

L'ENCADREMENT DES TECHNOLOGIES PAR LE DROIT : NÉCESSITÉ ET SOURCE DE CHANGEMENTS

William Dross

Volume 106, Number 3, December 2004

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1045705ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1045705ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Éditions Yvon Blais

ISSN

0035-2632 (print)

2369-6184 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Dross, W. (2004). L'ENCADREMENT DES TECHNOLOGIES PAR LE DROIT :
NÉCESSITÉ ET SOURCE DE CHANGEMENTS. *Revue du notariat*, 106(3), 341–378.
<https://doi.org/10.7202/1045705ar>

THÈME 1

L'encadrement des technologies par le droit : nécessité et sources de changements

L'ENCADREMENT DES TECHNOLOGIES PAR LE DROIT : NÉCESSITÉ ET SOURCE DE CHANGEMENTS

William Dross*

I-	DES CHANGEMENTS SANS NÉCESSITÉ	346
	A. La sanction des maux électroniques	346
	1. La liberté de diffusion des informations en ligne.	347
	2. La prospection par courriel	351
	3. La responsabilité des intermédiaires	354
	B. L'adaptation aux mots électroniques.	356
	1. L'écrit requis <i>ad probationem</i>	357
	2. L'écrit requis <i>ad validitatem</i>	359
	3. L'écrit comme <i>negotium</i>	362

* Professeur agrégé à l'Université Lumière Lyon 2, Lyon.

II- UNE NÉCESSITÉ SANS CHANGEMENT ?	366
A. Le maintien des logiques territoriales	366
B. Le déplacement discret du pôle d'édition des normes	373

1) C'est presque une évidence de dire et d'écrire que le développement des nouvelles technologies de l'information a confronté le droit à de nouveaux défis, défis qui ont provoqué en retour une modification de ses règles. Si l'on en croit même le thème de ce colloque, le bouleversement serait profond. Il ne susciterait pas une adaptation simplement technique de la règle de droit aux innovations technologiques, mais atteindrait son cœur même : les principes juridiques seraient contraints d'évoluer sous la pression de nécessités nouvelles, il faudrait forger des concepts nouveaux à même de saisir un phénomène nouveau.

2) Le premier thème de ce colloque n'ambitionne pas encore de répondre à cette délicate question, savoir si, plus que les règles, ce sont les principes juridiques eux-mêmes qui évoluent. Dans sa fonction introductive, il se contente de poser le décor, sur la base d'un consensus : « l'encadrement des nouvelles technologies par le droit : nécessités et sources de changement ».

Que le droit doive nécessairement s'adapter à l'évolution des technologies de l'information s'il veut conserver son emprise sur tout le pan des relations sociales qui se développe dans l'immatérialité des réseaux et des communications à distance, voilà qui ne devrait guère prêter à discussion. Qu'il le fasse, voilà qui est incontestable. Pour s'en tenir à l'aspect européen, il n'y a, pour s'en convaincre, qu'à citer en matière de vie privée les directives des 24 octobre 1995, 15 décembre 1997 et 12 juillet 2002¹, ou pour le commerce électronique la directive du 8 juin 2000². Quant à la législation française, les lois transposant ces exigences européennes sont fréquentes, même si elles opèrent parfois avec retard : loi du 13 mars 2000 relative à la preuve électronique, ou, plus récemment, loi du 21 juin 2004 sur la confiance en l'économie numérique (LCEN)³ et celle du 6 août 2004 relative à la protection

1. Directives 95/46/CE (JOCE, L 281, du 23/11/95 p. 0031-0050), 97/66/CE (JOCE, L. 024, du 30/01/98 p. 0001-0008) et 2002/58/CE (JOCE, L. 201, du 31/07/2002, p. 0037-0047), ces dernières étant relatives au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

2. Directive n° 2000/31/CE, JOCE, L 178, du 17/07/2000, p. 0001-0016.

3. Loi n° 2004-575, D. 2004, lég. p. 1868 et s.

des personnes physiques à l'égard des traitements de données à caractère personnel⁴. Bref, de tangibles changements qui sont la réponse à des nécessités non moins indiscutables. Si bien qu'aucun point d'interrogation ne ponctue l'intitulé de ce premier thème, qui relève de l'affirmation : « l'encadrement des technologies par le droit : nécessité et source de changement ». Le couple fonctionnerait bien : l'indiscutable nécessité entraînerait un changement non moins indiscutable.

3) Certes, cela n'est pas à dire que le changement de législation soit aussi rapide qu'on puisse le souhaiter. En s'adaptant à une réalité nouvelle, le législateur n'a pas d'autre choix que d'être retard sur celle-ci, et ce retard est plus ou moins accusé. Ainsi, en l'état actuel du droit français, la question importante des téléchargements d'œuvres protégées par le droit d'auteur n'a pas fait l'objet d'une loi d'ensemble. Quelques réformes sont venues çà et là influencer sur la question, mais sans réflexion d'ensemble. La loi du 9 mai 2004 a augmenté le quantum des peines applicables en cas de contrefaçon en matière de droits d'auteurs ou de droit des marques⁵ ; la loi du 21 juin 2004 sur la confiance en l'économie numérique autorise le Président du TGI, saisi sur requête à « ordonner la suspension par tout moyen du contenu d'un service de communication au public en ligne portant atteinte à l'un des droits d'auteur, y compris en ordonnant de cesser de stocker ce contenu ou, à défaut, de cesser d'en permettre l'accès ». Peu de temps après, la loi du 6 août 2004 a permis aux personnes privées de constituer des fichiers relatifs aux personnes commettant des infractions ou des fraudes : en pratique, il s'agit évidemment de mieux identifier les pirates. Face à ces réformes parcellaires, certains appellent de leurs vœux une loi d'ensemble sur la question. Mais la transposition attendue de la directive européenne 2001/29/CE du 22 mai 2001⁶ dite « Droits d'auteurs et droits voisins de la société de l'information » en fournira vraisemblablement l'occasion. Finalement, si le couple « nécessités / changements » connaît des ratées, celles-ci n'auraient d'autre cause qu'un décalage temporel, les changements se faisant trop attendre.

4. Loi n° 2004-801, JO n° 182 du 7/08/2004.

5. Laquelle est maintenant punie de trois ans d'emprisonnement et de 300 000 Euros d'amende : commise en bande organisée, les sanctions sont portées à cinq ans d'emprisonnement et à 500 000 Euros d'amende (art. L. 335-2 du Code de la propriété intellectuelle).

6. JOCE, L. 167, du 22/06/2001, p. 0010-0019.

4) En réalité, la situation est plus grave que cela : le couple « nécessités / changements » n'est pas seulement affecté de ce décalage temporel qu'on lui pardonnerait volontiers pour être assez naturel. La crise est plus profonde, et c'est bien, en noircissant peut-être un peu le tableau, le constat d'un défaut de communication dans ce couple que l'on voudrait évoquer ici.

5) Terrorisé à l'idée de ne pas être à la hauteur du défi lancé par l'intrusion des nouvelles technologies de l'information, le législateur, européen ou français, légifère à tour de bras : il s'exagère ainsi nettement la nécessité d'un changement de ses règles. Le résultat produit n'est pas très heureux : outre de concourir à l'accroissement exponentiel des règles de droit, le phénomène suscite une réglementation tatillonne donc lacunaire. Est oublié le précieux avertissement que nous donnait Portalis : « l'office de la loi est de fixer, par de grandes vues, les maximes générales du droit, d'établir des principes féconds en conséquences et non de descendre dans le détail des questions qui peuvent naître sur chaque matière »⁷. Sans prétendre à l'exhaustivité, sans vouloir non plus établir un constat systématiquement vérifiable, on se proposera de montrer dans un premier temps, au travers principalement des dispositions de la LCEN, que les nouvelles technologies de l'information ont suscité en France de nombreux changements sans nécessité. Libre à chacun ensuite, dans le jardin qu'il a choisi de cultiver, de confirmer ou d'infirmer le propos.

6) Mais il y a plus. Cette angoisse du législateur face à de nouvelles technologies qu'il craint de ne savoir régir l'accule à une course à l'adaptation technique de la norme qui l'empêche de saisir la véritable nature du questionnement posé par les réseaux. S'il y a une nécessité pour le droit de s'adapter, c'est moins techniquement que fondamentalement qu'il doit le faire. Le particularisme des réseaux provient, on l'a souvent souligné, de l'absence de frontières. Celles-ci ne sont pas simplement franchies, elles n'existent plus. Dès lors, la véritable question que posent les nouvelles technologies de l'information au droit est celle de la pertinence d'un maintien de leur encadrement au niveau national, ou même européen. La nécessité d'un changement paraît gésir ici : il s'agit de s'adapter à la disparition des frontières, élément consubstantiel à la souveraineté

7. « Discours préliminaire prononcé lors de la présentation du projet de la commission du gouvernement », dans P.-A. FENET, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil*, 1827, T. 1, p. 463 et s., spéc. p. 470.

des États. Or si cette nécessité existe bel et bien, il n'est pas évident au premier abord que le droit l'ait prise en compte et qu'elle ait suscité en son sein les changements requis. On continue à raisonner selon une logique assise sur la souveraineté nationale, si bien qu'on peut dire que c'est à une nécessité sans changement que l'on assiste. Un examen plus attentif permet cependant de déceler quelques prémices d'une évolution, si bien que l'on emploiera ici, par prudence, la forme interrogative.

Au constat de *changements sans nécessité* (I) succédera donc l'interrogation sur *une nécessité sans changement ?* (II).

I- DES CHANGEMENTS SANS NÉCESSITÉ

7) L'utilisation des nouvelles technologies de l'information a permis le développement de préjudices, préjudices que le droit cherche à prévenir et surtout à sanctionner : premier défi lancé par la technique au droit : la sanction des maux électroniques (A).

Mais on se gardera évidemment de diaboliser ces nouvelles technologies de communication. Si elles provoquent l'apparition de nouveaux préjudices, elles offrent aussi à la pratique de nouveaux outils, au premier rang desquels se trouve l'écrit électronique. Les mots des contractants ne sont plus couchés sur le papier, leur support se dématérialise et le droit doit alors s'adapter aux maux électroniques (B).

A. La sanction des maux électroniques

8) Le développement des nouvelles technologies de l'information ne paraît pas engendrer de préjudices dont la nature serait véritablement nouvelle. Elles apparaissent davantage comme un nouveau vecteur de délits traditionnels, civils ou pénaux. La question est alors de savoir si la nouveauté du vecteur exige l'adaptation des règles sanctionnant d'ores et déjà ces délits classiques. L'exemple qui vient immédiatement à l'esprit est celui des atteintes au droit d'auteur générées par les logiciels d'échanges de données, dits *peer-to-peer*. Il n'en sera cependant pas question ici, dans la mesure où précisément, aucun changement de législation global n'est encore intervenu sur ce point. On remarquera seulement que la nécessité de réformer le Code de la propriété intellectuelle pour

sanctionner ces pratiques est mise en doute par des voix autorisées : le problème ne serait pas tant de changer les règles que de permettre l'effectivité de celles qui existent déjà⁸.

Mais on peut penser que cet attentisme sera de courte durée. De manière générale, le législateur français semble convaincu de la nécessité d'adapter les règles de droit existantes aux nouvelles technologies de l'information et de la communication : la LCEN du 21 juin 2004 fournit de ce point de vue un riche terrain d'analyse et l'on s'arrêtera aux dispositions qu'elle consacre à la liberté de diffusion d'informations en ligne (1), à la prospection directe par courrier électronique (*spamming*) (2), ainsi qu'à la responsabilité des intermédiaires, hébergeurs et fournisseurs d'accès (3).

