

**Internationalisation ou américanisation du droit public :
l'exemple paradoxal du droit du cyberspace confronté à la notion d'ordre public**

Jean-Jacques Lavenue¹

Lex Electronica, vol. 11 n°2 (Automne / Fall 2006)

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/lavenue.htm>

<http://www.lex-electronica.org/articles/v11-2/lavenue.pdf>

I – DE L'INÉGALITÉ DES DROITS PUBLICS CONFRONTÉS À LA RÉALITÉ DE LA VIE DU CYBERESPACE À L'INGÉRANCE SUBIE..... 2

A – DE L'AFFAIRE <i>YAHOO!</i> À L'AFFAIRE <i>WORLD SPORT EXCHANGE</i> : DEUX ISSUES DIFFÉRENTES POUR UNE SITUATION IDENTIQUE.....	3
a) <i>L'affaire Yahoo!</i>	3
1. Les faits.....	3
2. Problème juridique et effectivité de la poursuite.....	3
b) <i>L'affaire World Sport Exchange</i>	5
1. Les faits.....	5
2. Problème juridique et effectivité de la poursuite.....	6
B – L'ACCORD PNR: EXEMPLE D'INÉGALITÉ DE FAIT ACCEPTÉE AU NOM DE LA LUTTE CONTRE LE TERRORISME.....	6
a) <i>Les données communicables</i> :.....	7
b) <i>Un régime juridique qui peut susciter des inquiétudes</i>	8

II – L'INTERNATIONALISATION DES NORMES VECTEUR DE LA RESTAURATION DE L'ÉGALITÉ..... 11

A- LE CONFLIT DE L'ICANN: INDICATEUR D'UN POINT DE NON RETOUR?.....	11
a) <i>L'état des lieux: L'ICANN société de droit privé sous dépendance du Département Américain du Commerce</i>	11
1. Le statut spécifique de l'Internet Corporation for Assigned Names and Number (ICANN).....	11
2. Les risques liés au monopole de L'ICANN.....	12
b) <i>Un "compromis" qui ne résoud rien: l'Internet Governance Forum (IGF)</i>	13
B- DES ÉLÉMENTS POUR UNE RECONSTRUCTION:.....	13
a) <i>Le problème de la validité en dehors d'un territoire donné des principes sous-tendant des règles locales et la nécessité de définition d'un ordre public international de l'Internet</i>	13
b) <i>Les voies d'une internationalisation du droit public de l'Internet</i>	14
1. L'inadaptation des approches territoriales.....	14
2. Les différentes modalités possibles de la réalisation de l'internalisation.....	15
i. Le modèle imaginable d'une réglementation conventionnelle.....	15
ii. Le cyberspace : apanage ou patrimoine commun de l'humanité?.....	16
iii. Vers une autorité internationale du cyberspace.....	17

¹ Professeur (<http://www2.univ-lille2.fr/droit/enseignants/lavenue>), Directeur de l'IREENAT (<http://ireenat.univ-lille2.fr>), Université de Lille 2.

Lorsque l'on parle d'internationalisation du droit public on évoque traditionnellement ce que Marie-Claire Ponthoreau analyse comme un processus pluriel nécessitant des approches multiples. Ainsi qu'elle l'expose: "La thèse la plus répandue est celle de la convergence des droits, surtout exprimée dans le cadre de l'intégration européenne. Elle connaît une version - disons - "large" et surtout plus idéologisée qui correspond à la domination d'un modèle et plus précisément de la conception anglo-saxonne du droit sur la conception romano-germanique"². Il s'agit alors de constater un fait, de comprendre un phénomène en le décrivant et d'en mesurer les effets. On a pu constater alors dans le champ des études de droit comparé que la convergence des droits n'allait pas de soi et qu'elle soulève encore bon nombre d'interrogations.³

L'objet de cet article ne se situe pas exactement sur le même plan que ces études. Reposant sur les observations que l'on peut faire dans le cadre des recherches sur le droit public du cyberspace, il tend à faire référence à la nécessité de l'internalisation du droit public "comme moyen" (et parfois unique moyen), d'échapper à une véritable colonisation du droit public par le droit anglo-saxon, et en particulier, dans ce domaine, par le droit nord-américain⁴. L'internationalisation apparaît alors comme la seule possibilité de sauver le droit public d'une harmonisation forcée "sous influence"; ou d'une atomisation des droits publics, condamnés à une inefficacité externe, empêchant concrètement, le développement de relations transnationales équitables.

L'exemple de la diversité de la notion d'ordre public, dans les différents droits publics internes, appliquée à la vie dans le cyberspace⁵ peut nous en fournir une illustration. Seule une définition internationale ou l'adoption de législations parallèles pourrait permettre de sortir d'une réalité où, en l'état actuel des choses, le faible est condamné à l'impuissance, le droit international à l'inefficacité et le fort à l'impunité. Ce phénomène de "résistance" à une uniformisation de la norme sur la norme américaine, de recherche d'élaboration d'un modèle plus équitable d'élaboration des règles, trouvera un écho dans le débat soulevé par ailleurs, à propos de la réforme l'Internet Corporation for Assigned Names and Number(ICANN)⁶, lors du Sommet Mondial de la Société de l'Information (SMSI)⁷ qui s'est tenu à Tunis en septembre 2005. Nous l'évoquerons dans la suite de notre étude.

I – De l'inégalité des droits publics confrontés à la réalité de la vie du cyberspace à l'ingérance subie

Le cyberspace est un territoire virtuel qui dépasse le champ des Etats. Son ubiquité fait que tout Etat récepteur d'un message diffusé par le web peut prétendre y appliquer les règles de son droit public et en particulier celles concernant la sécurité, la salubrité, la santé ... bref ce que

² M-C. Ponthoreau: "L'internalisation du Droit Public", Rapport général à la Conférence du Groupe Européen de droit Public, novembre 2005.

³ J-B Aubry : "La globalisation, le droit et l'Etat", Paris, Montchrestien, Coll. Clefs, 2003.

⁴ Mais on peut faire des observations du même ordre dans d'autres champs: par exemple droit de la pollution et influence de l'OPA américain de 1990 sur la réglementation Marpol et sa mise en oeuvre par les Etats.

⁵ Où toute activité se caractérise par l'ubiquité et l'instantanéité. Cf."Cyberspace et Droit International : pour un nouveau Jus Communicationis", Revue de la Recherche Juridique: Droit prospectif", n° 1998.

⁶ Organisme chargé de l'attribution de domaine <http://www.icann.org/>

⁷ <http://www.itu.int/wsis/index-fr.html>

l'on appelle communément son ordre public. Mais si l'on s'attache à l'observation de l'effectivité de l'application des règles, on découvre que la réalité de la pratique est très éloignée des possibilités théoriques de mise en oeuvre du droit par les Etats. On peut s'apercevoir en effet que si des règles d'ordre public interne sont susceptibles d'être édictées (concernant les poursuites notamment), la mise en oeuvre de ces règles se heurtera concrètement à l'inefficacité réelle des poursuites et que seul le rapport de puissance ou de contrainte régira les relations entre les parties au conflit. Deux affaires nous serviront d'exemples.

