribunal de grande instance de Paris, 6 décembre 2005, *UFC Que Choisir et autres / Class action.fr*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1535.

³¹⁶ Décret n° 2007-750 du 9 mai 2007 relatif au registre du commerce et des sociétés et modifiant le code de commerce, *J.O.* n° 108 du 10 mai 2007, p. 8295.

³¹⁷ Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, précitée.

³¹⁸ Précitée.

³¹⁹ Article 226-22 du Code pénal. La loi de 2004 sur l'économie numérique vise également l'article 226-21 de ce même code qui interdit le détournement d'informations relatives à la recherche dans le domaine de la santé, ainsi que l'article 226-17 qui réprime le fait de ne pas prendre "toutes les précautions utiles pour préserver la sécurité" de données nominatives "et notamment empêcher qu'elles soient déformées, endommagées ou communiquées à de tiers non autorisés".

³²⁰ Tesar (Y.), "Metrobus remis sur les rails. 'Où va-t-on?', demande le juge", *Juriscom.net*, 4 février 2004, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=427>.

³²¹ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 1^{er} décembre 2003, *Métrobus c/ Ouvatton*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=387>.

qui avait appelé à la dégradation des affiches publicitaires sur son réseau, dégradations qui ont effectivement eu lieu. Face à l'interrogation sur la nature des données nécessaires à l'identification de l'éditeur, le juge s'est réservé la compétence pour les déterminer en l'absence de décret³²². D'autre part, lors de cette affaire, il s'est avéré que les éléments communiqués au demandeur n'avaient pas permis l'identification de l'auteur du site. Dans une nouvelle ordonnance de référé³²³, le juge a estimé que l'hébergeur avait pourtant bien rempli son obligation, même s'il n'avait effectué aucune vérification quant à leur véracité. Mais cette situation ne devait pas perdurer. Dans une espèce où les données communiquées par un hébergeur s'étaient révélées farfelues, les juges ont estimé que ce dernier avait manqué à son obligation légale et que dès lors, il avait commis une négligence sur le fondement de l'article 1383 du Code civil³²⁴.

En outre, les obligations d'identification et de conservation des données sont limitées par la loi pour la confiance dans l'économie numérique aux seuls fournisseurs d'accès et d'hébergement à l'internet. La jurisprudence a élargi cette liste aux entreprises fournissant un accès à l'internet à leurs employés. Une entreprise a ainsi été assimilée à un fournisseur d'accès à l'internet et soumise au régime de conservation des données³²⁵. Mais jusqu'où va cette assimilation ? Conduirait-elle à leur faire appliquer l'obligation de fourniture de logiciels de filtrage et de blocage des contenus que prévoit la loi pour la confiance dans l'économie numérique ? La réponse semble négative, et il faudrait considérer que le dispositif établi par cette loi ne s'applique qu'aux "vrais" fournisseurs d'accès³²⁶.

Les obligations législatives d'identification des auteurs de contenus litigieux et de conservation des données relatives à cette identification sont soumises au contrôle du juge sans lequel aucune divulgation à un tiers ne peut être faite. Ceci n'est pas le cas de l'obligation de conservation des données de trafic, dont la divulgation aux autorités de police et de gendarmerie échappe à l'appréciation judiciaire.

³²² *Ibid.*

³²³ Ordonnance de référé, Tribunal de grande instance de Paris, 2 février 2004, *Métrobus c/ Ouvatton*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/jpt/visu.php?ID=426>.

³²⁴ Tribunal de grande instance de Paris, 16 février 2005, *Dargaud Lombard, Lucky Comics / Tiscali Média*, disponible à l'adresse suivante : http://www.legalis.net/jurisprudence-decision.php3?id_article=1420.

³²⁵ Cour d'appel de Paris, 4 février 2005, *S.A. BNP Paribas c/ Société World Press Online*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/documents/jurisprudence/lire.phtml?id=867>.

³²⁶ Tabaka (B.), "Les nouveaux défis de la conservation des données de connexion", *Juriscom.net*, 25 avril 2005, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/pro/visu.php?ID=681>.

B. L'obligation de conservation des données de trafic

La question de la conservation des données de trafic des utilisateurs de l'internet par les intermédiaires techniques est très sensible. Sur ce point, les dispositions législatives ont régulièrement évolué au gré du développement du terrorisme et de celui des moyens techniques permettant de contourner l'interdiction d'un anonymat absolu sur l'internet en France. La valeur de la sécurité est ici l'argument essentiel de la limitation de la liberté d'expression.

En droit administratif français, la sécurité est une composante de l'ordre public. La trilogie de l'ordre public – sécurité, tranquillité, salubrité publiques - a été énoncée pour la première fois par la loi sur l'organisation départementale des 22 décembre 1789 et 8 janvier 1790. Elle est actuellement inscrite à l'article 2212-2 du Code général des collectivités territoriales. En son nom, les autorités nationales comme locales peuvent restreindre l'exercice des libertés, sous le contrôle du juge. Ainsi en est-il de la liberté de réunion³²⁷, ou encore de la diffusion de films dans les cinémas³²⁸. Enfin, la notion d'ordre public conditionne la compétence de la police administrative qui doit ici jouer un rôle préventif.

Depuis une dizaine d'années, on assiste à un renforcement de la place de la sécurité dans notre système juridique. La première disposition notable à cet égard se trouve à l'article 1^{er} de la loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité du 21 janvier 1995, dite loi Pasqua³²⁹. Cet article dispose que :

"la sécurité est un droit fondamental et l'une des conditions de l'exercice des libertés individuelles et collectives. L'État a le devoir d'assurer la sécurité en veillant, sur l'ensemble du territoire de la République, à la défense des institutions et des intérêts nationaux, au respect des lois, au maintien de la paix et de l'ordre publics, à la protection des personnes et des biens"³³⁰.

La sécurité a ainsi vu sa position renforcée dans le système juridique, devenant un droit fondamental. Le Conseil constitutionnel avait d'ailleurs déjà fait de l'ordre public un objectif à

³²⁷ Conseil d'État, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Recueil Lebon*, p. 541.

³²⁸ Conseil d'État, 18 décembre 1959, *Soc. Les films Lutetia*, *Recueil Lebon*, p. 693.

³²⁹ Loi n°95-73 du 21 janvier 1995 d'orientation et de programmation relative à la sécurité, *J.O.*, n° 20, 24 janvier 1995, p. 1249.

³³⁰ *Ibid.*

valeur constitutionnelle³³¹. La valeur de la sécurité est ainsi à balancer avec la protection des droits et libertés, notamment la libre expression et la vie privée. Elle en est également une limite.

La loi sur la sécurité quotidienne³³², adoptée suite aux attentats sur le sol américain de septembre 2001, a établi le cadre juridique en matière de conservation des données relatives au trafic par les intermédiaires techniques de l'internet mais aussi par les opérateurs de télécommunications. Elle a posé le principe de l'effacement ou de l'anonymisation "de toute donnée relative à une communication dès que celle-ci est achevée"³³³. Mais ce principe est affaibli par trois exceptions majeures qui sont leur conservation par les intermédiaires techniques à des fins de facturation, à des fins de protection de leurs réseaux, et surtout, "pour les besoins de recherche, de la constatation et de la poursuite des infractions, et dans le seul but de permettre, en tant que besoin, la mise à disposition à l'autorité judiciaire d'informations". Dans cette dernière hypothèse, la conservation des données peut être faite pour une durée maximale d'un an. La loi sur la sécurité quotidienne précise également que ces données ne peuvent en aucun cas porter "sur le contenu des correspondances échangées ou des informations consultées"³³⁴. Une compensation financière à l'égard des personnes devant procéder à la collecte des données de trafic est aussi prévue par la loi. Cette compensation a pour origine une décision du Conseil constitutionnel en date de 2000³³⁵ qui imposait au législateur de dédommager les opérateurs de télécommunications devant les coûts engendrés par les interceptions de sécurité au nom de l'égalité devant les charges publiques. Enfin, il avait été décidé que ces mesures seraient temporaires, et qu'elles prendraient fin le 31 décembre 2003. Le temporaire dans ce domaine ayant tendance à devenir définitif, elles furent prolongées de deux années supplémentaires par la loi pour la sécurité intérieure³³⁶.

³³¹ Conseil constitutionnel, Décision n° 80-127 DC des 19 et 20 janvier 1981, *Loi renforçant la sécurité et protégeant la liberté des personnes*, *Recueil*, p. 15.

³³² Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *J.O.* n°266 du 16 novembre 2001, p. 18215.

³³³ Article 29-I de la loi sur la sécurité quotidienne, précitée. Cet article a été inséré dans le Code des postes et des télécommunications, devenu Code des postes et des communications électronique par la loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *J.O.* n° 159 du 10 juillet 2004, p. 12483. Le principe de l'effacement des données est à présent inscrit à l'article L. 34-1 de ce Code.

³³⁴ Article 29-IV de la loi sur la sécurité quotidienne, précitée.

³³⁵ Conseil constitutionnel, Décision n° 2000-441 DC du 28 décembre 2000, *Loi de finances rectificative pour 2000*, *Recueil*, p. 201.

³³⁶ Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *J.O.* n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

Face à cette échéance, le législateur est de nouveau intervenu en 2006³³⁷, prolongeant encore de trois ans ces mesures, et renforçant le régime existant. D'une part, la conservation des données par les intermédiaires techniques visés est devenue une obligation, alors qu'elle n'était auparavant qu'une simple possibilité. D'autre part, les listes des opérateurs soumis à cette obligation a été élargie à toute personne offrant une connexion à l'internet au public, que ce soit à titre professionnel ou accessoire, gratuit ou non³³⁸. Enfin, elle permet à des agents habilités de police et de gendarmerie d'exiger de l'ensemble des personnes soumises à l'obligation de conservation des données de les leur communiquer au titre de la prévention des actes de terrorisme, et ce, sans aucune intervention du juge. Un contrôle administratif de cette collecte est toutefois prévu.

La problématique de la conservation des données soulève trois types d'interrogations concernant le type de données à conserver, les personnes soumises à cette obligation et le contrôle de cette collecte. Les données engendrées par une simple communication sur l'internet sont multiples. La loi interdit la collecte de données permettant de révéler le contenu des communications, mais il existerait une forte imbrication entre les données nécessaires à l'établissement d'une communication et celles portant sur le contenu, au point qu'il serait difficile de les distinguer clairement³³⁹. De plus, certaines données pourraient être considérées comme donnant des indications sur le comportement d'un individu. Selon le Forum des droits sur l'internet³⁴⁰, les pouvoirs publics devraient clairement exclure ce type de données de celle dont la conservation serait obligatoire. Ainsi, seules les données portant exclusivement sur le trafic devraient être concernées. Le décret, attendu depuis le vote de la loi sur la sécurité quotidienne de 2001 et devant préciser la nature des données à conserver et le délai de cette conservation, est intervenu en 2006^{341 342}. Il est précisé que les données concernées sont celles relatives au trafic, définies comme "des informations rendues disponibles par les procédés de communication électronique, susceptibles d'être enregistrées par l'opérateur à l'occasion des communications électroniques dont il assure la transmission et qui sont pertinentes au regard

³³⁷ Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *J.O.* n° 20 du 24 janvier 2006, p. 1129.

³³⁸ Article 5 de la loi relative à la lutte contre le terrorisme, précitée.

³³⁹ Forum des droits sur l'internet, *Recommandation "Conservation des données relatives à une communication électronique"*, 18 décembre 2001, disponible à l'adresse suivante : <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=230>.

³⁴⁰ *Ibid.*

³⁴¹ Décret n° 2006-358 du 24 mars 2006 relatif à la conservation des données des communications électroniques, *J.O.* n° 73 du 26 mars 2006, p. 4609.

³⁴² Voir notamment Tabaka (B.), "Le décret sur la conservation des données de connexion enfin publié !", *Juriscom.net*, 26 mars 2006, disponible à l'adresse suivante : <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=805>.

des finalités poursuivies par la loi"³⁴³. Ce critère de pertinence est précisé par la liste que le décret donne des données à conserver. Il s'agit autant des informations permettant d'identifier l'utilisateur ou le destinataire des communications que de la date et de l'heure de chaque communication et de diverses données techniques³⁴⁴. Toutefois, ces précisions ne semblent pas encore suffisantes car un arrêté serait en préparation afin d'apporter plus de détails sur le type exact de données soumises à conservation³⁴⁵. Il faudra donc attendre ce texte afin de savoir avec précision si les données soumises à conservation dans le but d'une collecte par les services de sécurité ne porteront pas atteinte à l'anonymat, même relatif, sur l'internet, en portant sur le contenu des communication ou le comportement des utilisateurs. Enfin, le décret de 2006 prévoit que les données devront être conservées pendant un an à compter du jour de l'enregistrement des informations.

En deuxième lieu, la loi relative à la lutte contre le terrorisme a encore élargi la liste des personnes concernées par cette obligation, incluant comme nous l'avons vu toute personne professionnelle ou non offrant un accès gratuit ou non à l'internet. Seraient ainsi concernés les cybercafés et les restaurants offrant ce type de facilités. Outre le fait que la masse des informations serait gigantesque, la C.N.I.L. s'est interrogée sur le point de savoir si étaient également visées les universités, les bibliothèques ou encore les mairies³⁴⁶. De plus, l'élargissement des données soumises à conservation conduit à inclure dans cette liste les particuliers qui éditent des blogs, et qui devront ainsi conserver les données relatives au trafic sur leur site.

En troisième lieu, la question du contrôle de la collecte des données par les services de sécurité habilités a soulevé les inquiétudes de la C.N.I.L. Nous l'avons dit, cette collecte se déroule en-dehors de toute intervention judiciaire, sur simple demande des agents habilités à une personnalité nommée auprès du ministre de l'Intérieur. Cette demande devra faire l'objet d'un enregistrement communiqué à Commission nationale de contrôle des interceptions de

³⁴³ Article R. 10-12.

³⁴⁴ Selon l'article R. 10-13, ces données sont les suivantes : les informations permettant d'identifier l'utilisateur, les données relatives aux équipements terminaux de communication utilisés, les caractéristiques techniques ainsi que la date, l'horaire et la durée de chaque communication, les données relatives aux services complémentaires demandés ou utilisés et leurs fournisseurs et les données permettant d'identifier le ou les destinataires de la communication.

³⁴⁵ Tabaka (B.), "Le décret sur la conservation des données de connexion enfin publié !", précité.

³⁴⁶ Commission nationale informatique et libertés, *Délibération n°2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.cnil.fr/index.php?id=1883>.

sécurité (C.N.C.I.S.). La seule obligation qui incombe à cette personnalité est d'établir un rapport d'activité annuel adressé à cette commission. En revanche, la C.N.C.I.S. pourra procéder à des contrôles à tout moment – mais *a posteriori* - et saisir le ministre de l'Intérieur d'une recommandation si elle venait à constater un manquement. Dans son avis rendu à propos de la loi relative à la lutte contre le terrorisme, la C.N.I.L.³⁴⁷ avait soulevé différents problèmes comme celui du contrôle de l'exploitation et du rapprochement des données et celui de l'information de la personne concernée par la mise en place d'un tel dispositif à son égard. L'absence du juge pose de réels problèmes de garanties de l'anonymat sur l'internet. En aucun cas un fournisseur de connexion ne peut saisir la personnalité qualifiée ou la C.N.C.I.S. d'une collecte en cours, de même que les utilisateurs de l'internet, à aucun moment informés d'une telle collecte, ne peuvent exercer de recours, que ce soit devant ces organes ou devant le juge. La C.N.I.L. elle-même ne s'est vue attribuer aucun pouvoir lié à la constitution éventuelle de base de traitement de données par les services de sécurité, en dépit des dispositions protectrices de la loi informatique et libertés de 1978³⁴⁸. Peut-on considérer que le ministre de l'Intérieur devienne le garant des libertés, et notamment de la liberté d'expression ?

Une réponse peut être trouvée dans la décision du Conseil constitutionnel rendue à propos de cette loi³⁴⁹. À l'origine, la loi de lutte contre le terrorisme ne visait pas seulement la prévention des actes de terrorisme, mais également leur répression. Les auteurs de la saisine du Conseil critiquaient l'objectif de répression des actes de terrorisme poursuivi par ce texte, alors qu'était écartée l'intervention du juge judiciaire. Le Conseil constitutionnel a considéré que les réquisitions de données étaient des mesures de police administrative, prises sous la seule responsabilité du pouvoir exécutif. Leur finalité était la préservation de l'ordre public et la prévention des infractions. Dans la mesure où elles n'étaient pas placées sous la direction ou la surveillance de l'autorité judiciaire, elles ne pouvaient avoir pour objet la répression des actes de terrorisme. D'ailleurs, le Conseil a rappelé que la poursuite de ce type d'infractions est déjà permis par le Code de procédure pénale dans le cadre d'opérations de police judiciaire. Puis, face à l'argument selon lequel ces dispositions porteraient une atteinte au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction, le Conseil rétorque qu'il est toujours possible de critiquer des mesures administratives devant le juge. Certes, par cette

³⁴⁷ Commission nationale informatique et libertés, *Délibération n°2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme*, précité.

³⁴⁸ Loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.*, 7 janvier 1978, p. 227.

³⁴⁹ Conseil constitutionnel, *Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *Recueil*, p. 31.

décision, le Conseil conforte la compétence des juridictions administratives, qui ne pourront refuser de juger ces mesures par l'utilisation d'une théorie telle celle des actes de gouvernement. Néanmoins, comment une personne concernée par ces mesures de collecte de données pourrait-elle s'en plaindre si elle n'en est pas informée ? La violation du droit à l'anonymat par les autorités de police et de gendarmerie ne pourrait être rétablie que par la possibilité pour les opérateurs auxquels incombe l'obligation de conservation des données de faire un recours judiciaire contre une demande de collecte. Les garanties des citoyens contre la violation de leur anonymat sont donc faibles.

Finalement, la possibilité offerte par les services de sécurité habilités à recueillir des données pouvant leur permettre éventuellement d'intercepter le contenu des communications ou de surveiller les comportements des utilisateurs, bien que sous le contrôle théorique du juge administratif, restreint considérablement le principe de l'effacement et de l'anonymisation des données, et donc la garantie de l'anonymat sur l'internet. Mais la restriction de ce principe est à son tour affaiblie par l'absence de sanctions à l'encontre des fournisseurs de connexion qui n'auraient pas conservé ces données ou qui refuseraient de déférer à une demande de collecte des autorités habilitées.

Conclusion du Chapitre I.

En France, le législateur a opté pour la mise en place d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques de l'internet pour la diffusion de contenus illicites. Cette irresponsabilité est soumise à la condition générale qu'ils se limitent à un rôle de simples prestataires techniques. Mais s'ils venaient à avoir connaissance de la présence d'un contenu illicite sur leurs serveurs, leur responsabilité ne pourrait être engagée que s'ils n'agissaient pas promptement pour le retirer ou en rendre l'accès impossible.

Ce régime pose de véritables problèmes en termes de liberté d'expression à bien des égards. Tout d'abord, la procédure de notification prévue par loi et créant une présomption de connaissance de l'illicéité d'un contenu pourrait encourager les intermédiaire techniques à pratiquer une autocensure par crainte d'un procès. Elle pourrait également conduire à une censure privée de l'expression initiée par des tiers qui instrumentaliserait cette crainte d'une répression. Un contrôle judiciaire du retrait des contenus rétablirait pourtant ces atteintes éventuelles à la liberté d'expression. Mais aucune disposition ne prévoit une telle procédure. Ensuite, les juges font peu de cas de l'argument selon lequel filtrer l'accès à un contenu revient la plupart du temps à filtrer l'accès à de nombreux autres qui ne seraient pas illicites. La liberté d'expression des émetteurs comme celle des récepteurs en souffrirait. Les émetteurs, situés généralement à l'étranger, ne pourraient que très difficilement demander le rétablissement de l'accès à leur site, et les récepteurs français se verraient privés d'expressions protégées par le principe de libre expression, de même que la possibilité d'accéder à des contenus licites qu'ils ignoreraient leur serait ôtée. La crainte face à l'accès en France à certains contenus qui y sont prohibés semble l'emporter sur la nécessaire protection de la liberté d'expression.

De leur côté, les obligations de conservation des données d'identification et de trafic sur l'internet posent la question de la limitation de la liberté d'expression par le renforcement de la valeur de la sécurité. Si l'obligation d'identification des utilisateurs de l'internet et de conservation de données les concernant est placée sous le contrôle du juge, il n'en va pas de même de l'obligation de conservation des données de trafic. En plus de l'imprécision quant aux données à conservées, dont certaines permettent d'obtenir des informations sur le contenu

des communications malgré l'interdiction posée par la loi, cette obligation restreint largement le droit à l'anonymat sur l'internet. Cette restriction est d'autant plus importante qu'elle se fait en l'absence de tout contrôle judiciaire. La valeur de la sécurité serait donc plus qu'une limitation de la liberté d'expression. Elle en constituerait une violation, de même qu'elle irait à l'encontre du principe de la démocratie.

Au final, on s'aperçoit qu'à bien des égards, le régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques mis en place par la loi pour la confiance dans l'économie numérique s'éloigne du droit commun malgré les affirmations contraires. L'étude plus détaillée du régime établi dévoile le fait que de nombreuses mesures sont en réalité dérogatoires du droit commun. Il en est ainsi par exemple en matière pénale où l'établissement d'une éventuelle complicité d'un intermédiaire se ferait sans qu'il soit besoin de démontrer l'existence d'un élément matériel. De même, le référé pour ordonner une mesure de filtrage des contenus institué ne correspond pas aux règles du référé de droit commun, comme le montre par exemple l'absence de référence au "trouble manifestement illicite". D'ailleurs, les juges ordonnaient déjà de telles mesures sur le fondement du droit commun avant l'entrée en vigueur de la loi pour la confiance dans l'économie numérique. Si le législateur considérait vraiment que le droit de l'internet devait être basé sur le droit commun, pourquoi légiférer ? L'analyse des discours successifs des pouvoirs publics à propos de l'internet montre une évolution en deux temps : d'abord limiter, puis rassurer. À ses débuts, l'internet a été assimilé à l'audiovisuel, ce qui démontrait la crainte qu'il inspirait au législateur. Le changement progressif de discours, confirmé en 2004, qui prône l'application du droit commun sur ce support peut s'expliquer de différentes façons. On peut y déceler une meilleure expertise technique de la part des pouvoirs publics, moins craintifs vis-à-vis de la technologie. Le développement de l'activité économique que génère ce médium est également une raison pour en encourager l'utilisation, raison que soutiennent vivement les institutions européennes. Plus généralement, il semble que le but des pouvoirs publics soit à présent de dissiper la crainte d'un vide juridique.