1. La liberté de diffusion des informations en ligne

9) Le droit français connaît, depuis le 29 juillet 1881, une grande loi sur la liberté de la presse, ambitionnant de concilier la liberté de l'information avec le respect des personnes mises en cause. La question était évidemment de savoir si les juges pouvaient l'appliquer à la diffusion d'informations en ligne ou s'il fallait une intervention du législateur. C'est évidemment la seconde voie qu'a choisi d'arpenter le législateur : de nombreuses dispositions de la LCEN sont consacrées à cette question. Mais il n'est pas sûr qu'entre recopiations inutiles, modifications indues ou inconstitutionnelles, il ait fait le bon choix.

10) La loi de 1881 consacre certaines de ses dispositions à la sanction des infractions commises par voie de presse. La LCEN les déclare expressément applicables aux services de communication au public en ligne. Ainsi qu'on l'a souligné, que ces infractions puissent être commises sur Internet, « cela allait sans dire »⁹, et il était par conséquent sans doute inutile qu'un texte soit pris en ce sens.

Quant au droit de réponse, on sait que l'article 13 de la loi de 1881 permet aux personnes mises en causes dans un article de presse d'exiger du journal qu'il publie leur point de vue sur l'affaire.

8. Cf. Ch. CARON, « Aspects de propriété intellectuelle : analyse d'un saupoudrage discret » dans *Comm. com. électr.*, septembre 2004, p. 22 et s., n° 3.

9. A. LEPAGE, « Libertés sur Internet. Cybercriminalité », dans *Comm. com. électr.*, septembre 2004, p. 24 et s., n° 7.

Dorénavant, la LCEN¹⁰ prévoit que « toute personne nommée ou désignée dans un service de communication au public en ligne dispose d'un droit de réponse... » et procède, notamment sur la question de la procédure à suivre et des sanctions encourues, par recopiage ou renvoi aux dispositions de la loi de 1881. Ce recopiage s'imposait-il ? On peut penser que oui, dans la mesure où la loi de 1881 pose en ce domaine une condition de périodicité de la publication, laquelle est difficilement conciliable avec la continuité de la diffusion des informations en ligne. L'intérêt de la loi du 21 juin 2004 serait d'avoir fait disparaître cette difficulté. On confessa cependant ne pas apercevoir l'obstacle. Si la périodicité de la publication est requise par la loi de 1881, c'est évidemment à titre de condition matérielle de l'exercice d'un tel droit de réponse : comment répondre si la publication en cause ne reparait pas ? Une telle difficulté n'existe nullement en matière de publication sur Internet : la continuité de la diffusion de l'information rend *a fortiori* l'exercice d'un tel droit possible. D'ailleurs, même à s'arrêter à la seule lettre du texte, la jurisprudence aurait pu sans difficulté contourner cette exigence, en considérant par exemple que la mise à jour du site donne à la publication en ligne le caractère périodique qui lui fait apparemment défaut¹¹.

11) La loi de 1881¹² prévoit aussi, outre le droit de réponse, la possibilité d'exiger une rectification des informations publiées par voie de presse, cette rectification ne pouvant se faire cependant qu'au profit d'un « dépositaire de l'autorité publique au sujet des actes de sa fonction qui auront été inexactement exposés » : le refus d'y procéder expose le directeur de la publication à une amende de 3750 Euros. La LCEN innove sur ce point en prévoyant que toute personne nommée ou désignée dispose d'un droit de réponse « sans préjudice des demandes de corrections ou de suppression du message qu'elle peut adresser au service ». Une telle disposition est doublement critiquable. D'une part, son champ d'application est beaucoup plus large que le droit de rectification organisé par la loi de 1881, puisqu'il peut être invoqué par quiconque et non plus seulement un dépositaire de l'autorité publique mis en cause du fait de ses fonctions. Or on ne voit pas en quoi le fait que l'information soit diffusée sur Internet plutôt que par voie de presse justifie une

10. Art. 6 IV al. 1^{er}.

11. Voir *infra* sur cette question le parallèle que l'on peut établir avec la décision citée n° 12 note 18.

12. Art. 12.

telle modification : la dématérialisation du support n'a, de ce point de vue, aucune incidence. Si bien qu'il fallait soit modifier la loi de 1881 sur ce point, soit s'en tenir à ses dispositions. En choisissant une troisième voie, le législateur introduit une divergence de règles sans fondement, ajoutant à l'incohérence du droit positif. D'autre part, et c'est la seconde critique, le fait de ne pas déférer à une telle demande de correction n'est assorti d'aucune sanction, ce qui en annihile la portée. En bref, le législateur aurait été mieux inspiré de s'en tenir à la loi de 1881 plutôt que de surajouter aux textes existants¹³ en créant de telles distorsions.

12) Est-ce à dire cependant que la publication d'une information par voie de presse ou en ligne soit matériellement équivalente ? En vérité, la publication des informations sur Internet présente une réelle spécificité par rapport à une publication par voie de presse. En effet, lorsqu'une telle publication constitue un délit, celui-ci est consommé dès l'instant de la parution du journal. En revanche, le caractère permanent de la diffusion de l'information sur Internet donne à ce délit une continuité susceptible d'influer sur son régime juridique, principalement au plan de la prescription. Le législateur avait alors tiré de cette différence de nature tenant aux supports de diffusion des conséquences importantes :

- d'une part, la prescription de l'action en justice, qui est de trois mois, ne devait pas commencer à courir à compter de la publication, comme cela est prévu par la loi de 1881, mais à compter de « la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message susceptible de déclencher l'une de ces actions »¹⁴.
- d'autre part, si le délai de trois mois pour exiger la rectification des informations publiées ou l'insertion d'une réponse court dès l'instant de la publication lorsqu'elle a lieu par voie de presse, il était prévu pareillement qu'il courrait « à compter de la date à laquelle cesse la mise à disposition du public du message

13. On pourrait songer à invoquer pour la défense de cette disposition le fait qu'elle prévoit la possibilité non pas seulement de corriger l'information diffusée mais aussi de la supprimer, sanction qui n'est pas envisageable pour une publication papier. La jurisprudence n'a pas eu besoin de l'autorisation de la loi pour prononcer une telle mesure qui est une forme classique de réparation en nature du préjudice (cf. Paris 11^e Ch., sect. A, 14 janvier 2004, Comm. com. électr., septembre 2004, p. 68, com. n°107 par A. Lepage).

14. À moins que la publication électronique ne soit que la reprise d'une publication papier, auquel cas le point de départ applicable était celui prévu par la loi de 1881.

justifiant là cette demande » en cas de diffusion sur Internet¹⁵. Or ces deux innovations, qui visaient à prendre en compte la spécificité du média employé, ont été déclarées contraires à la constitution par le Conseil constitutionnel : « 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 sur un support papier ou qu'il est disponible sur un support informatique, n'est pas contraire au principe d'égalité ; que toutefois, la différence de régime instaurée, en matière de droit de réponse et de prescription, par les dispositions critiquées, dépasse manifestement ce qui serait nécessaire pour prendre en compte la situation particulière des messages exclusivement disponibles sur un support informatique »¹⁶. Et il semble bien en effet que le fait que l'infraction conserve un effet permanent ne suffise pas à en faire une infraction continue, dont la prescription ne commencerait à courir qu'au moment où cesse la volonté délictueuse¹⁷. C'est d'ailleurs en ce sens que la jurisprudence s'était prononcée, avant qu'il ne prenne l'envie au législateur de la contredire¹⁸.

13) Si bien que pour cette question, le bilan est le suivant : la réforme opérée est inutile et ne fait qu'ajouter à l'éclatement des régimes et donc à l'incohérence du droit positif. Il est symptomatique que la différence de nature que l'on avait cru déceler entre les vecteurs papier et électronique de diffusion des informations ait été considérée par le Conseil constitutionnel comme impropre à avoir la moindre incidence sur les délais d'actions.

15. Plus exactement, cette computation est valable pour l'exercice du droit de réponse. Pour ce qui est des demandes de corrections ou de suppression, il était prévu que la demande pouvait être adressée « tant que ce message est adressé au public » (art. 6 IV al. 1^{er}).

16. Conseil constitutionnel, 10 juin 2004, déc. n° 2004-496 DC, consid. 14.

17. Voir en ce sens A. Lepage, précité.

18. Cass. crim. 16 octobre 2001, Dr. pén. 2002, com. 12 obs. M. Véron ; Comm. Com. électr. 2001, comm. 132. – Cass. crim. 27 novembre 2001, Comm. com. électr. 2002, comm. 32 ; Rev. sc. crim. 2002 p. 621 obs. I. Francillon. On pourrait déplorer la rigueur d'une telle solution pour la personne mise en cause dès lors qu'il est sans doute plus difficile de prendre connaissance d'un message diffusé sur Internet que par voie de presse. Mais ne pouvait-on faire confiance à la jurisprudence, laquelle aurait pu estimer que le maintien du contenu illicite lors de chaque mise à jour du site constituait un délit nouveau : voir en ce sens TGI Paris, 17^e Ch., 26 février 2002, Comm. Com. électr. 2002, comm. 77, ayant estimé, à propos d'un site de vente aux enchères, que chacune de ses mises à jour constituait « une infraction nouvelle, distincte de l'offre initiale » et que dès lors, « chaque nouvelle mise à disposition d'objets aux internautes fait courir un nouveau délai de prescription ».

2. La prospection par courriel

14) Autre évolution de la législation initiée par la LCEN, la réglementation de la prospection directe par messagerie électronique, qu'on qualifie plus volontiers de *spamming*. On le sait, le *spam* est un courrier inopportun, fréquemment adressé à des fins publicitaires, dont la destination naturelle est la poubelle de l'internaute¹⁹. Pour l'utilisateur, le *spam* est une gêne réelle dont chacun aimerait se débarrasser²⁰ et ce souhait a été entendu par le législateur. Dans un premier temps, une ordonnance de juillet 2001²¹ avait interdit²² la prospection directe, par automate d'appel ou par télécopie de tout utilisateur d'un réseau de télécommunications qui n'avait pas exprimé son consentement. Ce système dit de « l'*opt-in* » restait cependant inapplicable aux autres vecteurs de prospection, et notamment aux courriers électroniques, pour lesquels c'est le régime de « l'*opt-out* » qui jouait. En d'autres termes, l'envoi de *spam* n'était contraire à la loi qu'à condition que l'utilisateur du réseau ait fait connaître son refus d'en recevoir. C'est ce régime de « l'*opt-out* » qui est abandonné par la LCEN en juin 2004 : désormais « est interdite la prospection directe au moyen d'un automate d'appel, d'un télécopieur ou d'un courrier électronique utilisant, sous quelque forme que ce soit, les coordonnées d'une personne physique qui n'a pas exprimé son consentement préalable à recevoir des prospections directes par ce moyen »²³.

19. La LCEN, reprenant textuellement l'article 2 de la directive du 12 juillet 2002, définit de manière large la notion de courrier électronique, afin d'englober les messages de type SMS (*Short Messages System*) ou MMS (*Multimedia Messages System*) : il s'agit de « tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image envoyé par un réseau public de communication qui peut être stocké dans le réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire jusqu'à ce que ce dernier le récupère ». De cette définition très large résulte que des messages laissés sur un répondeur téléphonique ou sur une boîte vocale sont aussi visés.

20. Ce que reconnaît d'ailleurs la Commission nationale informatique et libertés (CNIL) : c'est une atteinte à la tranquillité des internautes (« Le publipostage électronique et la protection des données personnelles », Rapport du 4 octobre 1999, p. 10).

21. Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, transposant la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications.