Mais ce rapport inégal que l'on sera amené à constater pourra aller plus loin au nom d'enjeux considérés comme communs et qui, sous prétexte de coopération, validera une situation de domination de fait. Nous le mesurerons dans l'évocation de l'accord PNR entre l'Europe et les Etats-Unis en matière de lutte contre le terrorisme.

A – De l'affaire *Yahoo !* à l'affaire *World Sport Exchange* : deux issues différentes pour une situation identique.

a) L'affaire *Yahoo !*

Nous rappellerons très brièvement les faits et la problématique juridique de cette affaire célèbre entre toutes.

1. Les faits

A la suite d'une plainte déposée par des associations françaises (Licra, Uejf) visant à faire interdire sur le territoire français la réception de sites vendant des objets nazi, pour trouble à l'ordre public, le juge des référés Jean-Jacques Gomez ordonnait, le 20 novembre 2000, à la société américaine *Yahoo! Inc.* de bloquer l'accès des internautes français aux objets nazi figurant sur son site d'enchères (*Yahoo! Auction*), activité interdite en France. Cette mesure devait intervenir dans un délai de trois mois, sous astreinte de 1000 francs par jour de retard.

En caricaturant les choses on peut dire que le problème était de savoir "qui était qui?" et "qui était où?". Est-ce que l'internaute français, en se connectant à l'Internet, se rend sur le site *Yahoo!* aux USA, ou est-ce que l'entreprise américaine "envoie" en France le message contraire à la législation française. Si l'entreprise *Yahoo!* est en Californie, où se trouve le serveur? aux USA ou ailleurs?

Entre jeu de "cache cache juridique" et "chat perché" (je suis en Californie et tu ne peux rien me faire!) L'enjeu de cette procédure était celui de l'effectivité des poursuites des actions menées dans le cyberspace. Il était de savoir si le juge français en serait réduit à ce que l'on pourrait analyser comme une simple gesticulation.

2. Problème juridique et effectivité de la poursuite.

Ils peuvent s'analyser en trois temps:

- i. Le juge français avait immédiatement écarté l'exception d'incompétence soulevée par *Yahoo!*** (La société avait son siège à Santa Clara en Californie où son activité était légale), en considérant qu'étaient suffisamment caractérisés l'infraction (art. 645-2 CP), et le lien de rattachement à la France (l'offre en français perçue sur le territoire français);

l'art.113-2 du nouveau Code Pénal prévoyant que:

"L'infraction est réputée commise sur le territoire de la république dès lors qu'un de ses faits constitutifs a eu lieu sur ce territoire". ⁸

ii. Yahoo! fut donc condamné devant les juridictions françaises.

iii. Pour pouvoir être exécutée la décision française devait obtenir l'exequatur de la Cour de San José en Californie.

Dans son jugement déclaratoire du 7 novembre 2001, le juge californien, Jeremy Fogel, a considéré la décision française incompatible avec le Premier amendement (1791) de la Constitution des Etats-Unis qui garantit la liberté d'expression⁹, et a donc déclaré inapplicable le jugement français sur le sol américain.

Il en découlait qu'il en irait de même en cas de poursuite du même genre contre des sites situés aux Etats-Unis et accessibles sur le territoire français ou autres et incitant à la haine raciale, ventant la pédophilie ou autres activités considérées, en France, comme contraire à l'ordre public.

Ce jugement fut par la suite annulé par la Cour d'appel du 9e District, dans un arrêt du 23 août 2004, pour des raisons de procédure.¹⁰

Revenant très récemment sur l'affaire la Cour d'appel fédérale de San Francisco a rendu le 12 janvier 2006 une décision au fond s'agissant de l'application de la décision française sur le territoire américain qui tout en rétablissant les règles traditionnelles de compétences des Etats ne résoud pas pour autant le problème général des activités sur Internet. Tout d'abord, elle a relevé que *Yahoo! Inc.* n'avait pas choisi d'effectuer un recours devant les juridictions françaises, mais directement devant les juridictions américaines. Elle a rappelé que *Yahoo! Inc.* avait respecté les mesures ordonnées par le tribunal français en restreignant l'accès du site aux Français uniquement et que, dès lors, il n' y avait pas lieu de se prononcer sur l'entrave au premier amendement.

En outre, elle a considéré que les restrictions ne s'appliquant qu'au public français et n'ayant aucune incidence sur le public américain, l'atteinte substantielle au premier amendement ne pouvait être invoquée : "*As we indicated above, the extent – indeed the very existence – of such an extraterritorial right under the First Amendment is uncertain*". Elle a relevé le fait que l'accès à de tels contenus était interdit en France et qu'il ne fallait en aucun cas faciliter la violation par les Français de la législation française.

Ensuite, elle a envisagé la possibilité pour les juridictions françaises de condamner *Yahoo! Inc.*

⁸ *Exemples:* Pollutions transfrontières; achat en France d'objets volés à l'étranger; abandon de famille à l'étranger (pension non versée à une épouse résidant à l'étranger quand le jugement a été prononcé en France).

⁹ "Le Congrès ne fera aucune loi concernant l'établissement d'une religion ou en interdira le libre exercice; ou restreignant la liberté de parole ou de la presse; ou le droit du peuple de s'assembler paisiblement, et d'adresser des pétitions au gouvernement pour une réparation de ses torts".

¹⁰ En effet, elle estima que "La France est dans son droit, comme nation souveraine, de voter des lois contre la diffusion de contenus racistes et nazi en réponse aux terribles agissements des armées Nazi durant la Seconde guerre mondiale. De même, la LICRA et l'UEJF sont dans leur droit de saisir la justice en France à l'encontre de Yahoo ! afin de faire sanctionner les violations des lois françaises ". Les juges avaient retenu que la société américaine ne pouvait pas, suite à la décision française, saisir les juridictions américaines afin de faire constater l'incompatibilité du jugement français avec les principes de la liberté d'expression fixés par le Premier amendement de la Constitution des Etats-Unis.

à de nouvelles restrictions. Elle a considéré qu'une interdiction générale d'accès au site, ayant des conséquences sur les utilisateurs américains, aurait constitué une atteinte à la liberté d'expression sur le sol américain. La menace du premier amendement demeure donc.

Elle a cependant admis les difficultés liées à l'utilisation internationale de l'Internet. En effet, elle a considéré que les problèmes liés à la liberté d'expression sur l'utilisation internationale d'Internet sont " nouveaux, importants et difficiles" comme l'illustre la citation suivante:

We should proceed carefully, with awareness of the limitations of our judicial competence, in this undeveloped area of the law. Precisely of the novelty, importance and difficulty of the First Amendment issues Yahoo! seeks to litigate, we should scrupulously observe the prudential limitations on the exercise of our power.

