

ACLU v. Reno: pour la reconnaissance d'un régime propre à l'Internet au regard de la liberté d'expression

Karim Benyekhlef (*)

Le 26 juin dernier, la Cour suprême des États-Unis rendait un arrêt très attendu sur la liberté d'expression dans les réseaux électroniques de communication. L'arrêt *Reno c. American Civil Liberties Union* casse deux dispositions du Communications Decency Act of 1996 (CDA) dont l'objectif avoué était de prohiber les communications électroniques à caractère obscène ou indécent. Le CDA constitue le Titre V du Telecommunications Act of 1996 ¹ qui en comprend sept. La première disposition contestée, l'article 223a), interdit "the knowing transmission of obscene or indecent messages to any recipient under 18 years of age" ² ("the indecent transmission provision"). La seconde disposition attaquée, l'article 223d), interdit, pour sa part, "the knowing sending or displaying of patently offensive messages in a manner that is available to a person under 18 years of age" ³ ("patently offensive display provision").

1- Sur le régime applicable à l'Internet

L'importance de cette affaire ne tient pas tant dans la censure des dispositions controversées du CDA. En effet, une lecture attentive des arrêts ⁴ de la Cour suprême portant sur des dispositions législatives de même nature permettait de subodorer l'inconstitutionnalité de ce type de dispositif. L'importance de cette affaire tient plutôt au fait que l'Internet n'est pas considéré par le tribunal comme un medium de même nature que la radio ou la télévision pour les fins d'application du Premier Amendement. La majorité de la Cour, sous la plume du juge Stevens, reprend la conclusion de la Cour de district en précisant que la navigation sur l'Internet requiert un usager actif et une "series of affirmative steps more deliberate and directed than merely turning a dial" (p.6). L'internaute n'est donc pas dans une position passive à l'instar du téléspectateur ou de l'auditeur. Il ne subit pas l'information, puisqu'il doit, au contraire, la débusquer.

La jurisprudence américaine a établi une hiérarchie des medias au regard de l'application du Premier Amendement.⁵ Ainsi, la presse écrite bénéficie de la pleine protection du Premier Amendement. Toute mesure ayant un effet restrictif, directement ou indirectement, sur la presse écrite est, de prime abord, suspecte. Tel n'est pas le cas des medias audiovisuels. Ceux-ci ne bénéficient pas d'une liberté d'expression aussi importante. On explique souvent par la crainte que les medias électroniques inspiraient aux dirigeants et aux élites lors de leur avènement au début du siècle, la mise en place de régimes de contrôle de leurs activités fort différents de ceux qui existaient pour contrôler les medias sur support papier.⁶ C'est ainsi que le caractère public des fréquences représente l'une des principales rationalités constituant l'assise des régimes réglementaires des activités de radio et de télévision dans la plupart des pays. Quelles sont les raisons pour lesquelles les fréquences sont considérées comme faisant partie du domaine public? Classiquement, on invoque la *rareté* des fréquences pour justifier les mécanismes publics de répartition.⁷ Aux États-Unis, la jurisprudence a clairement admis que les medias de radiodiffusion, en raison de leurs caractéristiques propres, peuvent être considérés différemment des autres medias à l'égard des garanties constitutionnelles de

la liberté d'expression.⁸C'est donc principalement autour de la rareté des fréquences de radiodiffusion que se sont élaborés les raisonnements judiciaires concluant que la réglementation de la radiodiffusion était conforme avec les garanties du Premier Amendement.

Le juge Stevens, au nom de la Cour, note justement que la rationalité de la rareté des fréquences n'est pas pertinente dans le contexte de l'Internet, ni celle relatif au caractère invasif de la radio et de la télévision. Après avoir remarqué que "each medium of expression... may present its own problems", il ajoute:

"Those factors are not present in cyberspace. Neither before nor after the enactment of the CDA have the vast democratic fora of the Internet been subject to the type of government supervision and regulation that has attended the broadcast industry. Moreover, the Internet is not as "invasive" as radio or television". (p.12)

Le juge Stevens insiste sur le caractère actif de la communication Internet et établit, à ce propos, un parallèle entre le téléphone et l'Internet:

"In Sable, a company engaged in the business of offering sexually oriented prerecorded telephone messages (popularly known as "dial-a-porn") challenged the constitutionality of an amendment to the Communications Act that imposed a blanket prohibition on indecent as well as obscene interstate commercial telephone messages. We held that the statute was constitutional insofar as it applied to obscene messages but invalid as applied to indecent messages (...) We explained that "the dial-it medium requires the listener to take affirmative steps to receive the communication (...) "Placing a phone call", we continued, "is not the same as turning on a radio and being taken by surprise by an indecent message". (p.12)

Compte tenu du caractère particulier et unique de l'Internet ⁹ la Cour conclut que sa jurisprudence "provide no basis for qualifying the level of First Amendment scrutiny that should be applied to this medium" (p.12). Par conséquent, on ne saurait interpréter la liberté d'expression dans le cadre de l'Internet de la même façon que dans le contexte de la radio ou de la télévision.

Est-ce à dire que l'Internet doit connaître le même régime que la presse écrite au regard de la garantie constitutionnelle de la liberté d'expression? Rien n'est moins sûr. Tout d'abord, l'interprète ne peut manquer de noter que la Cour suprême s'astreint surtout à distinguer l'Internet des autres médias électroniques, comme la radio ou la télévision. Bien qu'on puisse estimer, à partir de cette volonté d'établir une distinction, que l'Internet doit recevoir le même traitement que la presse écrite, il importe de garder à l'esprit les nombreuses particularités de ce medium et d'éviter de céder au piège du tout métaphorique. En effet, les multiples analogies entre l'Internet et d'autres régimes juridiques, comme la bibliothèque, la presse écrite ou même le droit de propriété, se révèlent trop souvent partielles et erronées.¹⁰ Ceci s'explique, encore une fois, par le caractère singulier et original du médium. Le régime général de l'Internet demande donc à être étayé. L'affaire *Reno* constitue cependant un important jalon dans la détermination d'un tel régime. Bien que cette affaire soit américaine, il nous semble que ses conclusions, quant au caractère distinct de l'Internet, ne manqueront pas d'exercer une importante influence.

2- Sur les dispositions contestées du CDA

Le juge Stevens, au nom de la Cour, prend soin tout d'abord de distinguer la présente affaire des arrêts *Ginsberg*, *Pacifica*, et *Renton*.¹¹ Le ministère public prétendait, en effet, que le dispositif contesté

s'inscrivait parfaitement dans la lignée de ces arrêts. Dans tous les cas, le juge Stevens montre bien que l'affaire sous examen se distingue nettement des situations soulevées dans les affaires précitées.

L'arrêt *Ginsberg* traitait d'une disposition législative de l'État de New York interdisant la vente à des personnes de moins de 17 ans de matériel obscène pour cette tranche d'âge même si non obscène aux yeux de la population adulte. On avait alors jugé cette disposition constitutionnelle, réfutant, dès lors, la position de l'appelant selon laquelle le champ de la liberté d'expression ne pouvait être déterminé en fonction du fait que le lecteur était un mineur ou un adulte. En effet, selon *Ginsberg*, le bien-être de la jeunesse ainsi que l'importance de la faculté pour les parents d'imposer leur autorité à la maison constituaient des facteurs prééminents dans la société américaine. Cela dit, dans *Ginsberg*, cette prohibition de vente aux mineurs n'avait pas pour effet d'interdire aux parents, qui le désiraient, d'acheter pour leurs enfants ce type de matériel alors que, dans la présente situation, le CDA enlève cette possibilité. De plus, cette prohibition ne s'appliquait qu'aux transactions de nature commerciale tandis que le CDA ne contient aucune limitation de ce type. Finalement, un autre élément de distinction tient au fait que la définition du matériel dommageable pour les mineurs exige que celui-ci soit dénué de toute valeur au plan social ("utterly without redeeming social importance for minors", p.10); définition qu'on ne retrouve même pas dans le CDA qui, par ailleurs, omet de définir les termes "indecent" et "patently offensive" et de restreindre cette prohibition au seul matériel sans aucune valeur littéraire, artistique, politique ou scientifique.