22. Art. L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications ancien.

23. Art. 22 LCEN, codifiée à l'article L. 121-20-5 du Code de la consommation et à l'article L. 33-4-1 du Code des postes et télécommunications. Deux exceptions existent pour l'application de ce principe d'*opt-in*. D'une part, seules les personnes physiques sont protégées et non les personnes morales. Dès lors qu'au sein d'une entreprise le *spam* n'est pas recueilli dans la boîte aux lettres (à suivre...)

15) Ceci exposé, cette rapide transposition par la LCEN des dispositions de la directive du 12 juillet 2002²⁴ n'est guère satisfaisante. En effet, quant aux sanctions liées au non-respect des dispositions relatives aux publicités par courriers électroniques non sollicités, la loi se contente de renvoyer aux articles L. 450-1 et suivants du Code de commerce²⁵, lesquels organisent les pouvoirs d'enquête de certains fonctionnaires habilités par le ministre de l'Économie. Or la seule sanction prévue au sein de ce *corpus* de textes intervient en cas d'obstruction à la mission d'enquête conférée à ces agents²⁶. En d'autres termes, il n'y a aucune sanction propre attachée à la violation des nouvelles dispositions anti-*spam*, violation dont on prend pourtant la peine de prévoir les modalités de constatation, ce qui ne laisse pas de surprendre²⁷.

16) En contrepoint, l'arsenal de sanctions offert par le droit commun paraît notablement plus efficace²⁸, ce dont témoignent les décisions judiciaires rendues antérieurement à l'adoption de la loi du 21 juin 2004. Le meilleur moyen de mettre fin aux agissements d'un spammeur est sans aucun doute de lui interdire l'accès au

(...suite)

électronique d'un salarié particulier mais adressé à un service (par exemple *service-apres-vente@...*), l'interdiction légale ne saurait être invoquée. Il en va de même d'autre part, lorsque, « à l'occasion d'une vente ou d'une prestation de services [...] analogues fournis par la même personne physique ou morale [...] le destinataire se voit offrir, de manière expresse et dénuée d'ambiguïté, la possibilité de s'opposer, sans frais, hormis ceux liés à la transmission du refus, et de manière simple, à l'utilisation de ses coordonnées lorsque celles-ci sont recueillies et chaque fois qu'un courrier électronique de prospection lui est adressé ». Cette exception « client existant » laisse donc subsister dans ce cas le système antérieur de « l'*opt-out* ». On remarquera qu'elle ne concerne cependant que les offres de services ou de produits fournis par la même personne : les autres sociétés d'un même groupe ne sauraient s'en prévaloir utilement.

24. Directive 2002/58/CE relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, JOCE, 31 juillet 2002, p. 37 ; D. 2002, Lég. p. 2312.

25. Plus précisément, aux articles L. 450-1 à L. 450-4 ; L. 450-7 et L. 450-8 ; L. 470-1 et L. 470-5 du Code de commerce.

26. Art. L. 450-8 du Code de commerce.

27. Il est vrai que l'on peut découvrir une sanction indirecte : elle tient au fait que l'envoi de spam suppose un traitement informatisé de données nominatives, lequel est sanctionné par les articles 226-16 et suivants du Code pénal (3 ans d'emprisonnement et 45 000 £ d'amende). Le TGI de Paris a ainsi condamné sur ce fondement le 6 juin 2003 un spammeur pour non-déclaration préalable à la CNIL d'un fichier d'adresses électroniques (décision consultable sur le site www.foruminternet.org).

28. Quant à la question préalable de savoir si l'envoi de spam peut constituer une faute, voir la jurisprudence citée *infra*, n° 46.

réseau ; autrement dit de permettre à ses fournisseurs d'accès, qui auraient constaté un tel comportement à la suite des récriminations d'autres utilisateurs, de mettre fin unilatéralement au contrat. La présence d'une clause résolutoire en cas d'« envoi de masse de courriers électroniques non sollicités »²⁹, extrêmement répandue dans les contrats proposés par les fournisseurs d'accès, autorise ainsi cette mise à l'écart efficace du spammeur du réseau³⁰. Même en son absence, la Cour de cassation estime que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale et à ses risques et périls »³¹, jurisprudence sans doute à même de permettre au fournisseur d'accès d'agir avec la rapidité nécessaire, en se dispensant d'avoir à attendre une décision judiciaire pour mettre fin aux agissements de son client. Enfin, à cette rupture du contrat de fourniture d'accès peut s'ajouter, toujours par application du droit commun de la responsabilité contractuelle, une condamnation au versement de dommages et intérêts dont le montant peut n'être pas tout à fait symbolique³². Si bien que l'on peut se demander si le droit commun des contrats n'a pas davantage d'efficacité³³ que l'affirmation par le législateur d'un principe d'*opt-in* dont la mise en œuvre n'est pas aisée³⁴ et qui demeure non sanctionné.

29. Art. 4 des règles de bonne conduite proposées par AOL. Elle se retrouve sous des formes similaires dans tous les contrats de fourniture d'accès à Internet.

30. Pour une application, cf. l'ordonnance de référé du 15 janvier 2002 du Président du TGI de Paris (sur laquelle L. Marino : « La bonne conduite sur Internet : ne pas *spammer* ! », D. 2002 p. 1544 et C. Manara, D. 2002, p. 1138) et antérieurement TGI de Rochefort-sur-mer, 28 février 2001 (www.juriscom.net). Les arguments tenant à la brutalité de la rupture ainsi qu'à la prétendue légitimité des messages adressés sont balayés.

31. Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998 ; Bull. civ. I, n° 300 ; D. 1999, p. 198 note Ch. Jamin.

32. Le Tribunal de commerce de Paris a ainsi condamné le 5 mai 2004 un spammeur à verser tant à la société AOL qu'à Microsoft la somme de cinq mille euros, le préjudice étant constitué par le fait que « les agissements de spamming portent atteinte à l'image des services fournis par Microsoft et AOL, notamment à la crédibilité des actions de lutte mises en place par les demanderessees ainsi qu'à leur réputation quant à l'efficacité des mesures mises en place pour le respect de leurs conditions générales d'utilisation ». En bref, si le recours au *spam* est à l'origine peu coûteux, il peut le devenir par la suite : l'effet dissuasif pourrait, si les juges se montraient à l'avenir plus généreux dans l'appréciation du préjudice, n'être pas négligeable. Sur cette décision, voir Sandrine Rouja, « Le recours au droit des contrats contre le spamming » édité sur le site www.juriscom.net le 8/06/2004.

33. Sous la réserve, convenons-en, du cas où l'expéditeur des *spam* possède son propre fournisseur d'accès.

34. On débat notamment du point de savoir comment le vendeur ou le prestataire pourra obtenir le consentement préalable du destinataire à recevoir des offres publicitaires : il faut bien qu'il sollicite son autorisation une première fois. (à suivre...)

3. La responsabilité des intermédiaires

17) Un des apports importants de la LCEN concerne la détermination de la responsabilité des intermédiaires, fournisseurs d'accès et hébergeurs, au titre des infractions ou préjudices nés de l'utilisation des réseaux³⁵. L'article 6-I-7 de la loi pose à titre de principe que ceux-ci « ne sont pas soumis à une obligation générale de surveiller les informations qu'(ils) transmettent ou stockent, ni à une obligation générale de rechercher des faits ou des circonstances révélant des activités illicites ». De manière plus précise, l'article 6-I-1 prévoit que les personnes physiques ou morales assurant un service 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 ou de 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 ». Leur responsabilité pénale obéit à des règles similaires³⁶. Quant aux fournisseurs d'accès, le nouvel article L. 32-3-3 du Code des postes et télécommunications ne permet l'engagement de leur responsabilité pénale ou civile à raison du contenu transmis qu'à condition qu'ils soient à l'origine de la demande de transmission ou qu'ils en sélectionnent les destinataires ou les contenus. Toutes ces règles, en dépit de leurs différences de rédaction, se rejoignent

(...suite)

Doit-il alors attendre que le client potentiel en fasse la demande (en s'inscrivant), ou le démarcher par un moyen non visé par l'article L. 121-20-5 du Code de la consommation (par exemple en lui demandant sa permission *de vivo* par téléphone), ou encore, faut-il faire preuve de davantage de pragmatisme et autoriser l'envoi d'un premier courrier électronique ? Il y a, on le voit, une très grande palette dans le degré d'efficacité d'une telle loi selon que l'on retiendra telle ou telle interprétation.

On remarquera que la possibilité de solliciter une telle autorisation par voie de courrier électronique est expressément prévue à l'égard des personnes dont les coordonnées figurent déjà dans des fichiers régulièrement constitués sous l'empire du régime antérieur de l'*opt-out*. Le vendeur ou le prestataire utilisant ces fichiers a six mois à compter de la publication de la loi (soit jusqu'au 22 décembre 2004) pour obtenir le consentement de l'utilisateur du réseau : passé ce délai, ce dernier est présumé avoir refusé l'utilisation ultérieure de ses coordonnées personnelles à fin de prospection directe (art. 22 III de la LCEN).

35. Auparavant, cette responsabilité était prévue par l'article 43-8 de la loi du 30 septembre 1986 créé par la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000.

36. Hormis la suppression de la référence à la connaissance de faits ou de circonstances faisant apparaître le caractère illicite des activités ou informations stockées.

quant à leur inspiration fondamentale : ne sont responsables que les intermédiaires qui assurent un contrôle effectif des informations transmises ou ont eu connaissance certaine du contenu illicite de l'information³⁷, ce qui finalement revient au même dans la mesure où celui qui exerce un contrôle sera censé avoir eu connaissance du caractère illicite des contenus diffusés.

18) Mais était-il besoin de tous ces textes pour dire que celui qui met à disposition des utilisateurs un outils licite n'est pas en principe responsable de l'usage illicite que ces derniers peuvent en faire ? Le vendeur d'une batte de base-ball n'a jamais été tenu pour responsable du dommage que pourrait causer son usage malveillant par l'acheteur³⁸. Le fait que la responsabilité puisse être engagée lorsque d'une part l'intermédiaire a connaissance du fait illicite et d'autre part qu'il n'agit pas alors qu'il aurait les moyens d'empêcher la poursuite de cette situation illicite n'a rien pour surprendre : il y a évidemment faute à fournir en connaissance de cause à quelqu'un les moyens de commettre un dommage. En d'autres termes, les principes classiques de la responsabilité pour faute paraissent à même de fournir les solutions qui sont maintenant inscrites dans la loi³⁹. Ainsi, pourquoi écrire que « l'autorité

37. Cette certitude peut provenir soit d'une requête présentée par l'autorité judiciaire, soit ressortir manifestement de la nature même de l'information (images à caractères pédopornographique, écrits négationistes, incitation à la haine raciale). Cela en dépit de l'article 6-I-5 qui dispose que la connaissance des faits litigieux est présumée acquise lorsqu'elle est dénoncée à l'hébergeur par un tiers qui s'identifie et argumente son analyse. C'est en tout cas ainsi que s'est prononcé le Conseil constitutionnel dans sa décision du 10 juin 2004 par la réserve d'interprétation suivante : les articles 6-I-2 et 6-I-3 de la LCEN « 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 ».

38. On peut d'ailleurs faire le parallèle avec la solution retenue en matière de logiciels de « déplombage » lesquels ne sont pas en eux-mêmes considérés comme illicites dès lors qu'ils ne sont pas nécessairement utilisés à des fins de contrefaçon. Et à propos de la société KaZaA qui distribue un logiciel de « peer-to-peer » extrêmement populaire, la Cour suprême des Pays-Bas a tenu le même raisonnement le 19 décembre 2003, refusant de la condamner dans la mesure où, contrairement au logiciel Napster, la société KaZaA ne pouvait techniquement contrôler le contenu des fichiers échangés. Voir sur cette question F. Sardain, « Du déplombage aux logiciels « peer-to-peer » : l'histoire sans fin ? (à propos de l'arrêt « KaZaA ») », D. 2004 p. 330.