Si la jurisprudence de 2006 apparaît plus nuancée que celle de 2001 (et sous réserve de renvoi ultérieur à la Cour Suprême), force est de constater dans ce cas que le lien entre le territoire, l'activité, le lieu du dommage et du délit n'est plus automatique et beaucoup moins évident qu'il pourrait sembler. Où est l'émetteur? Propriétaire du site aux Etats-Unis, hébergement en Chine? Relai en Norvège? Cible: le Monde? Instantanéité et ubiquité. Il arrive un moment où certaines activités (en l'espèce, celles qui se manifestent sur l'Internet) n'ont plus de lien avec le territoire d'un Etat.

Dans cette affaire, sauf à ce que les responsables de *Yahoo! Inc.* se soient rendus sur le territoire français, le jugement français n'avait aucune efficacité.

b) L'affaire World Sport Exchange

La justice américaine, dans l'affaire du *World Sports Exchange (WSEX)*, a eu à se prononcer sur les sites de paris sur le web – affaire dans laquelle, on se trouve face à l'inculpation sur le sol américain d'un individu à l'étranger. La Cour a adopté une solution différente.

1. Les faits

Les sites web de jeux d'argent sont très fréquentés par les Américains, mais ne peuvent pas s'installer aux Etats-Unis, à cause d'une loi fédérale de 1961 interdisant d'utiliser le téléphone longue distance pour placer les paris¹¹. La plupart se sont donc réfugiés dans les îles Caraïbes accueillantes pour ce type d'entreprise. C'est le cas de *World Sports Exchange*, site de paris sur les compétitions sportives appartenant à un américain, Jay Cohen, qui a créé sa société et enregistré son site à Antigua, État indépendant membre du Commonwealth.¹² Or, un procureur fédéral de New York a décidé d'inculper M.Cohen et vingt-deux autres propriétaires de sites

¹¹ La loi fédérale américaine datant de 1961, The Wire Wager Act, interdit (entre autres choses) l'utilisation de lignes téléphoniques US dans le but de placer ses deniers sur des événements sportifs. Le problème : la page d'accueil du site s'ouvrait sur un numéro vert "made in USA" afin de renseigner les internautes américains. Et pour se créer un compte de joueurs sur le site, les informations des parieurs transitaient fatalement par les réseaux téléphoniques américains... Cette décision constitue le premier cas d'une condamnation, par un tribunal américain, d'une société de paris sportifs basée à l'étranger. Elle devrait entraîner des jugements similaires en cascade...

¹² Jay Cohen était dans le collimateur de la justice américaine pour les activités de sa société, World Sports Exchange : une compagnie spécialisée dans les paris sportifs sur la toile. Football américain, NBA, Base-Ball... Le site wsex.com (World sports exchange) ciblait plus particulièrement les internautes américains. Afin d'échapper à la législation américaine qui bannit ce type de jeux d'argent sur le territoire américain, sa compagnie s'était réfugiée sur l'île d'Antigua dans les Caraïbes. Cette précaution n'a finalement pas sauvé Jay Cohen.

basés à l'étranger.

2. Problème juridique et effectivité de la poursuite

L'accusation considère que le problème de la compétence territoriale ne se pose pas. Quel que soit le pays où se trouvent le serveur et les locaux de la société, le simple fait que les paris soient placés par des joueurs résidant aux Etats-Unis suffit pour engager des poursuites.

Selon le chargé des relations publiques de *World Sport Exchange* avant le prononcé de la sentence: "les implications pour le commerce électronique seront immenses. Cela signifiera que les autorités américaines considèrent que tout ce qui est illégal aux Etats-Unis est illégal sur l'ensemble de l'Internet, au mépris des lois des autres pays. Que dirions-nous si un procureur saoudien décidait d'inculper tous les marchands de vins opérant sur Internet sous prétexte que le vin est illégal dans son pays?". Déjà des représentants de l'Association Américaine des Avocats s'interrogent sur le bien fondé de cette extension de juridiction et ses conséquences sur la "gouvernance d'Internet".

Jay Cohen fut condamné à 21 mois de prison et une amende de plus de 35 000 F et se soumit à la sentence. La situation qui était identique à ce qu'avait été celle de l'affaire *Yahoo!* trouvait une réponse effective diamétralement opposée.

Au delà de ce constat qui en soi pose problème, ces observations devront nous conduire aussi à nous interroger sur le contenu d'une possible définition commune d'un ordre public international en ces domaines d'activités. Des réponses devront être apportées à ces questions pour qu'une solution commune soit trouvée qui permette d'échapper à une situation objective qui pour l'instant assure une prééminence de fait aux Etats-Unis. De cette prééminence l'accord PNR conclu entre l'Europe et les Etats-Unis nous fournit un exemple particulièrement éloquent.

B – L'Accord PNR: exemple d'inégalité de fait acceptée au nom de la lutte contre le terrorisme.

Tout passager européen embarquant sur un vol transatlantique à destination des Etats-Unis ou du Canada doit désormais¹³ consentir la communication au Bureau des Douanes et de Sécurité des Frontières (CBP)¹⁴ du ministère américain de la sécurité intérieure (DHS)¹⁵ de trente-quatre des trente-neufs données personnelles contenues dans son dossier passager (PNR)¹⁶ des systèmes de réservation des transporteurs aériens¹⁷.

¹³ Le Parlement européen a réclamé le 25 juin 2004 l'annulation de l'accord PNR, mais sa démarche ne remet pas en cause dans l'immédiat l'application de l'accord, la CJCE mettant plusieurs mois, voire plusieurs années à se prononcer.

¹⁴ *United States Bureau of Customs and Border Protection.*

¹⁵ *Department of Homeland Security.*

¹⁶ *Passenger Name Record.*

¹⁷ Dans le cadre de la lutte contre le terrorisme et les actes criminels, les Etats-Unis ont adopté, le 19 novembre 2001 (titre 49 section 44909 (c)(3) du code des USA), une législation sur la sécurité de l'aviation et du transport (the Aviation and Transportation Security Act) et le 5 mai 2002, une loi renforçant les conditions d'entrées sur le territoire américain (Enhanced Border Security and Visa Entry Reform Act). Ces mesures prévoient notamment qu'à compter du 5 mars 2003, les compagnies aériennes communiquent aux services des douanes et de sécurité américains des informations personnelles relatives à leurs passagers, sous peine de contrôles renforcés, d'amendes ou même du droit d'atterrir. C'est dans cette perspective qu'a été négocié et signé à Washington l'accord PNR du 28 mai 2004.

a) Les données communicables:

Les trente-quatre données fournies aux autorités américaines sont ainsi¹⁸:

Code repère du fichier Passenger Name Record (PNR): pour identifier le fichier.

Date de réservation du voyage.

Dates(s) prévue(s) du voyage.