CHAPITRE II.

LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES AUX ÉTATS-UNIS

Si les premiers temps, le législateur et certains juges américains ont fait preuve de sévérité à l'égard des intermédiaires techniques, leur imposant une responsabilité de principe, les choses sont différentes à l'heure actuelle. L'évolution des solutions en matière de responsabilité des intermédiaires est très certainement due à la fois à l'augmentation de la maîtrise de cette technologie par tout un chacun, mais aussi aux analyses juridiques offertes par les différents acteurs juridiques, et notamment la Cour suprême.

Ainsi, en dépit des tentatives de responsabilisation des intermédiaires techniques par le Congrès américain et certaines juridictions, le principe est actuellement celui de l'irresponsabilité de ceux-ci, que ce soit dans le domaine civil comme dans le domaine pénal (Section I). Toutefois, cette irresponsabilité est-elle absolue, ou souffre-t-elle d'exceptions ? Nous verrons donc si des obligations ont tout de même été mises à leur charge (Section II.).

SECTION I.

UNE IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Le législateur est intervenu en 1996³⁵⁰ pour réglementer la pornographie sur l'internet et définir le statut des intermédiaires techniques. Leur statut est essentiel en termes de liberté d'expression. Les considérer comme responsables des contenus circulant sur leurs serveurs diminuerait considérablement la libre communication des idées. Nous avons vu que cette solution a été écartée par les juges sur le fondement du Premier amendement consacrant le principe de la liberté d'expression³⁵¹. Une autre option aurait été de leur imposer de surveiller les contenus ne serait-ce qu'aléatoirement, et de réagir promptement en cas d'interception ou de notification par un tiers de la présence de matériel répréhensible sur leurs serveurs, comme c'est en partie le cas en France. La limitation de la liberté d'expression serait alors moins importante que la loi votée en 1996 aux États-Unis. Ce n'est toutefois pas ce qui a été décidé par le Congrès qui a posé le principe de l'immunité des intermédiaires techniques pour les contenus conçus par des tiers (§1.). Mais la disposition du C.D.A. établissant cette immunité pose des difficultés d'interprétation. Des solutions différentes et contradictoires ont été apportées par les juges (§2.).

³⁵⁰ Le *Telecommunications Act* a alors été réformé par le *Communications Decency Act*, précités.

³⁵¹ Cour suprême, *Reno v. ACLU*, précité.

§1. L'immunité des intermédiaires techniques posée par le *Communications Decency Act*

En 1995, le sénateur américain Exon a déposé une proposition de loi visant à amender le *Telecommunications Act* dans le but de réglementer l'exposition des mineurs aux contenus indécentes par tout moyen de communication, dont l'internet. Cette proposition est devenue le *Communications Decency Act*, voté en 1996³⁵². La Section 230 de cette loi vise à protéger le contrôle et le blocage des expressions choquantes par les intermédiaires techniques - *protection for private blocking and screening of offensive material*. Plus précisément, la Section 230 (c.) protège le blocage et le filtrage des expressions choquantes par le "bon samaritain" - *protection for 'good samaritan' blocking and screening of offensive material*. En d'autres termes, ces dispositions ont vocation à défendre les intermédiaires techniques contre les actions en responsabilité qui pourraient être diligentées à leur encontre lorsqu'ils mettent en place une surveillance et un blocage des contenus choquants. Ce "bon samaritain" ne peut dès lors être responsable pour avoir, de manière volontaire et de bonne foi, restreint l'accès ou la disponibilité d'expressions pouvant être considérées comme obscènes, lubriques, impliquant la débauche, sales, excessivement violentes, harcelantes, généralement choquantes, qu'elles soient ou non protégées constitutionnellement³⁵³. L'immunité s'applique également à l'intermédiaire qui utiliserait des moyens techniques pour restreindre l'accès aux expressions précitées, ou qui aurait mis ces moyens à la disposition des créateurs de contenus.

La Section 230 (c.) comporte une autre disposition essentielle pour le statut des intermédiaires techniques aux États-Unis. Il est dit qu'aucun intermédiaire ni aucun utilisateur ne pourra être considéré comme l'éditeur de contenus provenant d'un tiers. Le sénateur Exon³⁵⁴ à l'origine de ces dispositions a explicitement justifié cette nouvelle règle comme une censure de la décision *Stratton v. Prodigy*³⁵⁵ rendue par la Cour suprême de l'État de New York en 1995. Les juges avaient alors considéré qu'un intermédiaire technique devait être tenu pour responsable en tant qu'éditeur de propos diffamatoires émis par un tiers et diffusés sur un de ses forums de discussion. Ils avaient justifié leur décision par deux arguments. Le premier était que l'utilisation d'un logiciel de filtrage des contenus, en plus d'un contrôle manuel, permettait à

³⁵² Précité. Le C.D.A. a déjà fait l'objet de développements spécifiques, notamment sa section 223. Voir supra Partie I, Titre II, Chapitre I et supra, Titre I, Chapitre II.

³⁵³ La richesse du vocabulaire anglais nous pousse à des imprécisions, voire à des redondances dans notre traduction, à moins que celles-ci ne proviennent du texte lui-même.

³⁵⁴ Voir les justifications à la loi données par le sénateur Exon, S. Conf. Rep. n° 104-230, p. 245 (1996).

³⁵⁵ *Stratton Oakmont v. Prodigy*, N. Y. Misc. Lexis 229 (1995). Voir supra, Titre I, Chapitre II.

l'intermédiaire d'attirer une clientèle orientée sur les valeurs de la famille et d'en tirer profit. Le second argument était axiologique en ce que cette méthode de contrôle des contenus était une forme de censure privée ayant forcément un effet inhibiteur sur la liberté d'expression -ou *chilling effect*. Les juges ajoutaient à cela leur certitude que cette décision n'allait pas conduire les intermédiaires techniques à renoncer à tout contrôle des contenus dans la mesure où il existait une réelle demande sur le marché pour un accès "épuré" à l'internet. Il s'agissait ici de l'application de la théorie du risque aux termes de laquelle on doit assumer les risques de responsabilité liés à une activité dont on tire profit.

Qui sont précisément les bénéficiaires de cette immunité ? Dans la Section 230 du C.D.A., le Congrès traite des fournisseurs ou utilisateurs des services informatiques interactifs³⁵⁶. Ces services sont définis comme "tout service d'information qui fournit un accès informatique à de multiples utilisateurs via un modem à un serveur distant, incluant spécifiquement un service d'accès à l'internet"³⁵⁷. En d'autres termes, il s'agit des fournisseurs d'accès à l'internet. Ils sont immunisés contre toute action en responsabilité visant à les considérer comme les éditeurs de contenus émanant d'un "fournisseur d'information". Le C.D.A. définit ces derniers comme "les responsables pour tout ou partie de la création ou du développement d'une information disponible sur l'internet, de même que ceux qui créent ou développent des logiciels de blocage et de surveillance des contenus ou de toute autre technique permettant le contrôle des utilisateurs sur les contenus choquants"³⁵⁸. Les fournisseurs d'information sont donc ceux qui mettent des contenus à la disposition du public par l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès. Ils sont les auteurs des contenus et ne sont pas couverts par l'immunité législative.

Dans le texte même du C.D.A.³⁵⁹, le Congrès a justifié la loi au travers de trois arguments principaux. Il est tout d'abord question du progrès que permettrait l'internet. Afin de promouvoir son développement continu, il s'agit de rester dans le cadre d'une régulation étatique minimale. Le Congrès interdit ainsi aux États de mettre en place dans leurs réglementations des contraintes qui entraveraient ce développement technologique. L'objectif

³⁵⁶ "Interactive computer services", Section 230 (c.), précité.

³⁵⁷ "The term 'interactive computer service' means any information service that provides computer access to multiple users via modem to a remote computer server, including specifically a service that provides access to the Internet", Section 230 (f.)(2.), précité.

³⁵⁸ "The term 'information content provider means any person or entity that is responsible, in whole or in part, for the creation or development of information provided by the Internet or any other computer service, including any person or entity that creates or develops blocking or screening software or other techniques to permit user control over offensive material", Section 230 (f.) (3.), précité.

³⁵⁹ Section 230 (a.) et (b.), précité.

serait ainsi de préserver le marché libre, vibrant et compétitif, qui existerait depuis le début de l'internet. Le deuxième argument qu'expose le Congrès est axiologique. L'internet serait un forum pour l'expression politique et offrirait des opportunités uniques de développement culturel et de l'activité intellectuelle. Politique, éducation, culture et divertissement formeraient le contenu expressif disponible sur l'internet. Enfin, le dernier argument avancé par le Congrès est la nécessité d'encourager le développement des technologies qui accroissent le contrôle des contenus par les utilisateurs, qu'ils soient des individus, des familles ou des écoles. Pour ce faire, le Congrès considère qu'il faut lutter contre les mesures tendant à décourager l'utilisation des technologies de filtrage et de blocage des contenus. Les parents doivent être en mesure de restreindre l'accès à leurs enfants à des expressions choquantes ou non appropriées. En d'autres termes, le Congrès estime d'une part que le développement de l'internet passe par un marché soumis à une concurrence stimulante, libre de toute réglementation, et d'autre part, que le contrôle et la sélection des contenus doivent être effectués par l'utilisateur lui-même - *user control*³⁶⁰. C'est donc sur la valeur de l'autonomie des récepteurs que le Congrès envisage le rôle des intermédiaires techniques dans la libre expression des idées sur l'internet. L'internet se serait développé avec un minimum de régulation étatique, nous dit le Congrès, ceci ne doit pas changer.

Depuis son entrée en vigueur, cette disposition a été à de nombreuses reprises appliquée par les tribunaux. Toutefois, les juges ne sont pas d'accord sur l'interprétation à lui donner, même si l'une d'entre elle domine largement dans les prétoires.

§2. Les interprétations judiciaires de l'immunité législative des intermédiaires techniques

Le *Communications Decency Act* offre une large immunité aux intermédiaires techniques de l'internet ainsi qu'aux utilisateurs lorsque les contenus contestés sont émis par un tiers. Selon les termes de la loi, ils ne peuvent être qualifiés d'éditeur de ces contenus. Mais l'interprétation de ces dispositions fait l'objet d'une controverse qui ne semble pas s'apaiser avec le temps. La plupart des tribunaux interprètent la Section 230 du C.D.A. comme une

³⁶⁰ Sur ce point, voir Bernam (J.) et Weitzner (D.J.), "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", *Yale Law Journal*, vol. 104, n° 7, 1995, pp. 1618-1638.

immunité absolue offerte aux intermédiaires techniques et aux utilisateurs en cas de diffusion de propos émis par un tiers (A.). Cependant, quelques tribunaux résistent à cette interprétation et aimeraient voir imposer une lecture différente de la Section 230 afin de faire admettre que les termes de la loi laissent subsister une forme de responsabilité à l'encontre des intermédiaires (B.).

A. L'irresponsabilité absolue des intermédiaires techniques

Dans leur grande majorité, les tribunaux américains interprètent la Section 230 du C.D.A. comme offrant une immunité totale aux intermédiaires techniques pour la diffusion de contenus répréhensibles (1.). Leur interprétation des dispositions législatives s'étend aux bénéficiaires de l'immunité. Au fur et à mesure que de nouvelles affaires sont portées devant eux, les juges sont confrontés à de nouvelles questions comme celle de savoir à qui est destinée l'immunité de la Section 230 (2.).

1. Les interprétations judiciaires de l'immunité de la Section 230 du C.D.A.

La première décision à interpréter les dispositions de la Section 230 du C.D.A. a été rendue par la *District Court* de Virginie en 1997, *Zeran v. AOL*³⁶¹. En l'espèce, M. Zeran avait été victime d'une campagne calomnieuse vantant l'attentat d'Oklahoma de 1995 menée par un inconnu ayant usurpé son nom et postant des messages dans un forum de discussion situé sur le site d'un intermédiaire technique, A.O.L. L'usurpateur ayant fourni les coordonnées de M. Zeran sur le forum, celui-ci fut harcelé par téléphone durant des mois. À plusieurs reprises, il avait prévenu A.O.L. de la présence de ces messages. L'intermédiaire les a retirés, mais la plupart sont réapparus pendant que d'autres encore étaient postés. M. Zeran a donc décidé d'engager la responsabilité d'A.O.L. en tant que distributeur des contenus litigieux. À l'appui de sa demande, il s'est basé sur la décision *Cubby v. Compuserve*³⁶² qui avait jugé qu'un intermédiaire devait être considéré comme le distributeur des contenus. De son côté, A.O.L. a demandé à être déclaré irresponsable conformément à la Section 230 du C.D.A. Les juges devaient donc décider de l'interprétation à donner à ces dispositions législatives.

³⁶¹ *Zeran v. AOL*, 129 F.3d. 327 (4th Cir. 1997).

³⁶² *Cubby v. Compuserve*, 776 F. Supp. 135 (1991). Voir supra, Titre I, Chapitre II.

Les juges ont décidé de recourir à une interprétation littérale des termes de la loi qui créait selon eux une immunité absolue des intermédiaires technique d'une manière qui leur paraissait "claire", "évidente", "explicite". Le but de la loi serait aisé à discerner. Le choix de cette méthode d'interprétation se situait ainsi dans une démarche fonctionnelle dans laquelle les juges avançaient différents arguments téléologiques, concernant l'esprit de la loi. Ils rappelaient le souhait du Congrès d'éviter les intrusions du législateur dans l'expression sur l'internet à partir du constat des parlementaires selon lequel ce médium aurait jusqu'alors évolué avec un minimum de réglementation dans le cadre d'un marché libre, vibrant et compétitif. L'autorégulation devait être favorisée. Les juges ajoutaient que la loi se donnait pour objectif supplémentaire de préserver l'internet en tant que forum pour l'activité expressive.

Ainsi, la Section 230 du C.D.A. créerait une immunité fédérale contre toute action tendant à rendre responsable un intermédiaire technique des informations provenant d'un tiers. La loi interdirait aux juges de le qualifier d'éditeur de ces informations. Un intermédiaire ne pourrait être condamné pour avoir exercé des fonctions éditoriales. Ceci irait à l'encontre de l'esprit de la loi en ce que cela constituerait une intrusion des pouvoirs publics dans la réglementation de l'expression sur l'internet.

À l'appui de cet argument, les juges ont décrit ce qui adviendrait *a fortiori* si les intermédiaires étaient qualifiés d'éditeurs. La première conséquence serait une limitation de la liberté d'expression par l'autocensure qu'ils pratiqueraient inévitablement. Face au nombre très important de contenus circulant sur l'internet, ils choisiraient de restreindre la mise à la disposition au public à ceux qu'ils auraient pu contrôler. Or, ce "*chilling effect*" sur l'expression serait justement ce que le Congrès voulait éviter. Une autre conséquence de l'application aux intermédiaires de la responsabilité éditoriale serait de les décourager de pratiquer l'autorégulation que souhaite le Congrès. Redoutant une mise en cause de leur responsabilité, les intermédiaires se garderaient de surveiller et bloquer les contenus choquants.

Les juges ont ensuite répondu à la question de savoir ce qu'il fallait entendre par la notion d'"éditeur" de contenus telle qu'employée dans le C.D.A. En effet, selon M. Zeran, A.O.L. devait être considéré comme le distributeur des messages lui portant préjudice de sorte que

l'immunité de la Section 230 ne lui était pas applicable. A.O.L. devait être déclaré responsable dans la mesure où il était instruit de la présence de ces messages sur ses serveurs, et ce conformément au droit de la diffamation tiré de la *Common Law*. Un éditeur doit-il être défini au sens strict, comme celui qui exerce une action sur les contenus (les surveiller, les modifier ou les retirer) ou doit-on élargir cette définition à ceux qui se contentent de les distribuer ? En d'autres termes, doit-on interpréter cette notion comme se limitant aux éditeurs traditionnels ou devrait-on y inclure les distributeurs ? Pour les juges, c'est le processus de publication qui permet de résoudre ce problème, et non le rôle spécifique joué lors de ce processus. Le droit américain de la diffamation distingue entre l'éditeur et le distributeur afin d'établir leur degré respectif de responsabilité. Cependant, cette distinction s'opère dans un cadre plus large, celui de la responsabilité en cas de publication d'une information litigieuse. Et ce serait justement l'ensemble de ce cadre que le Congrès aurait remis en cause dans sa Section 230 en disposant que les intermédiaires techniques ne doivent pas être considérés comme les éditeurs des contenus provenant de tiers. L'ensemble du système de la responsabilité éditoriale leur serait inapplicable, qu'ils soient éditeurs ou distributeurs de l'information.

Les juges ont justifié cette interprétation en évaluant les conséquences de l'application de la responsabilité du distributeur aux intermédiaires techniques compte-tenu des objectifs du C.D.A. Elle irait à leur encontre, le but du Congrès étant de ne pas restreindre la vigueur de la liberté d'expression sur l'internet et d'encourager l'autorégulation, et ce, à quatre titres. Tout d'abord, une menace permanente pèserait sur les intermédiaires s'ils étaient qualifiés de distributeurs. Ils risqueraient d'être mis en cause à chaque notification de la part d'un tiers de la présence d'un contenu répréhensible sur leurs serveurs. En effet, pour chaque notification reçue, ils devraient diligenter une enquête, procéder à un jugement légal sur le caractère diffamatoire du contenu et prendre une décision éditoriale sur le fait de le maintenir ou non en ligne. Ce type de processus, possible pour un éditeur traditionnel, ne saurait l'être pour un intermédiaire, des milliers de contenus transitant sur ses serveurs. Ensuite, les intermédiaires se verraient responsables de la présence de contenus répréhensibles, mais non de leur retrait. Ils auraient donc naturellement tendance à retirer chaque contenu qui leur serait notifié, plutôt que de risquer un procès. Cette autocensure serait préjudiciable à la liberté d'expression. De plus, l'application de la responsabilité du distributeur n'encouragerait pas à la pratique de l'autorégulation par les intermédiaires. Leurs efforts de surveillance des contenus ne pourraient aboutir qu'à un surcroît de notifications, et donc à une hausse de la menace de condamnation. Enfin, les tiers se verraient investis de la possibilité d'entamer des actions en

justice sans frais. Après une notification infructueuse, ils pourraient facilement attaquer l'inaction de l'intermédiaire devant les tribunaux. Or, comme le nombre de notifications serait plus élevé dans un tel système, les intermédiaires auraient du mal à les satisfaire toutes et à exercer correctement leur contrôle éditorial. Ils se verraient sous la menace d'une condamnation à chaque notification reçue.

Cette interprétation du C.D.A. a depuis été suivie dans la grande majorité des affaires de diffamation sur l'internet, les juges allant jusqu'à citer extensivement de grandes parties de cette décision. Ainsi, une *District Court* a rappelé que l'immunité de la Section 230 s'appliquait si l'autorégulation pratiquée par l'intermédiaire échouait, et même si elle n'avait pas été mise en œuvre³⁶³. Il en est de même lorsque l'intermédiaire, ayant reçu notification de la présence d'éléments diffamatoires, rectifie des cotes boursières publiées sur son service d'information boursière dont les chiffres sont fournis par des entreprises extérieures³⁶⁴. La même solution a été donnée dans une affaire où il n'était pas question de diffamation mais de pédophilie³⁶⁵. Un homme s'était fait passer pour un adolescent sur un forum privé de discussion – ou *chat room* - et avait appâté un mineur dans le but de filmer et photographier leurs ébats sexuels. Il les avait ensuite commercialisés sur le site d'un intermédiaire technique. Malgré le caractère choquant de cette affaire, les juges ont confirmé le fait qu'en l'espèce, l'intermédiaire bénéficiait bien de l'immunité posée par le C.D.A.

Enfin, plus récemment, c'est dans une autre affaire de diffamation que l'immunité a trouvé à s'appliquer³⁶⁶. Des médecins gérant des sites d'information sur les fraudes relatives à la santé ont attaqué un particulier gérant lui-même un groupe de discussion sur l'internet au motif qu'il y avait republié des propos diffamatoires à leur encontre, émis précédemment par un tiers. Cette fois encore, les juges ont déclaré que la personne qui avait republié les propos diffamatoires ne pouvait en être tenue pour responsable au titre du C.D.A. Cependant, cette décision est intéressante à deux titres : tout d'abord, les juges ont appliqué l'immunité législative à un particulier et non plus à un intermédiaire technique professionnel³⁶⁷ ; ensuite,

³⁶³ *Blumenthal v. Drudge and America Online*, 992 F. Supp. 44 (D.D.C. 1998), disponible à l'adresse suivante : <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/blumenthal.html>.

³⁶⁴ *Ben Ezra, Weinstein, & Co. Inc. v. America Online*, 206 F.3d 980 (10th Cir., 2000), disponible à l'adresse suivante : <http://legal.web.aol.com/decisions/dldefam/bnez.html>.

³⁶⁵ *Doe v. America Online*, 783 So.2d 1010 (Fla. 2001), disponible à l'adresse suivante : http://www.loundy.com/CASES/Doe_v_AOL.html.

³⁶⁶ *Barrett v. Rosenthal*, 40 Cal.4th 33, 146 P.3d 510, 51 Cal.Rptr.3d 55 (Cal. Sup. Ct., Nov. 20, 2006), anciennement disponible à l'adresse suivante : <http://www.courtinfo.ca.gov/opinions/documents/S122953.PDF>.

³⁶⁷ Ce point sera abordé dans les prochains développements.

la Cour est venue ici censurer le tribunal inférieur qui avait décidé de retenir la responsabilité du distributeur à l'encontre du particulier ayant republié les propos contestés. La Cour a justifié sa censure en rappelant les principaux arguments fournis lors de la décision *Zeran v. AOL*³⁶⁸. Cette affaire a été la première occasion pour un tribunal de se pencher sur la question de l'application à un simple particulier de l'immunité posée à la Section 230 du C.D.A.

2. Les interprétations judiciaires relatives aux bénéficiaires de l'immunité de la Section 230 du C.D.A.

La Section 230 du C.D.A. définit les bénéficiaires de l'immunité posée. Comme nous l'avons vu plus haut, il s'agit des fournisseurs et utilisateurs des services informatiques interactifs. En fait, la loi vise essentiellement les intermédiaires techniques dont l'activité est de fournir un accès à l'internet. Toutefois, dans la plupart des espèces, les juges ont dû déterminer si celui qui avait reproduit des contenus illicites pouvait être qualifié de "fournisseur" ou d'"utilisateur des services informatiques interactifs" et bénéficier ainsi de l'immunité. Les bénéficiaires sont-ils uniquement les professionnels devant faire face à de milliers de contenus sur leurs serveurs, ou doit-on y inclure les non-professionnels et les simples individus ? Parmi les premiers, faut-il prendre en compte les seuls fournisseurs d'accès ou également ceux qui gèrent des services spécifiques permettant de mettre des contenus à la disposition du public comme les listes de diffusion ou encore les *chat rooms*³⁶⁹ ?