39. Il est vrai que dans la première décision rendue en France sur ce problème, les juges avaient fait appel à un raisonnement bâti non pas sur la responsabilité pour faute, mais sur la théorie du risque (aff. Estelle Hallyday, Paris 10 février (à suivre...))

judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête [...] toute mesure propre à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne »⁴⁰ : ne le savait-on pas ?

19) On regrettera d'ailleurs que la loi érige l'hébergeur en « juge » de l'illicite et l'autorise, au prétexte d'échapper à l'engagement de sa responsabilité délictuelle ou pénale, à rompre unilatéralement le contrat qui le lie avec son client. Certes, cette solution est admise par la Cour de cassation qui estime que « la gravité du comportement d'une partie à un contrat peut justifier que l'autre partie y mette fin de façon unilatérale »⁴¹. Toutefois, la Cour précise bien que cette résiliation initiée par une partie s'opère « à ses risques et périls » : engagera donc sa responsabilité à l'égard de son client l'hébergeur qui aura supprimé un contenu sans motif suffisant. Ce en quoi les solutions jurisprudentielles demeurent plus complètes et équilibrées que celles qui sont prévues par le législateur.

B. L'adaptation aux mots électroniques

20) La France a été le premier pays – une fois n'est pas coutume – à transposer la directive du 13 décembre 1999 relative à la signature électronique⁴². La loi du 13 mars 2000⁴³, intégrée dans notre Code civil, a ainsi eu pour objectif d'adapter notre droit de la preuve au nouveau support que constitue l'écrit électronique (1). Cette ambition, limitée au seul aspect probatoire de la question, a nécessité de remettre l'ouvrage sur le métier peu de temps après pour adapter à nouveau notre droit à l'écrit électronique, lorsque

(...suite)

1999, D. 1999, jur. p. 389 note N. Mallet-Poujol et D. aff. 1999 p. 638 obs. D. Goldstein). La jurisprudence devait cependant évoluer, estimant que l'hébergeur n'ayant pas à procéder à une surveillance systématique des sites hébergés, sa responsabilité ne pouvait être mise en jeu qu'à condition qu'il ait connu le contenu illicite du site, sans prendre alors aucune mesure pour y mettre fin (Versailles, 8 juin 2000, D. 2000, inf. rap. p. 270). Il est difficile de voir dans cette évolution l'influence de la directive 2000/31/CE du 8 juin 2000, adoptée précisément le même jour !

40. Art. 6-I-8.

41. Cass. 1^{re} civ., 13 octobre 1998 ; Bull. civ. I, n° 300 ; D. 1999 p. 198 note Ch. Jamin.

42. Directive 1999/93/CE, JOCE, L 013, du 19/01/2000, p. 0012-0020.

43. Loi n° 2000-230 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, JO du 4 mars 2000, p. 3968.

l'écrit n'est plus requis *ad probationem* mais *ad validitatem* (2), ou même au-delà, lorsqu'il est envisagé comme *negotium* (3). La directive du 8 juin 2000 sur le commerce électronique est à l'origine des dispositions que la LCEN du 21 juin 2004 consacre à ces deux derniers aspects de l'écrit électronique. Ces deux réécritures successives de notre Code civil, réalisées à bref intervalle, étaient-elles nécessaires ?

1. *L'écrit requis ad probationem*

21) Relativement à l'aspect probatoire, la loi du 13 mars 2000 a modifié la rédaction de l'article 1316 du Code civil pour donner une définition large de l'écrit, susceptible d'englober l'écrit électronique : « la preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres, de caractères, de chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotés d'une signification intelligible, quels que soient leur support et leur modalité de transmission ». Il y a deux choses dans ce texte : d'abord une redéfinition de l'écrit, ensuite l'affirmation de l'indifférence de son support, deux choses également inutiles. Quant au premier point, dans le langage courant, un écrit n'est jamais que le résultat d'un acte d'écriture, écriture qui est définie comme une « représentation de la parole et de la pensée par des signes »⁴⁴. Il est inutile de faire entrer le dictionnaire dans le Code civil. Quant à l'allusion finale opérée à l'indifférence du support ou du mode de transmission, il n'a jamais été question de dire que les tablettes d'argile sumériennes, pictographiques puis cunéiformes, ne seraient pas des écrits. Chaque époque a son support de l'écrit : le règne du papier pendant plusieurs siècles en Europe a pu conduire chacun à amalgamer papier et écrit au point de les confondre⁴⁵, mais ce n'est pas l'objet d'une loi que de mettre fin à cet amalgame, et d'ailleurs, ce n'est pas elle qui y parviendra. L'article 1316 est donc un texte inutile : le juge n'aurait pas eu la moindre difficulté à s'adapter au support électronique de l'écrit, car rien dans la loi n'exigeait la production d'un morceau de papier à titre probatoire.

44. Dictionnaire *Petit Robert*, V^o *Écriture*.

45. Voir ainsi l'article 72 du décret n^o 84-406 du 30 mai 1984 imposant aux commerçants de faire apparaître certaines mentions sur les « papiers d'affaires » : le mot *papier* est inopportun et l'emploi du terme *document* aurait été mieux venu pour permettre l'extension de cette exigence aux supports électroniques.

22) L'article 1316-1 poursuit en conférant à l'écrit électronique le même rôle probatoire que l'écrit sur support papier⁴⁶, sous réserve que son contenu ne puisse être modifié et que son auteur puisse être dûment identifié, ce qui renvoie à la question de la signature⁴⁷. Si la signature est définie comme « l'inscription qu'une personne fait de son nom sous une forme particulière et constante sur un document »⁴⁸, sa fonction a toujours été d'identifier celui qui l'appose, afin soit d'affirmer l'exactitude d'un écrit (rôle de la signature apposée par le notaire), soit d'en assumer la responsabilité (signature des parties). Quand l'article 1316-4 affirme que « lorsqu'elle est électronique, elle (la signature) consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte auquel elle s'attache », il ne fait que consacrer cette approche fonctionnelle de la signature. On s'était jusqu'alors passé de toute définition légale de la signature et l'on peut douter que le juge ait besoin du législateur pour donner un sens aux mots.

23) Quant au véritable problème, celui de la définition de ce qui peut être entendu comme un « procédé fiable d'identification », la question a été renvoyée à un décret en Conseil d'État. Adopté un an plus tard⁴⁹, ce décret s'égaré dans de laborieux exercices de définition, dans l'alignement de banalités relatives à la fiabilité et dans l'énoncé d'exigences tatillonnes requises de tout organisme prestataire de service de certification électronique. La lecture d'un tel décret a au moins le mérite de convaincre d'une chose : ce n'est pas là le domaine du législateur mais du technicien, de l'informaticien. Il ne faut pas perdre de vue que les questions d'authenticité d'une signature n'existent qu'autant qu'elle est contestée et qu'il suffit à qui on l'oppose de nier en être l'auteur pour faire peser la charge de la preuve sur son contradicteur. Un tel débat se résoudra toujours par recours à un expert, graphologue lorsque la signature est apposée sur le papier, informaticien lorsqu'elle est électronique. La technique, qui permet chaque jour de nouveaux modes de falsification et suscite en retour de nouveaux procédés d'authentification, ne doit surtout pas être saisie par la règle de droit, laquelle se condamne inévitablement à une obsolescence quasi immédiate.

46. Ce que répète de façon parfaitement inutile l'article 1316-3.

47. Encore il est vrai que l'on puisse faire une différence dans la mesure où l'article 1316-1 vise à identifier la source matérielle de l'écrit électronique, tandis que l'article 1316-4 vise le signataire, c'est-à-dire celui qui apparaît comme la source intellectuelle de l'écrit, celui qui entend consentir à son contenu.

48. *Ibid.*, V^o Signature.

49. Décret n^o 2001-272 du 30 mars 2001.

L'affaire du juriste est de déterminer les cas où l'acte juridique se prouve obligatoirement par un écrit émanant de celui à qui on l'oppose, celle du technicien de dire si dans tel cas précis, cette exigence peut être tenue pour remplie : le mélange des genres doit être évité.

2. *L'écrit requis ad validitatem*

24) La loi du 13 mai 2000 s'est cantonnée à envisager l'écrit dans sa fonction probatoire. L'intitulé de la loi, la codification de ses dispositions dans un chapitre du Code civil consacré à la preuve des obligations et du paiement, ainsi que la formulation de l'article 1316 visant « la preuve littérale ou preuve par écrit » en attestent suffisamment⁵⁰. Le problème est né de ce que, cette loi à peine votée, une nouvelle directive relative au commerce électronique était adoptée⁵¹, directive dont l'article 9.1 dispose que « les États membres veillent à ce que leur système juridique rende possible la conclusion de contrats par voie électronique [...] notamment à ce que le régime juridique applicable au processus contractuel ne fasse pas obstacle à l'utilisation des contrats électroniques ni ne conduise à priver d'effet et de validité juridique de tels contrats pour le motif qu'ils sont passés par voie électronique ». Or en droit français, la validité de très nombreux contrats de consommation est subordonnée à la rédaction d'un écrit. La directive du 8 juin 2000 étant applicable tant aux contrats passés entre professionnels qu'entre professionnel et consommateur, il devenait nécessaire de rendre possible l'usage du contrat électronique dans les cas même où l'écrit était requis *ad validitatem*. En d'autres termes, le cantonnement de la notion d'écrit électronique en droit français pour les seules questions probatoires a été perçu comme contraire à la directive du 8 juin 2000.

25) La réaction du législateur français a été relativement rapide puisque la loi du 21 juin 2004 a introduit dans le Code civil un nouvel article 1108-1. Faisant suite à l'article 1108 qui exige, à titre de validité des contrats, l'existence du consentement, de la capacité, d'un objet certain et d'une cause licite, ce texte énonce dans son alinéa premier que « lorsqu'un écrit est exigé pour la

50. Voir cependant, pour une contestation de ce cantonnement de la loi aux seuls écrits requis *ad probationem*, J. PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », D. 2002, p. 562 et s., n° 29 et s.

51. Directive 2000/31/CE du 8 juin 2000.

validité d'un acte juridique, il peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316-1 et 1316-4 [...] ». On remarquera d'abord que la définition de l'écrit donnée par l'article 1316, en dépit d'une rédaction maladroite qui laisse supposer le contraire⁵², s'applique nécessairement de manière générale, c'est-à-dire au-delà de la simple question probatoire. Un écrit, qu'il soit requis à titre de preuve ou de validité, reste en effet un écrit : en d'autres termes, sa fonction n'altère pas sa nature. Si bien que l'article 1316 issu de la loi du 13 mars 2000 s'applique nécessairement aux contrats pour lesquels l'écrit est exigé aux fins de validité de l'acte. Ceci dit, l'article 1108-1 ne renvoie pas à l'article 1316 mais aux articles 1316-1 et 1316-4. Quant à ce dernier texte, on peut faire exactement la même remarque que celle qui vient d'être faite à propos de l'article 1316 : la définition qu'il propose de la signature, qu'elle soit ou non électronique, vaut nécessairement de manière générale, quelle que soit sa fonction, preuve ou validité de l'acte. Quant au renvoi à l'article 1316-1, il en résulte que l'écrit exigé *ad validitatem* doit être tel qu'il permette d'identifier dûment son auteur et que l'intégrité de son contenu soit garantie. Qui aurait cependant douté de telles exigences ? Requises lorsque l'écrit n'est appelé à jouer qu'une fonction probatoire, *a fortiori* le sont-elles lorsqu'il est requis aux fins de validité de l'acte. Si bien que l'on peut écrire avec J. Passa qu'une telle « disposition n'était sans doute pas indispensable »⁵³.