Nom du passager.

Autres noms figurant dans le fichier, ceux des autres passagers et de l'équipage.

Adresse: cette mention concerne en fait le vol (comme le code des aéroports de départ, de transit et d'arrivée).

Mode de paiement, dont le numéro de carte de crédit.

Adresse de facturation.

Numéro de téléphone du passager: domicile, professionnel, portable (contact à terre du passager).

Itinéraire complet du voyageur, en cas de changement ou de pause dans le voyage.

Informations grands voyageurs, miles parcourus et coordonnées de vols.

Agence de voyages, où le billet a été vendu.

Agent de voyage.

Informations sur le partage des codes, quand un vol est effectué en partenariat entre deux compagnies (par exemple, entre Air France et Delta Airlines).

Statut du voyageur: classe économique, business, vip, grand voyageur, etc.

PNR scindé/divisé: lorsque le fichier occupe plusieurs pages sur un écran d'ordinateur.

Adresse électronique du passager.

Informations sur l'établissement des billets.

Observations générales: celles-ci peuvent concerner les éventuels incidents survenus sur les vols précédents (altercations, alcoolisme, etc.).

Numéro de billet.

Numéro du siège occupé.

Date d'émission du billet.

Passager répertorié comme défaillant: qui ne s'est pas présenté à l'embarquement malgré une réservation.

Numéro d'étiquetage des bagages.

Passager de dernière minute sans réservation.

Données OSI (autres informations, zone de saisie libre): mention des demandes diverses exprimées par un voyageur, comme la fourniture d'une chaise roulante à l'arrivée.

Données SSI/SSR (Special Service Request): "demande de services spéciaux" en fonction des préférences alimentaires, de l'état de santé ou de l'âge (végétarien, asiatique, diabétique, sans sel, sans porc, assistance médicale, etc.). La plupart de ces données sont codées au niveau international.

Informations sur la source.

Historique des changements apporté dans le fichier des voyageurs.

Nombre des voyageurs dans le fichier.

Informations relatives au siège occupé (à gauche, à droite, à l'avant, à l'arrière)

¹⁸ Annexe A de la Décision de la Commission du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenue dans le PNR. JOCE n°L235 du 6/7/2004, p.22.

Allers simples.

Informations APIS éventuellement recueillies: numéro de passeport, date de naissance, nationalité du passager.

Données ATQF : prix du billet.

Il n'est pas exclu que des informations personnelles supplémentaires puissent être recherchées par suite directe de l'examen des données PNR auprès de sources non gouvernementales, par des moyens légaux¹⁹. On pourra s'interroger sur la référence légale en cause et sur l'incidence de la différence de statut des données personnelles entre la législation européenne et la législation américaine. Le fait, par exemple que la "Déclaration d'engagement du bureau des Douanes", annexée à la décision de 2004, précise "*l'accès aux fichiers liés à des comptes de courrier électronique mentionnés dans un PNR obéira aux exigences de la loi des Etats-Unis*"²⁰ peut laisser craindre que pratiquement les Communautés n'aient guère de pouvoirs concrets en ce domaine²¹.

b) Un régime juridique qui peut susciter des inquiétudes

Selon la décision de la Commission du 14 mai 2004, ces informations, "*doivent être utilisées dans le but unique de prévenir et de combattre le terrorisme et les crimes liés au terrorisme, d'autres crimes graves, y compris la criminalité organisée, qui, par nature, revêtent un caractère transnational, et la fuite en cas de mandat d'arrêt ou de mise en détention pour l'un des crimes susmentionnés*"²². Les compagnies aériennes sont tenues de mettre leurs fichiers à disposition des douanes américaines soixante-douze heures avant le départ d'un vol. On observera toutefois que le fait que la "Déclaration américaine" évoque "*les données de PNR auxquelles le CBP accède directement...*" ou "*le CBP extraira les informations relatives aux passagers des systèmes de réservation des compagnies aériennes jusqu'à ce que celles-ci soient en mesure de mettre en oeuvre des systèmes exportant les données*"²³ concernées vers le CBP²⁴ revient purement et simplement à autoriser les services américains à s'introduire dans le système et à y prélever les informations qui les intéressent²⁵.

Les transferts ultérieurs de ces informations sont possibles à la discrétion du CBP. Ils doivent se faire, au cas par cas, vers d'autres agences gouvernementales, comme le FBI, ou autorités étrangères de répression ou de lutte contre le terrorisme.

En échange de cet accès libre, l'accord prévoit, au moins sur le papier, un certain nombre de garanties sur l'efficacité réelle desquelles on peut s'interroger. La référence systématique à la législation américaine²⁶, l'impuissance européenne à poursuivre avec efficacité²⁷ en cas de

¹⁹ Décision du 14 mai 2004 relative au niveau de protection adéquat des données à caractère personnel contenues dans le PNR, JOCE n°L 235, considérant 16, P.12

²⁰ Point 6 de la déclaration du 11 mai 2004, JOCE L235, p.15.

²¹ Qui plus est la rubrique 17 du PNR prévoit purement et simplement la communication de l'adresse électronique du voyageur! Est-ce qu'à ce titre et à celui u point 6 de la déclaration, les services américains auront le droit d'explorer, lire, suivre, l'ensemble des correspondances électronique de la personne suspectée?

²² JOCE n°L 235, considérant 15, p. 12

²³ Ce qu'elles se refusent faire à leurs frais au profit du CBP pour des raisons de coût évident.

²⁴ Points 12, 13 et 14 de la déclaration américaine, JOCE n°L 235,p.16

²⁵ L'impression d'inégalité relative dans le partenariat est accentuée quand on lit au point 14: "*Dans l'éventualité où le CBP devrait consulter des données de PNR avant le délai de 72 heures précédant le départ du vol, il utilisera dans la mesure du possible, les procédures habituelles d'application de la loi*".

²⁶ Cf. art 4 de l'accord "Communauté Européenne-USA", JOCE n°L 183, p.85: "*Le CBP traite les données PNR reçues et les personnes concernées par ce traitement conformément aux lois et exigences constitutionnelles*

contradiction avec celle-ci pose clairement problème. Le fait de faire référence à la loi américaine sur la liberté de l'information²⁸ souligne qu'une modification unilatérale de cette loi²⁹ aura un effet direct sur l'exécution de l'accord et le traitement éventuel des informations déjà obtenues et stockées. La lutte contre le terrorisme justifie-t-elle l'acceptation de ce que d'aucuns ne manqueront pas de qualifier d'impérialisme juridique? On notera d'autre part, ce qui accentue la fragilité du partenariat en cause, que les garanties mises en place sont uniquement données sur une base volontaire. Le recensement de certaines d'entre elles peut amener à préciser les craintes et les interrogations.³⁰

Le vingtième considérant de la décision de la Commission affirme:

*[L]es transferts ultérieurs sont effectués, au cas par cas, vers d'autres agences gouvernementales, y compris les agences gouvernementales étrangères, chargées de la lutte contre le terrorisme ou de l'application de la loi adés finalités correspondant à celles établies dans la déclaration de limitation de l'objectif.*³¹

Le point 29 de la déclaration d'engagement de son coté précise:

[L]e CBP à sa discrétion ne transmettra de données de PNR à d'autres autorités gouvernementales de répression ou de lutte contre le terrorisme, qu'elles soient nationales ou étrangères, qu'au cas et aux fins de prévenir ou de combattre les crimes visés au paragraphe 3 etc.