Les tribunaux retiennent généralement l'interprétation selon laquelle les " fournisseurs et utilisateurs des services informatiques interactifs" sont tous les services d'information du moment qu'ils permettent à de multiples utilisateurs d'accéder à un serveur informatique³⁷⁰. De cette façon, les fournisseurs d'accès professionnels ne seraient qu'un ensemble de cette catégorie. Une unicité d'interprétation semble se dessiner dans ce sens, les juridictions supérieures censurant les décisions qui restreignent cette définition. Sont donc concernés par

³⁶⁸ Précitée.

³⁶⁹ Les listes de diffusion peuvent être "ouvertes" ou "fermées", c'est-à-dire accessibles par tous ou par l'intermédiaire d'un mot de passe. Les *chat rooms* sont des services qui permettent aux utilisateurs de communiquer en temps réel.

³⁷⁰ Voir la décision *Batzel v. Smith*, 333 F.3d 1018 (9th Cir. 2003) disponible à l'adresse suivante : <http://www.casp.net/batzel-2.html>.

l'immunité de la Section 230 du C.D.A. un site de vente aux enchères en ligne³⁷¹, une librairie en ligne³⁷², un service de publication de cotes boursières géré par un fournisseur d'accès³⁷³, ou encore un groupe de discussion³⁷⁴.

Mais qu'en est-il lorsque celui qui fournit des contenus en ligne n'est pas un professionnel mais un simple particulier ? L'argument avancé par la plupart des tribunaux au soutien de l'immunité et selon lequel l'impossibilité de surveiller des milliers de contenus conduirait à un effet inhibiteur sur la liberté d'expression peut-il être justifié lorsque c'est un particulier qui décide de reproduire en ligne des propos répréhensibles ? La réponse a récemment été apportée par la Cour suprême de Californie dans sa décision *Barrett v. Rosenthal*³⁷⁵. Dans cette affaire, c'est un particulier qui avait reproduit volontairement dans un groupe de discussion qu'il gérait des propos diffamatoires reçus par un tiers. En dépit de la décision contraire rendue par la juridiction inférieure, la Cour a reconnu que l'immunité s'appliquait aussi aux particuliers. Ses arguments étaient les suivants. Tout d'abord, elle a estimé que cette solution découlait d'une interprétation de l'usage courant des termes employés par la loi. Ainsi, elle a affirmé que même si le C.D.A. ne définissait pas ce qu'il fallait entendre par "utilisateur" d'un service informatique interactif, le langage employé serait sans ambiguïté, la Section 230 traitant explicitement de leur immunité. S'ajoutait à cela un argument téléologique, consistant à s'attacher au but assigné à la loi. Les juges ont rappelé que le C.D.A. s'était donné pour vocation d'encourager l'autorégulation sur l'internet et de ne pas faire peser de menace de responsabilité sur les fournisseurs d'accès, notion considérée *largo sensu*. Enfin, les juges ont avancé un argument téléologico-évaluatif en affirmant que le Congrès avait voulu mettre en avant la diversité du discours politique, la poursuite d'opportunités de développement culturel et l'exploration de myriades de voies pour l'activité intellectuelle. Or, ce serait les utilisateurs qui produiraient ces objectifs. Ne pas leur appliquer l'immunité posée à la Section 230 du C.D.A. contredirait les objectifs du Congrès et conduirait à une diminution de la liberté d'expression. De plus, rien dans le texte du C.D.A. ne permettrait d'affirmer que le Congrès ait eu l'intention que les choses en aillent différemment.

³⁷¹ *Gentry v. eBay, Inc.*, 99 Cal.App. 4th 816 (2002), disponible à l'adresse suivante : <http://www.casp.net/Gentry%20v.%20Ebay.html>.

³⁷² *Schneider v. Amazon.com*, 31 P.3d 37, 40-41 (Wash Ct.App.2001), disponible à l'adresse suivante : http://caselaw.lp.findlaw.com/scripts/getcase.pl?court=wa&vol=2001_app/46791-3&invol=3.

³⁷³ *Ben Ezra*, précitée.

³⁷⁴ *Barrett v. Clark*, 2001 WL 881259 (Cal.Sup.Ct.2001), disponible à l'adresse suivante :

<http://www.casp.net/barrett.html>.

³⁷⁵ Précitée, voir supra.

Par ailleurs, la Cour a dû répondre à l'argument du demandeur selon lequel il était nécessaire de distinguer parmi les utilisateurs entre ceux qui auraient un rôle actif dans le processus de publication, c'est-à-dire qui surveilleraient et retireraient les informations, et ceux qui se contenteraient d'exercer un rôle passif, se limitant à les recevoir. De cette façon, les individus qui publieraient ou republieraient des informations ne seraient pas immunisés contre une action en responsabilité. Le demandeur basait son argument sur l'opinion dissidente de la décision *Batzel v. Smith*³⁷⁶, dans laquelle un juge dissident proposait de s'attacher à l'action de celui qui republie des propos diffamatoires et non à l'intention de leur auteur originel. Ainsi, une personne qui sélectionnerait activement les informations dans le but de les republier serait en mesure de détecter des propos diffamatoires et ne devrait pas être immunisé contre toute responsabilité. Une republication de propos, selon ce juge dissident, créerait un plus grand dommage lorsqu'ils sont diffamatoires. Cependant, la Cour suprême de Californie a réfuté la pertinence de cette distinction arguant qu'elle ne s'appuyait sur aucune logique. De plus, toute republication entraînerait dans un sens une transformation de l'information, et donc, constituerait une nouvelle publication. Son auteur se comporterait comme un éditeur et serait ainsi couvert par l'immunité de la Section 230 du C.D.A.

Enfin, récemment, la question s'est posée de savoir si un employeur, fournissant un accès à l'internet à ses employés, pouvait être considéré comme un intermédiaire technique, et partant, bénéficiaire de l'immunité du C.D.A.³⁷⁷ En l'espèce, un employé avait, de son lieu de travail, envoyé des menaces contre deux personnes par courrier électronique et par la publication de messages dans une liste de diffusion. Les victimes étaient allées contre l'employeur afin de le faire déclarer responsable du dommage qu'elles avaient subi. La *District Court* a rejeté leur demande au motif que l'employeur devait ici être considéré comme un fournisseur d'accès à l'internet, et à ce titre, il ne pouvait être qualifié d'éditeur des courriers et messages provenant d'un de ses employés. Le tribunal a donc étendu l'immunité de la Section 230 du C.D.A. aux entreprises. Les victimes ont fait appel devant la Cour suprême de Californie, mais selon un commentateur³⁷⁸, il y a peu de chances que la Cour accepte de considérer ce recours³⁷⁹.

³⁷⁶ Précitée.

³⁷⁷ *Delfino v. Agilent Technologies*, Cal. 6th Dist. (2006).

³⁷⁸ Fayle (K.), "Plaintiffs Appeal Holding that Employers Have Immunity from Suit Under Section 230 of the Communications Decency Act", *FindLaw Legal Technology Center*, janvier 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://technology.findlaw.com/articles/00006/010622.html>.

³⁷⁹ D'après ce commentateur, la Cour suprême de Californie n'accepterait pas de considérer l'appel dans la mesure où elle venait de rendre une importante décision à propos de l'immunité de la section 230, *Barrett v. Rosenthal*, précitée.

Ainsi, c'est en partie la volonté de ne pas limiter la liberté d'expression sur l'internet qui pousse les juges américains à refuser de considérer les fournisseurs d'accès comme responsables potentiels pour la diffusion sur l'internet de contenus répréhensibles, qu'ils soient des professionnels ou de simples particuliers. Toutefois, cette interprétation des dispositions du C.D.A. a été largement critiquée par la doctrine et certains juges. Une série d'arguments a été développée pour voir consacrer la responsabilité des intermédiaires dans des cas précis.

B. Les tentatives de responsabilisation des intermédiaires techniques

Malgré le ralliement de la plupart des tribunaux à l'interprétation de la Section 230 du C.D.A. élaborée par la décision *Zeran v. A.O.L.*, des juges résistent, appuyés par une partie de la doctrine, en tentant de revenir sur cette immunité absolue accordée aux intermédiaires techniques et aux utilisateurs pour les contenus provenant de tiers. De très nombreux arguments sont avancés, que l'on peut regrouper en deux catégories : ceux qui critiquent l'immunité et ses conséquences sur la liberté d'expression sur l'internet, et ceux qui proposent une interprétation différente de la Section 230 du C.D.A.

L'interprétation proposée par la décision *Zeran*³⁸⁰, et suivie par la plupart des tribunaux, et surtout ceux situés au niveau fédéral, est perçue par les commentateurs et juges dissidents comme mauvaise³⁸¹, non nécessaire³⁸², voire inacceptable et choquante³⁸³. Cette mésinterprétation du C.D.A. ne serait pas un choix judiciaire responsable. Elle aurait élargi de manière excessive le champ d'application de l'immunité pour des contenus provenant de tiers, ce qui ne remplirait pas les buts assignés par le Congrès et irait même à leur rencontre. Alors que le législateur voulait encourager l'autorégulation, l'immunité absolue posée par la décision *Zeran* produirait l'effet inverse en décourageant une telle pratique. Les intermédiaires ne se verraient soumis à aucune obligation légale de surveiller les contenus en amont, ni même de les retirer après notification. En revanche, la diffusion de propos malicieux ou choquants ne serait pas restreinte. L'immunité reviendrait dès lors à protéger les personnes malhonnêtes et

³⁸⁰ Précitée.

³⁸¹ Blumstein (S.), "The New Immunity in Cyberspace: The Expanded Reach of the Communications Decency Act to the Libelous 'Re-Poster'", *Boston University Journal of Science and Technology Law*, summer 2003, pp. 407-432.

³⁸² Voir l'opinion rendue par la Cour d'appel dans l'affaire *Barrett v. Rosenthal*, décrite dans la décision de la Cour suprême de Floride, précitée.

³⁸³ Voir l'opinion dissidente rendue par le juge Lewis dans la décision *Doe v. America Online*, précitée.

les auteurs de libelles. Il leur suffirait de sélectionner des contenus diffamatoires, de les republier et d'arguer ensuite de l'immunité dont ils bénéficieraient aux termes de cette interprétation. Une immunité absolue irait aussi à l'encontre du but du Congrès de préserver un marché vibrant et compétitif. Ces propos n'appartiennent pas toujours au marché libre des idées, valeur essentielle de la liberté d'expression sur l'internet, et ce encore moins lorsqu'il s'agit de contenus qui ne sont pas même protégés comme la pornographie infantine³⁸⁴.

L'extension de l'immunité législative à tous les contenus est également critiquée. La Section 230 appartient en effet au *Communications Decency Act*, qui traite de décence sur l'internet. Les commentateurs et juges dissidents rejettent l'idée que le Congrès ait voulu établir une immunité pour d'autres contenus que l'indécence. La diffamation ne devrait donc pas être l'objet de l'irresponsabilité posée par la loi.

Enfin, les commentateurs et juges dissidents refusent l'interprétation selon laquelle les individus bénéficieraient de cette immunité³⁸⁵. En effet, ceux-ci ne font pas face à des milliers de contenus transitant sur leurs serveurs. L'immunité visait à ne pas pousser à l'autocensure des intermédiaires qui auraient de grandes difficultés à surveiller l'ensemble des contenus diffusés sur leurs serveurs. Lorsqu'un individu décide de republier des propos diffamatoires, il le fait *a priori* en connaissance de cause. Il sélectionne ces propos, les modifie parfois, de sorte que sa republication est en fait une nouvelle publication. Or, aucune immunité n'est accordée à celui qui est à l'origine de la diffamation.

Pour la plupart, les commentateurs et juges dissidents proposent une lecture différente de la Section 230 du C.D.A. En effet, la définition *largo sensu* donnée dans la décision *Zeran* de la notion d'éditeur reviendrait à abolir pour l'internet la distinction établie par la *Common Law* entre les éditeurs et les distributeurs de l'information. Les commentateurs et juges dissidents reconnaissent que le C.D.A. interdit de qualifier les intermédiaires techniques d'éditeurs de

³⁸⁴ L'opinion dissidente rendue par le juge Lewis dans la décision *Doe v. America Online* est d'autant plus forte qu'il ne s'agissait pas d'un simple cas de diffamation, comme dans la plupart des affaires portées devant les juges sur le fondement de la section 230 du C.D.A., mais d'une affaire de pornographie infantine dans laquelle l'intermédiaire technique, malgré les notifications reçues de la présence de ces contenus sur ses serveurs, n'a rien fait pour les retirer. Malgré le caractère choquant des contenus diffusés, la majorité l'a déclaré irresponsable. Voir également Butler (C.), "Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers", précité.

³⁸⁵ Voir Blumstein (S.), précité, Kaplan (C.S.), "How is Libel Different in Cyberspace?", *The New York Times*, 9 août 2001, la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Barrett v. Rosenthal* relatée dans la décision de la Cour suprême de Floride, précité et l'opinion dissidente du juge Gould dans la décision *Batzel v. Smith*, précitée.

propos émis par des tiers. Cependant, il n'aurait jamais été envisagé d'écarter la qualification de distributeur à un intermédiaire qui se contenterait de diffuser des contenus sur l'internet. Par cette interprétation de l'immunité donnée par la décision *Zeran*, même s'il venait à savoir la présence d'un contenu répréhensible sur ses serveurs, il ne serait pas responsable s'il n'agissait pas pour le retirer. D'ailleurs, le C.D.A. ne mentionne pas les distributeurs, ne faisant référence qu'aux éditeurs. Si le législateur avait voulu que l'immunité soit à ce point absolue, et donc revenir sur la distinction traditionnelle, il l'aurait précisé³⁸⁶. Rien dans la motivation du C.D.A. ni dans son histoire législative ne permet d'affirmer que le Congrès ait voulu aller aussi loin. Le langage du C.D.A. sur ce point serait même précis³⁸⁷. Une immunité absolue serait tout simplement inconcevable. Le but du Congrès n'aurait pu être de consacrer une liberté d'expression sans entrave. Du moment qu'un intermédiaire technique diffuse un contenu répréhensible en connaissance de cause, rien ne justifierait qu'il bénéficie d'une immunité.

Face à cette situation qualifiée d'anarchique, de similaire à l'"Old West"³⁸⁸, des solutions sont proposées. Tous les commentateurs et juges dissidents s'accordent à dire que le Congrès devrait légiférer pour revenir sur cette interprétation extensive de l'immunité du C.D.A. par la jurisprudence. Deux voies principales ont été explorées par la doctrine. La première serait de revenir sur le principe d'anonymat des utilisateurs de l'internet³⁸⁹. La loi pourrait intervenir pour restreindre l'anonymat des utilisateurs de façon à les rendre aisément identifiables par les victimes qui n'auraient ainsi pas à diriger leur action contre l'intermédiaire technique. Toutefois, ce principe d'anonymat est tellement ancré dans la tradition juridique américaine qu'il semble peu probable que le législateur intervienne dans cette direction³⁹⁰.

Une seconde piste serait de rétablir la distinction entre éditeurs et distributeurs, et de ne consacrer l'immunité que pour les premiers³⁹¹. La responsabilité du distributeur se ferait alors sur notification selon une procédure restant à déterminer et qui pourrait prendre la même

³⁸⁶ Voir Blumstein (S.), précité, l'opinion dissidente du juge Lewis dans la décision *Doe v. America Online*, précitée et la décision de la Cour d'appel dans l'affaire *Barrett v. Rosenthal* relatée dans la décision de la Cour suprême de Floride, précitée.

³⁸⁷ Voir l'opinion dissidente rendue par le juge Lewis dans la décision *Doe v. America Online*, précitée.

³⁸⁸ Voir l'opinion dissidente du juge Gould dans la décision *Batzel v. Smith*, précitée.

³⁸⁹ Butler (C.), précité, pp. 261-262.

³⁹⁰ Notons que pourtant, dans deux cas de figure, la loi a restreint l'anonymat sur l'internet : celui des droits d'auteur et celui de la lutte contre le terrorisme. Nous reviendrons plus loin sur ce dernier cas.

³⁹¹ Tous les commentateurs et juges dissidents souhaitent que soit rétablie la responsabilité du distributeur pour les intermédiaires techniques.

forme que celle établie par le *Digital Millenium Act de 1998*³⁹² sanctionnant les violations des droits d'auteurs sur l'internet³⁹³. Selon cette loi, la victime doit faire parvenir à l'intermédiaire technique une notification faisant état de la violation de ses droits d'auteur accompagnée d'une déclaration sur l'honneur de sa bonne foi. L'intermédiaire doit alors prendre promptement des mesures afin de retirer le contenu ou d'en rendre l'accès impossible. Cette formalisation permettrait d'éviter les dénonciations fallacieuses par des tiers mécontents qui souhaiteraient voir retirer certains contenus de la toile. Néanmoins, cette procédure serait difficile à appliquer lorsque le contenu ne serait pas une chanson ou un film diffusé illégalement mais des propos diffamatoires. Les intermédiaires se verraient obligés d'exercer un jugement sur la légalité du contenu, ce que voulait éviter le tribunal dans la décision *Zeran v. America Online*³⁹⁴. Néanmoins, l'avantage de cette responsabilité serait de ne pas créer une impunité absolue pour la diffusion de contenus répréhensibles sur l'internet dont les intermédiaires sont les maillons essentiels. Ils centralisent l'accès à ce réseau dont une des caractéristiques principales est de ne pas comporter de point central, rendant les réglementations difficiles³⁹⁵. Ils pourraient donc être utilisés pour faire appliquer l'ordre public et respecter les droits des tiers.

L'immunité absolue des intermédiaires techniques et des utilisateurs pour la republication de contenus conçus par des tiers est le fruit d'une vision absolutiste de la liberté d'expression sur l'internet. Cette absence de limite est renforcée par le fait qu'il est souvent difficile d'identifier l'auteur originel des contenus. Les victimes restent ainsi sans recours possibles et il est facile de diffamer en donnant de fausses informations quant à son identité, ou même en usurpant l'identité d'autrui. La résistance de certains juges et les critiques d'une partie de la doctrine ne semblent pas actuellement avoir grand écho au niveau des tribunaux fédéraux. L'interprétation fournie par la décision *Zeran* continue de prévaloir aux États-Unis. Nous allons voir à présent qu'hormis en matière de lutte contre le terrorisme, peu d'obligations pèsent sur les intermédiaires techniques dans le domaine de la liberté d'expression.

³⁹² 17 U.S.C., Pub. L. 105-304 (1998).

³⁹³ Butler (C.), précité, pp. 262-263.

³⁹⁴ Précitée.

³⁹⁵ Reidenberg (J.R.), "States and Internet Enforcement", *University of Ottawa Law and Technology Journal*, vol.1, 2003-2004, pp. 213-230.

SECTION II.

LES OBLIGATIONS PESANT SUR LES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES

Les systèmes généraux du droit de la responsabilité subordonnent le respect par leurs destinataires d'obligations mises à leur charge pour s'en voir exonérés. Ainsi, pour ne pas voir leur responsabilité engagée, les destinataires devront prouver avoir rempli les obligations légales. Nous avons vu qu'en France, les intermédiaires techniques de l'internet sont soumis au principe de responsabilité du fait des contenus transitant sur leurs serveurs émis par des tiers. Ils peuvent toutefois s'en voir exemptés s'ils prouvent remplir leur obligation générale de surveillance ou avoir agi promptement pour retirer un contenu dès notification.

Aux États-Unis, en raison de l'immunité absolue accordée aux intermédiaires techniques par la Section 230 du C.D.A. et de la censure des dispositions de cette même loi visant à les obliger à surveiller les contenus indécents, la question se pose de savoir si des obligations restent tout de même à leur charge. Nous verrons qu'un système de responsabilité assorti d'obligations a été mise en place en matière de lutte contre le terrorisme (§2.). Néanmoins, dans les autres domaines de l'expression, le principe qui prévaut est celui de l'anonymat des utilisateurs sans qu'aucune obligation ne pèse sur les intermédiaires techniques en cas de diffusion sur leurs serveurs de contenus répréhensibles par des tiers (§1.).

§1. L'absence d'obligations en matière de responsabilités civile et pénale ou le principe d'anonymat

Le principe selon lequel on peut s'exprimer dans l'anonymat est profondément ancré dans la tradition américaine relative au Premier amendement. Ce principe protège également l'expression sous couvert de pseudonyme. Cette tradition remonte aux Pères fondateurs dont certains publiaient dans les *Federalist Papers*³⁹⁶ sous une fausse identité. Ce principe est soutenu par le méta-principe de la démocratie dans sa version intrinsèque ou romantique qui veut que les dissidents et les iconoclastes puissent s'exprimer sans crainte de représailles de la part de ceux que leurs discours dérangerait. Reconnu depuis longtemps par la Cour suprême (A.), il s'agira de voir si ce principe trouve également à s'appliquer sur l'internet (B.), d'autant que le C.D.A.³⁹⁷ accorde une immunité aux intermédiaires techniques. Si une personne publie de manière anonyme, la victime de ses propos pourra-t-elle demander la divulgation de son identité ?

A. La protection du principe d'anonymat par la Cour suprême

La Cour suprême invalide depuis longtemps³⁹⁸ au nom du Premier amendement les réglementations qui visent à limiter ou interdire l'anonymat, et ce, quel que soit le type d'expression en cause. La décision la plus connue, rendue en 1995³⁹⁹, a censuré une disposition du code de l'Ohio qui interdisait la distribution de tracts anonymes. Le but de cette législation était d'identifier les personnes qui distribueraient des matériels de campagne contenant des fraudes, des libelles ou des publicités mensongères afin d'influencer les votants dans le cadre d'une élection. Les tracts devaient donc porter mention du nom et de l'adresse de leur auteur. Mme McIntyre, résidente de l'Ohio, avait décidé de mener campagne contre la levée d'une taxe destinée à la réfection des écoles. Mme McIntyre avait distribué dans la rue divers tracts contre cet impôt, sans que son identité n'y soit mentionnée. Un responsable d'une

³⁹⁶ Selon le site internet dédié aux Pères fondateurs et aux *Federalist Papers*, Alexander Hamilton, James Madison et John Jay auraient utilisé le pseudonyme de "Publius" pour signer leurs articles. Le site se trouve à l'adresse suivante : <http://www.foundingfathers.info/federalistpapers/>.

³⁹⁷ *Communications Decency Act*, précité.

³⁹⁸ Voir par exemple une décision célèbre, *Talley v. California*, 362 U.S. 60 (1960).