26) L'alinéa second de ce texte, disposant que « lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même », est-il d'un meilleur usage ? On sait par exemple que pour les contrats de cautionnement passés par une personne physique et destinés à garantir des crédits mobiliers ou immobiliers, l'article 313-7 du Code de la consommation exige, cela à peine de nullité du cautionnement, que la signature du garant soit précédée d'une mention manuscrite dont le législateur donne le modèle et dont il interdit de s'écarter un tant soit peu.

52. L'article 1316 commence en effet ainsi : « La preuve littérale, ou preuve par écrit, résulte d'une suite de lettres [...] ».

53. Article précité, n° 37, à propos du projet de loi initial qui prévoyait d'insérer un nouvel article 1369-1 al. 1^{er} dans le Code civil disposant : « Lorsqu'un écrit est exigé pour la validité d'un acte juridique, celui-ci peut être établi et conservé sous forme électronique dans les conditions prévues aux articles 1316 à 1316-4 ».

L'idée même de mention manuscrite semble requérir le stylo et le papier, à l'exclusion de tout procédé mécanique et *a fortiori* électronique, ce qui imposerait ici une réforme législative⁵⁴.

27) Le législateur du 13 mars 2000 s'est trouvé confronté au même problème à propos de l'article 1326 du Code civil. Ce texte requiert de celui qui s'engage à payer une somme d'argent qu'il appose dans l'acte « la mention écrite de sa main de la somme [...] en toutes lettres et en chiffres ». Cette exigence probatoire d'une mention écrite de la main du débiteur a semblé inconciliable avec le recours à l'écrit électronique, aussi la loi du 13 mars 2000 a-t-elle substitué aux termes « de sa main » figurant dans l'article 1326, l'expression « par lui-même ». C'est exactement, avec davantage de détails, le même ajustement qu'opère, cette fois-ci au plan de la validité du contrat, l'article 1108-1 al. 2 nouveau du Code civil. Était-ce nécessaire ? en d'autres termes, la référence à la main était-elle incompatible avec toute idée d'écrit électronique ?

28) Que l'on sache, il est parfaitement possible de dresser un écrit électronique à la main : le clavier de l'ordinateur sert d'intermédiaire entre la main et l'écran, mais cela de la même manière que le stylo sert lui aussi d'intermédiaire entre la main et le papier. L'emploi du mot *manuscrit* n'était pas de nature à interdire l'application des textes en cause à l'écrit électronique⁵⁵ : autrement dit, l'analyse exégétique n'était pas un obstacle. Mais il est vrai que l'important n'est pas la lettre du texte mais son esprit, c'est-à-dire le résultat recherché. Or que vise le législateur en exigeant l'apposition d'une mention manuscrite par le débiteur dans l'acte juridique ? la protection du consentement du débiteur, dont on espère, sans doute avec quelque illusion, que le fait d'écrire lui-même ce à quoi il s'engage lui en fera plus exactement mesurer la portée. Ce qui compte n'est donc nullement la manière dont une telle mention est apposée, mais le fait que celui que la loi entend protéger ait pris le temps de l'écrire. Dès lors qu'un tel fait peut être techniquement établi en matière d'écrit électronique, alors il

54. On soulignera qu'en ce domaine, la LCEN prévoit (art. 1108-2 2° du Code civil) que l'équivalence de principe entre l'écrit électronique et papier est écartée pour « les actes sous seing privé relatifs à des sûretés personnelles ou réelles, de nature civile ou commerciale, sauf s'ils sont passés par une personne pour les besoins de sa profession ».

55. *Contra*, J. PASSA, préc. n° 34.

est évident que les exigences légales auront été pleinement respectées⁵⁶. Qu'avait-on besoin que le législateur précise que « lorsqu'est exigée une mention écrite de la main même de celui qui s'oblige, ce dernier peut l'apposer sous forme électronique si les conditions de cette apposition sont de nature à garantir qu'elle ne peut être effectuée que par lui-même » ? On peut certes penser que ce qui va sans dire va encore mieux en le disant, mais à ce compte, ce que d'aucuns ont qualifié de « prurit normatif »⁵⁷ n'est pas près de s'endiguer.

29) On pourra donc affirmer que les lois du 13 mars 2000 et du 21 juin 2004, dans leurs dispositions relatives à l'écrit électronique, participent bien d'une nécessité, mais seulement à condition de s'entendre sur la véritable nature de cette nécessité, laquelle est davantage politique que technique. Il ne s'agit pas tant en effet de s'adapter aux exigences des nouvelles technologies de l'information, que de manifester ostensiblement le respect par la France de l'article 249 al. 3 du Traité des communautés européennes imposant la transposition des directives. Il est douteux que l'irruption de l'écrit électronique ait rendu nécessaire une quelconque modification de notre droit sur les questions de preuve et de validité des actes juridiques.

3. L'écrit comme *negotium*

30) Il semble que le constat qui vient d'être fait à propos de l'écrit électronique pris comme *instrumentum* soit *mutatis mutandis* transposable aux dispositions de la LCEN qui l'envisagent à titre de *negotium*. Pour ce qui est de l'offre de contracter faite par voie

56. Allons plus loin : la protection du consommateur contre les engagements irréfléchis est fondée sur un présupposé de faiblesse de sa part. Le consommateur est facilement influençable, il n'a pas la force de résister aux sollicitations pressantes de son interlocuteur. Dès lors que cet interlocuteur est distant, dès lors que le consommateur se trouve à son domicile, donc dans un environnement non hostile, devant son écran d'ordinateur, ayant le temps qu'il souhaite pour réfléchir puisqu'il n'y a pas de bureau qui ferme ou de train à prendre, ne se trouve-t-il pas, par cela même, dans une situation beaucoup plus protectrice, situation qui, pourquoi pas, pourrait justifier l'abandon de l'exigence d'une mention manuscrite ? Voir en ce sens les observations de Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme des contrats du commerce électronique », dans *Comm. com. électr.*, septembre 2004, p. 44 et s., n° 14.

57. P.-Y. GAUTIER, *RTD civ.* 1999, p. 55.

électronique, le nouvel article 1369-1 al. 1^{er} du Code civil⁵⁸ précise entre autres choses⁵⁹ que « l'auteur de l'offre reste engagé par elle tant qu'elle est accessible par voie électronique de son fait » : en d'autres termes, tant que l'offre n'a pas été retirée, elle engage le pollicitant, principe dont la radicale nouveauté nous échappe⁶⁰. Finalement, l'essentiel pour le législateur dans la suite de ce texte tient en deux points :

- d'une part, il s'agit de préciser avec force détails les mentions que doit contenir l'offre. Cependant, aucune sanction spécifique n'est prévue, ce qui fait douter de la pertinence de ces exigences⁶¹ ;
- d'autre part, le nouvel article 1369-2 organise la procédure de conclusion du contrat électronique en imposant pour sa validité que le destinataire de l'offre ait « eu la possibilité de vérifier le détail de sa commande et son prix total et de corriger d'éventuelles erreurs, avant de confirmer celle-ci pour exprimer son acceptation »⁶². Il est clair que ces dispositions n'ont pas leur place dans le Code civil et que, si on les tient pour nécessaires à la protection de l'acceptant, il fallait les intégrer dans le code de la consommation. Le législateur l'avoue à demi puisqu'il prévoit d'une part la possibilité d'y déroger pour les contrats conclus

58. On remarquera qu'un tel emplacement, pour des dispositions relatives à l'offre de contracter, ne se justifie pas : il aurait fallu codifier aux articles 1101-2 et s. ou 1108-3 et s. : en ce sens, L. GRYNBAUM, « Projet de loi « pour la confiance dans l'économie numérique » : encore un petit effort de rigueur pour un « contrat électronique » fiable », D. 2003 chr. p. 746.

59. La plus remarquable est l'exigence faite au professionnel de mettre à disposition les conditions générales de vente d'une manière qui permette leur conservation et leur reproduction. S'il ne les met pas à disposition ou si, les mettant, il ne permet pas leur conservation ou leur reproduction par le cocontractant, elles seront inopposables à ce dernier. Cette obligation de mise à disposition figurait cependant déjà dans le Code de la consommation (art. L. 113-3).

60. Certes, il y a allusion par le législateur au problème du maintien d'une offre dans ce qu'on appelle les pages web mises en « cache ». Mais en définitive, cela revient à dire que l'offre ne lie plus son auteur dès qu'il a manifesté sa volonté de ne plus contracter, peu important que cette volonté ait été ou non connue du destinataire. Que le contrat ne puisse être conclu dans une telle hypothèse n'est que la conséquence de l'absence de rencontre des consentements.

61. Ces exigences n'ayant pas vocation à éclairer le consentement du client, leur irrespect ne serait jamais sanctionné que par l'éventuelle attribution de dommages et intérêts, à condition pour ce dernier de faire la preuve d'un préjudice dont on voit mal en quoi il pourrait bien consister : cf. en ce sens Ph. STOFFEL-MUNCK, « La réforme des contrats du commerce électronique », dans *Comm. com. électr.*, septembre 2004, p. 44 et s., n° 28.

62. Ce qu'on appelle la procédure du « double clic ».

entre professionnels⁶³ et d'autres part leur inapplicabilité « pour les contrats de fourniture de biens ou de prestation de services qui sont conclus exclusivement par échange de courriers électroniques »⁶⁴, autrement dit lorsque le contrat fait l'objet d'une négociation et non d'une adhésion. On ne peut que regretter que la prétendument nécessaire adaptation du droit à la révolution électronique soit le prétexte d'une dérive consumériste du Code civil.

31) Enfin, l'article 1369-2 al. 2 prévoit que l'offrant a l'obligation d'accuser réception de la commande par voie électronique sans délai. Cet accusé de réception paraît une innovation intéressante dans la mesure où il permet au client d'obtenir une preuve de la transaction passée. On sait en effet que de nombreux problèmes liés au commerce électronique proviennent de ce que le client ne reçoit pas ce qu'il a commandé. Agir en exécution forcée suppose d'établir qu'un contrat a bien été passé : or si l'on peut archiver l'offre diffusée sur Internet assez aisément, comment établir qu'on l'a bien acceptée ? L'accusé de réception remédie à la difficulté. Malheureusement, rien n'impose au professionnel d'adresser cet accusé : aucune sanction n'est prévue par la loi en son absence, et d'ailleurs, quand bien même une telle sanction aurait été prévue, on retrouverait la même difficulté : comment prouver que la commande a bel et bien été passée et qu'un tel accusé de réception a fait défaut ? Si bien que cette exigence sera respectée par qui le voudra bien, en d'autres termes par les fournisseurs sérieux, ce qui était de toute façon déjà le cas.

32) Quant à la responsabilité assumée par celui qui commerce par voie électronique, l'article 15 prévoit que toute personne physique ou morale recourant au commerce électronique « est responsable de plein droit à l'égard de l'acheteur de la bonne exécution des obligations résultant du contrat conclu à distance, que ces obligations soient à exécuter par elle-même ou par d'autres prestataires de services, sans préjudice de son droit de recours contre ceux-ci. Toutefois, elle peut s'exonérer de tout ou partie de sa responsabilité en apportant la preuve que l'inexécution ou la mauvaise exécution du contrat est imputable, soit à l'acheteur, soit au fait, imprévisible et insurmontable, d'un tiers à la fourni-

63. Art. 1369-3, al. 2 C. civ.

64. *Ibid.*, al. 1^{er} C. civ.

ture des prestations prévues au contrat, soit à un cas de force majeure »⁶⁵. Ce texte consacre on ne peut plus clairement une obligation de résultat à la charge du commerçant électronique. Mais son interprétation est délicate et place le lecteur face à l'alternative suivante : soit ce texte ne sert à rien, soit il est injustifiable.