Puis, au point 30, il est dit que:

[L]e CBP exercera avec discernement son pouvoir d'appréciation concernant le transfert des données ... Le bien-fondé de la divulgation devra être examiné à la lumière de l'ensemble des circonstances exposées.

Enfin au point 31, il est précisée que

*[L]e CBP est considéré comme étant propriétaire des donnée*³².

américaines ... "

²⁷ On évoquera le syndrome de l'affaire *Yahoo!* en cas de contradiction avec la législation américaine et de l'impossibilité d'obtenir un exécutat ou une condamnation sur le territoire américain.

²⁸ Considérant 12 de la décision du 14 mai 2004 " *S'agissant de la législation américaine, la loi sur la liberté de l'information (Freedom of Information Act) est déterminante dans le contexte actuel dans la mesure où elle règle les conditions dans lesquelles le CBP peut s'opposer à des demandes de divulgation et traiter les PNR de manière confidentielle. Elle régleme en outre la divulgation des PNR aux personnes concernées qui est étroitement liée au droit d'accès dont celes-ci disposent. La loi sur la liberté de l'information s'applique sans distinction aux citoyens américains et étrangers "*.

²⁹ 5 USC - 552 Public Information.

³⁰ Le Bureau des Douanes et de la Sécurité des Etats-Unis (CBP) s'engage à ne pas utiliser de données sensibles au sens de l'article 8 de la directive 95/46/CE. Le point 9 de la Déclaration précisant qu'il s'agit des données révélant l'origine raciale ou ethnique, les opinions politiques, les convictions religieuses ou philosophiques et l'appartenance à un syndicat ainsi que des données relatives à l'état de santé ou la vie sexuelle de la personne. Peut-on raisonnablement imaginer que dans la lutte entreprise contre le terrorisme, cet accord étant précisément établi dans cet objectif, l'administration américaine renoncera a priori à l'utilisation de telles données dès lors qu'elles seront en sa possession? Dans un contexte où l'administration n'a pas hésité à développer la théorie de la guerre préventive, où, malgré les avis de la Cour Suprême perdue le statut d'exception des prisonniers de Guantanamo, où condamnée par la CIJ pour violation de la Convention de Vienne sur les relations consulaires de 1963 les Etats-Unis se retire du protocole à la convention de 1963, la Communauté Européenne peut-elle croire totalement que cette proclamation unilatérale vertueuse puisse résister à la pression des circonstances?

³¹ JOCE L 235 p. 13.

³² Rappelons pour mémoire que le Rapport Truche (Doc. Fran. 2002, p.77) rappelait que l'idée d'un droit de propriété sur les données personnelles ne saurait avoir de sens ni pour l'individu ni pour l'administration, et que

Il est difficile de ne pas voir derrière ces expressions très générales un véritable changement de centre de gravité au profit du Bureau des Douanes des Etats-Unis (CBP) qui sera seul en mesure de décider de la divulgation des informations en cause à l'intérieur et à l'extérieur des Etats-Unis. Le point 35 dispose d'autre part: "*aucune disposition de la présente déclaration d'engagement ne peut empêcher l'utilisation ou la divulgation de données PNR dans le cadre d'une procédure pénale ou au titre d'autres exigences prévues par la loi*". Se posera alors le problème du nombre réel des autorités qui pourront concrètement avoir accès à ces données.³³

Le fait que l'on donne enfin, dans cette relation Etats-Unis-Tiers, aux données PNR un statut d' "*informations confidentielles à caractère commercial et sensible au regard de l'exécution des lois* " ³⁴ dont "*le CBP est le propriétaire*" ne paraît pas non plus des plus rassurant quand à l'impossibilité d'une destination commerciale ultérieure de ces données. Protégées certes dans l'immédiat ... mais après? Les dispositions prises en effet sur le stockage sont loin de garantir leur élimination au bout d'un certain temps.³⁵

Notre pessimisme s'accroît lorsque l'on lit les deux derniers points de la déclaration américaine³⁶ qui disposent successivement:

La présente déclaration d'engagement ne crée ni ne confère aucun droit ni aucun avantage pour toute personne ou partie, qu'elle soit privée ou publique.

La présente déclaration d'engagement ne constitue aucun précédent pour toute discussion ultérieure avec la Commission, l'Union européenne, toute organisation apparentée ou tout Etat tiers concernant le transfert des données sous quelque forme que ce soit.

Ces exemples nous éclairent sur l'état de ce que l'on peut présenter comme une dynamique ainsi que sur les interrogations que peuvent susciter l'interopérabilité des fichiers induite par la mise en place d'une administration électronique en réseau. Ils doivent nous inciter à la prudence, à nous souvenir que parfois l'enfer est pavé de bonnes intentions, et que la mise en place d'un tel processus doit être étroitement contrôlée. Seule une véritable réglementation internationale pourra permettre de le faire.

le statut des données personnelles ne s'analysait "non en termes de droit patrimonial mais en termes d'attributs de la personnalité (...)". Ce caractère d'attribut de la personnalité signifie que la communication des informations doit résulter soit du consentement de l'intéressé, soit d'obligations législatives ou réglementaires ? Il est clair que la conception américaine n'est pas ici la même et que rien ne nous est dit sur la manière dont, concrètement, sera résolue cette contradiction.

³³ D'autre part, pour ce qui est de la divulgation des informations hors des Etats-Unis, la directive 95/46/CE risque fort de se trouver contournée. Sauf à considérer que ce sera l'organisme américain qui décidera que le pays bénéficiaire de ces données assurera bien un niveau de protection équivalent, ce qui à tout le moins peut sembler paradoxal. En tout état de cause dans ce rapport entre les Etats-Unis et un pays tiers, la Commission, à la rigueur informée, n'apparaît plus.

³⁴ Point 32 de la déclaration.

³⁵ Le régime juridique du stockage des données va en effet, dans une même logique, dépendre étroitement de la législation américaine. Ainsi que le précise le quinzième point de la " Déclaration d'engagement du Bureau des Douanes et de la sécurité des frontières ", le régime particulier mis en place ne le sera que " sous réserve de l'approbation par l'administration des Archives nationales (National Archives and Record Administration) " et qui plus est, comme nous le verrons, ne sera pas générateur de droits ni constitutifs de précédents.

³⁶ Points 47 et 48.

II – L'Internationalisation des normes vecteur de la restauration de l'égalité.