Dans l'arrêt *Pacifica*, le Federal Communications Commission (FCC) avait décidé, après un monologue radiophonique intitulé "Filthy Words", que l'usage répété de mots vulgaires lors d'une émission de radio, diffusé en après-midi, était "indecent". La Cour suprême a reconnu la validité constitutionnelle de cette décision. *Pacifica* se distingue de la présente affaire en ce que la Cour a toujours reconnu que la radio et la télévision bénéficiait d'une liberté d'expression moins large que la presse écrite; le caractère invasif de ces médias constituant ici un facteur justifiant ce traitement. Nous avons vu, plus haut, que le juge Stevens, au nom de la majorité, a reconnu la nature active de la quête d'information sur l'Internet. L'internaute ne risque pas, à l'instar de l'auditeur d'un programme radio, de trouver, par hasard, du matériel de nature obscène ou indécent.

Dans l'affaire *Renton*, la Cour suprême a reconnu la licéité constitutionnelle d'une ordonnance municipale interdisant l'établissement de cinémas pornographiques dans des zones résidentielles. L'objectif de cette ordonnance, précise le juge Stevens, était non pas de censurer un discours mais bien plutôt de limiter les effets secondaires délétères -crime et perte de valeur des propriétés- d'un tel voisinage. On parle alors, en droit américain, d'une "time, place, and manner regulation".¹² Le CDA, au contraire, vise précisément à censurer une activité expressive. Le CDA s'intéresse directement au contenu du discours plutôt qu'aux effets secondaires qui peuvent en découler. Cette distinction entre l'objet et l'effet de la loi a également été reconnue par la Cour suprême du Canada.¹³

La présente affaire se distingue donc des précédents évoqués ci-haut pour deux raisons principales: d'une part, le caractère particulier de l'Internet comme medium et, d'autre part, l'imprécision et l'ambiguïté caractérisant le dispositif législatif contesté. L'affaire *Reno* établit clairement que l'Internet est un medium unique méritant son propre régime normatif, distinct, par conséquent, des régimes que connaissent la presse écrite, la radio et la télévision notamment. Quant à l'imprécision du CDA, le juge Stevens fait observer que le champ d'application de cette loi est incertain en raison de l'imprécision (absence de définition) des termes "indecent" et "patently offensive" (p.13). Cette incertitude devient dès lors un vice fatal puisque le CDA s'en prend au contenu du discours. Dans cette situation, l'incertitude, fruit de l'imprécision, ne peut manquer d'avoir un effet délétère (*chilling effect*) sur la liberté d'expression:

In contrast to Miller and our other previous cases, the CDA thus presents a greater threat of censoring speech that, in fact, falls outside the statute's scope. Given the vague contours of the coverage of the statute, it unquestionably silences some speakers whose messages would be entitled to constitutional protection. That danger provides further reason for insisting that the statute not be overly broad. The CDA's burden on protected speech cannot be justified if it could be avoided by a more carefully drafted statute.

We are persuaded that the CDA lacks the precision that the First Amendment requires when a statute regulates the content of speech. In order to deny minors access to potentially harmful speech, the CDA effectively suppresses a large amount of speech that adults have a constitutional right to receive and to address to one another. That burden on adult speech is unacceptable if less restrictive alternatives would be at least as effective in achieving the legitimate purpose that the statute was enacted to serve. (p.14)

La Cour reconnaît la légitimité de l'objectif poursuivi par le Congrès. La protection de la jeunesse des effets néfastes d'un certain type de discours expressif constitue certes une préoccupation urgente et réelle, pour employer les termes de la Cour suprême du Canada lorsqu'elle apprécie la licéité constitutionnelle d'un texte législatif (première étape du critère Oakes).¹⁴ Toutefois, comme le souligne l'extrait précédent de l'arrêt *Reno*, le CDA ne constitue pas le moyen le moins susceptible de porter atteinte à la liberté d'expression. Autrement dit, la loi ratisse trop large. Au contraire, la loi doit être soigneusement et précisément formulée afin d'éviter que ses effets ne puissent restreindre des activités expressives licites. À cet égard, il faut bien noter que la Cour suprême affirme que le discours "indécent" est protégé par le Premier Amendement (p.14).