³⁹⁹ *McIntyre v. Ohio Elections Commission*, 514 U.S. 334 (1995).

école avait porté plainte contre elle pour distribution de tracts non signés selon la loi alors en vigueur.

Après plusieurs décisions contradictoires des juges inférieurs, l'affaire a été portée devant la Cour suprême des États-Unis. La majorité des juges a censuré la disposition contestée sur le fondement du Premier amendement et du droit constitutionnel de s'exprimer de manière anonyme. Premièrement, ce droit serait soutenu par le méta-principe de la démocratie dans sa version intrinsèque, qui protégerait les citoyens critiquant des pratiques ou des lois oppressives. Les persécutés ainsi que des personnalités qui craindraient les préjugés vis-à-vis de leurs écrits pourraient ainsi s'exprimer sous couvert d'anonymat ou par l'utilisation d'un pseudonyme, aussi bien par crainte de représailles politiques ou économiques, par peur de l'ostracisme social ou par désir de protéger sa vie privée. Cette pratique serait même une tradition honorable de plaider et de dissidence. L'anonymat serait un bouclier contre la tyrannie de la majorité.

Deuxièmement, il s'agissait dans le cas d'espèce d'expression politique pure. Or, ce type d'expression serait absolument protégé par le Premier amendement et le méta-principe de la démocratie dans sa valeur participative. La participation aux débats publics serait un élément fondamental du système de Gouvernement établi par la Constitution américaine. Il permettrait à chacun de faire des choix en connaissance de cause grâce à un débat robuste et désinhibé⁴⁰⁰. Les juges en concluent qu'aucune autre forme d'expression n'a droit à une plus grande protection constitutionnelle que celle de Mme McIntyre.

La disposition du code de l'Ohio soumise aux juges a donc été qualifiée de réglementation sur le contenu, à ce titre, soumise à un contrôle strict. Pour satisfaire ce contrôle, les autorités devaient prouver qu'elle est étroitement construite et qu'elle était nécessaire à la poursuite d'un intérêt légitime. La Cour a reconnu l'intérêt de l'État de l'Ohio de prévenir les propos frauduleux et diffamatoires, et de fournir à l'électorat des informations pertinentes. Toutefois, la réglementation était jugée bien trop générale pour être valide. En effet, l'interdiction de l'anonymat qu'elle instituait s'adressait aussi bien aux candidats et à ceux qui les soutenaient qu'aux simples individus qui agissaient avec leurs propres ressources, elle s'appliquait à tous

⁴⁰⁰ Les juges citent ici les grandes décisions de la Cour suprême reconnaissant les vertus du méta-principe de la démocratie : *Roth v. United States*, 354 U.S. 476 (1957), *Mills v. Alabama*, 384 U.S. 214 (1966), ou encore *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). Ils se réfèrent également à l'œuvre de John Stuart Mill, *De la liberté*, Folio essais, Gallimard, Paris, 1990.

les types d'élections, et seulement aux tracts distribués juste avant l'élection. De plus, elle ne prenait pas en compte l'intérêt de leur auteur dans l'anonymat. Enfin, les autorités n'avaient pas expliqué pourquoi cette interdiction ne s'adressait pas non plus à ceux qui utiliseraient une fausse identité.

La Cour suprême a ainsi censuré la réglementation de l'anonymat par l'État de l'Ohio. Cependant, l'opinion dissidente délivrée par le juge Scalia dévoile une forte opposition à la reconnaissance constitutionnelle d'un droit à l'anonymat. Son argumentation repose essentiellement sur la manière par laquelle il faut interpréter la Constitution; datant qui plus est de plus de deux cents ans. Selon Scalia, la majorité des juges a en l'espèce ignoré que le sens de la Constitution se modifie au fil du temps. Or, il faudrait l'interpréter en fonction de ce que veulent les américains d'aujourd'hui, qui, il semblerait, préféreraient une forte protection du système électoral, sans laquelle l'exercice du droit de vote serait compromis, plutôt que la reconnaissance d'un droit à s'exprimer incognito. D'ailleurs, de nombreuses lois imposent l'identification de ceux qui souhaiteraient s'exprimer anonymement. Au lieu d'invalider l'interdiction de l'anonymat, les juges de la majorité aurait dû se demander en quoi Mme McIntyre aurait été menacée si elle avait révélé son identité dans ses tracts.

Le droit à l'anonymat ainsi confirmé constitutionnellement par la Cour suprême n'est pas pour autant absolu. La Cour le reconnaît, une autorité publique peut en réglementer l'usage, sous des conditions moins restrictives. Le droit à l'anonymat ne saurait être protégé lorsqu'il sert à des conduites frauduleuses. C'est le cas de la diffamation, qui serait porteuse d'une si faible valeur sociale que le bénéfice à en tirer serait largement inférieur à l'intérêt de la société dans l'ordre et la moralité⁴⁰¹. Le droit à l'anonymat est donc constitutionnellement reconnu, mais limité aux expressions protégées par le Premier amendement.

Dans le cadre de l'internet, les possibilités de communiquer sous couvert d'anonymat ou par l'utilisation de pseudonymes sont nombreuses. Les juges se sont retrouvés confrontés à cet usage.

⁴⁰¹ *Chaplinsky v. State of New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942), cité dans la décision *Doe v. Cahill*, 884 A.2d 451 (Del. 2005) rendue par la Cour suprême de l'État du Delaware le 5 octobre 2005, anciennement disponible à l'adresse suivante : http://www.eff.org/legal/cases/Doe_v_Cahill/doe_v_cahill_decision.pdf.

B. L'application du principe de l'anonymat sur l'internet

Sur l'internet, il est relativement aisé de s'exprimer sans révéler son identité. Il est courant dans les forums de discussion ou dans les blogs que les utilisateurs utilisent des pseudonymes pour exprimer leur point de vue. C'est essentiellement dans le cadre d'affaires de diffamation que les juges ont dû se pencher sur ce problème. Dans quelle mesure une personne diffamée peut-elle demander la divulgation de l'identité de son diffamateur ? Comment établir une proportionnalité entre le droit constitutionnel à l'anonymat - et au "pseudonymat" – et celui au rétablissement de son honneur par un individu diffamé ? Des décisions contradictoires ont été rendues par les juges, mais il semblerait qu'une jurisprudence se dessine en faveur de la mise en place d'un critère permettant d'évaluer les chances de succès de la demande en diffamation comme condition de la divulgation de l'identité du présumé diffamateur. Du moment qu'on accepte que le droit à l'anonymat soit limité, l'établissement d'un critère à cette restriction est d'autant plus important qu'une fois l'identité de la personne divulguée, aucun retour en arrière n'est possible. En d'autres termes, si la diffamation ne s'avère finalement pas constituée, la liberté d'expression de celui dont l'identité a été révélée aura été irrémédiablement violée.

Les juges oscillent entre différents critères : la simple démonstration de la bonne foi dans la demande en diffamation, une demande articulant suffisamment de faits précis pour ne pas être rejetée, un début de preuve, ou encore un jugement préalable sur la diffamation avant la demande éventuelle de divulgation d'identité. Aucun de ces critères ne s'est encore imposé, de sorte qu'une multitude de tests existent. Parmi ces tests, il faut distinguer deux types d'hypothèses : celle où la divulgation de l'identité du supposé diffamateur est demandée, et celle où c'est l'identité d'un témoin qui est recherchée.

Dans une affaire récente, la Cour suprême de l'État du Delaware⁴⁰² a censuré le test de la bonne foi appliqué par le tribunal inférieur. Afin d'autoriser la divulgation de l'identité d'un présumé diffamateur, le tribunal demandait à ce que trois critères soient remplis : que la demande soit légitime et faite de bonne foi, que la divulgation soit directement et matériellement liée à l'action en diffamation, et que l'information ne puisse pas être obtenue d'une autre source. La Cour suprême a censuré ce test, estimant qu'il n'était pas assez protecteur de la liberté d'expression de l'éventuel diffamateur. En effet, la possibilité de perdre

⁴⁰² *Doe v. Cahill*, précitée.

trop facilement son anonymat risquerait d'intimider ceux qui voudraient s'exprimer sans révéler leur réelle identité, les incitant à s'autocensurer, voire à renoncer à s'exprimer. Les anonymes auraient peur d'exposer des idées impopulaires. De plus, les demandeurs en diffamation pourraient facilement remplir les critères du test de la bonne foi sans que pour autant la diffamation ne soit constituée. Enfin, après la révélation de l'identité de la personne, ils pourraient renoncer aux poursuites. Il existerait même un danger qu'ils décident de se venger d'elle. Ils pourraient aussi tout simplement chercher à faire taire les critiques, décourageant les débats sur des questions d'intérêt public.

Un autre test, appliqué sous des variantes différentes par les tribunaux, est celui "des conclusions en vue de débouter une demande en diffamation" ou "*motion to dismiss a defamation claim*". Un tribunal a ainsi jugé que pour autoriser la divulgation de l'identité du défendeur, les juges doivent être satisfaits des plaidoiries ou des preuves fournies par le demandeur qui devra démontrer d'une part un intérêt à agir légitime et sa bonne foi, et d'autre part, que la révélation de l'identité du défendeur est essentielle au jugement de l'affaire⁴⁰³. Plus originalement, un autre tribunal a décidé qu'il fallait analyser quatre facteurs : le langage utilisé, le caractère vérifiable du contenu, son contexte écrit et le contexte social dans lequel il a été diffusé⁴⁰⁴.

À l'instar de celui de la bonne foi, ce test de la *motion to dismiss* a été jugé insuffisamment protecteur du droit de s'exprimer de manière anonyme par la Cour suprême du Delaware dans l'affaire *Doe v. Cahill*⁴⁰⁵. Les juges en ont donc proposé un autre, plus difficile à remplir par les demandeurs dans un procès en diffamation contre un anonyme. Ils ont décidé que les demandeurs devaient au préalable obtenir un jugement avant-dire-droit quant au bien-fondé de la demande en diffamation avant d'être autorisés à requérir la divulgation de l'identité du défendeur. Se basant sur un test établi par un autre tribunal⁴⁰⁶, ils ont également décidé que le demandeur devait au préalable entreprendre des diligences nécessaires pour notifier au défendeur éventuel son intention d'agir contre lui et lui accorder un délai raisonnable pour sa défense. Cette notification devrait se faire sur le même forum de discussion que celui utilisé

⁴⁰³ *In Re Subpoena Duces Tecum to America Online, Inc.*, 2000 WL 1210372 (Cir. Ct. Va., January 31, 2000), disponible à l'adresse suivante : <http://legal.web.aol.com/decisions/dlpriv/anoncircuit.html>.

⁴⁰⁴ *SPX Corp v. Doe*, 253 F.Supp. 2d 974 (N.D. Ohio 2003), disponible à l'adresse suivante : <http://www.cyberslapp.org/cases/page.cfm?pageID=53>.

⁴⁰⁵ Précitée.

⁴⁰⁶ *Dendrite Intl., Inc. V. Doe*, 775 A.2d 756 (N.J. Super. Ct. App. Div. 2001), disponible à l'adresse suivante : <http://lawlibrary.rutgers.edu/courts/appellate/a2774-00.opn.html>.

par le futur défendeur. Ensuite, le demandeur devrait avancer un début de preuve pour chacune des causes de son action. Les juges vont plus loin en décidant que ce test devrait s'appliquer même en dehors du contexte de l'internet.

En revanche, lorsqu'il s'agit de révéler l'identité de personnes afin de les faire citer comme témoins dans un procès, les juges semblent d'accord pour se baser sur un test encore plus contraignant⁴⁰⁷. Les actionnaires d'une entreprise avaient décidé de poursuivre ses dirigeants pour fraude. Or, ces derniers voulaient démontrer que la chute des actions n'était pas due à une quelconque fraude de leur part mais à des messages dénigrants à leur égard postés sur un forum de discussion. Ils ont ainsi demandé la levée de l'anonymat de vingt-trois personnes afin qu'elles soient citées comme témoins dans leur procès. Les juges ont décidé que cette demande était soumise à quatre conditions : que la citation à comparaître soit faite de bonne foi et non dans un mauvais but, que l'information recherchée soit en rapport avec une demande principale, qu'elle en soit directement et matériellement rattachée, et enfin, qu'elle ne soit pas disponible d'une autre source.

Aucun des tests mis en place par les juges ne prévaut aujourd'hui. La Cour suprême n'a pas encore eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Dans l'ensemble, les juges cherchent à protéger le droit à l'anonymat sur le fondement du Premier amendement et n'acceptent d'ordonner la divulgation de l'identité d'une personne que dans des conditions restrictives. Le droit à l'anonymat sur l'internet n'est pas absolu aux États-Unis. Les intermédiaires techniques peuvent être obligés à enquêter sur l'identité d'un de leurs utilisateurs sur ordre d'un juge. Ils ne sont pas soumis à une obligation générale de surveillance des contenus ni à une obligation de conservation des données. Les choses en vont différemment dans d'autres contextes, et notamment celui de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme. Les obligations pesant sur les intermédiaires semblent ainsi dépendre de la valeur sociale en cause⁴⁰⁸.

⁴⁰⁷ *Doe v. 2themart.com, Inc.*, 140 F.Supp.2d 1088 29 Media L. Rep. 1970 (2001), disponible à l'adresse suivante : <http://cyber.law.harvard.edu/stjohns/2themart.htm>.

⁴⁰⁸ Reidenberg (J.R.), "States and Internet Enforcement", précité.

§ 2. Les obligations posées en matière de sécurité et de lutte contre le terrorisme

Aux États-Unis, il n'existe aucune obligation de conservation des données à la charge des intermédiaires techniques, à l'instar de ce qui est prévu en France et dans l'Union Européenne. Le principe est le "droit de chacun d'être garanti dans sa personne, son domicile, ses papiers et effets, contre les perquisitions et saisies non motivées ne sera pas violé, et aucun mandat ne sera délivré, si ce n'est sur présomption sérieuse, corroborée par serment ou déclaration, ni sans que le mandat décrive particulièrement le lieu à perquisitionner et les personnes ou les choses à saisir"⁴⁰⁹. Il s'agit ici du droit constitutionnel à la vie privée.

Quelques semaines après les attentats du 11 septembre 2001, les États-Unis ont adopté le *USA Patriot Act - Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act*⁴¹⁰ – modifiant de nombreux textes législatifs existants afin de renforcer la sécurité et la lutte contre le terrorisme. Cette législation poursuit trois objectifs principaux : augmenter le partage des informations entre les États fédérés et l'État fédéral, permettre la surveillance par le Gouvernement en encourageant les entités privées à lui fournir les informations requises, et créer et renforcer les lois pénales existantes afin de lutter contre le terrorisme⁴¹¹. Loi d'urgence à l'origine, elle a été régulièrement reconduite dans ses dispositions les plus controversées, qui étaient vouées à expirer⁴¹², et les pouvoirs du *Federal Bureau of Investigations* (F.B.I.) se sont vus constamment renforcés. Parmi ces nouvelles dispositions, plusieurs concernent la surveillance de l'internet par le F.B.I. et le droit qui lui est accordé de demander à toute entité fournissant un accès à l'internet de lui délivrer toutes les données de connexion mais aussi d'identification des utilisateurs, et ce, sans le contrôle d'un juge (A.). Les quelques garanties présentes jusque-là en termes de liberté d'expression, de respect de la vie privée ou encore de droit à un procès équitable ont considérablement rétréci au nom des valeurs de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme (B.).

⁴⁰⁹ IV^e amendement à la Constitution américaine : " The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized".

⁴¹⁰ *U.S.A. Patriot Act*, Public Law 107-56 (2001), 2001 H.R. 3162.

⁴¹¹ Mitrano (T.), "Civil Privacy and National Security Legislation: A Three-Dimensional View", *Educause Review*, vol. 38, n°6, 2003, pp. 52-62.

⁴¹² USA PATRIOT Improvement and Reauthorization Act of 2005, HR. 3199. Cette nouvelle autorisation vaut jusqu'au 31 décembre 2009.

A. Les principales dispositions liées à la collecte des données

Nombre de dispositions concernent directement les intermédiaires techniques, leur imposant de coopérer avec la police fédérale dans la collecte et la divulgation de données de communications électroniques. Ainsi, l'*Electronic Communications Privacy Act* (E.C.P.A.)⁴¹³, qui pose le principe de l'interdiction des interceptions non autorisées de bases de données informatiques ou des communications électroniques de même que l'interdiction des collectes non autorisées des communications électroniques stockées, a été amendé par le *Patriot Act* de façon à ce qu'obligation soit faite aux intermédiaires techniques de conserver certaines données avant même une injonction judiciaire. Le *Patriot Act* prévoit aussi une immunité contre toute action en responsabilité civile qui pourrait être diligentée à leur encontre du fait de la divulgation au F.B.I. des données ainsi conservées⁴¹⁴. Cette mesure a été renforcée par le *Cyber Security Enhancement Act*⁴¹⁵ de 2002 qui encourage la divulgation volontaire d'informations à la police fédérale par les intermédiaires techniques s'ils soupçonnent un danger imminent. Les autorités pourront ainsi prendre connaissance du contenu des messages électroniques.

Dans la même logique, le *Patriot Act* renforce considérablement l'utilisation des *National Security Letters* (N.S.L.)⁴¹⁶. Il s'agit d'injonctions administratives émises par les organismes de police fédérale, destinées à des entités privées afin d'obtenir la divulgation d'informations et de données sur des individus. Consacrées à l'origine à obtenir des informations relatives au terrorisme et à l'espionnage vis-à-vis d'agents étrangers, elles visent désormais toutes les personnes présentes sur le territoire américain, citoyens comme étrangers, même non concernées par une enquête criminelle. À réception d'une de ces lettres, les intermédiaires techniques sont soumis à l'obligation de divulguer toutes les informations requises, à l'exception *a priori* de celles qui touchent au contenu des communications. Le *Patriot Act* n'exigeant plus aucune preuve de suspicion, le critère de la légalité de ces lettres s'en trouve dorénavant affaibli. De même, la loi interdit aux intermédiaires techniques de révéler à quiconque avoir reçu une N.S.L. C'est parce qu'elle estimait que l'utilisation des N.S.L. violait

⁴¹³ *Electronic Communications Privacy Act*, 18 U.S.C. §2510-2541 (1988).

⁴¹⁴ *Ibid.*, 18 U.S.C. §2707 (e).

⁴¹⁵ *Homeland Security Act of 2002*, H.R. 5710, Section 225, *Cyber Security Enhancement Act*.

⁴¹⁶ Elles furent créées par le *Right to Financial Privacy Act*, 12 U.S.C. (1978).

notamment le principe de la liberté d'expression que l'ACLU⁴¹⁷ a entamé une action visant à déclarer inconstitutionnelle cette disposition du *Patriot Act*. Saisie de l'affaire, la *District Court* de New York a confirmé que l'obligation de non-divulgence faite aux intermédiaires techniques violait le Premier amendement⁴¹⁸. Pour la première fois, un juge a eu l'occasion de contrôler des mesures prises secrètement par la police fédérale au nom de la sécurité nationale. Il a décidé d'opérer un contrôle strict entre cette valeur de sécurité et le respect des droits fondamentaux, notamment à la libre expression :

"The high stakes here pressing the scales thus compel the Court to strike the most sensitive judicial balance, calibrating by delicate increments toward a result that adequately protects national security without sacrificing individual freedoms, that endeavors to do what is just for one and right for all".

L'attention du juge a porté sur l'absence de contrôle judiciaire des N.S.L. qui pourtant violeraient les droits à la liberté d'expression des abonnés des intermédiaires techniques, et notamment le droit à l'anonymat. Ce pouvoir accordé au F.B.I. pourrait lui permettre, selon le juge, d'obtenir des informations sur des blogueurs critiquant le Gouvernement ou même sur des personnes engagées dans des campagnes politiques, informations très éloignées des objectifs de la loi, et surtout de la lutte contre le terrorisme. Les enquêtes diligentées pourraient aussi couvrir des activités protégées par le Premier amendement et non pas seulement les actes de terrorisme. Ainsi, la "clause du secret", qui interdit aux intermédiaires techniques de divulguer une enquête en cours dans le cadre des N.S.L., serait assimilée à une restriction *a priori* de la liberté d'expression, basée sur le contenu⁴¹⁹. Elle irait à l'encontre du principe de la démocratie dans sa version intrinsèque et romantique, protégeant l'expression dissidente. En autorisant les intermédiaires techniques à porter devant le juge une demande qui leur serait faite, les pouvoirs publics ont alors remanié cette disposition de façon à ce que les N.S.L. émises par le F.B.I. soient soumises à un contrôle judiciaire⁴²⁰. Cette disposition était rétroactive. Dès lors, une Cour d'appel⁴²¹ a déclaré que la question de la constitutionnalité des anciennes dispositions ne se posait plus. L'expérience a montré les nombreux abus commis par le F.B.I. dans l'utilisation de ces lettres. Un rapport de l'inspection

⁴¹⁷ American Civil Liberties Union, une association de défense des droits et libertés . Son site se trouve à l'adresse suivante : <http://www.aclu.org>.

⁴¹⁸ District of New York, *Doe v. Ashcroft*, 334 F. Supp. 2d 471 (S.D.N.Y. 2004).

⁴¹⁹ Une décision similaire a été rendue par la District Court du Connecticut, *Doe v. Gonzales*, 386 F. Supp. 2d 66 (D. Conn. 2005).

⁴²⁰ USA PATRIOT, Improvement and Reauthorization Act of 2005, Pub. L. No. 109-177, 120 Stat. 192 (Mar. 9, 2006).

⁴²¹ *Doe v. Gonzales*, 449 F.3d 415 (2d Cir. 2006).

générale du ministère de la Justice⁴²² a révélé que les agents avaient collecté des milliers de données téléphoniques, commerciales et financières, sans contrôle ni justifications quelconques, sur les vingt-mille demandes officielles.