33) On peut d'abord estimer qu'il ne s'applique qu'à la vente de biens en ligne : la référence par deux fois au seul « acheteur » ainsi que les travaux préparatoires⁶⁶ plaident en ce sens. Dès lors, le texte est inutile car cette obligation de résultat à la charge du vendeur existe déjà⁶⁷.

Mais à l'opposé, la définition du commerce électronique par la LCEN vise aussi la fourniture de services et l'article 15 fait référence aux prestations fournies au contrat. Or en matière de fourniture de services, l'obligation de résultat est loin d'être la norme, le prestataire étant souvent tenu d'une simple obligation de moyens. Si l'on adhère à cette interprétation large du champ d'application de l'article 15, il faut alors se demander en quoi la nouveauté du support nécessitait une aggravation de la responsabilité, d'autant qu'une telle aggravation a vocation à frapper non seulement les professionnels mais encore les simples particuliers. S'il y a bien alors changement de la règle, on peine à apercevoir en quoi la nouveauté du support légitime l'alourdissement des obligations du contractant : si nécessité d'un renforcement de la responsabilité il y a, la question doit être posée de manière générale, quel que soit le support du contrat, électronique ou pas⁶⁸.

65. Cette solution est transposée aux professionnels à l'égard des consommateurs dans le cadre plus large des contrats à distance (ce qui inclut le recours au téléphone ou au fax) dans un nouvel article L. 121-20-3 du Code de la consommation.

66. Sur lesquels Ph. Stoffel-Munck, *op. cit.*, n° 57.

67. En ce sens, L. GRYNBAUM, « Une immunité relative des prestataires de service internet », dans *Comm. com. électr.*, septembre 2004, p. 36 et s., n° 16. L'auteur considère cependant que cette disposition demeure inutile quand bien même elle s'appliquerait en matière de prestation de services.

68. On soulignera cependant qu'en matière de contrats passés entre un consommateur et un professionnel, l'article 15 II de la LCEN prévoit d'étendre ce régime de responsabilité à tous les contrats passés à distance, qu'ils soient conclus ou non par la voie électronique, sans qu'il y ait ici d'ambiguïté possible quant à l'applicabilité du texte à la fourniture de services (modification de l'article L. 121-20-3 du Code de la consommation). Signe que c'est moins le support électronique que la distance qui est à même de justifier un alourdissement des obligations du professionnel. Encore qu'une véritable réflexion devait être menée sur ce point : or le législateur n'a guère fait que recopier le régime de responsabilité des agences de voyage prévu à l'article 23 de la loi n° 92-645 du 13 juillet 1992.

II- UNE NÉCESSITÉ SANS CHANGEMENT ?

34) C'est un lieu commun de constater que l'Internet, et plus largement les réseaux de télécommunication modernes, ont aboli les frontières. Le changement de logique est profond : les réseaux ne sont pas seulement transfrontières, ils sont sans frontière⁶⁹. Or la règle de droit émane du souverain, lequel exerce son pouvoir sur un territoire géographiquement délimité. Sitôt que cette notion de territoire, consubstantielle à la notion de souveraineté, est abolie, l'encadrement des réseaux se heurte à une difficulté majeure : qui règlera ? Là se trouve le véritable défi adressé par les nouvelles technologies de l'information au droit, la véritable nécessité d'un changement. Ce n'est donc pas de réglementation technique qu'il s'agit, d'adaptation des règles de droit à de nouveaux supports de l'écrit ou à de nouveaux vecteurs de préjudices, dans la mesure où les instruments à la disposition du juge lui permettent très largement de résoudre les cas qui lui sont posés. L'interrogation du droit par les nouvelles technologies de l'information est beaucoup plus fondamentale : elle touche à son mode de production même, l'État. Or face à un tel défi, rien ne semble bouger : les réponses des droits sont terriblement conventionnelles, la logique reste celle du cadre étatique (A). Cela se comprend fort bien : en attendant l'avènement d'un droit mondial, comment faire autrement ? Il n'est pas dit cependant que, sous la surface des choses, cet « autrement » ne soit en train de s'inventer et qu'en profondeur, un courant souterrain ne redessine les contours du mode même de production des normes afin de l'adapter à l'abolition des frontières étatiques par les réseaux (B).

A. Le maintien des logiques territoriales

35) La souveraineté, sur le terrain proprement juridique, s'exprime par le pouvoir d'édicter des règles de droit et de rendre la justice, en d'autres termes par l'exercice des pouvoirs législatif et judiciaire. Lorsque les souverainetés se heurtent, c'est à la naissance de conflits de lois et conflits de juridictions que l'on assiste. Quelles lois, quels juges, quelle efficacité enfin, telles sont les interrogations soulevées par l'usage des réseaux.

69. En ce sens, à propos du commerce électronique, M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », D. 2003 p. 674 et s., n° 1.

36) Quant à l'exercice du pouvoir législatif, on constate que l'État n'a nullement renoncé à exercer cette prérogative régaliennne à propos des réseaux de télécommunication, motif pris de leur caractère intrinsèquement « a-territorial ». Les lois qui visent à régler les nouvelles technologies de l'information sont légion. Leur champ d'application territorial n'est cependant pas un problème que le législateur entend ignorer. Ainsi, les dispositions de la LCEN relatives au commerce électronique ne sont applicables qu'aux personnes établies en France⁷⁰, ce qui s'entend de toutes celles qui y sont installées « d'une manière stable et durable » pour exercer de manière effective leur activité, cela « quel que soit, s'agissant d'une personne morale, le lieu de l'implantation de son siège social »⁷¹. L'emplacement du serveur est donc un élément indifférent, solution qui est conforme à la directive du 8 juin 2000, laquelle précise que « le lieu d'établissement d'une société fournissant des services par le biais d'un site Internet n'est pas le lieu où se situe l'installation technologique servant de support au site ni le lieu où son site est accessible, mais le lieu où s'exerce son activité économique ». La directive prévoit ensuite que « dans les cas où il est difficile de déterminer, entre plusieurs lieux d'établissement, celui à partir duquel un service donné est fourni, le lieu d'établissement est celui dans lequel le prestataire a le centre de ses activités pour ce service spécifique ». Conformément aux principes, est ménagé le recours à la loi d'autonomie, les parties pouvant décider de soumettre leur contrat à la loi d'un autre État⁷². Ces règles de conflits de lois sont cependant écartées lorsque la loi désignée aurait pour conséquence de heurter l'ordre public. L'article 17 prévoit ainsi que la loi applicable au contrat électronique « ne peut avoir pour effet de priver un consommateur ayant sa résidence habituelle sur le territoire national de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi française relatives aux obligations contractuelles, conformément aux engagements internationaux souscrits par la France »⁷³.

70. Art. 17 et 14 combinés.

71. Art. 14.

72. Art. 17.

73. La suite du texte précise « Au sens du présent article, les dispositions relatives aux obligations contractuelles comprennent les dispositions applicables aux éléments du contrat, y compris celles qui définissent les droits du consommateur, qui ont une influence déterminante sur la décision de contracter ». La référence faite aux engagements internationaux de la France est particulièrement importante. Elle a en effet été voulue (ainsi qu'en attestent les travaux préparatoires : JOAN, débats, 27 février 2003 p. 1457) afin de faire prévaloir l'article 5.2 de la Convention de Rome, lequel prévoit que la protection du droit (à suivre...)

37) Le contenu technique de ces règles importe finalement peu pour notre propos. Ce qu'il faut constater, c'est que la logique employée est d'un classicisme total. C'est toujours sur la base d'un rattachement géographique que l'on raisonne. L'indubitable nécessité de prendre en compte l'abolition des frontières par les réseaux n'est absolument pas prise en considération et la matrice du raisonnement tenu par le législateur reste le territoire de l'État : on n'abandonne pas aisément de sa souveraineté. S'il y a bien changement formel, puisque de nouveaux articles de loi viennent enrichir – alourdir si on est moins optimiste – notre *corpus* législatif, il n'y a aucun changement de fond, puisque, d'une part, les règles retenues et les exceptions prévues sont exactement conformes aux principes régissant les contrats en droit international privé⁷⁴ et que d'autre part, on continue à raisonner en termes de rattachement à un État.

38) Quant à la compétence judiciaire, c'est une des grandes questions que posent les réseaux aux États. Si le droit international privé prévoit des règles de rattachement permettant de définir quelle est la juridiction compétente dans le cadre des litiges comportant un élément d'extranéité, leur adéquation aux réseaux est problématique, en raison de la multiplication des éléments de rattachement. On sait qu'en matière de délits, le principe le plus largement reçu dans les pays de droit continental consiste à reconnaître pour compétent le juge du lieu du délit. La Cour de Luxembourg, prenant appui sur la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968, a jugé à cet égard que pouvait être tenu pour compétent tant le juge du lieu d'où procède le dommage que celui où il est ressenti⁷⁵. Cette dernière précision est essentielle, dans la mesure où justement, le caractère international du réseau permet que le dommage soit ressenti en tout endroit de la planète. La conséquence directe et évidente d'une telle règle est alors de donner une

(...suite)

de la consommation n'est offerte aux nationaux que dans la mesure où ils auraient été démarchés par un professionnel étranger. En revanche, elle cesse si c'est le consommateur qui a pris l'initiative de s'adresser à un professionnel étranger. Autrement dit, le consommateur français ne pourra invoquer les dispositions protectrices du Code de la consommation toutes les fois qu'il aura pris lui-même l'initiative de s'adresser à un professionnel étranger.

74. D'où, une fois encore, l'interrogation sur la nécessité de l'ajout de telles dispositions.

75. Cour de Justice des communautés européennes, 30 novembre 1976, 21/76, « Mines de Potasses d'Alsace », D. 1977, jur. p. 613 et CJCE 7 mars 1995, 68/93, « Fiona Shevill », Rec. p. 4115 et D. 1996, jur. p. 61, note G. Parléani.

compétence universelle aux juges : tant un juge canadien que français pourra se reconnaître compétent⁷⁶. Une telle solution entre en contradiction avec la logique même d'une règle de conflit de juridictions : ce n'est pas résoudre un conflit entre plusieurs prétentions concurrentes de compétence judiciaire que de les reconnaître toutes, c'est nier le conflit. Surtout, la règle paraît fondamentalement attentatoire à la sécurité juridique attendue des acteurs des échanges internationaux. Une activité peut être licite dans un pays donné et ne pas l'être dans un autre : l'affaire Yahoo !⁷⁷ dont a eu à connaître le TGI de Paris en a fourni une illustration patente. Les faits sont connus : l'un des nombreux services exploités par la société américaine Yahoo ! propose la vente aux enchères de divers biens parmi lesquels se trouvent des objets relatifs au III^e Reich. Or la vente de tels objets est prohibée par la loi française mais nullement par la loi américaine : le juge français pouvait-il dès lors condamner la société américaine Yahoo ! ? On voit immédiatement le danger d'une réponse positive : comment savoir que le service proposé sur le réseau ne heurtera pas une disposition d'ordre public d'un pays relié à la toile ? Le risque d'une telle condamnation est une épée de Damoclès suspendue au-dessus de tous les opérateurs et utilisateurs des réseaux.