Or, le libellé du CDA est si ambigu qu'il a pour effet de prohiber le discours indécent entre adultes consentants. Ce faisant, la loi a pour conséquence de "reduce the adult population... to only what is fit for children" (p.14). En d'autres termes, la loi réduit le champ des activités expressives auxquelles les adultes peuvent se livrer, dans le but de protéger les enfants, alors que ces activités sont parfaitement licites au plan constitutionnel. L'objectif, poursuivi par le Congrès, n'est donc pas remis en cause. Ce sont plutôt les moyens de mise en oeuvre de cet objectif qui apparaissent disproportionnés. Or, puisque le CDA vise à censurer le contenu d'une activité expressive, il revient au gouvernement de démontrer que des moyens moins restrictifs se seraient révélés inadéquats. C'est là un très lourd fardeau dont ne s'est pas déchargé le gouvernement.¹⁵

Conclusion

Cet arrêt de la Cour suprême américaine rappelle que la liberté d'expression est mieux servie par un libre échange des idées que par une régulation étatique de type censorial.¹⁶ Cet arrêt ne répond cependant pas à la question de savoir si l'Internet est un forum public auquel s'appliquent les garanties constitutionnelles.¹⁷ En effet, la Cour avait à juger de la validité d'un texte législatif (*state action*). Mais quelle serait la décision de celle-ci si le CDA était le produit non pas d'une activité gouvernementale, soumise à un contrôle constitutionnel, mais plutôt d'une entreprise privée, un fournisseur d'accès, par exemple? Ce dernier pourrait, en effet, interdire certains types de discours en refusant l'accès à certains "newsgroups" ou à certaines listes de discussions.

Cette difficile question soulève celle du caractère public des voies électroniques de communication. Il est clair que le cyberspace ne constitue pas un espace public dans sa totalité. À l'instar d'une ville, certaines voies peuvent être publiques ou privées.¹⁸ On ne saurait prétendre que la totalité du cyberspace relève du forum public. Cette coexistence des forums publics et privés est directement liée à la diversité fonctionnelle offerte

dans le cyberspace. Cela dit, il importe d'éviter qu'on ne réserve aux forums publics la portion congrue de l'espace virtuel. Si le cyberspace devait devenir un vaste champ propriétaire, il conviendrait alors que les tribunaux supérieurs modifient les principes relatifs à l'application du document constitutionnel afin de s'assurer que la liberté d'expression, notamment, ne soit pas sacrifiée au nom d'intérêts purement privés. L'axiome selon lequel la liberté peut se déployer si l'État s'abstient d'intervenir doit être corrigé afin de tenir compte du poids croissant du secteur privé dans le champ des activités individuelles. Cela n'avait pas échappé au juge en chef Dickson, de la Cour suprême du Canada, qui écrivait dans l'arrêt *Renvoi relatif à la Public Service Employee Relations Act (Alb.)*:

On dit au sujet des «droits», qu'ils imposent à une autre partie une obligation correspondante de protéger le droit en question, alors qu'on dit au sujet des «libertés», qu'elles comportent simplement une absence d'intervention ou de contrainte. Cette conception de la nature des «libertés» est peut-être trop étroite étant donné qu'elle ne reconnaît pas l'existence de certains cas où l'absence d'intervention gouvernementale est effectivement susceptible de porter atteinte sensiblement à la jouissance de libertés fondamentales (par exemple, une réglementation limitant la monopolisation de la presse peut être nécessaire pour assurer la liberté d'expression et de presse).¹⁹

L'extension des garanties constitutionnelles au champ de certaines activités privées dépasse les situations où le législateur doit intervenir afin d'assurer le jeu des libertés. Cette extension doit être soigneusement formulée et répondre à des menaces sérieuses et réelles aux libertés suscitées par l'activité privée.