Une autre disposition très controversée du *Patriot Act*, notamment au regard de ses effets négatifs sur la liberté d'expression, est la Section 215⁴²³ réformant le *Foreign Intelligence Surveillance Act* (F.I.S.A.)⁴²⁴ de 1978, et autorisant le F.B.I. à demander des informations à propos de transactions d'un individu ou encore de son appartenance à un groupe ou une association, y compris par le biais des données de connexion dans les bibliothèques et les librairies. L'enquête doit être liée au terrorisme international ou aux activités d'espionnage clandestines. La pertinence des informations collectées est estimée par le seul ministre de la Justice. Un tribunal spécialement créé à cet effet⁴²⁵ doit donner son autorisation à la délivrance d'une injonction par le F.B.I., sans qu'il soit besoin de présenter devant lui des bases factuelles ni de démontrer que l'individu surveillé est suspecté d'activité criminelle. L'autorisation de ce tribunal semble n'être qu'une simple formalité. L'unique limite consiste à ne pas enquêter sur des activités expressives protégées par le Premier amendement. Dès 2003, une association d'une communauté musulmane a entamé une action afin de faire déclarer cette disposition inconstitutionnelle, arguant notamment de la violation du principe de la liberté d'expression sous deux aspects, l'interdiction de divulguer l'enquête diligentée par le F.B.I. et le pouvoir qui lui est accordé d'obtenir des informations relatives à l'exercice de leurs droits à la libre expression. Le tribunal a reconnu la réalité de la menace pesant sur cette communauté en termes de liberté d'expression et a invalidé la disposition contestée⁴²⁶. Comme ce fut le cas des N.S.L., des abus dans son utilisation par la police fédérale ont été mis en avant, comme par exemple le fait que le contenu des communications électroniques dans les bibliothèques soit surveillé, de même que les ouvrages empruntés par un utilisateur⁴²⁷. Un rapport de l'inspection générale du ministère de la Justice a été rendu à propos de l'utilisation par le

⁴²² U. S. Department of Justice, Office of the Inspector General, *A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of National Security Letters*, mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://www.mindfully.org/Reform/2007/FBI-NSL-DOJ-Review9mar07.htm>. Voir le résumé du rapport dans Johnston (D.) et Lipton (E.), "Justice Department Says F.B.I. Misused Patriot Act", *New York Times*, 9 mars 2007.

⁴²³ Section 215, Access to Business Records under FISA ("Libraries Provision").

⁴²⁴ Codifié dans l'U.S. Code, Titre 50, Chapitre 36, "Foreign Intelligence Surveillance".

⁴²⁵ Il s'agit de la *Foreign Intelligence Surveillance Court* (F.I.S.C.).

⁴²⁶ United States District Court, Eastern District of Michigan, Southern Division, Case No. 03-CV-72913-DT, 29 septembre 2006, *Muslim Community Association et al v Ashcroft*, disponible à l'adresse suivante : <http://www.aclu.org/safefree/general/269891gl20061002.html>.

⁴²⁷ Kranich (N.), "Le USA Patriot Act : Conséquences sur la liberté d'expression", *BBF*, 2004, n° 6, p. 61-67.

F.B.I. de ses pouvoirs dans le cadre de ces dispositions⁴²⁸. Des critiques se sont également élevées à l'égard de leur légalité⁴²⁹.

De nombreuses autres dispositions du *Patriot Act* mettent en cause la liberté d'expression sur l'internet et essentiellement le droit à l'anonymat. Elles concernent toutes des autorisations accordées au F.B.I. de se faire communiquer sous couvert du secret des données par les intermédiaires techniques de l'internet⁴³⁰. Ces mesures, généralement édictées de manière temporaire, sont régulièrement prolongées avant leur expiration.

D'autres lois poursuivant le même objectif de lutte contre le terrorisme ont été édictées à côté du *Patriot Act*. Parmi celles-ci, le *Homeland Security Act*⁴³¹ de 2002 a pour vocation d'éviter une nouvelle attaque sur le sol américain après celle du 11 septembre 2001. La communication entre les différentes agences de surveillance est facilitée et les données de surveillance sont centralisées pour lutter plus efficacement contre le terrorisme. Parmi les dispositions de cette loi, on trouve le *Total Information Awareness Act*, rebaptisé *Terrorism Information Awareness Act*, pour ne pas paraître trop orwellien⁴³², qui permet de regrouper de très nombreuses informations individuelles, notamment médicales, financières, d'éducation, de déplacement, et de communications personnelles, par le biais de différentes technologies, qui s'avèrent somme toute assez orwelliennes.

Il est reproché aux mesures de collecte des données d'identification et de trafic sur l'internet le manque de définition précise du type de données concernées car le contenu des communications, qui ne doit pas par principe faire l'objet d'une surveillance, peut ainsi apparaître⁴³³. La question se pose dès lors de savoir si ces mesures découlent d'une expertise

⁴²⁸ U. S. Department of Justice, Office of the Inspector General, *A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of Section 215 Orders for Business Records*, mars 2007, disponible à l'adresse suivante : <http://freegovinfo.info/node/1016>.

⁴²⁹ Bradley (C.), Cole (D.), Dellinger (W.), Dworkin (R.) et al., "On N.S.A. Spying: A Letter to Congress", *New York Review of Books*, vol. 53, n°2, 9 février 2006.

⁴³⁰ Pour plus de détails, voir Department of Justice, "Computer Crime and Intellectual Property Section (CCIPS)", 5 novembre 2001, disponible à l'adresse suivante : <http://www.usdoj.gov/criminal/cybercrime/PatriotAct.htm>, ou encore <http://www.lifeandliberty.gov/highlights.htm>.

⁴³¹ *Homeland Security Act* of 2002, Pub. L. No. 107-296, 116 Stat. 2135 (Nov. 25, 2002).

⁴³² Department of Defence, Technology and Privacy Advisory Committee (TAPAC), "Safeguarding Privacy in the Fight Against Terrorism", mars 2004, disponible à l'adresse suivante :

⁴³³ Voir notamment, E.P.I.C., "The USA Patriot Act", disponible à l'adresse suivante : <http://www.epic.org/privacy/terrorism/usapatriot/>.

suffisante de la technologie pour en comprendre l'impact. Auraient-elles été édictées si ceux qui en sont à l'origine disposaient effectivement d'une telle expertise⁴³⁴ ?

L'ensemble de ces dispositions est basé sur la valeur de la sécurité, à laquelle est ajoutée celle de la lutte contre le terrorisme. Leur analyse révèle une nouvelle conception de cette valeur aux États-Unis, qui conduit à limiter les droits à la liberté d'expression sur l'internet, et d'autres encore.

B. Les arguments de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme

La sécurité est un nouvel argument pour limiter la liberté d'expression sur l'internet, mais aussi la liberté dans son sens le plus large. La rhétorique développée pour mettre en place ces nouvelles mesures est basée sur une antinomie entre sécurité et liberté. Il est avancé que le seul moyen de se prémunir contre le terrorisme et de le réprimer est d'établir l'équilibre adéquat entre les deux valeurs que sont la sécurité et la liberté, la seconde payant forcément le prix pour la première. Or, le principe d'équilibre entre ces deux valeurs a fait l'objet d'une critique très constructive de la part de Ronald Dworkin⁴³⁵. Reprenant la rhétorique justifiant ces mesures, injustes à l'égard des droits les plus fondamentaux, il considère deux conclusions possibles. La première est qu'il est envisageable de penser que l'assouplissement des critères de la justice par ces mesures est pleinement satisfaisant, même s'il entraîne un risque exponentiel sur les droits fondamentaux. La seconde est de dire que même si l'assouplissement des critères est injuste, il est nécessaire pour se protéger des désastres. Dès lors, on tenterait de pallier à cette injustice reconnue chaque fois qu'on estimerait qu'elle est nécessaire. Selon Dworkin, la rhétorique justificatrice des nouvelles mesures poursuivrait la première conclusion selon laquelle elles seraient justes car fondées sur un équilibre adéquat entre sécurité et liberté. La menace terroriste justifierait ce nouvel équilibre et conduirait à postuler qu'il n'est pas injuste par exemple de soumettre des personnes suspectées de terrorisme à un risque plus élevé de condamnation injustifiée. Il en serait de même de l'indifférence de ces mesures à l'égard de la vie privée. Mais, selon Dworkin, ce principe d'équilibre serait trompeur car il suggérerait une fausse description de la décision que la nation devrait prendre face à la menace terroriste, qui serait celle de la dose de sécurité et de

⁴³⁴ Mitrano (T.), précité.

⁴³⁵ Dworkin (R.), "The Threat to Patriotism", *New York Review of Books*, vol. 49, n°3, 28 février 2002.

liberté souhaitée. Une simple comparaison des coûts et des bénéfices de ces mesures cacherait le point essentiel, à savoir la préservation de la justice. En effet, le système juridique n'a pas évolué en fonction de ce genre de calcul, et on n'offre pas moins de protection aux accusés de meurtre qu'aux coupables de simples cambriolages.

Ensuite, Dworkin pose la question de savoir si la menace du terrorisme est telle qu'il soit justifié d'agir injustement. Si c'était bien le cas, il faudrait alors ne permettre qu'une limitation des droits strictement nécessaire pour pallier à l'injustice des mesures prises. Ce n'est toutefois pas ce qu'à mis en place l'administration du Président Bush, notamment parce que la détermination de l'existence d'un danger qui conduirait à contourner les droits fondamentaux est réservée au seul pouvoir exécutif. Un contrôle judiciaire rétablirait la justice de ces mesures et ne représenterait en aucun cas une menace à la sécurité nationale. Autant que les autres représentants officiels, les juges sont des personnes responsables. Dworkin en conclut que les terroristes cherchent à détruire les valeurs américaines, et que le patriotisme exigerait justement de les préserver.

Un autre argument en faveur des mesures "patriotiques" relevé par Dworkin est celui selon lequel les attaques terroristes ont pu avoir lieu à cause du mauvais fonctionnement du système de sécurité américain et qu'on ne pourrait corriger ceci sans sacrifier les droits fondamentaux. Or, le rapport de la commission sur les événements du 11 septembre 2001⁴³⁶ mettait en avant le fait qu'il serait impossible psychologiquement et politiquement de prévenir ce qui n'est pas encore arrivé. La commission avançait le fait que la description du scénario des attentats du 11 septembre avant leur survenance aurait semblé grotesque. Il n'existerait aucun moyen de lister tous les possibles désastres et les prévenir tous. Historiquement, on s'aperçoit que les mesures ne peuvent être prises qu'une fois la catastrophe intervenue.

Ces considérations conduisent à un nouvel argument décrit comme le principe de "réconfort"⁴³⁷ selon lequel la demande collective ne porterait pas sur la sécurité mais plutôt sur le sentiment de sécurité. Sécuriser et rassurer seraient les corollaires de ce principe. Plutôt qu'une réponse liberticide à l'urgence face à la menace terroriste, mieux vaudrait chercher à satisfaire aux trois principes que sont ceux de la sécurité, de la liberté et du "réconfort".

⁴³⁶ Décrit dans Posner (R.A.), "The 9/11 Report: A Dissent", *The New York Times*, 29 août 2004.

⁴³⁷ Cantegreil (J.), "Terrorisme et libertés, la voie française après le 11 septembre", *En Temps Réel*, Cahier 20, janvier 2005, p.27-51, où l'auteur décrit cet argument, développé notamment par Cass Sunstein dans "Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law", *Yale Law Journal*, 2002, vol. 112, p. 61-63, cité p. 27.

Conclusion du Chapitre II

Permettre le développement de l'utilisation de l'internet nécessite l'édiction de règles, rassurantes pour les utilisateurs. Aux États-Unis, le Congrès a posé le principe de l'irresponsabilité des intermédiaires techniques face aux contenus émis par des tiers. Ce principe répondait à la crainte qu'ils ne pratiquent une censure privée de l'expression devant la menace de procès. Cette immunité a été interprétée de manière absolutiste par la plupart des tribunaux, entraînant des critiques véhémentes de la part de ceux qui considèrent qu'on ne peut absoudre les intermédiaires techniques de toute implication dans la diffusion de contenus illicites sur l'internet. Mais cependant, aucune obligation ne leur est imposée vis-à-vis des contenus. La protection du droit à l'anonymat forme également un rempart contre les demandes de victimes de contenus illicites qui tentent d'être rétablies dans leurs droits. L'anonymat n'est toutefois pas absolu sur l'internet, et les tribunaux acceptent de le limiter dans des conditions qui n'ont pas encore fait l'objet de consensus. Toutefois, si un intermédiaire devra révéler l'identité d'une personne sur injonction judiciaire, il n'a pas pour autant pour obligation de retirer un contenu sur notification d'un tiers comme c'est le cas en France mais aussi dans le cadre du *Digital Millenium Copryright Act* à propos des droits d'auteur. La conception absolutiste de la liberté d'expression qui prévaut en matière de responsabilité des intermédiaires leur permet d'adopter une attitude passive face aux contenus illicites.

Les choses en vont autrement lorsque ce n'est plus le principe de la liberté d'expression qui est en cause mais celui de la sécurité. Le *Patriot Act* et les lois sur la sécurité adoptées aux États-Unis depuis 2001 imposent la collaboration des intermédiaires techniques dans de très nombreux cas de figure relatifs à la collecte et à la conservation des données, et à leur divulgation aux autorités de police fédérale, sous couvert du secret. Ces mesures d'urgence, reconduites avec régularité et constance, contreviennent à plusieurs droits fondamentaux, essentiellement celui à la vie privée, mais aussi celui de s'exprimer anonymement sur l'internet. Si la sécurité n'est pas une valeur nouvelle limitant le principe de la liberté d'expression, son sens s'est modifié depuis le *Patriot Act* de 2001, au point qu'elle sert d'argument pour limiter fortement toutes les libertés fondamentales. La menace terroriste modifierait la proportion à établir entre sécurité et liberté. Or, cet argument est fallacieux,

faisant perdre de vue qu'il ne s'agit pas d'établir une proportion mais plutôt de protéger la justice elle-même. L'absence de contrôle du juge et le caractère secret des enquêtes diligentées par les forces de police conduit à une réduction considérable des libertés les plus fondamentales parmi lesquelles on trouve la liberté d'expression.

CONCLUSION

Quelles sont les conceptions de la liberté d'expression sur l'internet en France et aux États-Unis? Quelles sont également leurs différences et leurs similitudes ? Nous avons vu qu'en France, le régime juridique de l'internet est en grande partie dérogatoire du droit commun. L'internet fait donc bien l'objet d'un régime juridique découlant du principe de la liberté d'expression. L'existence de ce principe est contingente à l'édiction de règles spécifiques gouvernant l'activité expressive, différentes de celles qui régissent les simples conduites humaines. Il bénéficie ainsi d'une autonomie par rapport aux autres régimes de la communication, tels la presse ou l'audiovisuel. La libéralisation de son régime s'est accompagnée d'une modification du discours des pouvoirs publics à son encontre. La crainte de l'internet, qui avait conduit dans un premier temps à subsumer son régime sous celui de l'audiovisuel, a cédé place à un discours visant à rassurer, dans le but d'encourager son utilisation. C'est l'approche systémique au sens faible de l'internet, considérant ce médium comme une technologie intégrée au système de la communication mais soumise à un régime distinct qui domine actuellement en France.

Quels en sont donc ses fondements au regard de la liberté d'expression? L'étude des différentes dispositions législatives et de leur application judiciaire montre que ce régime repose sur le méta-principe de la démocratie dans ses deux versions, instrumentale et surtout intrinsèque, et sur le méta-principe du développement individuel, fondamentalement intrinsèque. L'accent est mis ainsi sur la libre d'expression des individus, qu'ils soient émetteurs ou récepteurs des informations circulant sur l'internet. L'insertion de l'internet dans le droit français de la communication se trouve donc essentiellement justifiée par des méta-principes intrinsèques de la liberté d'expression. Pour autant, ce sont ces mêmes méta-principes qui en justifient les limites. Ainsi, la capacité des individus d'émettre et de visualiser des contenus de toute sorte pousse le législateur à imposer aux intermédiaires techniques le

retrait de toute publication qui leur semble illicite dès qu'ils en auraient connaissance. Une autre valeur intervient également dans la limitation de la liberté d'expression sur l'internet en France, celle de la sécurité. Bien que reconnue de longue date, elle s'est trouvée renforcée depuis une dizaine d'années et conduit les pouvoirs publics à limiter l'anonymat sur l'internet, mais de manière opaque. L'absence de contrôle judiciaire des mesures de surveillance des données de trafic des utilisateurs menace directement un certain nombre de libertés, dont la libre expression.

Des considérations similaires peuvent être formulées à propos du principe de liberté d'expression sur l'internet aux États-Unis. Malgré l'existence de discours libertaires prônant une conception absolutiste de cette liberté sur ce médium, les pouvoirs publics ont opté pour une approche différente. Si le Congrès a rapidement cherché à limiter un certain type d'expression afin de protéger l'enfance, la Cour suprême a dans un premier temps imposé de ne pas appliquer trop rapidement à l'internet des règles qui pourraient entraver le développement. La pratique d'un filtrage spontané par les utilisateurs a été préférée aux réglementations pénalisant les éditeurs qui donneraient nonchalamment accès à des expressions indécentes. La Cour a considéré que la liberté d'expression sur l'internet avait pour fondement l'ensemble de ses méta-principes justificateurs, essentiellement dans leurs versions intrinsèques. Puis, dans un second temps, elle a accepté que le Congrès intervienne pour imposer un accès épuré à l'internet dans certains lieux comme les bibliothèques et les écoles publiques. Pour autant, on ne peut pas dire qu'il existe à proprement parler un régime juridique de l'internet aux États-Unis. Ceci est renforcé par le fait que le Congrès a posé le principe d'irresponsabilité des intermédiaires techniques, principe interprété de manière absolue par la plupart des tribunaux. Les intermédiaires ne se voient donc imposer aucune obligation à l'heure actuelle, au contraire de ce qui se passe en France. La responsabilité du fait de la diffusion de propos illicites incombe pleinement à leurs auteurs, encore faut-il qu'ils soient identifiés. La seule limite de la liberté d'expression pesant sur les intermédiaires concerne la valeur de la sécurité. Dans ce cadre, ils doivent collaborer avec les autorités policières, en toute discrétion. Comme en France, le recul des libertés au nom de ces valeurs est évident. D'ailleurs, les quelques fois où les juges ont eu l'occasion de se prononcer sur les mesures secrètes imposées aux intermédiaires, ils les ont invalidés.

Ainsi, la reconnaissance de l'internet dans les systèmes juridiques français et américain s'est faite dans une dynamique inverse, de la crainte vers une libéralisation en France, de l'encouragement vers une acceptation de limitations aux États-Unis. On remarque toutefois en France une liberté d'expression plus limitée, et l'on observe une indifférence à l'égard d'une censure privée de l'expression encouragée par les règles posées. Il semblerait que l'idée selon laquelle mieux vaut censurer plus d'expressions que pas assez soit généralement acceptée. Au contraire, aux États-Unis, toute interdiction est suspecte par nature, de sorte que la circulation d'expressions illicites est tolérée plutôt que de voir censurer des expressions licites. Il faut remarquer une fois encore que la sous-théorisation dont font l'objet les libertés en France n'encourage pas à ce que les choses en aillent autrement. Un contrôle abstrait et *a posteriori* de la constitutionnalité des lois permettrait de contester celles qui violeraient les libertés, dont la liberté d'expression. Il permettrait également, une fois les lois entrées en vigueur, d'apprécier leur impact sur les libertés, ce qui est souvent difficile à estimer avant leur application.

BIBLIOGRAPHIE

I. THÉORIE DU DROIT

I. Ouvrages

AMSELEK (P.), *Controverses autour de l'ontologie du droit*, P.U.F., Questions, Paris, 1991.

AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1995.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), *Les principes fondamentaux reconnus par les lois de la République - Principes constitutionnels et justification dans les discours juridiques*, Paris, Economica, collection droit public positif, 2001.

DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, 2^e éd., Duckworth, Londres, 1981.

DWORKIN (R.), *Freedom's Law - The Moral Reading of the American Constitution*, Cambridge, Mass., Harvard UP, 1996.

HART (H.L.A.), *The Concept of Law*, Clarendon Law Series, Oxford, 1961.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, 2^e édition, Trad. Eisenmann (C.), Dalloz, 1962, Paris.

KELSEN (H.), *Théorie générale des normes*, Trad. Beaud, (O.), P.U.F., Léviathan, 1995.

MACCORMICK (N.D.) et SUMMERS (R.S.) (dir.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991.

MILL (J.S.), *De la liberté*, Folio essais, Gallimard, Paris, 1990.

OST (F.) et Van de KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Publications universitaires Saint-Louis, 2002.

PERELMAN (Ch.), *Logique juridique*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 1979.

PERELMAN (C.) et OLBRECHTS-TYTECA (L.), *Traité de l'argumentation*, Éditions de l'Université de Bruxelles, 5^e éd., 2000, p. 500.

RAWLS (J.), *A Theory of Justice*, Oxford University Press, 1973.

RAWLS (J.), *Political Liberalism*, New York, Columbia University Press, 1993.

TROPER (M.), *Pour une théorie juridique de l'Etat*, P.U.F., Léviathan, Paris, 1994.

TROPER (M.), *La théorie du droit, le droit, l'État*, P.U.F., Léviathan, Paris, 2001.

2. Articles

BANKOKOWSKI (Z.), MACCORMICK (N.D.), SUMMERS (R.S.) et WROBLEWSKI (J.), "On Method and Methodology", in MACCORMICK (N.D.) et SUMMERS (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991, pp. 9-27.

Cahiers de philosophie politique et juridique, "La querelle des normes", n°27, 1995, Presses universitaires de Caen.

CHAMPEIL-DESPLATS (V.), "La notion de droit 'fondamental' et le droit constitutionnel français", *D.*, I, 1995, 323-329.

KELSEN (H.), "Le contrôle de constitutionnalité des lois - Une étude comparative des Constitutions autrichiennes et américaines", Trad. Louis Favoreu, *R.F.D.C.*, 1990, n°1, pp. 17-30.

MACCORMICK (N.), "Les contraintes argumentatives dans l'interprétation du droit", in AMSELEK (P.) (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1995, pp. 213-226.

MACCORMICK (N.D.), "Argumentation et interprétation en droit", in AMSELEK (dir.), *Interprétation et droit*, Bruxelles, Éd. Bruylant, 1995.

PFERSMANN (O.), "Bénéficiaires ou titulaires des droits fondamentaux", *A.I.J.C.*, 1991, pp.189-210.

PFERSMANN (O.), "L'argument moral en droit", non publié.

TROPER (M.), GRZEGORCZYK (Chr.), GARDIES (J.-L.), "Statutory Interpretation in France", Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991", in MACCORMICK (N.) et SUMMERS (R.S.), *Interpreting Statutes – A Comparative Study*, Dartmouth Publishing, Aldershot, 1991, pp. 171-211.

TROPER (M.), "La loi Gayssot et la Constitution", *Annales H.S.S.*, vol. 54, n° 6, 1999, pp. 1239-1255.

WROBLEWSKI (J.), "Principes du droit", *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 2è éd., 1993, pp. 474-476.