39) En réalité, cette épée de Damoclès, quand bien même elle romprait le crin qui la retient, a de fortes chances de ne blesser personne : en d'autres termes lorsqu'un juge d'un pays quelconque condamne un acteur du réseau sur le fondement de ses propres lois d'ordre public, la condamnation risque fort de demeurer inefficace. De ce point de vue, la question de la compétence universelle du juge est un faux problème. Si l'on veut régler et moraliser l'usage

76. D'ailleurs cette compétence universelle vaut aussi pour les juridictions d'un même État dès lors que l'information est accessible en tous points du territoire de cet État (cf. Ch. CARON, « Compétence juridictionnelle et atteinte aux droits de la personnalité sur internet », D. 2003 som. com. p. 1538).

On remarquera que les juges tendent parfois à limiter cette compétence universelle, en refusant de considérer que l'accessibilité du contenu d'un site depuis le territoire de l'État dont ils relèvent soit suffisante. Ainsi, la Cour de Rome s'est considérée comme incompétente pour connaître du litige opposant une société italienne titulaire de la marque Carpoint contre la société Microsoft qui utilisait le nom de domaine « carpoint.mns.com ». Les juges romains ont en effet considéré que le fait que le nom de domaine soit visible en Italie était un élément insuffisant pour fonder sa compétence, dès lors que le site, rédigé en langue anglaise, n'offrait pas de prestation en Italie (P. Cerina Brosio, Italy, EIPR 2001, vol. 13, n° 2 (fév.), N-13, cité par M. Vivant, *op. cit.*, n° 5, note 5).

77. Ord. référé, TGI Paris, 22 mai 2000 (disponible sur www.foruminternet.org).

des réseaux, il ne s'agit pas seulement de sanctionner les fautes qui s'y commettent, il faut encore assurer l'effectivité de la condamnation. Or on peut constater que si le risque d'une inefficacité de la condamnation pour des raisons techniques est assez clairement appréhendé par le juge national, il n'en va pas de même du risque d'ineffectivité purement juridique.

40) La possible inefficacité d'une condamnation résultant d'obstacles techniques est assez fréquemment intégrée par le juge auprès duquel est sollicitée l'interdiction de la diffusion d'une information. Ainsi, lorsque le tribunal correctionnel de Paris refusa de faire application de la loi interdisant la publication des sondages politiques à l'approche d'une élection, il invoqua le fait qu'une telle prohibition n'avait plus de sens dès lors que de tels sondages, publiés en toute légalité à l'étranger « sont connus [...] notamment grâce au minitel ou à Internet par des milliers d'électeurs français »⁷⁸. Certes, le fondement juridique de la décision est ailleurs : le juge ne peut refuser d'écarter une loi au simple motif de son inefficacité. L'argument juridique est donc trouvé dans la violation de la Convention européenne des droits de l'Homme, dès lors que cette prohibition « constituait une discrimination entre les citoyens au regard du droit à l'information ». Il n'empêche que l'argument réaliste, tiré de l'ineffectivité de la condamnation, a été pleinement pris en compte par les magistrats⁷⁹. Dans l'affaire Yahoo !, le juge, avant d'ordonner à cette société « 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 constitue une apologie du nazisme ou une contestation des crimes nazis »⁸⁰, le Président du tribunal s'est assuré de la possibilité de traduire techniquement une telle exigence, en obtenant l'avis de trois experts indépendants ayant conclu à une efficacité de 70 %.

41) En revanche, ce que n'a pas considéré ce magistrat est la pertinence non plus technique mais juridique de la mesure d'interdiction, en d'autres termes la possibilité d'en imposer le res-

78. T. com. Paris, 15 décembre 1998, jugement réformé par Paris, 29 juin 2000 (D. 2000, Inf. rap. p. 255), ce dernier arrêt étant à son tour cassé par Cass. crim. 4 septembre 2001 (JCP éd. E, 2002, chr. « Droit de l'internet », n° 73 obs. Mallet-Poujol).

79. En ce sens, M. VIVANT, *op. cit.*, n° 10-1.

80. Précité.

pect sur le territoire d'un autre État que la France⁸¹. Pour contraindre la société Yahoo à son respect, l'ordonnance parisienne devait obtenir l'*exequatur* d'un juge américain, laquelle fut précisément refusée au nom du premier amendement de la Constitution des États-Unis garantissant la liberté d'expression⁸². Le nœud du problème posé par l'Internet comme espace sans frontière n'est donc nullement l'impossible détermination d'un juge et d'une loi compétente mais celle de l'efficacité de leurs décisions, non pas technique, car le juriste a toujours composé avec ce que lui offrait la technique, mais juridique. L'*exequatur* reste requis si l'on veut assurer l'efficacité de la décision sur le territoire de l'État dont relève la société condamnée⁸³. Or elle ne sera accordée qu'à condition de ne pas heurter les principes d'ordre public de ce pays. Si bien que l'efficacité d'une régulation des réseaux par le droit ne peut plus être pensée à l'échelle nationale. Il faut parvenir à une véritable convergence du contenu matériel des règles applicables en la matière, de manière à ce que, quel que soit le juge saisi, la solution soit similaire. L'avantage d'une telle harmonisation des règles juridiques en la matière est double : sécurité pour les utilisateurs du réseau, efficacité pour les États qui entendent en borner les excès.

42) Les outils d'une telle harmonisation sont connus. Au plan régional, l'Union européenne ne ménage pas ses efforts : on l'a vu, les directives sont nombreuses. Mais il faut souligner, même si c'est un poncif, la piètre qualité de leur rédaction et les différences de

81. Il est vrai que la question ne se pose pas toujours, certains opérateurs des réseaux obtempérant spontanément, avant même toute condamnation. Ainsi, un moteur de recherche s'étant vu reprocher par une entreprise d'avoir renvoyé ses utilisateurs non pas vers son propre site mais vers le site contrefait d'un concurrent a-t-il, dès réception de l'assignation, retiré le lien contesté : la Cour d'appel de Paris (14^e ch. A, 15 mai 2002) a pourtant estimé qu'un moteur de recherche ne pouvant vérifier les effets des liens hypertextes qu'il indexe, il ne pouvait être tenu de supprimer ceux qui conduiraient à un contenu litigieux (C. MANARA, « Un outil de recherche doit-il supprimer une référence à un site litigieux ? », D. 2003 som. com. p. 621).

82. « Bien que la France ait le droit souverain de contrôler le type d'expression autorisée sur son territoire, cette cour ne pourrait appliquer une ordonnance étrangère qui viole la Constitution des États-Unis, en empêchant la pratique d'une expression protégée à l'intérieur de nos frontières » : Cour de San José, 7 novembre 2001 (citée par L. THOUMYRE, dans « Une Europe unie face à la réglementation de l'internet ? – État des lieux », disponible sur le site www.juriscom.net).

83. D'où la tentation de certaines sociétés de s'installer dans des « paradis informationnels » : c'est le cas de la société KaZaA, installée au Vanuatu, archipel du Pacifique sud.

transpositions entre les différents États membres. Surtout, la difficulté n'est nullement résolue : le rapprochement des législations des 25 pays membres en ces domaines, si tant est qu'il soit un jour satisfaisant, ne provoque jamais qu'un changement d'échelle : les réseaux sont mondiaux et non européens et la directive par nature impropre à elle seule à traiter efficacement de la difficulté. Restent alors les conventions internationales. La recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe du 11 septembre 1995, relative aux problèmes de procédure pénale en relation avec la société de l'information, est ainsi à l'origine de la fameuse Convention internationale sur la cybercriminalité signée à Budapest le 23 novembre 2001. Reposant sur trois piliers fondamentaux – harmonisation des législations nationales quant aux infractions commises sur les réseaux ; adaptation des moyens d'enquête ; instauration d'une coopération internationale –, cette convention, signée par le Canada, les États-Unis et les principaux pays du Conseil de l'Europe, est entrée en vigueur le 1^{er} juillet 2004⁸⁴. À ce jour, ni le Canada, ni la France ne l'ont cependant ratifiée.

43) En réalité, il n'est pas sûr qu'au regard de l'extrême lourdeur inhérente aux conventions internationales, celles-ci apparaissent comme l'outil propre à régir la grande plasticité des réseaux de télécommunication. Ce qui conduit au constat suivant : le droit n'est nullement dépourvu de moyens permettant d'encadrer le développement des réseaux de télécommunication : seulement, ces moyens sont parfois inadaptés en ce qu'ils continuent de reposer sur une logique territoriale. C'est toujours en conflits de juridictions et de lois que l'on raisonne, en termes de conventions internationales conclues par des États souverains. Or cette logique de souveraineté n'a pas toute sa place dans un monde sans frontière, si bien qu'une régulation efficace des réseaux ne semble pouvoir se faire qu'au prix d'un changement de paradigme dans l'édition de la norme. N'émanant plus d'un souverain, celle-ci doit sourdre d'elle-même du réseau : qu'en est-il aujourd'hui ?

84. Au 1^{er} octobre 2004, le traité a été ratifié par l'Albanie, la Croatie, l'Estonie, la Hongrie, l'ex-République yougoslave de Macédoine, la Lituanie, la Roumanie et la Slovaquie.

B. Le déplacement discret du pôle d'édition des normes

44) Il y a, à n'en pas douter, une véritable propagande de la liberté du réseau. Le réseau a été créé comme un espace de liberté⁸⁵ et une bonne part de ses acteurs entend qu'il demeure tel. D'ailleurs, la difficulté qu'il y a à faire exécuter les décisions de condamnation incite parfois au renoncement à toute sanction⁸⁶. Ce discours de la liberté des réseaux doit être condamné toutes les fois qu'il confond licence et liberté. La liberté est exigeante : elle n'est nullement la faculté de faire ce que l'on veut, mais celle de choisir les règles auxquelles on veut obéir. La véritable liberté n'est pas différente de l'autonomie : c'est une obéissance, mais à la loi qu'on s'est donnée soi-même⁸⁷. La question est alors de savoir si l'on assiste, dans le cadre des réseaux de télécommunication, à un déplacement du centre de production des normes destinées à l'encadrer, déplacement qui s'opérerait des États souverains vers les utilisateurs du réseau.

45) On ne parlera pas ici du rôle indirect que les acteurs des réseaux peuvent jouer dans l'édition de la norme, en tant qu'auteurs de recommandations, d'avis ou de rapports qui seront autant de bases de réflexion pour le travail du législateur étatique ou régional. On pense ainsi en France à la mise en place du « Forum des droits sur l'Internet », organisme de co-régulation qui assure depuis mai 2001, la concertation des acteurs publics et privés concernés par la question de la régulation de l'Internet⁸⁸. Au plan

85. Si l'Internet commence avec la création du réseau ARPAnet par le gouvernement américain aux fins d'éviter toute rupture de communication entre les ressources de défense du pays en cas de conflit mondial, il profite ensuite aux universités auxquelles il sert à échanger librement le résultat de leurs recherches.

86. Cf. *supra*, n° 40.

87. C'est le sens de la devise gravée sur le fronton du temple de Delphes et faite sienne par Socrate : « Connais-toi toi-même », qui n'est nullement une invite à une introspection psychanalytique du sujet par lui-même, mais à la connaissance des principes auxquels il entend librement se soumettre.