La liberté d'expression apparaît comme un pendant nécessaire au libre marché sur l'Internet. Cette liberté apparaît, dans l'histoire, comme un contrepoids fondamental au pouvoir de l'État. Pourtant, on ne saurait, aujourd'hui, limiter son application à la seule rencontre de l'État. Les intérêts privés peuvent constituer des menaces toutes aussi graves à la liberté d'expression.²⁰ La quasi-monopolisation des entreprises de presse par quelques grands groupes industriels illustre les difficultés rencontrées par ceux qui veulent exprimer une opinion dissidente, voire même discordante. La concurrence, fondement du libéralisme économique, doit également jouer sur l'Internet. Il importe de permettre aux voix dissidentes ou marginales de s'exprimer par le biais de ce médium. Ces voix, parce qu'elles sont souvent fragiles, doivent pouvoir se déployer sans entraves sur l'Internet et constituer des sources alternatives d'information. Il importe donc d'éviter l'appropriation des espaces électroniques par un ou plusieurs groupes privés. Il ne doit pas y avoir ici de dichotomie entre le libéralisme économique et le libéralisme politique: la liberté d'expression apparaît alors comme un ingrédient essentiel, voire consubstantiel, au marché libre.

Lex Electronica Volume 3, numéro 2 (hiver 1997)

Notes

^(*) Professeur au CRDP

Faculté de droit

Université de Montréal

1. Pub. L. 104-104, 110 Stat.56.

2. a) "Whoever- (1) in interstate or foreign communications- (...) B) by means of a telecommunication device knowingly- (i) makes, creates, or solicits, and (ii) initiates the transmission of, «any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication which is obscene or indecent, knowing that the recipient of the communication is under 18 years of age, regardless of whether the maker of such communication placed the call or initiated the communication»; (...) (2) knowingly permits any telecommunications facility under his control to be used for any activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, «shall be fined under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both».

3. d) Whoever- (1) in interstate or foreign communications knowingly- (A) uses an interactive computer service to send to a specific person or persons under 18 years of age, or (B) uses any interactive computer service to display in a manner available to a person under 18 years of age, «any comment, request, suggestion, proposal, image, or other communication that, in context, depicts or describes, in terms patently offensive as measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs, regardless of whether the user of such service placed the call or initiated the communication; or» (2) knowingly permits any telecommunications facility under such person's control to be used for an activity prohibited by paragraph (1) with the intent that it be used for such activity, «shall be find under Title 18, or imprisoned not more than two years, or both».

4. Lire notamment *Ginsberg c. New York*, 390 U.S. 629 (1968); *FCC c. Pacifica Foundation*, 438 U.S. 726 (1978); *Renton c. Playtime Theatres Inc.*, 475 U.S. 41 (1986) et *Sable Communications of Cal., Inc. c. FCC*, 492 U.S. 115 (1989).

5. Karim BENYEKHEF, "Constitution et médias en droit canadien et américain", [1995] *Annuaire international de jurisprudence constitutionnelle*, 467.

6. P. TRUDEL, J. BOUCHER, R. PIOTTE et J.M. BRISSON, *Le droit à l'information. Émergence, reconnaissance, mise en oeuvre*, Montréal, P.U.M., 1981, p.8.

7. Pierre TRUDEL et France ABRAN, "Le caractère public des fréquences comme limite à la liberté d'expression", [1993-95] 4 *M.C.L.R.* 219.

8. Voir entre autres: *National Broadcasting Co. c. United States*, 319 U.S. 190 (1943); *Red Lion Broadcasting Co. c. FCC*, 395 U.S. 367 (1969); *CBS c. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973); *CBS c. FCC*, 453 U.S. 367 (1981); *FCC c. League of Women Voters of California*, 468 U.S. 364 (1984).

9. "This dynamic, multifaceted category of communication includes not only traditional print and news services, but also audio, video, and still images, as well as interactive, real-time dialogue. Through the use of chat rooms, any person with a phone line can become a town crier with a voice that resonates farther than it could from any soapbox. Through the use of Web pages, mail exploders, and newsgroups, the same individual can become a pamphleteer.", p.12.