Les phénomènes que nous avons analysés³⁷ reposent sur une situation objective: la prééminence historique et technique des Etats-Unis dans ce domaine, et dans le cadre de PNR par la pression exercée par le terrorisme et la place tenue par les Etats-Unis dans la lutte contre ce fléau. Mais le leadership ne doit pas mener à l'adoption des seules normes américaines au simple titre de ce que ce qui serait bon pour l'Amérique serait bon pour le monde entier. La situation de ce que nous observons doit-elle être considérée comme irréversible?

La solution de l'internationalisation du droit applicable en ce domaine paraît la seule solution qui puisse assurer un respect de l'égalité des Etats dans le monde de l'Internet. Elle supposera, notamment, qu'une véritable réflexion soit menée sur la notion d'ordre public en ce domaine. Elle pourra être réalisée selon des modalités techniques diverses et éprouvées qui vont de l'adoption de législations parallèles, de conventions internationales ou de création d'une organisation internationale de réglementation/régulation des activités dans le domaine du cyberspace . Nous nous arrêterons ici sur quelques pistes de réflexions relatives à la problématique de l'ordre public et d'un Internet "patrimoine commun de l'humanité" dont la représentation pourrait être assurée par une organisation envisageable.

A- Le conflit de l'ICANN: Indicateur d'un point de non retour?

Au delà du simple conflit sur l'attribution des noms de domaine c'est le problème de la régulation de la toile par les Etats-Unis qui est en jeu.

a) L'état des lieux: L'ICANN société de droit privé sous dépendance du Département Américain du Commerce.

Historiquement, Internet est une création américaine. Ses entreprises, ses chercheurs et ses ingénieurs l'ont, pour l'essentiel, inventé. Depuis, les Etats-Unis y détiennent presque tous les pouvoirs. Ils peuvent, s'ils le souhaitent, "débrancher un pays". Si l'idée lui en venait, Washington pourrait rendre inaccessibles tous les sites inscrits au ".fr ". Il lui suffirait d'agir sur un seul ordinateur, la "racine ultime" qui se trouve quelque part en Virginie. Il détient le registre de référence permettant le fonctionnement de l'Internet et orchestre le fonctionnement des treize "serveurs racines"³⁸ sur la planète. Ce serveur, maître de la toile, est contrôlé par l'ICANN dont un certain nombre d'Etats³⁹ souhaitent soit la disparition, soit la mise sous contrôle d'une entité internationale indépendante.

1. Le statut spécifique de l'Internet Corporation for Assigned Names and Number (ICANN).

L'ICANN est un organisme de droit privé à but non lucratif, créé en 1988 en Californie. Elle est chargée d'allouer l'espace des adresses de protocole Internet (IP), d'attribuer les

³⁷ L'observation pourrait être étendue à l'étude de l'attribution de nom de domaines sur le web et à la relation Europe / Etats-Unis dans ce domaine.

³⁸ Dont sept sont aux Etats-Unis.

³⁹ Dont, notamment, l'Union Européenne, l'Argentine, le Brésil, l'Inde, mais aussi la Chine, l'Iran

identificateurs de protocole, de gérer le système de nom de domaine de premier niveau pour les codes génériques (gTLD) et les codes nationaux (ccTLD), et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines. Ces services étaient initialement assurés dans le cadre d'un contrat avec le gouvernement fédéral américain par l'Internet Assigned Numbers Authority (IANA) et d'autres organismes. L'ICANN assume à présent les fonctions de l'IANA. L'ICANN est une institution hybride. En sont membres des organismes publics et privés du monde entier, et son conseil d'administration accueille des ressortissants de 18 pays, mais elle reste sous tutelle du département fédéral du commerce américain. Depuis novembre 1998, en effet, elle est contractuellement placée sous la tutelle du département américain du commerce. Ce mémorandum plusieurs fois renouvelé et amendé⁴⁰ signé entre l'ICANN et le gouvernement américain est valable jusqu'en novembre 2006. Au delà de cette date soit le mémorandum n'est pas reconduit et l'ICANN s'émancipe de sa tutelle, soit l'organisation disparaît.

Les Etats-Unis plaident pour un maintien de cette structure et la conservation de leur rôle historique quant à l'autorisation des changements et modifications du *root zone file* en arguant de la nécessité de "préserver la sécurité et la stabilité" de la fonction assurée par l'ICANN⁴¹. Washington refuse de céder la place à la communauté internationale en invoquant la nécessité d'exclure toute prise d'Etats non démocratiques sur le réseau. Lors du sommet de Tunis le Vice-Secrétaire au Commerce Michael Gallager pouvait ainsi déclarer : "A l'heure actuelle nous avons un seul conducteur et jusqu'ici il a fait du bon boulot"⁴². Toute la question est de savoir si Washington est seul aujourd'hui capable d'assurer la sécurité du réseau virtuel, comme celle du monde réel et si le critère selon lequel "ce qui est bon pour les Etats-Unis est bon pour le monde entier" est un critère universel?

2. Les risques liés au monopole de L'ICANN.

L'énumération des risques liés au monopole américain sur l'Internet et l'organisme qui en assure la régulation est fondamentalement liée aux atteintes qu'ils impliquent à la souveraineté des Etats. Ils posent à divers titre le problème d'une pseudo internationalisation du droit qui ne serait que l'alignement sur les Etats-Unis. On pourra en citer un certain nombre.

Crainte de voir l'administration américaine utiliser sa mainmise sur l'Internet comme levier dans la résolution de ses contentieux avec ses adversaires. Prise de conscience que, dans le domaine des technologies de l'information, leur dépendance à l'égard des Etats-Unis est totale, ou presque.⁴³ Domination des entreprises américaines de commerce électronique, de marketing et de publicité en ligne. Risques d'espionnage scientifique⁴⁴ et industriel faussant la concurrence. Problème de la taxation de le commerce. Définition de l'ordre public sur le net selon les critères américains⁴⁵.

Le conflit n'a été résolu à aucun des deux sommets de la Société de l'Information. Ni à Genève, ni à Tunis.

⁴⁰ <http://www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/icann.htm>

⁴¹ Cf. Editorial "Le Monde " : " Internet sous contrôle ", édition du 17 novembre 2005.

⁴² [Http://www.silicon.fr/getarticle.asp?ID=12370](http://www.silicon.fr/getarticle.asp?ID=12370).

⁴³ Cf. article Stéphane Foucard: "Gouvernance du Net et souveraineté ", " Le Monde " 25 novembre 2005.

⁴⁴ Cf. affaire "Skype ", évoquée par Stéphane Foucard, dans l'article précité.

⁴⁵ Cf. refus par l'ICANN d'attribuer l'adresse ".xxx" pour les sites pornographiques. Article de Philippe Ricard: "Discorde entre les Etats-Unis et l'Europe sur le contrôle de l'Internet", " Le Monde", 01/10/2005.

b) Un “compromis” qui ne résoud rien: l'Internet Governance Forum (IGF).