II. DROIT DE LA COMMUNICATION

A. FRANCE

1. Ouvrages généraux

- ALBERT (P.) et TUDESQ (A.-J.), *Histoire de la radio-télévision*, Paris, P.U.F., Que sais-je ?, 5^e édition, 1996.
- CONAC (G.), DEBENE (M.) et TEBOUL (G.), *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789*, Paris, Économica, 1993.
- Cours constitutionnelles et droits fondamentaux*, Aix-Marseille, Économica, 1982.
- DELMAS-MARTY (M.), LUCAS de LEYSSAC (C.), *Libertés et droits fondamentaux*, Seuil, Paris, 1996.
- DERIEUX (E.), *Droit de la communication*, 3^e éd., Paris, L.G.D.J., 1999.
- FAVOREU (L.), *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Économica, 1987.
- FAVOREU (L.), PHILIP (L.), *Les grandes décisions du conseil constitutionnel*, Sirey, 8^e éd., Paris, 1995.
- GAUCHET (M.), *La Révolution des droits de l'homme*, Paris, Gallimard, NRF, 1989.
- GENEVOIS (B.), *La jurisprudence du Conseil constitutionnel*, S.T.H., 1988.
- Groupe d'études et de recherches sur la justice constitutionnelle, *La Cour de cassation et la Constitution de la République*, Colloque des 9 et 10 décembre 1994, Aix en Provence, P.U.A.M., 1995.
- MORANGE (J.), *Droits de l'homme et libertés publiques*, P.U.F., Paris, 2^e éd. 1989.
- REBÉRIOUX (M.), de BAECQUE (A.) et GODINEAU, (D.), *Ils ont pensé les droits de l'homme – Textes et débats (1789-1793)*, Paris, Études et documents internationaux, 1989.
- RIALS (S.) (éd.), *La déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, Hachette, Pluriel, p. 115.
- RIVÉRO (J.), *Les libertés publiques, Tome 1, Les droits de l'homme*, 7^e éd., Thémis, P.U.F., Paris, 1995.
- RIVÉRO (J.), *Le conseil constitutionnel et les libertés publiques*, Économica, 2^e éd., Paris, 1987.
- STEFANI (G.), LEVASSEUR (G.) et BOULOC (B.), *Droit pénal général*, Paris, Précis Dalloz, 14^e éd., 1992, p.239.

2. Articles généraux

BARBRY (E.) et OLIVIER (F.), "Aperçu rapide de la loi 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications", *J.C.P.*, Ed. G., Act., n° 38, 16 janvier 1997.

BADINTER (R.), GENEVOIS (B.), "Normes de valeur constitutionnelle et degré de protection des droits fondamentaux", *R.U.D.H.*, 1990, pp. 258-268.

BARBRY (E.), et OLIVIER (F.), "Aperçu rapide de la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 sur la réglementation des télécommunications", *J.C.P.*, Ed. G., Act. n° 38, 18 septembre 1996.

CARBONNIER (J.), "Le silence et la gloire", *Dalloz*, Chron., 1951, n° 28, pp. 119-122.

CHEVALLIER (J.), "Le statut de la communication audiovisuelle", *A.J.D.A.*, 20 octobre 1982, n°10, p. 555.

CHEVALLIER (J.), "Constitution et communication", *Dalloz*, Chr., 1991, 247-256.

CHEVALLIER (J.), "La mise ne œuvre de la réforme des télécommunications", *R.F.D.A.*, vol. 13, n.6, 1997, pp. 1115-1128.

COHEN-JONATHAN (G.), "Discrimination raciale et liberté d'expression", *R.U.D.H.*, 1995, pp. 1- 8.

DA COSTA (J.-M.), "La hiérarchie des normes constitutionnelles et sa fonction dans la protection des droits fondamentaux", *R.U.D.H.*, 1990, pp. 269-275.

DERIEUX (E.), "Le nouveau statut de la communication - Les lois du 1er août 1986, 30 septembre 1986, 27 novembre 1986", *R.D.P.*, vol. 2, 1987, pp. 321-360.

DERIEUX (E.), "Faut-il abroger la loi de 1881 ?", *Légipresse*, n°154, p. 96.

DEZEUZE (E.), "L'autonomie du procès civil de la presse", *Les Petites affiches*, 12 août 1998, n°96, p. 12.

ETIEN (R.), "Jurisprudence constitutionnelle sur la communication audiovisuelle", *R.A.*, janvier-février 1983, pp.36-39.

FAVOREU (L.), "La protection des droits et libertés fondamentaux", *A.I.J.C.*, 1985, pp. 182-190.

FAVOREU (L.), "Vers un droit constitutionnel européen ; quel droit constitutionnel européen?", *R.U.D.H.*, vol. 7, n°11-12, 1995, pp. 357-364.

FROMONT (M.), "Les titulaires de la liberté d'expression", *A.I.J.C.*, 1995, pp.428-449.

Le BÉGUEC (D.), "De la rhétorique parlementaire à la rhétorique judiciaire : la défense de la liberté de la presse sous la Restauration", *Droits*, n° 36, 2002, p. 21-38

"Le Conseil constitutionnel, protecteur des libertés ?", *Pouvoirs*, n°13, 1986.

"Les droits fondamentaux", *Pouvoirs*, 1987.

MAISL (H.), "La nouvelle réglementation des télécommunications", *A.J.D.A.*, 1996, pp.762-779.

MAISL (H.), "Les transformations récentes", *A.J.D.A.*, 20 mars 1997, pp. 212-216.

PONTIER (J.-M.), "De la censure", *Dalloz*, 1994, pp. 45-49.

RAVANAS (J.), "Liberté de la presse et responsabilité civile : l'illusion d'une hiérarchie des normes en conflit", *Dalloz*, 1997, p. 268.

REGOURD (S.), "La décentralisation et le système audiovisuel français", *A.J.D.A.*, 20 octobre 1985, pp. 515-527.

ROUX (A.), "La liberté de communication dans la jurisprudence constitutionnelle française", *A.I.J.C.*, 1987, pp. 318-341.

Travaux de l'association Henri Capitant, "Vérité et liberté d'expression (le droit de propager la vérité)", *La vérité et le droit*, Tome XXXVIII, Economica, Paris, 1987, pp. 205-364.

3. Recueil de décisions

Recueil de jurisprudence constitutionnelle - 1959-1993, Décisions D.C., L., F.N.R., I du Conseil constitutionnel réunies par Louis Favoreu, Paris, LITEC, 1994, mises jour 1994 et 1995.

4. Notes et chroniques de jurisprudence

AVRIL (P.) et GICQUEL (J.), Chron., Déc. n° 82-141 DC du 27 juillet 1982, *Pouvoirs*, 82, n° 2, pp. 180-182.

FAVOREU (L.), Chron., Déc. n°86-210 du 29 juillet 1986, *R.D.P.*, 1989, n° 2, pp. 490-496.

MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), chron., Déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *R.F.D.C.*, 1996, pp. 834-838.

RAVANAS (J.), note sous Cour de cassation, 14 janvier 1996, *Dalloz*, 1997, J, p 268.

ROUSSEAU (D.), chron., Déc. n° 93-33 DC du 21 janvier 1994, *R.D.P.*, 1-1995, pp. 99-103.

SCHRAMECK (O.), chron., Déc. n° 96-378 DC et déc. n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *A.J.D.A.*, 1996, pp. 694-696.

TREMEAU (J.), chron., Déc. n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *R.F.D.C.*, 1996, pp. 823-834.

WACHMANN (P.), note, Déc. n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *A.J.D.A.*, 1987, p. 102-114.

WACHMANN (P.), note, Déc. n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, *A.J.D.A.*, 1994, p. 735-737.

5. Thèses et mémoires

GAY-BELLILE (D.), *Liberté d'expression et nouvelles technologies de communication*, Thèse, Université de Paris II, 1989.

HAMON (A.), *Une approche de la liberté d'expression sur internet*, Mémoire de DEA, Université Paris X Nanterre, 2000

PECH (L.), *La liberté d'expression et sa limitation, étude de droit comparé*, Thèse, Aix-Marseille III, 2001.

6. Principaux textes législatifs et comptes-rendus des débats

Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, insérée dans le code pénal, Annexe "presse et communication".

Loi n° 82-652 du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle, *J.O.*, 30 juillet 1982, p. 2431.

Loi n° 85-1317 du 13 décembre 1985 modifiant la loi du 29 juillet 1982 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 14 décembre 1985, p. 14535.

Loi n° 86-897 du 1^{er} août 1986 portant réforme du régime juridique de la presse, *J.O.*, 2 août 1986, p. 9529.

Loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 1^{er} octobre 1986, 11755, pour sa version originale.

Loi n° 90-615 du 13 juillet 1990 tendant à réprimer tout acte raciste, antisémite ou xénophobe, *J.O.*, n° 162 du 14 juillet 1990.

Loi n° 96-649 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, *J.O.*, 27 juillet 1996, p. 11384.

Loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 relative à l'entreprise nationale France Télécom, *J.O.* n° 174, 27 juillet 1996, p. 11398.

7. Décisions du Conseil constitutionnel relatives à la liberté de communication

Décision n° 78-96 DC du 27 juillet 1978, *Loi complétant la loi n° 74-696 du 7 août 1974 relative à la radiodiffusion et à la télévision, Recueil*, p. 29.

Décision n° 81-129 DC des 30 et 31 octobre 1981, *Loi portant dérogation au monopole d'État de la radiodiffusion, Recueil*, p. 35.

Décision n° 82-141 du 27 janvier 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle, Recueil*, p. 48.

Décision n° 84-176 DC du 25 juillet 1984, *Loi modifiant la loi du 29 juillet 1982 sur la communication audiovisuelle et relative à certaines dispositions applicables aux services de communication audiovisuelle soumis à autorisation, Recueil*, p. 55.

Décision n° 84-181 DC des 10 et 11 octobre 1984, *Entreprises de presse, Recueil*, p. 78.

Décision n° 86-210 DC du 29 juillet 1986, *Loi portant réforme du régime juridique de la presse, Recueil*, p. 110.

Décision n° 86-217 DC du 18 septembre 1986, *Loi relative à la liberté de communication, Recueil*, p. 141

Décision n° 88-248 DC du 17 janvier 1989, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, Recueil*, p. 18

Décision n° 94-345 DC du 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française, Recueil*, p. 106.

Décision n° 96-378 DC du 23 juillet 1996, *Loi de réglementation des télécommunications, Recueil*, p. 99.

Décision n° 96-380 DC du 23 juillet 1996, *Loi relative à l'entreprise nationale France télécom, Recueil*, p. 107.

B. ÉTATS-UNIS

1. Ouvrages

1.1. Ouvrages sur la liberté d'expression

- AUSTIN (J.L.), *How to Do Things with Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1962.
- BAKER (E. C.), *Human Liberty and Freedom of Speech*, New York, Oxford University Press, 1989.
- BARENDT (E.), *Freedom of speech*, Oxford, Clarendon Press, 1992.
- BARRON (J.A.), DIENES (T.), *First Amendment Law*, West Publishing, Saint Paul, 1991.
- BOLLINGER (L.C.), *Images of a Free Press*, Chicago, University of Chicago Press, 1991.
- BOLLINGER (L.C.) et STONE (G.R.) (éd.), *Eternally Vigilant – Free Speech in the Modern Era*, Chicago, The University of Chicago Press, 2002.
- CAMPBELL (T.) et SADURSKI (W.), *Freedom of Communication*, Hants, Dartmouth Publishing Company, 1994.
- EMERSON (T.I.), *The System of Freedom of Expression*, New York, Random House, 1970.
- FISH (S.), *There is No Such Thing As Free Speech and It's a Good Thing Too*, New York, Oxford University Press, 1994.
- GREENWALT (K.), *Speech, Crime, and the Uses of Language*, New York, Oxford University Press, 1989.
- GUNDERSON (K.) (ed.), *Language, Mind and Knowledge*, Minneapolis, University of Minnesota Press, 1975.
- GUNTHER (G.), *Constitutional Law and Individual Rights in Constitutional Law*, 12e et 5e ed., 1996 supplement by Schauer, F., University Casebook Series, New York, The Foundation Press.
- HAIMAN (F.S.), *“Speech Acts” and The First Amendment*, Carbondale and Edwardsville, Southern Illinois University Press, 1993.
- MACKINNON (C.), *Only Words*, Cambridge, Harvard University Press, 1994.
- MEIKLEJOHN (A.), *Free Speech and Its Relation to Self-Government*, Washington, Kennikat Press, 1948.
- SADURSKI (W.), *Freedom of Speech and Its Limits*, Dordrecht, Kluwer Academic Publishers, 1999.

- SCHAUER (F.), *Free Speech: A Philosophical Inquiry*, Cambridge, Cambridge University Press, 1982.
- SEARLE (J.R.), *Speech Acts: An Essay in the Philosophy of Language*, Londres, Cambridge University Press, 1969.
- SHIFFRIN (S.H.) et CHOPER (J.H.), *The First Amendment*, 2e éd., Saint Paul, American Casebook Series, West Publishing, 1996.
- SHIFFRIN (S.H.) et CHOPER (J.H.), *The First Amendment*, supplément 1996, Saint Paul, American Casebook Series, West Publishing, 1996.
- SHIFFRIN (S.H.), *The First Amendment, Democracy and Romance*, Harvard University Press, 1990.
- SUNSTEIN (C.R.), *Democracy and the Problem of Free Speech*, New York, The Free Press, 2è éd., 1995.
- WITTGENSTEIN (L.), *Culture and Value*, Ed. Peter Winch, Chicago, University of Chicago Press, 1980.

1.2. Ouvrages généraux

- BARRON (J.A.), DIENES (T.), *Constitutionnal Law*, West Publishing, Saint Paul, 1994.
- BARTON (C.T.), LUSHBOUGH (D.J.), GAYNES (M.J.), ZUCKMAN (H.L.), *Mass Communication Law*, West Publishing, Saint Paul, 1994, 520 p.
- POWE (L.A.), *American Broadcasting and the First Amendment*, Berkeley, University of California Press, 1987.
- SHAPIRO (A.L.), *The Control Revolution – How the Internet is Putting Individuals in Charge and Changing the World We Know*, New York, A Century Foundation Book, 1999.
- TOINET (M.F.), *Le système politique des États-Unis*, Thémis, P.U.F., Paris, 2e éd., 1990.
- TOINET (M.F.), *La Cour suprême, les grands arrêts*, Presses universitaires de Nancy, 1989.

2. Articles

2.1. Articles sur la liberté d'expression

- A.C.L.U., "ACLU Calls Flag Desecration Amendment Assault on Free Speech; Says Measure Fails Very Principles Flag Embodies", 25 mai 2005 : <http://www.aclu.org/freespeech/flag/11269prs20050525.html>.

- AUSTIN (J.L.), "Performative Utterances", in *Philosophical Papers*, 3^e éd., Londres, Oxford University Press, 1979.
- BAKER (E. C.), "Scope of the First Amendment: Freedom of Speech", *U.C.L.A. Law Review*, 1978, vol. 25, pp. 964-1040.
- BORK (R.), "Neutral Principles and Some First Amendment Problems", *Indiana Law Journal*, vol. 47, 1971, pp. 1-35.
- CARRILLO (M.), "Liberté d'expression et droit à l'information : la question des limites", *A.I.J.C.*, 1995, pp. 487-500.
- EBERLE (E.J.), "Hate Speech, Offensive Speech, and the Public Discourse in America", 1994, *Wake Forest Law Review*, vol. 29, pp. 1135-1213.
- EMERSON (T.), "Towards a General Theory of the First Amendment", *The Yale Law Journal*, 1963, p. 877.
- KALVEN (H.Jr.), "The Concept of the Public Forum: Cox v. Louisiana", *Supreme Court Review*, 1965, vol. 1, p.23.
- MASSARO (T.M.), "Post, Fiss, and the Logic of Democracy", 1993, *Colorado Law Review*, vol. 64, pp. 1145-1169.
- MEIKLEJOHN (A.), "The First Amendment is an Absolute", *The Supreme Court Review*, vol. 245, 1961.
- MENAND (L.), "It's a Wonderful Life. The People vs Larry Flynt", *New York Review of Books*, 6 février 1997, pp.25-29.
- POST (R.C.), "The Social Foundations of Defamation Law: Reputation and the Constitution", *California Law Review*, vol. 74, 1986, p. 691.
- POST (R.C.), "Cultural Heterogeneity and Law: Pornography, Blasphemy, and the First Amendment", *California Law Review*, vol. 76, n. 2, Mars 1988, pp. 297-335.
- POST (R.C.), "The Social Foundations of Privacy: Community and Self in the Common Law of Tort", *California Law Review*, vol. 77, n. 1, 1989, pp. 957-1010.
- POST (R.C.), "The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*", *Harvard Law Review*, vol. 103, n. 3, Janvier 1990, pp. 601-686.
- POST (R.C.), "Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse", *University of Colorado Law Review*, vol. 64, n. 4, 1993, pp. 1109-1137.
- POST (R.C.), "Between Democracy and Community: The Legal Constitution of Social Form", in CHAPMAN (J.W.) et SHAPIRO (I.) (dir.), *Democratic Community: Nomos XXXV*, New York, NYU Press, 1993, pp. 163-190.

- POST (R.C.), "Recuperating First Amendment Doctrine", *Stanford Law Review*, vol. 47, 1995, pp. 1249-1281.
- REDISH (M.), "The Value of Free Speech", *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 130, 1982, pp. 591-645.
- ROSENFELD (M.), "La filosofia della libertà d'espressione in America", *Ragion Pratica*, vol. 12, 1999, pp. 17-30.
- SADURSKI (W.), "Does the Subject Matter? Viewpoint-Neutrality and Freedom of Speech", *Cardozo Arts and Entertainment Law Journal*, vol. 15, n.2, 1997, pp. 315-369.
- SADURSKI (W.), "A Right to Speak and a Right not to Listen", Communication lors de la session plénière, *World Congress of Philosophy of Law*, Buenos Aires, 12 août 1997.
- SCANLON (T.), "A Theory of Freedom of Expression", *Philosophy and Public Affairs*, 1972, vol. 1, p. 204.
- SCHLAG (P.), "How to do Things with the First Amendment", *Colorado Law Review*, 1993, vol. 64, pp. 1095-1107.
- SMOLLA (R.A.), "Dun & Bradstreet, Hepps, and Liberty Lobby: A New Analytic Primer on the Future Course of Defamation", *Georgetown Law Review*, 1987, vol. 75, pp. 1519-1573.
- STONE (G.R.), "Autonomy and Distrust", *Colorado Law Review*, 1993, vol. 64, pp. 1171-1178.

2.2. Articles sur le droit de la communication

- BENYEKHLEF (K.), "Constitutions et médias en droit canadien et américains", *A.I.J.C.*, 1995, pp.467-486.
- "Constitution et médias", *A.I.J.C.*, 1995.
- DAVIS (M.), "La liberté d'information : l'approche américaine", *A.I.J.C.*, 1987, pp.301-308.
- KRATTENMAKER (T.G.), "The Telecommunications Act of 1996", *Federal Commission Law Journal*, vol. 49, n° 1, novembre 1996.
- "La Cour suprême des Etats-Unis", *Pouvoirs*, n°59, P.U.F., Paris, 1991.
- QUELLO (J.H.), "Q's World : The Future of Broadcast Regulation", *Federal Commission Law Journal*, vol. 47, n°2, décembre 1994.
- READ (W.H.) et WEINER (R.A.), "FCC Reform : Governing Requires a New Standard", *Federal Commission Law Journal*, vol. 49, n°2, mars 1997.

STONE (A.), "Que reste-t-il de concret dans le contrôle abstrait aux Etats-Unis ?", *R.F.D.C.*, n° 34, 1998, pp. 227-250.

THIERE (A.D.), "A 10-Point Agenda for Comprehensive Telecom Reform", *Cato Institute*, Briefing Papers, vol. 63, 8 mai 2001.

3. Décisions de la Cour suprême concernant la liberté d'expression et les médias⁴³⁸

3.1. Décision concernant le Premier amendement

Schenck v. United States, 249 U.S. 47 (1919)

Frohwerk v. United States, 249 U.S. 204 (1919)

Debs v. United States, 249 U.S. 211 (1919)

Gitlow v. New York, 268 U.S. 652 (1925)

Whitney v. California, 274 U.S. 357 (1927)

Thornhill v. Alabama, 310 U.S. 88 (1940)

Chaplinsky v. State of New Hampshire, 315 U.S. 568 (1942)

West Virginia Board of Education v. Barnette, 319 U.S. 624 (1943)

American Communications Ass'n v. Doubts, 339 U.S. 382 (1950)

Bridges v. California, 314 U.S. 252 (1951)

Dennis v. United States, 341 U.S. 494 (1951)

Beauharnais v. Illinois, 314 U.S. 250 (1952)

Teamsters Local 695 v. Vogt, 354 U.S. 284 (1957)

Roth v. United States, 354 U.S. 476 (1957)

Smith v. California, 361 U.S. 147 (1959)

Mills v. Alabama, 384 U.S. 214 (1966)

United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968)

⁴³⁸ L'ensemble des décisions de la Cour suprême américaine sont accessibles dans le site internet du moteur de recherche FindLaw : <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> ; les décisions des autres juridictions sont accessibles sur : <http://www.findlaw.com>.