10. Anne Branscomb écrit à ce propos: "There is, however, a difficulty in applying existing legal metaphors to a Network in which an information provider may logically seem to fall under the ambit of several legal regimes. On some channels offered by Prodigy, the information provider is acting in the normal manner of

a publisher editing content; in others it is delivering e-mail and acting as a carrier legally forbidden to monitor content; in others it is offering a public forum for the discussions of public issues; and in still others it is acting as a distributor that would not be required to monitor content. Thus, Prodigy and its counterparts represent a truly unique type of information utility. To impose existing legal metaphors on commercial information providers would be unwise without differentiating the ways in which these providers represent different modes of information transport, not all of which have real-world counterparts. In a digital data stream it is not easy to tell the difference between what, in former times, might have been a newspaper, or a cable television system, or a broadcaster, or a common carrier -each of which would have been entitled to its own legal regime and practicing bar. Nonetheless, it would be unwise to impose a generic legal regime clustering all of these legal metaphors into a single new legal metaphor purporting to serve as an overall umbrella for the Network". Anne W. BRANSCOMB, "Anonymity, Autonomy, and Accountability: Challenges to the First Amendment in Cyberspace", (1995) 104 *Yale L.J.* 1639, p.1651-1652. Lire aussi David R. JOHNSON et Kevin A. MARKS, "Mapping Electronic Data Communications Onto Existing Legal Metaphors: Should We Let Our Conscience (And Our Contracts) Be Our Guide?", (1993) 38 *Villanova L. Rev.* 487 et Trotter HARDY, "The Proper Legal Regime for Cyberspace", (1994) 55 *University of Pittsburgh L. Rev.* 1003.

11. Voir *supra* note 4.

12. Laurence H. TRIBE, *American Constitutional Law* (2e édit.), Mineola, Foundation Press, 1988, p.785 et s.

13. Voir *Irwin Toy Ltd. c. Procureur général du Québec*, [1989] 1 R.C.S. 927. Lire aussi Karim BENYEKHLEF, "Liberté d'information et droits concurrents: la difficile recherche d'un critère d'équilibration", [1995] 26 *R.G.D.* 265, p.274-276.

14. *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

15. "The breadth of this content-based restriction of speech imposes an especially heavy burden on the Government to explain why a less restrictive provision would not be as effective as the CDA. It has not done so." (p.15).

16. "As a matter of constitutional tradition, in the absence of evidence to the contrary, we presume that governmental regulation of the content of speech is more likely to interfere with the free exchange of ideas than to encourage it. The interest in encouraging freedom of expression in a democratic society outweighs any theoretical but unproven benefit of censorship.", (p.18).

17. Lire notamment David J. GOLDSTONE, "The Public Forum Doctrine in the Age of the Information Superhighway (Where Are the Public Forums on the Information Superhighway?)", [1995] 46 *Hastings L.J.* 335.

18. "Attempts to classify networks as either traditional public forums or nonpublic forums should be rejected. Rather than trying to analogize a network to a park or an airport terminal, a network can be more appropriately analogized to a complex new city within which public and nonpublic forums can both exist"., *Ibid.*, p.368. La doctrine du forum public est américaine (à ce sujet, lire, entre autres, P. JAKAB, "Public Forum Analysis After *Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association*- A Conceptual Approach to Claims of First Amendment Access to Publicly Owned Property", (1986) 54 *Fordham L. Rev.* 545). La Cour suprême du Canada a rejeté cette approche dans son arrêt *Comité pour la République du Canada c. Canada*, [1991] 1 R.C.S. 139. La Cour reproche notamment à l'approche américaine de mettre trop

d'emphase sur la nature du lieu en cause. On affirme plutôt que l'individu ne sera libre de s'exprimer en un lieu, dont l'État est propriétaire, que si la forme d'expression qu'il emploie est compatible avec la fonction ou la destination principale dudit lieu.

19. Renvoi relatif à la *Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313, p.361.

20. Lire notamment Harry GLASBECK, "Comment: Entrenchment of Freedom of Speech for the Press-Fettering of Freedom of Speech of the People", dans P. ANISMAN et A. LINDEN (dir.), *The Media, The Courts and the Charter*, Toronto, Carswell, 1986.