A quelques heures de l'ouverture du sommet de Tunis, les négociateurs sont arrivés à un accord ambigu qui a arrangé tout le monde en évitant aux parties antagonistes de perdre la face et en contournant le sujet de l'ICANN .

La déclaration, adoptée ainsi le 18 novembre 2005 à Tunis par les 170 Etats participant au Sommet Mondial de la Société de l'Information, crée une nouvelle institution de réglementation de la toile "Le Forum pour la Gouvernance de l'Internet" (IGF) auquel siègeront les gouvernements, mais aussi des représentants du secteur privé et de la société civile. Reste que l'IGF, qui se réunira à Athènes en octobre ou novembre 2006, demeurera un organe purement consultatif et traitera de dossiers tels que la cybercriminalité, les spam, le fossé technologique entre pays riches et pays pauvres, le multilinguisme ou Internet et le développement, n'aura aucun contrôle sur l'ICANN qui continuera à rester sous contrôle américain. L'hégémonie américaine sur le contrôle de l'Internet n'est pas aujourd'hui profondément remise en cause.

Certains ont vu un échec dans le sommet de Tunis. D'autres, plus optimistes, y ont vu l'amorce de la remise en cause de l'hégémonie et d'un processus de reconstruction. Les négociateurs européens, semblent-ils n'ont pas considéré le sommet comme un échec.

Les Etats-Unis gardent pour le moment la haute main sur les noms de domaine, mais le texte qu'ils ont signé sonne le début de la fin de leur domination exclusive et sans partage, dit un délégué français. Ils acceptent pour la première fois l'idée que des aspects technologiques sont au coeur d'enjeux politiques⁴⁶.

Point de départ? Point de non retour? Verre à demi plein ou à demi vide? La question a le mérite d'avoir été posée. Les partenaires des Etat-Unis auront-ils les moyens d'y répondre? Il s'agit là d'une autre histoire, aurait dit Kipling. Il est possible néanmoins d'indiquer quelques éléments qui pourraient permettre de la construire.

B- Des éléments pour une reconstruction:

Ils reposeront sur la prise de conscience de la nécessité d'apporter des réponses à des questions qui dépassent l'approche étatique et devront être situés dans une approche fonctionnelle autour de l'idée qu'Internet fait partie du patrimoine commun de l'humanité.

a) Le problème de la validité en dehors d'un territoire donné des principes sous-tendant des règles locales et la nécessité de définition d'un ordre public international de l'Internet.

Ce qui, dans l'exemple des affaires *Yahoo!* et *World Sport Exchange* pourrait nous paraître plus ou moins choquant (seul ce qui est conforme à la norme américaine est effectivement appliqué), n'est, en effet peut être pas aussi simple qu'il pourrait sembler.

La formulation d'un certain nombre de questions peut permettre d'ammorcer quelques pistes de réflexions.

- Qu'est-ce qui se passe si l'on applique la règle de la compétence de la loi du lieu du délit

⁴⁶ Rapporté par Stéphane Foucart, " Le Monde ", 18 novembre 2005.

(*lex loci delicti*) à des faits plurilocalisés et instantanés (ubiquité d'Internet)?

- Que se passe-t-il, par exemple, si pour des raisons culturelles ou religieuses des Etats poursuivent des sociétés dont les sites font de la publicité pour:
 - des organismes de crédit (pays ou le prêt à intérêt est interdit)
 - l'alcool,
 - des produits contraceptifs,
 - ou exposent de catalogues de vente par correspondance illustrés de photos de manequins dans des tenues jugées, localement, contraire à la décence?

Faudrait-il fermer les sites de La Redoute, des Trois Suisses, du marchand de vins Nicolas par ce que leurs offres sont perceptibles à Timor, Riad, Dublin ou Pekin? ⁴⁷

- Doit-on envisager la mise en place d'un code commun qui serait la somme de tous les interdits cumulés dans le monde?
- Faut-il faire fi de la souveraineté des Etats et de leurs conceptions de l'ordre public?

Seule une approche internationale se cristallisant dans la création d'une agence ou d'une autorité internationale nous paraît susceptible d'apporter une réponse à ces préoccupations

b) Les voies d'une internationalisation du droit public de l'Internet.

La spécificité du cyberspace est que l'on n'y connaît pas de frontières. En extrapolant de manière très abusive, certains ont cru pouvoir en déduire que l'espace virtuel n'était, ou devait être, une zone de non droit. Si le premier terme de l'analyse était exact, le second ne contenait aucun caractère de réalité.

Le fait que des zones non susceptibles d'appropriation territoriale puissent faire l'objet d'une réglementation juridique a, d'autre part, été établi depuis de nombreuses années au plan international. A cet égard, les problèmes posés par Internet s'inscrivent même dans une évolution tout à fait identifiable d'un droit international passant de l'établissement du statut de certains espaces⁴⁸ à la prise en compte, au niveau transnational, de l'organisation du régime de certaines activités.⁴⁹

1. L'inadaptation des approches territoriales.

Il en va aujourd'hui du cyberspace comme il en est allé de l'espace il y a quarante ans. Les juristes pensent en termes de géographie et les gouvernants rêvent de se partager des mondes nouveaux, alors qu'il est question, en réalité, d'activités qui doivent intéresser la communauté toute entière. Reste que si la notion de souveraineté "territoriale" paraît désormais difficile à retenir on peut s'interroger sur le caractère réaliste d'une autre conception du cyberspace

⁴⁷ Par exemple, en Europe, *quid* de la pornographie autorisée en Suède et interdite en Irlande?

⁴⁸ Espace extra atmosphérique, Haute mer, Statut de l'Antarctique.

⁴⁹ Cette évolution a été constatée dans le secteur des activités maritimes: qu'il s'agisse d'organiser les activités de pêche ou de prendre en compte les problèmes de pollution liés aux activités de transport de produits pétroliers; elle peut être mise en évidence dans l'organisation du régime des activités spatiales ou dans l'organisation du régime de l'Antarctique. Elle correspond à un constat de l'inadaptation d'un droit qui jusque là était conçu selon des approches territoriales, et à l'élaboration d'un droit nouveau, plus fonctionnel, à vocation transnationale. On comprendra que ce phénomène trouve une justification encore plus grande lorsque l'espace concerné devient "virtuel"!

comme lieu d'une internationalisation du droit, comme patrimoine commun de l'humanité par exemple.

On ne peut pas parler à l'heure actuelle de régime "authentiquement" universel des flux transfrontières de données. L'interdépendance que l'on observe est gérée au profit des plus nantis. Ainsi que l'observe notamment Leila Bouachera,

peut-on invoquer la projection d'un droit économique américain ou bien celle d'un pseudo-droit inspiré par le désir de domination de certaines sociétés transnationales soucieuses d'imposer leur modèle ?