88. Il a produit une quinzaine d'avis sur les projets de loi élaborés par le législateur en ces domaines et de nombreuses recommandations, destinées tant au législateur (français ou européen), qu'aux juridictions ou aux utilisateurs du réseau Internet. Les sujets sont extrêmement variés : données de connexion, administration électronique, communications électorales et vote électronique, mesures techniques de protection des œuvres numériques, le filtrage des contenus illicites *etc.* Le « Forum des droits de l'Internet » participe activement à la constitution d'un réseau européen d'organismes similaires : il fédère aujourd'hui des organismes belge (Observatoire des droits de l'Internet), (à suivre...)

européen, il faut évoquer le « groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel », généralement désigné sous le nom de « groupe de l'article 29 », puisque sa création découle de l'article 29 de la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection de la vie privée des personnes physiques. Composé de représentants des États membres et des organes communautaires, sa mission est de seconder la Commission, afin d'étudier la manière dont les directives prises en ces matières sont transposées dans chaque État membre, d'évaluer le niveau de protection de la vie privée offert dans chaque État, et de conseiller la Commission sur tout projet de modification de la réglementation européenne en ce domaine, voire de susciter une telle modification par voie de recommandation⁸⁹. Ces groupes de réflexion, dont le travail joue un rôle non négligeable lors de l'édiction de la norme, n'apportent cependant aucun visage nouveau au travail législatif. Le despotisme du souverain n'a plus cours dans nos démocraties et le mot que l'on prête à Louis XVI, « c'est la loi puisque je le veux » est oublié depuis longtemps. Manière de dire que l'auteur de la norme n'a pas attendu la révolution des nouvelles technologies de l'information pour prendre l'avis des intéressés avant de légiférer. La vraie question est ailleurs : assiste-t-on à une véritable édicition de la norme par les acteurs des réseaux ?

46) On pourrait d'abord songer à invoquer les cas où le juge prend en considération les pratiques suivies par les acteurs des réseaux pour en dégager une norme de comportement et sanctionner alors ceux qui s'en éloignent. On aura reconnu là le rôle traditionnel que les usages, la coutume, peuvent jouer à titre de source des règles de droit. Ainsi le TGI de Rochefort-sur-mer, dans un jugement du 28 février 2001⁹⁰, a-t-il, au visa de l'article 1135 du Code civil aux termes duquel « les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à la convention d'après sa nature »,

(...suite)

britannique (*Internet Watch Foundation, Oxford Internet Institute*), autrichien (*Osterreichisches Institut für Angewandte Telekommunication*), italien (*Forum per la tecnologia della informazione*) et hongrois (ISTR).

89. Art. 30 de la directive. L'article 14 - 3° de la directive 97/66/CE du 15 décembre 1997 a élargi sa compétence au secteur des télécommunications.

90. Disponible à l'adresse « www.juriscom.net ». La Cour supérieure de l'Ontario, le 9 juillet 1999 « *Ontario Inc. c. Nexx Online Inc.* » a été la première à faire application de la Netiquette, à laquelle renvoyait le contrat conclu entre le fournisseur d'accès Internet et son client.

sanctionné la pratique du *spamming*. Ayant relevé que le *spamming* était proscrit par un usage dans les forums de discussion, il en déduit un manquement du client à l'égard de ses obligations justifiant la résiliation du contrat le liant à son fournisseur d'accès. De même, une ordonnance de référé du Président du TGI de Paris du 15 mai 2002⁹¹ soulignait que « la pratique du *spamming* est considérée comme une pratique déloyale et gravement perturbatrice [...], contraire aux dispositions de la charte de bonne conduite », charte que d'aucuns appellent la « Netiquette ».

Toutefois, la norme n'étant pas ici le résultat d'un processus délibéré d'édiction⁹², elle demeure à ce titre d'une assez grande faiblesse. En effet, l'usage n'est normatif qu'autant qu'il est observé, condition indifférente lorsque la norme émane d'une autorité. La question d'une édiction volontariste des règles par les acteurs du réseau reste donc entière : le réseau peut-il être juridiquement reconnu comme compétent pour édicter une norme autrement que par le comportement qu'il observe spontanément ?

47) Sur ce point, l'exemple le plus évident d'autorégulation du réseau Internet semble être celui de l'attribution des noms de domaine. On rappellera que sur ce réseau, chaque ordinateur est identifié par une « adresse IP », suite de quatre nombres difficilement mémorisable, ce qui a conduit à coupler cette adresse IP avec un nom de domaine⁹³. La prolifération de ces dénominations a nécessité d'en réglementer l'usage. Bien qu'aucune loi n'ait été adoptée à ce sujet par aucun État, cette attribution n'en obéit pas moins à des règles précises, dont la plus célèbre est celle du « premier arrivé, premier servi ». L'inconvénient d'une règle aussi fruste s'est cependant assez rapidement manifesté : certaines personnes ont en effet réservé des noms de domaine correspondant à des marques plus ou moins connues afin d'en rétrocéder l'usage à la société détentrice de la marque, moyennant une rémunération substantielle. Le principe initialement dégagé fut donc affiné : l'enregistreur devait certifier que le nom de domaine n'entraînait pas en conflit avec le droit des tiers. Le propriétaire d'une marque pouvait ainsi se plaindre de son utilisation à titre de nom de domaine et obtenir le gel du nom de domaine toutes les fois que le déposant ne pouvait faire de son côté la preuve de son droit sur le

91. Disponible à l'adresse « www.juriscom.net ».

92. Même si la « Netiquette » a fait l'objet de rédaction.

93. Adresse URL (*Uniform Resource Location*).

nom employé⁹⁴. Il semble donc bien que l'on assiste à la création spontanée par le réseau des règles destinées à le régir, lesquelles s'affinent peu à peu.

48) Cette analyse est sans doute inexacte pour la période précédant l'année 1999 : le réseau Internet a été créé par le Département américain de la Défense et cette filiation avec les États-Unis d'Amérique lui a longtemps imprimé sa marque. C'est ce département qui confia à l'IANA⁹⁵ la tâche de superviser l'attribution des noms de domaine⁹⁶, laquelle délégua sa compétence à la NSF⁹⁷ qui la confia à son tour à une société privée, la NSI⁹⁸, sur le fondement d'une licence d'exploitation valable pour la période du 1^{er} janvier 1993 au 30 septembre 1998. La NSI a donc joui pendant ces années d'un monopole d'attribution des noms de domaine gTLD⁹⁹, c'est-à-dire pour les zones *.com*, *.net* et *.org*, attribution qui s'opéra selon les règles qu'elle fixait elle-même. Cette édicition de la norme relative à l'attribution des noms de domaine présente certes un visage particulier dans la mesure où elle émane non d'un État mais d'une société privée et qu'elle a une applicabilité mondiale. Mais derrière la société privée il y a l'État américain, et au fondement de cette compétence mondiale non pas un principe juridique mais une situation de pur fait : aucun pays n'étant naturellement compétent pour l'attribution des noms de domaine génériques, elle est revenue au premier à s'investir de cette mission.

49) La mainmise américaine de fait en cette matière fut vivement contestée¹⁰⁰, comme incompatible avec le caractère international du réseau, si bien que fut mis en place en 1996 un groupe

94. D'autres modifications du règlement de la NSI suivirent, notamment pour faire obstacle à la pratique consistant pour les détenteurs de noms de domaine à déposer ce nom à titre de marque dans un pays où un tel enregistrement peut s'opérer en quelques heures, Tunisie par exemple.

95. *Internet Assigned Number and Authority*.

96. Cela en partenariat avec l'ISOC (*Internet Society*), une association regroupant les utilisateurs de l'Internet.

97. *National Science Foundation*.

98. *Network Solution Inc.*

99. *Generic Top Level Domain Name*. En revanche, l'attribution des noms de domaine ccTLD (*country code Top Level Domain Name*) obéit à des règles qui sont fixées dans chaque pays par l'autorité déléguée par l'IANA (aujourd'hui l'ICANN).

100. Voir par exemple l'ouverture d'un dossier pour abus de position dominante contre la NSI par la Commission européenne, dossier classé en janvier 2000.

international de travail sur la question¹⁰¹ : s'ensuivit une passe d'armes entre les États-Unis, désireux de conserver leur emprise sur le système et les autres pays¹⁰². Finalement, l'ICANN¹⁰³, société de droit américain à but non lucratif, a été substituée en 1999 à l'IANA. Son Conseil d'administration est composé de directeurs élus pour moitié par les trois organisations de support¹⁰⁴ et pour moitié par le collège des utilisateurs de l'Internet (*At large*). Or toute personne concernée par le développement de l'Internet, ou même simple utilisateur, peut être membre du « *At large* » en s'inscrivant sur le site de l'ICANN et participer ainsi à ces élections. En revanche, les États ne sont qu'indirectement associés, au travers du GAC¹⁰⁵ chargé d'émettre des avis. Il y a là une inversion remarquable des rôles traditionnels : l'État n'est plus l'auteur de la norme, il est relégué au rang d'organe consultatif.

50) Un second élément important, bien que plus discret, contribue à cette relégation des États nations dans la réglementation des réseaux. Une norme étatique a principalement vocation à être appliquée par des tribunaux étatiques, si bien que mécaniquement, le recul de la saisine de ces tribunaux entraîne un recul de l'application de ladite norme. Or se multiplient les mécanismes non étatiques de résolution des conflits liés à l'utilisation des réseaux. Le « Forum des droits sur l'Internet » a lancé en juin 2003 un service de médiation pour traiter les différends relatifs à l'utilisation du réseau. De même, la mise en place d'une politique uniforme de règlement des litiges en matière de noms de domaine¹⁰⁶ a permis de résoudre plus de cinq mille litiges concernant les droits d'accès à un nom de domaine sans recourir aux tribunaux.

101. IHAC : *International Ad Hoc Committee*, regroupant des organisations internationales dont l'OMPI (Organisation Mondiale de la Propriété Industrielle) et l'UIT (Union Internationale des Télécommunications).

102. La France voit ainsi dans les positions du gouvernement américain « une proposition de centralisation du nommage sur le territoire américain, autour du droit américain » : rapport Falque-Pierrotin, cité par R. ROMAIN, « Les noms de domaine en droit communautaire », p. 9, disponible sur le site www.droit-technologie.org.

103. *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*.

104. DNSO (*Domain Name Supporting Organisation*), ASO (*Adress Supporting Organisation*) et PSO (*Protocol Supporting Organisation*).

105. *Governmental Advisory Committee*.

106. Dite UDRP (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*).

51) Le juriste espagnol Alvaro d'Ors, dans son introduction au droit¹⁰⁷, proposait au lecteur une distinction fructueuse entre la *potestas* et l'*auctoritas* : elle fournira ici la conclusion du propos. Il semble bien que l'effectivité des normes encadrant les réseaux, puisque c'est cette effectivité qui est au cœur de la question, ne doit plus tant reposer sur la *potestas*, c'est-à-dire sur une puissance de contrainte légitime dont les États ont le monopole sur leur territoire, que sur l'*auctoritas*, c'est-à-dire sur l'autorité intrinsèque de la norme. En d'autres termes, il ne s'agit plus seulement d'imposer le respect des règles par une contrainte extérieure, dont l'efficacité est nécessairement défailante dans un système sans frontière, mais par une adhésion volontaire de ses destinataires, adhésion procédant de ce que la norme n'a d'autre source que leur propre volonté. On peut alors tenir ferme les deux bouts de la chaîne, liberté et régulation des réseaux, la liberté ne procédant pas d'une absence de règle mais de la soumission à une règle qu'on s'est volontairement donnée. Si les nouvelles technologies de l'information et de la communication doivent susciter un changement des principes juridiques, c'est sans doute moins dans le tapage d'adaptations techniques dont la nécessité est sujette à caution que dans un déplacement discret et balbutiant du pôle d'édition des normes qui les régissent.

107. A. d'ORS, « Une introduction à l'étude du droit », préf. A. SÉRIAUX, PU d'Aix-Marseille 1991, n^{os} 25 et s.