Brandenburg v. Ohio, 395 U.S. 444 (1969)

Street v. New York, 394 U.S. 576 (1969)

Hamling v. United States, 418 U.S. 87 (1974)

Spence v. Washington, 418 U.S. 405 (1974)

Village of Skokie v. National Socialist Party of America, 373 N.E. 2d 21 (1978)

Board of Education v. Pico, 457 U.S. 583 (1982)

American Booksellers Association Inc. v. Hudnut, 771 F. 2d 323 (1985)

Hustler Magazine v. Falwell, 485 U.S. 46 (1988)

Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989)

United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990)

Rust v. Sullivan, 500 U.S. 173 (1991)

R.A.V. v. City of Saint Paul, 505 U.S. 377 (1992)

McIntyre v. Ohio Elections Commission, 514 U.S. 334 (1995)

Rosenberger v. University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995)

3.1.1. Décisions concernant l'obscénité et la pornographie

Ginzburg v. United States, 383 U.S. 463 (1966)

Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968)

Stanley v. Georgia, 394 U.S. 557 (1969)

Miller v. California, 413 U.S. 15 (1973)

Paris Adult Theatre v. Slaton, District Attorney, 413 U.S. 48 (1973)

Young v. American Mini Theatres, 427 U.S. 50 (1976)

New York v. Ferber, 458 U.S. 747 (1982)

Renton v. Playtime Theatres, Inc., 475 U.S. 41 (1986)

Barnes v. Glen Theatre Inc., 501 U.S. 560 (1991)

3.1.2. Décisions concernant la théorie du "Public Forum"

Davis v. Com. of Massachusetts, 167 U.S. 43 (1897)

Lovell v. Griffin, 303 U.S. (1938)

Hague v. Committee for Industrial Organization, 307 U.S. 496 (1939)

Schneider v. New Jersey, 308 U.S. 147 (1939)

Cox v. New Hampshire, 312 U.S. 569 (1941)

Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946)

Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 (1968)

Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551 (1972)

Chicago Police Department v. Mosley, 408 U.S. 92 (1972)

Grayned v. City of Rockford, 408 U.S. 104 (1972)

Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976)

Heffron v. International Society for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981)

Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37 (1983)

Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, Inc., 473 U.S. 788 (1985)

Frisby v. Schultz, 487 U.S. 474 (1988)

Ward v. Rock Against Racism, 491 U.S. 781 (1989)

International Society for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672 (1992)

Lee v. International Society for Krishna Consciousness, 505 U.S. 830 (1992)

3.1.3. Décisions concernant la théorie du "Public Discourse"

Dun & Bradstreet, Inc. v. Greenmoss Builders, Inc., 472 U.S. 749 (1985)

Givhan v. Western Line Consol. School Dist., 439 U.S. 410 (1979)

3.2. Décisions concernant la liberté de la presse

Near v. State of Minnesota Ex Rel. Olson, 283 U.S. 697 (1931)

Associated Press v. NLRB, 301 U.S. 103 (1937)

Associated Press v. United States, 326 U.S. 1 (1945)

N. A. A. C. P. v. Button, 371 U.S. 415 (1963)

Garrison v. Louisiana, 379 U.S. 64 (1964)

New York Times v. Sullivan, 376 U.S. 264 (1964)

Rosenblatt v. Baer, 383 U.S. 75 (1966)

New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971)

Branzburg v. Hayes, 408 U.S. 665 (1972)

Columbia Broadcasting System, Inc. v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973)

Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo, 418 U.S. 241 (1974)

Gertz v. Robert Welch Inc., 418 U.S. 323 (1974)

Houchins v. KQED, Inc., 438 U.S. 1 (1978)

Philadelphia Newspapers Inc. v. Hepp, 475 U.S. 767 (1986)

3.3. Décisions concernant la liberté de l'audiovisuel et le cinéma

National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943)

Joseph Burstyn, Inc., v. Wilson, 343 U.S. 495 (1952)

Erznoznik v. City of Jacksonville, 422 U.S. 205 (1975)

Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)

Columbia Broadcasting System, Inc., v. Democratic National Committee, 412 U.S. 94 (1973)

Federal Communications Commission v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978)

CBS, Inc. v. Federal Communications Commission, 453 U.S. 367 (1981)

Federal Communications Commission v. League of Women Voters of California, 468 U.S. 364 (1984).

Arkansas Educational Television Commission v. Forbes, 000 U.S. 86-779 (1998)

Sable Communications of California, Inc., v. Federal Communications Commission, 492 U.S. 115 (1989)

Metro Broadcasting, Inc. v. Federal Communications Commission, 497 U.S. 547 (1990)

Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission, 512 U.S.622 (1994)

Denver Area Educational Telecommunications Consortium, Inc. v. Federal Communications Commission, 116 U.S. 2374 (1996)

Turner Broadcasting System, Inc. v. Federal Communications Commission, 000 U.S. 95-992 (1997)

United States v. Playboy Entertainment Group, Inc., 000 U.S. 98-1682 (2000)

4. Rapports officiels

FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION, *About the FCC – A Consumer Guide to Our Organization, Functions and Procedures*,
<http://www.fcc.gov/aboutus.html>.

POWELL (M.K.), *Re: In the Matter of Repeal or Modification of the Personal Attack and Political Editorial Rules*, MM Docket No. 83-484, Federal Communications Commission, le 4 octobre 2000,
<http://ftp.fcc.gov/Speeches/Powell/Statements/2000/stmkp023.html>.

III. DROIT DE L'INTERNET

A. FRANCE

1. Ouvrages relatifs à l'internet

HUET (P.) (dir.), *Le droit du multimédia - De la télématique à Internet*, Paris, AFTEL, Les éditions du téléphone, 1996.

OST (F.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., coll. "Droit", 2002.

TRUDEL (P.) (éd.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Ed. Thémis, 1997.

2. Articles relatifs à l'internet

ADER (B.), "La responsabilité des acteurs de l'internet après la loi du 1^{er} août 2000", *Légipresse*, n° 176, nov. 2000, pp. 113-118, p. 116.

AUVRET (P.), "L'application du droit de la presse au réseau Internet", *J.C.P.*, G., 1999, I, n° 108, pp. 257-263.

BERTRAND (A.), "Regard critique sur l'arrêt Lacoste", *Légipresse*, II, n° 169, pp. 31-32.

CANTEGREIL (J.), "Terrorisme et libertés, la voie française après le 11 septembre", *En Temps Réel*, Cahier 20, janvier 2005, p.27-51

DE CANDÉ (P.), "La responsabilité des intermédiaires de l'internet ou ISP (1) : l'apport du projet de loi sur la société de l'information", *Dalloz*, n° 24, 2001, pp. 1934-1938.

CHASSAING (J.F.), "L'internet et le droit pénal", *Dalloz*, Chron., 1996, p. 329.

DERIEUX (E.), "Instabilités et incertitudes législatives dans le domaine des communications au public par voie électronique", *Les petites affiches*, 17 novembre 2004, n° 230, p.3.

HAAS (G.) et de TISSOT (O.), "Remarques sur les problèmes posés par les atteintes aux droits individuels sur les forums Internet", 20 décembre 1998, *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/chronique/forum.htm>.

I.R.I.S. (Imaginons un réseau internet solidaire), "Avant-projet de loi sur la "société de l'information" : analyse et recommandations d'Iris", 21 mai 2001, <http://www.iris.sgdg.org/documents/rapport-lsi-apl/rapport-lsi-apl.html>.

- I.R.I.S. (Imaginons un réseau internet solidaire), "Amendement Fillon' 2.0 : au secours, la déontologie de l'expression publique revient !", Communiqué de presse, 14 février 2007, <http://www.iris.sgdg.org/info-debat/comm-deontologie0207.html>.
- JEZ (E.) et PANSIER (F.-J.), "Responsabilité des hébergeurs à l'aune de la loi du 1^{er} août 2000 (JO du 2 août 2000) – Bilan des acquis jurisprudentiels et d'une réforme législative amputée", *Gaz. Pal.*, 8 et 9 septembre 2000, pp. 1511-1516.
- LAPRES, (D.A.), "Affaires Yahoo! (I et II) et Al Manar : l'approche universaliste confirmée deux fois", *Juriscom.net*, 17 mai 2005, <http://www.juriscom.net/documents/yahoo20050517.pdf>.
- LEPAGE (A.), "Du sens de la mesure en matière de responsabilité civile sur l'internet : la loi, la jurisprudence et le fournisseur d'hébergement", *D.*, 2001, n°4, pp. 322-327.
- MALLET-POUJOL (N.), "Regard perplexe sur les récents travaux législatifs en droit de l'information", *Légipresse*, n°177, décembre 2000, pp. 137-141.
- MASSET (O.), "Affaire Aaargh : première et singulière application du 'référé LCEN'", *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/documents/resp20050627.pdf>.
- MELISON (D.), "Responsabilité des hébergeurs : une unité de régime en trompe-l'œil", *Juriscom.net*, 25 avril 2005, <http://www.juriscom.net/documents/resp20050425-2.pdf>.
- NOTTÉ (G.), "La directive 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique", *J.C.P.*, n°38, 20 septembre 2000, pp. 1687-1690
- PECH (L.), "Conflit entre différentes conceptions de la liberté d'expression sur l'internet", *Légipresse*, n°188, janvier/février 2002, p. 6.
- ROJINSKY (C.), "Commerce électronique et responsabilité des acteurs de l'Internet en Europe", *Gaz. Pal.*, mai-juin 2000, pp. 1076-1082.
- SÉDALLIAN (V.), "La responsabilité des prestataires techniques sur Internet dans le Digital Millenium Copyright Act américain et le projet de directive européen sur le commerce électronique", *Cahiers Lamy, Droit de l'informatique et des réseaux*, n°110, janvier 1999.
- SÉDALLIAN (V.), "Commentaire de l'affaire Yahoo!", *Juriscom.net*, 24 octobre 2000, <http://www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm>.
- SÉDALLIAN (V.), "Responsabilité des intermédiaires techniques – Le droit français", *Lex Electronica*, vol. 10, n°1, Hiver 2005, <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-1/sedallian.htm>.
- TABAKA (B.), "Les nouveaux défis de la conservation des données de connexion", *Juriscom.net*, 25 avril 2005, <http://www.juriscom.net/documents/resp20050425.pdf>.

- TABAKA (B.), "Le décret sur la conservation des données de connexion enfin publié !", *Juriscom.net*, 26 mars 2006, <http://www.juriscom.net/actu/visu.php?ID=805>.
- TESAR (Y.), "Metrobus remis sur les rails.'Où va-t-on ?', demande le juge", *Juriscom.net*, 4 février 2004, <http://www.juriscom.net/int/visu.php?ID=427>.
- THOUMYRE (L.), "Responsabilités sur le Web : une histoire de la réglementation des réseaux numériques", *Lex Electronica*, vol. 6, n.1, printemps 2000, <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/thoumyre.htm>.
- THOUMYRE (L.), "Responsabilité des hébergeurs : détours et contours de l'obligation de vigilance – A propos de l'arrêt de la Cour d'appel de Versailles du 8 juin 2000", *Cahiers Lamy droit de l'informatique et des réseaux*, n° 127, juillet 2000, pp. 5-9
- THOUMYRE (L.), "Aaargh : une ordonnance finalement mesurée", *Journal du Net*, 17 mai 2005, <http://www.journaldunet.com/tribune/050617thoumyre.shtml>.
- THOUMYRE (L.), "Les hébergeurs en ombres chinoises – Une tentative d'éclaircissement sur les incertitudes de la LCEN", *Revue Lamy de l'Immatériel*, n°5, mai 2005, p. 58.
- THOUMYRE (L.), "De la responsabilité arachnéenne sur Internet : Quelle issue pour les tisseurs de liens en France", *Lex Electronica*, vol. 10, n°1, hiver 2005, <http://lex-electronica.org/articles/v10-1/thoumyre.htm>.
- TRUDEL (P.), "L'exercice de la liberté d'expression dans le cyberspace", intervention lors du colloque *La liberté d'expression dans la société de l'information*, organisé par la Commission française de l'UNESCO, 15 novembre 2002, http://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_liberte_expression_2002/P_Trudel.pdf.
- VERBIEST (T.), "Quelle responsabilité pour les acteurs de l'Internet ? La diffusion d'informations sur le réseau peut-elle engager la responsabilité des partenaires techniques ?", 21 janvier 1999, *Juriscom.net*, <http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990121.htm>.
- VERBIEST (T.) et THOUMYRE (L.), "Le mannequin et l'hébergeur", *Juriscom.net*, 25 février 1999, <http://www.juriscom.net/pro/1/resp19990225.htm>.
- VERBIEST (T.), "La Directive européenne sur le commerce électronique", *Juriscom.net*, 15 juin 2000, <http://www.juriscom.net/espace2/ce0615.htm>.
- VERBIEST (T.) et WÉRY (É.), "La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche et d'hyperliens", *Légipresse*, Mai 2001, pp 49-53.
- VIVANT (M.), "Internet, un support publicitaire : régulation et déontologie", *Gaz. Pal.*, 22 novembre 1999, pp. 1503-1506

VIVANT (M.), "La responsabilité des intermédiaires de l'internet", *J.C.P.*, n° 45-46, 1999, pp. 2021-2025.

WERY (E.), "La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés", *Droit & Technologies*, 15 février 2007, <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1008>.

WERY (E.), "La notion de contenu manifestement illicite soumise au juge des référés", *Droit & Technologies*, 15 février 2007, <http://www.droit-technologie.org/actuality/details.asp?id=1008>.

3. Notes et chroniques de jurisprudence

ADER (B.), note sous Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. c/ les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel, Légipresse*, n° 169, III, pp. 41-44.

CARON (C.); note sous Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ Estelle Halliday, Gaz. Pal.*, 5-6 avril 2000, pp. 637-642.

MAISL (H.), note sous Tribunal de grande instance de Paris, ordonnance de référé, 12 juin 1996, *Les petites affiches*, no. 83, 10 juillet 1996.

MALLET-POUJOL (N.), note sous Cour d'appel de Paris, 10 février 1999, *Lacambre c/ E. Halliday, D.*, n° 26, 8 juillet 1999, pp. 389-393.

OLIVIER (F.), et BARBRY (E.), note sous Tribunal de grande instance de Nanterre, 8 décembre 1999, *Madame L. c/ les sociétés Multimania Production, France Cybermedia, SPPI, Esterel, J.C.P.*, II, 10279, pp. 577-582.

OLIVIER (F.), et BARBRY (E.), note sous Cour d'appel de Paris 10 février 1999, précités, p. 1088, *J.C.P.*, éd. G., 1999, II, no 10101

ROJINSKY (C.), note sous Cour d'appel de Versailles 8 juin 2000, *Société Multimania Production c/ L. Heineman Épouse Lacoste, Légipresse*, III, n° 174, pp. 139-146.

4. Documents officiels

AUTORITÉ DE RÉGULATION DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Avis n° 01-0423 sur le projet de loi sur la société de l'information*, 2 mai 2001, <http://www.art-telecom.fr/index.php?id=recherchedecisions>

COMMISSION NATIONALE INFORMATIQUE ET LIBERTÉS, *Délibération n°2005-208 du 10 octobre 2005 portant avis sur le projet de loi relatif à la lutte contre le terrorisme*, <http://www.cnil.fr/index.php?id=1883>.

- CONSEIL D'ÉTAT, Section du rapport et des études, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation française, 1998.
- CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, *Adaptation du cadre législatif de la société de l'information, Réponse du CSA au document d'orientation du Gouvernement*, La lettre du C.S.A., n° 125, février 2000.
- CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, *Avis sur le projet de loi sur la société de l'information*, Lettre du C.S.A., n°140, mai 2001.
- CONSEIL SUPÉRIEUR DE L'AUDIOVISUEL, *Avis relatif au projet de loi pour la confiance et la sécurité dans l'économie numérique*, 17 décembre 2002, http://www.csa.fr/infos/textes/textes_detail.php?id=10867
- 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.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Quels sont nos convictions et principes de fonctionnement ?*, <http://www.foruminternet.org/quisommesnous/valeurs.phtml>
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation "Conservation des données relatives à une communication électronique"*, 18 décembre 2001, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=230>.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Premier rapport d'activité, année 2002*, La Documentation française, 2003.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation du Forum des droits sur l'internet "Projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique"*, 6 février 2003, <http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-lcen-20030206.htm>.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation "Hyperliens : statut juridique"*, 3 mars 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=507>.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Recommandation "Quelles responsabilités pour les créateurs d'hyperliens ?"*, 23 octobre 2003, <http://www.foruminternet.org/recommandations/lire.phtml?id=666>.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *La réaction du Forum des droits sur l'internet suite à l'adoption de la LCEN par le Sénat*, 24 avril 2004, http://www.foruminternet.org/activites_evenements/lire.phtml?id=72.
- FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Guide pratique - Je blogue tranquille*, 2 novembre 2005, http://www.droitdunet.fr/telechargements/guide_blog_net.pdf.

PAUL (Chr.), *Du droit et des libertés sur l'internet – La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Rapport remis au Premier ministre, Paris, La Documentation française, 2000.

PIERRET (Chr), Secrétaire d'État à l'Industrie, Intervention au colloque *Quelle loi pour la société de l'information*, Maison du barreau de Paris, le 31 octobre 2001, <http://www.assembleenationale.fr/presidence/discours/3eba00952.asp>

PREMIER MINISTRE, *Discours de Hourtin*, prononcé le 26 août 1999 lors de l'Université d'été de la communication et dans le cadre de l'action gouvernementale pour la société de l'information, www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/discourspm.htm.

PREMIER MINISTRE, *Plan RE/SO 2007 (pour une République numérique dans la société de l'information)*, 12 novembre 2002, http://www.internet.gouv.fr/informations/information/plan_reso2007/.

6. Principaux textes législatifs et comptes-rendus des débats

Loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 modifiant la loi no 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, *J.O.*, 2 août 2000, p. 11903 :
 - ASSEMBLÉE NATIONALE, Compte-rendu intégral des débats, <http://www.assemblee-nationale.fr/11/dossiers/communic.asp>
 - SÉNAT, Compte-rendu intégral des débats, <http://www.senat.fr/dossierleg/audiovisuel.html>

Loi n° 2001-1062 du 15 novembre 2001 relative à la sécurité quotidienne, *J.O.* n°266 du 16 novembre 2001, p. 18215.

Loi n° 2003-239 du 18 mars 2003 pour la sécurité intérieure, *J.O.* n° 66 du 19 mars 2003, p. 4761.

Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique :
 - ASSEMBLÉE NATIONALE, Compte-rendu intégral des débats, http://www.assemblee-nationale.fr/12/dossiers/economie_numerique.asp#030528
 - SÉNAT, Compte-rendu intégral des débats, <http://www.senat.fr/dossierleg/pjl02-195.html>

Loi n° 2004-669 du 9 juillet 2004 relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle, *J.O.*, n° 159, 10 juillet 2004, p. 12483.

Loi n° 2004-801 du 6 août 2004 relative à la protection des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel et modifiant la loi n° 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés, *J.O.*, n° 182, 7 août 2004, p. 14063.

Loi n° 2006-64 du 23 janvier 2006 relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers, *J.O.*, n° 20 du 24 janvier 2006, p. 1129.

7. Décisions du Conseil constitutionnel relatives à l'internet et commentaire

Décision 2000-433 D.C. du 27 juillet 2000, *Loi modifiant la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication*, *Recueil*, p. 121.

Décision n° 2004-496 DC, 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, *Recueil*, p. 101.

Cahiers du Conseil constitutionnel n°17, Décision et documents du Conseil constitutionnel, Jurisprudence, Décision n°2004-496 DC du 10 juin 2004, *Loi pour la confiance dans l'économie numérique*, 10 juin 2004 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/cahiers/cc17/jurisp496.htm>.

Décision n° 2005-532 DC du 19 janvier 2006, *Loi relative à la lutte contre le terrorisme et portant dispositions diverses relatives à la sécurité et aux contrôles frontaliers*, *Recueil*, p. 31.

B. ÉTATS-UNIS

1. Ouvrages relatifs à l'internet

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER (E.P.I.C.), *Filters and Freedom 2.0 – Free Speech Perspectives on Internet Content Controls*, Washington DC, 2è ed., 2001.

LESSIG (L.), *Code and Other Laws of Cyberspace*, New York, Basic Books, 1999.

LESSIG (L.), *The Future of Ideas*, New York, Random House, 2001.

SUNSTEIN (C.R.), *Republic.com*, Princeton, Princeton University Press, 2001.

2. Articles relatifs à l'internet

AMERICAN CIVIL LIBERTIES UNION (A.C.L.U.), "Fahrenheit 451.2: Is Cyberspace Burning? How Rating and Blocking Proposals May Torch Free Speech on the Internet", in E.P.I.C., *Filters and Freedom 2.0 – Free Speech Perspectives on Internet Content Controls*, Washington DC, 2è ed., 2001, pp. 97-116.

BARLOW (J. P.), "A Cyberspace Independence Declaration", 1996, <http://homes.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

- BERMAN (J.) et WEITZNER (D.J.), "Abundance and User Control: Renewing the Democratic Heart of the First Amendment in the Age of Interactive Media", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1619-1638.
- BLUMSTEIN (S.), "The New Immunity in Cyberspace: The Expanded Reach of the Communications Decency Act to the Libelous 'Re-Poster'", *Boston University Journal of Science and Technology Law*, summer 2003, pp. 407-432.
- BUTLER (C.), "Plotting the Return of an Ancient Tort to Cyberspace: Towards a New Federal Standard of Responsibility for Defamation for Internet Service Providers", *Michigan Telecommunication and Technology Law Review*, n°6, 2000, pp. 247-272
- BOVENZI, (G.), "Liabilities of System Operators on the Internet", *Berkeley Technology and Law Journal*, vol. 11-1, 1996, pp. 92-146.
- BRADLEY (C.), COLE (D.), DELLINGER (W.), DWORKIN (R.) et al., "On N.S.A. Spying: A Letter to Congress", *New York Review of Books*, vol. 53, n°2, 9 février 2006.
- CAINE (B.), "Freedom of Expression in the Information Society", intervention lors du colloque *La liberté d'expression dans la société de l'information*, organisé par la Commission française de l'UNESCO, 15 novembre 2002, http://www.unesco.org/comnat/france/Colloque_liberte_expression_2002/B_Caine.doc.
- CAMPBELL (A.J.), "Self-Regulation and the Media", *Federal Communications Law Journal*, vol. 51, n. 3, pp. 711-771.
- CANNON (R.), "The Legislative History of Senator Exon's Communications Decency Act: Regulating Barbarians on the Information Superhighway", *Federal Communications Law Journal*, vol.49, n°1, novembre 1996, <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v49/no1/cannon.html>.
- CRONAUER (A.), "The Fairness Doctrine : A Solution in Search of a Problem", *Federal Commission Law Journal*, vol. 47, n° 1, octobre 1994.
- DWORKIN (R.), "The Threat to Patriotism", *New York Review of Books*, vol. 49, n°3, 28 février 2002.
- EASTERBROOK (F.H.), "Cyberspace and the Law of the Horse", *University of Chicago Legal Forum*, 1996, pp. 207-216
- GEY (S.G.), "Reopening the Public Forum from Sidewalks in Cyberspace", *Ohio State Law Journal*, vol. 58, 1998, pp. 1535-1634.
- GOLDSTONE (D.J.), "A Funny Thing That Happened on the Way to the Cyber Forum: Public v. Private in Cyberspace Speech", *Colorado Law Review*, 1998, vol. 69, pp. 1-70.

- FABER (J.S.), "Regulation of the Internet: A Lesson in Reaching Too Far", <http://www.cyberlaw.com/regint/html> (visité le 25/11/1999).
- FAYLE (K.), "Plaintiffs Appeal Holding that Employers Have Immunity from Suit Under Section 230 of the Communications Decency Act", *FindLaw Legal Technology Center*, janvier 2007, <http://technology.findlaw.com/articles/00006/010622.html>.
- FISS (O.), "In Search of a New Paradigm", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1613-1617.
- FAUCETTE (J.E.), "The Freedom of Speech at Risk in Cyberspace: Obscenity Doctrine and a frightened University's Censorship of Sex on the Internet", *Duke Law Journal*, vol. 44, 1995, p. 1155 et s.
- Harvard Law Review*, "Development in the Law - The Law of Cyberspace", numéro spécial, vol. 112, pp. 1575-1704.
- JOHNSON (D.R.) et POST (D.), "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, n. 4-6, 1995-96, pp. 1367-1402.
- JOHNSTON (D.) et LIPTON (E.), "Justice Department Says F.B.I. Misused Patriot Act", *New York Times*, 9 mars 2007.
- KAPLAN (C.S.), "How is Libel Different in Cyberspace?", *The New York Times*, 9 août 2001.
- KAPOR (M.) et BARLOW (J.P.), "Across the Electronic Frontier", http://www.eff.org/Misc/EFF/?f=electronic_frontier.eff.txt.
- KRANICH (N.), "Le USA Patriot Act : Conséquences sur la liberté d'expression", *B.B.F.*, 2004, n° 6, p. 61-67.
- KRATTENMAKER (T.G.) et POWE (L.A.), "Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1719-1742.
- LADEUR (K.H.), "Monitoring and Blocking Illegal Content on the Internet - A German and Comparative Law Perspective", *German Yearbook of International Law*, vol. 41, 1998, pp. 55-83.
- LESSIG (L.), "The Path of Cyberlaw", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1743-1756.
- LESSIG (L.), "Reading the Constitution of Cyberspace", *Emory Law Journal*, vol. 45, 1996, pp. 869-911.
- LESSIG (L.), "The Zones of Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, n. 4-6, 1995-96, pp. 1403-1411.
- LESSIG (L.), "The Path of Cyberlaw", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1743-1755.

- LESSIG (L.), "What Things Regulate Speech: CDA 2.0 vs. Filtering", *Jurimetrics Journal*, vol. 38, 1998, pp. 629-686.
- LESSIG (L.), "Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model", *Michigan Law Review*, vol. 98, 1999, pp. 395-431.
- LESSIG (L.), "Regulatory Standards and the Future of the Net", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999, pp. 759-769.
- LESSIG (L.), "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, vol. 113, 1999, pp. 501-546.
- LESSIG (L.), "Values of Internet Governance", *Chicago Kent Law Review*, vol. 74, 1999, pp. 1405-1420.
- LESSIG (L.), "The Death of Cyberspace", *Washington and Lee Law Review*, vol. 57, 2000, pp. 337-347.
- LOUNDY (D.J.), "Computer Information Systems Law and System Operator Liability", *Seattle University Law Review*, vol. 21, n. 4, 1998, pp. 1075-1186.
- MITRANO (T.), "Civil Privacy and National Security Legislation: A Three-Dimensional View", *Educause Review*, vol. 38, n°6, 2003, pp. 52-62.
- NETANEL (N.W.), "Cyberspace 2.0", *Texas Law Review*, 2000, vol. 79, p. 447-491.
- NETANEL (N. W.), "Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View From Liberal Democratic Theory", *California Law Review*, vol. 88, 2000, p. 394-498.
- POSNER (R.A.), "The 9/11 Report: A Dissent", *The New York Times*, 29 août 2004.
- POST (D.), "Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace", *Journal of Online Law*, 1995, http://www.cli.org/DPost/X0023_ANARCHY.html.
- REIDENBERG (J.), "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review*, 1998, vol. 76, n°3, pp. 553-584.
- REIDENBERG (J.R.), "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", *Emory Law Journal*, 1996, vol. 45, p. 911.
- REIDENBERG (J.R.), "States and Internet Enforcement", *University of Ottawa Law and Technology Journal*, vol.1, 2003-2004, pp. 213-230.
- SHAPIRO (A.L.), "The Disappearance of Cyberspace and the Rise of Code", *Seton Hall Constitutional Law Journal*, 1998, vol. 8, pp. 703-723
- SUNSTEIN (C.R.), "The First Amendment in Cyberspace", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp.1757-1804.

SUNSTEIN (C.R.), "Probability Neglect: Emotions, Worst Cases, and Law", *Yale Law Journal*, 2002, vol. 112, p. 61.

VOLOKH (E.), "Cheap Speech and What It Will Do", *Yale Law Journal*, vol. 104, 1995, pp. 1805-1850.

VOLOKH (E.), "Freedom of Speech in Cyberspace from the Listener's Perspective: Private Speech", http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=44402

WILSKE (S.) et SCHILLER (T.), "International Jurisdiction in Cyberspace: Which States May Regulate the Internet", <http://www.law.indiana.edu/fclj/pubs/v50/no1/wilske.html>.

ZATZ (N.D.), "Sidewalks in Cyberspace: Making Space for Public Forums on the Electronic Environment", *Harvard Journal of Law and Technology*, 1998, vol. 12, pp. 149-240.

3. Rapports et documents officiels

COMMITTEE ON COMMERCE, *Child Online Protection Act*, House of Representatives, 105th Congress, 2nd session, 105-775.

COMMISSION ON CHILD ONLINE PORNOGRAPHY (C.O.P.A.), rapport au Congrès remis le 20 octobre 2000, <http://www.copacommission.org/report>.

DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of the Inspector General, *A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of National Security Letters*, mars 2007, <http://www.justice.gov/oig/special/s0703b/final.pdf>.

DEPARTMENT OF JUSTICE, Office of the Inspector General, *A Review of the Federal Bureau of Investigation's Use of Section 215 Orders for Business Records*, mars 2007, <http://www.justice.gov/oig/special/s0703a/final.pdf>.

4. Décisions de la Cour suprême relatives à l'internet⁴³⁹

Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997)

Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002)

United States v. American Library Association (ALA), 539 U.S. 194 (2003)

Ashcroft v. ACLU, 000 U.S. 13-218 (2004)

⁴³⁹ L'ensemble des décisions de la Cour suprême américaine sont accessibles dans le site internet du moteur de recherche FindLaw : <http://www.findlaw.com/casecode/supreme.html> ; les décisions des autres juridictions sont accessibles sur : <http://www.findlaw.com>.

IV. Autres pays

1. Ouvrages généraux

Bon (P.), Casalta Nabais (J.), Lobo Antunes (M.), Miranda (J.), Moderne (F.), Mota (H.), Nunes de Almeida (L.), Pereira da Silva (V.) (coll.), *La justice constitutionnelle au Portugal*, Paris, Économica, 1989.

Béguin (J.-C.), *Le contrôle de constitutionnalité des lois en R.F.A.*, Paris, Économica, 1982.

2. Textes européens relatifs à l'internet

Commission Européenne, *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, 3 décembre 1997, non publié au Journal officiel.

Directive 1999/93/CE du Parlement européen du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques, *J.O.C.E.*, n° L.13 du 19/01/2000, pp. 12-20.

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (directive sur le commerce électronique), *J.O.C.E.* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1-16.

Charte européenne des droits fondamentaux, 2000/C 364/01, 18 décembre 2000 :
http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2000/c_364/c_36420001218fr00010022.pdf

Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, dite directive "cadre", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 33-50.

Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, dite directive "autorisation", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 21-32.

Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, dite directive "accès", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 7-20.

Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, dite directive "service universel", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 51-77.

Décision n° 676/2002/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire pour la politique en matière de spectre radioélectrique dans la Communauté européenne, dite décision "spectre radioélectrique", *J.O.C.E.*, n° L 108 du 24/04/2002, pp. 1-6.

Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, dite directive "données personnelles", *J.O.C.E.*, n° L 201 du 31/07/2002, pp. 37-47.

Directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans les marchés des réseaux et des services de communications électroniques, dite directive "concurrence", *J.O.C.E.*, n° L 249 du 17/09/2002, pp. 21-26.

TABLE DES MATIÈRES

SOMMAIRE	7
INTRODUCTION.....	10
TITRE PRÉLIMINAIRE. LES CONCEPTIONS EXISTANTES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	21
CHAPITRE I. LES FONDEMENTS POSSIBLES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION	24
SECTION 1. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UN MOYEN AU SERVICE D'UNE AUTRE FIN.....	28
§1. L'argument du méta-principe de la vérité.....	29
A. L'argument de la quête de la vérité.....	29
B. L'argument de la métaphore du marché libre des idées.....	32
§2. L'argument du méta-principe de la démocratie	35
SECTION 2. LA LIBERTÉ D'EXPRESSION COMME UNE FIN EN SOI.....	42
§1. L'argument du méta-principe du développement individuel.....	43
§2. L'argument du méta-principe de la liberté de choix	45
Conclusion du Chapitre I	50
CHAPITRE II. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF	53
SECTION 1. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF FRANÇAIS	56
§1. La conception française de la liberté de la presse	58
A. La conception historique de la liberté de la presse.....	58
1. La conception de la liberté de la presse lors de la rédaction de la Déclaration des droits de l'homme	58
2. La conception de la presse en 1881	61
B. La conception actuelle de la liberté de la presse	64
1. La protection des intérêts de la presse.....	64
a. Les caractéristiques principales du régime de la presse	65
b. Responsabilité civile et liberté de la presse.....	66
2. La reconnaissance de la liberté d'expression des lecteurs en matière de presse ..	69
§2. La conception française de la liberté de communication audiovisuelle.....	72
A. Du monopole à la reconnaissance de la liberté de communication audiovisuelle ..	72
B. Le système actuel de l'audiovisuel.....	76
1. Les caractéristiques principales du régime de la communication audiovisuelle..	76
2. Les exigences posées par le Conseil constitutionnel.....	78
Conclusion de la Section I.....	81

SECTION II. LES CONCEPTIONS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EN DROIT POSITIF AMÉRICAIN	83
§1. Les contours de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis	84
A. L'apparition de la protection de la liberté d'expression aux États-Unis	84
1. La première interprétation du Premier amendement.....	84
2. La détermination des limites de la liberté d'expression.....	86
B. La distinction malaisée entre expression et conduite	91
1. La distinction entre expression et conduite selon la doctrine.....	91
2. La distinction entre expression et conduite selon la Cour suprême	97
C. Les méthodes de protection de l'expression posées par la Cour suprême	101
1. Les méthodes de résolution des conflits entre l'expression et les autres valeurs sociales	101
2. Les contraintes posées à la réglementation de l'expression.....	105
§2. La variabilité de la protection de la liberté d'expression selon le support de la communication	108
Sous-paragraphe 1. La théorie du forum public	108
Sous-paragraphe 2. La protection de la liberté d'expression selon le support utilisé.....	114
A. Le modèle de la presse	114
1. "... ou de la presse"	114
2. La conception de la liberté de la presse.....	117
B. Le modèle de l'audiovisuel	121
1. Les conditions d'accès à l'audiovisuel	121
a. La Fairness Doctrine et l'accès à l'audiovisuel hertzien	122
b. Les conditions d'accès à l'audiovisuel diffusé par câble	128
2. Les obligations liées au contenu de l'audiovisuel.....	130
Conclusion de la Section II	135
Conclusion du Titre préliminaire	137
PARTIE I. LA RECHERCHE DES FONDEMENTS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION DANS LES RÉGLEMENTATIONS DE L'INTERNET	140
CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. LES CONSTRUCTIONS JURIDIQUES POSSIBLES DE L'INTERNET	142
SECTION I. LES DISCOURS TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIFS À PROPOS DE L'INTERNET	145
Paragraphe préliminaire. Sur le concept de vide juridique	146
§1. L'internet, un espace autonome	147
A. L'argumentation de l'autonomie de l'internet	148
B. Une conception absolutiste de la liberté d'expression	152
§2. L'internet, un espace coexistant avec le "monde réel"	156
A. L'architecture de l'internet, une contrainte à la production normative	157
B. Le modèle "hétérarchique" de production du droit.....	162

SECTION II. LES DISCOURS SYSTÉMIQUES À PROPOS DE L'INTERNET	167
§1. L'application des modèles de la liberté d'expression existants à l'internet.....	169
A. La défense des méta-principes existants	170
B. L'incorporation de l'internet dans un modèle existant	173
§2. Les constructions d'un modèle <i>sui generis</i> de la liberté d'expression pour l'internet...	175
Conclusion du Chapitre préliminaire.....	178
TITRE I. LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET EN FRANCE.....	180
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FAIBLE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE.....	183
SECTION 1. LE CHOIX DE L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET À ADOPTER	185
§1. La place formelle de l'internet dans les principaux textes juridiques.....	187
§2. L'argument en faveur de l'intégration de l'internet dans la loi du 30 septembre 1986.	191
§3. L'argument en faveur de l'exclusion de la communication en ligne de la loi du 30 septembre 1986	195
SECTION 2. L'INSERTION DE L'INTERNET DANS LE SYSTÈME DU DROIT DE LA COMMUNICATION	202
§1. L'application à l'internet de règles existantes du droit de la communication.....	203
A. La détermination du rôle du Conseil supérieur de l'audiovisuel quant à l'internet	203
1. L'opportunité d'une autorité de contrôle de l'internet	204
2. Les compétences du Conseil supérieur de l'audiovisuel sur l'internet	207
B. Les régimes de la prescription et du droit de réponse	208
§2. L'impact de l'internet sur le droit de la communication	213
A. L'abrogation de l'obligation de déclaration préalable des services télématiques ..	213
B. La réorganisation fonctionnelle du droit de la communication par la création d'un régime juridique de l'internet.....	216
Conclusion du Chapitre I.	220
CHAPITRE II. LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE MIXTE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE	223
SECTION 1. L'APPROCHE FONCTIONNALISTE DE L'INTERNET ET L'AUTORÉGULATION	226
§1. Les arguments de l'autorégulation sur l'internet.....	228
§2. Les techniques de l'autorégulation de l'internet	229

SECTION 2. L'APPROCHE SYSTÉMIQUE DE L'INTERNET ET LA CORÉGLARATION.....	234
§1. Les arguments en faveur d'un organisme de corégulation de l'internet.....	235
§2 Les différentes formes possibles de l'organisme de corégulation de l'internet	238
A. Les diverses propositions en faveur d'un organisme de corégulation de l'internet	239
B. Les structures de corégulation de l'internet	241
Conclusion du Chapitre II.....	245
Conclusion du Titre I.....	246
TITRE II. LA RÉGLEMENTATION DE L'INTERNET AUX ÉTATS-UNIS.....	249
CHAPITRE I. LA MISE EN ŒUVRE D'APPROCHE TÉLÉOLOGICO-ÉVALUATIVE DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE	252
SECTION 1. LES VALEURS DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION EXARCERBÉES PAR L'INTERNET	254
§1. Les arguments axiologiques basés sur les méta-principes de la liberté d'expression... 256	
A. L'accroissement de la liberté d'expression en tant que moyen au service d'une autre fin	256
B. L'accroissement de la liberté d'expression en tant que fin en soi	258
§2. Le progrès, une idéologie au soutien de la liberté d'expression sur l'internet	260
SECTION 2. LE CONTRÔLE DE LA CONSTITUTIONNALITÉ DES RÉGLEMENTATIONS AFFECTANT L'INTERNET	264
§1. Les justifications du choix d'un contrôle strict des réglementations affectant les contenus diffusés sur l'internet	265
§2. La préférence de la Cour suprême pour l'utilisation volontaire des techniques de sélection des contenus	267
A. L'évaluation judiciaire des techniques de sélection des contenus	268
B. Les arguments axiologiques à propos de l'imposition de techniques de sélection des contenus.....	270
Conclusion du Chapitre I.	274

CHAPITRE 2. LA MISE EN ŒUVRE D'UNE APPROCHE SYSTÉMIQUE AU SENS FORT DE L'INTERNET POUR DÉTERMINER SON RÉGIME JURIDIQUE 276

SECTION 1. LES FONDEMENTS DE LA VALIDATION PAR LA COUR SUPRÊME DE L'OBLIGATION DE SÉLECTION DES CONTENUS 279

- §1. La qualification de l'accès à l'internet dans les écoles et bibliothèques publiques..... 281
 - A. L'accès à l'internet en tant que forum public 281
 - B. L'accès à l'internet comme pouvoir éditorial des bibliothécaires 284
- §2. La constitutionnalité de l'obligation d'utilisation de logiciels de sélection des contenus dans les écoles et bibliothèques publiques 286

SECTION 2. LES CRITÈRES DE LA COMMUNAUTÉ, OU L'OBSCÉNITÉ SUR L'INTERNET 292

- §1. Le choix de l'application des "critères de la communauté" à la communication sur l'internet 294
- §2. Les faiblesses de l'approche systémique 296

Conclusion du Chapitre II..... 298

Conclusion du Titre II..... 299

Conclusion de la première partie 301

PARTIE II. LA RENCONTRE DES LIMITES DE LA LIBERTÉ D'EXPRESSION SUR L'INTERNET 304

- Paragraphe préliminaire. Présentation des différents intermédiaires techniques 308

TITRE I. LA RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES 312

CHAPITRE I. LA SOUMISSION DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES À UNE RESPONSABILITÉ DE PRINCIPE EN FRANCE..... 314

SECTION I. LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES 316

- §1. L'application de la responsabilité en cascade aux intermédiaires techniques 317
 - A. Les qualifications judiciaires de l'internet 317
 - 1. L'internet, un service d'édition en ligne ? 318
 - 2. L'internet, un service de communication audiovisuelle ? 319
 - B. La difficile application de la responsabilité en cascade..... 321
 - 1. De simples intermédiaires techniques 321
 - 2. La question du contrôle éditorial des intermédiaires techniques 323

§2. L'application de la responsabilité pénale de droit commun aux intermédiaires techniques.....	326
A. L'application du droit commun de la responsabilité pénale aux intermédiaires techniques.....	327
1. L'intermédiaire technique, auteur de l'infraction.....	327
2. L'intermédiaire technique, complice de l'infraction.....	328
B. La proposition de centralisation du contrôle des contenus sur l'internet.....	330
1. La proposition d'exonération de responsabilité pénale des fournisseurs d'accès à l'internet.....	331
2. Les critiques de l'amendement Fillon et la censure du Conseil constitutionnel.....	332
SECTION II. LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	337
§1. L'application de la responsabilité civile de droit commun aux intermédiaires techniques.....	338
A. Les fondements de la mise en cause de la responsabilité civile des intermédiaires techniques.....	339
1. Les raisons de la mise en cause de la responsabilité des intermédiaires techniques.....	339
2. Les intermédiaires techniques, acteurs de la liberté d'expression.....	340
B. La quête judiciaire d'une structure de la responsabilité civile de droit commun des intermédiaires techniques.....	342
1. Les différentes applications de la responsabilité civile de droit commun aux intermédiaires techniques.....	343
2. Les obligations liées à la responsabilité civile de droit commun des intermédiaires techniques.....	346
§2. L'application d'une responsabilité de nature éditoriale aux intermédiaires techniques.....	350
A. La responsabilité des intermédiaires techniques fondée sur la théorie du risque..	350
B. Le poids de l'application d'un régime de responsabilité de nature éditoriale aux intermédiaires techniques sur la liberté d'expression sur l'internet.....	352
Conclusion du Chapitre I	354
CHAPITRE II. L'APPLICATION DU PRINCIPE DE RESPONSABILITÉ AUX ÉTATS-UNIS.....	357
SECTION I. L'APPLICATION DE LA <i>COMMON LAW</i> AUX INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	359
§1. L'intermédiaire technique comme éditeur.....	360
§2. L'intermédiaire technique comme distributeur ou transporteur.....	363

SECTION II. LA MISE EN CAUSE DE LA RESPONSABILITÉ PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	369
§1. Les dispositions pénales du <i>Communications Decency Act</i>	370
§2. La censure des dispositions pénales du <i>Communications Decency Act</i> par la Cour suprême	372
A. Le contrôle du <i>Communications Decency Act</i> par la Cour suprême	373
B. Le rapport par le Gouvernement de la preuve du caractère nécessaire des réglementations des contenus diffusés sur l'internet	375
Conclusion du Chapitre II.....	379
TITRE II UNE IRRESPONSABILITÉ DE PRINCIPE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	382
CHAPITRE I. LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES EN FRANCE	384
SECTION I. L'AVÈNEMENT DU PRINCIPE D'IRRESPONSABILITÉ CIVILE ET PÉNALE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES	386
§1. La mise en place d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques	387
A. Les dispositions de la directive européenne sur le commerce électronique.....	387
B. Les réformes législatives en vue de l'établissement d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques.....	390
§2. La consécration d'un régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques	395
A. Irresponsabilité ou responsabilité limitée des intermédiaires techniques ?.....	395
B. Le régime d'irresponsabilité des intermédiaires techniques	399
1. La distinction entre responsabilité civile et responsabilité pénale	400
2. Le rôle des tiers dans l'engagement de la responsabilité des intermédiaires techniques	402
SECTION II. LES OBLIGATIONS LIÉES AU RÉGIME D'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES.....	409
§1. Les obligations liées à la diffusion de contenus illicites	410
A. Les obligations relatives aux contenus illicites	410
1. Le retrait des contenus illicites.....	410
2. La surveillance de contenus illégaux.....	413
B. L'obligation de filtrage des contenus	415
1. La mise en place jurisprudentielle d'une obligation de filtrage des contenus	415
2. Le filtrage des contenus opéré dans le cadre du "référé LCEN"	422
§2. Les obligations liées à la recherche des auteurs de contenus illicites	427
A. Les obligations d'identification et de conservation des données d'identification..	428
B. L'obligation de conservation des données de trafic	431
Conclusion du Chapitre I.	437

CHAPITRE II. LE PRINCIPE DE L'IRRESPONSABILITÉ DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES AUX ÉTATS-UNIS..... 440

SECTION I. UNE IRRESPONSABILITÉ ABSOLUE DES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES 442

- §1. L'immunité des intermédiaires techniques posée par le *Communications Decency Act* 443
- §2. Les interprétations judiciaires de l'immunité législative des intermédiaires techniques 445
 - A. L'irresponsabilité absolue des intermédiaires techniques..... 446
 - 1. Les interprétations judiciaires de l'immunité de la Section 230 du C.D.A. 446
 - 2. Les interprétations judiciaires relatives aux bénéficiaires de l'immunité de la Section 230 du C.D.A. 450
 - B. Les tentatives de responsabilisation des intermédiaires techniques 453

SECTION II. LES OBLIGATIONS PESANT SUR LES INTERMÉDIAIRES TECHNIQUES 458

- §1. L'absence d'obligations en matière de responsabilités civile et pénale ou le principe d'anonymat 459
 - A. La protection du principe d'anonymat par la Cour suprême 459
 - B. L'application du principe de l'anonymat sur l'internet 462
- § 2. Les obligations posées en matière de sécurité et de lutte contre le terrorisme..... 465
 - A. Les principales dispositions liées à la collecte des données..... 466
 - B. Les arguments de la sécurité et de la lutte contre le terrorisme..... 470

Conclusion du Chapitre II..... 472

CONCLUSION..... 475

BIBLIOGRAPHIE 479

TABLE DES MATIÈRES 508