On se rend compte alors que l'on est bien loin du débat de façade sur la pornographie et que les enjeux sont en réalité d'autant plus considérables qu'il se révèlent à un moment où la technique met en échec la notion de souveraineté territoriale. La réponse doit être trouvée ailleurs, dans une réglementation à créer.

2. Les différentes modalités possibles de la réalisation de l'internalisation.

Il n'est pas envisageable dans le cadre restreint d'un article de détailler toutes les modalités d'approches structurelles ou conventionnelles de mise en place d'un système de gestion de l'Internet. Nous proposerons simplement à la réflexion le texte de ce qui pourrait être le texte de base d'une "convention internationale sur la gouvernance de l'Internet". Nous pensons qu'ils peuvent servir à lancer un débat et à nourrir une réflexion.

i. Le modèle imaginable d'une réglementation conventionnelle.

Article 1: L'utilisation du cyberspace doit se faire pour le bien et dans l'intérêt de tous les pays, quel que soit le stade de leur développement économique ou scientifique. Elle est l'apanage de l'humanité tout entière.

Le cyberspace peut être utilisé librement par tous les Etats sans aucune discrimination, dans des conditions d'égalité et conformément au droit international, en vue de favoriser la coopération et la compréhension internationales.

Article 2: Seules les activités pacifiques sont autorisées dans le cyberspace.

Article 3: Le cyberspace ne peut faire l'objet d'appropriation nationale par proclamation de souveraineté, ni par voie d'utilisation, ni par aucun autre moyen.

Ces trois articles, qui pourraient être les premiers d'une future convention internationale sur "les principes régissant les activités dans le cyberspace", apportent une réponse qui tient compte des caractéristiques de celui-ci. Ils prennent également en considération l'interrogation, plusieurs fois ressentie au cours de notre recherche, sur le risque de voir, dans un univers virtuel échappant à la souveraineté territoriale des Etats, le monopole économique d'un seul se traduire en fait par ce que l'on pourrait appeler un "impérium data". Ils expriment surtout l'idée que, par ce qu'il échappe à la souveraineté territoriale de l'Etat, il doit être considéré comme le patrimoine commun ou l'apanage de l'humanité tout entière, et que l'organisation des activités qui s'y exercent devra traduire un niveau de solidarité qui dépasse le cadre des Etats.

A l'heure où les revendications libertaires contre toute forme de réglementation dans le cyberspace rejoignent parfois étrangement les projets d'entreprises favorables au libéralisme le plus extrême, on peut considérer qu'il ne sera pas inutile que les Etats, à travers le droit international, rappellent l'intérêt de l'humanité face aux intérêts mercantiles. Ils y sont

parvenus lorsqu'il fut envisagé de mettre en exploitation l'Antarctique, ils devront le réaffirmer pour le cyberspace.

Une telle réglementation qui organiserait le régime des activités dans le cyberspace, s'inscrirait alors dans une évolution que l'on constate depuis plusieurs années dans l'élaboration du droit international. Ramenant au premier rang des préoccupations la notion de "droit des gens" au sens que lui donnait Georges Scelle, elle soulignerait que l'individu, l'humanité, comme l'Etat, doit être aussi le destinataire du droit international.

ii. Le cyberspace : apanage ou patrimoine commun de l'humanité?

Les débats suscités par l'impossibilité d'une appréhension du cyberspace en termes de souveraineté territoriale ne sont pas sans rappeler ceux qui s'élevèrent à propos de la radio télégraphie ou de l'espace extra atmosphérique. Mais si l'on peut être tenté de penser, dans un premier temps, selon une approche par analogie, que la reconnaissance au cyberspace du statut de "Patrimoine commun de l'humanité", peut apporter une solution, il faudra se rendre compte ensuite que, dépassant l'analogie, ce concept exprime en fait une réalité unique, un dénominateur commun, correspondant à la prise en compte d'une solidarité supérieure à la solidarité nationale. On comprendra alors que s'il est difficile de parler de "patrimoine" à propos d'un espace virtuel, il sera peut être plus exact de dire que "l'utilisation du cyberspace dans l'intérêt de tous" doit être considérée comme l'apanage de l'humanité tout entière, et doit être protégée en tant que telle. Un organisme pourrait être chargé de la représentation de l'humanité sur le modèle de l'Autorité des fonds marins mise en place par la convention de Montego Bay.⁵⁰

A l'heure où l'on se plaît à annoncer l'avènement d'une société globale de l'Information celle-ci doit-elle être régie par un droit international en fonction de buts définis par une solidarité universelle, ou doit-elle être livrée au secteur privé et aux forces du marché? La liberté dans le cyberspace doit elle être uniquement conçue comme un renoncement des Etats aux profits de groupes d'affaires dans le domaine de l'information?

A cet égard les scénarii actuellement proposés pour le développement de la communication mondiale, montre l'urgence d'un retour du droit des gens et de la nécessaire réaffirmation de principes de droit international. Les constatations faites en ce domaine par Armand Mattelard et André Ptstel-Vinay nous paraissent particulièrement évidentes. Ainsi que l'écrit le professeur Mattelard: "A l'inverse⁵¹ de ce que donne à croire la représentation globaliste et égalitaires de la planète, ... la mondialisation des économies et des systèmes de communication est indiscociable de la création de nouvelles disparités entre les divers pays ou régions, et entre les divers groupes sociaux; en d'autres termes, sources de nouvelles exclusions". C'est quand la liberté opprime que le droit doit se faire protecteur.

Si l'on envisage pour autant les perspectives actuellement ouvertes en ce domaine, compte

⁵⁰ Ainsi qu'en dispose l'art 137-2 de la CMB: *"L'humanité tout entière, pour le compte de laquelle agit l'Autorité, est investie de tous les droits sur les ressources de la Zone.*

⁵¹ Il est alors difficile de faire l'économie de l'observation classique selon laquelle la revendication de certaines formes de libertés peut porter atteinte à la liberté. Comment ne pas s'interroger lorsque l'on voit mettre en concurrence la liberté d'expression des citoyens et la "liberté d'expression commerciale", présentée comme un nouveau "droit de l'homme" ? Serait-il excessif de penser dès lors que l'Etat devrait, en tant que sujet du droit international, se faire le garant de l'apanage que nous évoquions?

tenu de tous ce que nous avons pu mettre en évidence jusqu'alors, les projets qui se mettent en place soulignent l'urgence d'une réappropriation de la matière par le droit international et l'élaboration effective d'un droit international du cyberspace.

iii. Vers une autorité internationale du cyberspace

Le texte du traité que nous imaginions précédemment pourrait ainsi continuer:

Article 4 : Il est créé une Autorité internationale du cyberspace par l'intermédiaire de laquelle les Etats Parties organisent et contrôlent les activités dans l'espace virtuel aux fins de la présente convention.

Article 5 : Les Etats Parties au Traité ont la responsabilité internationale des activités nationales dans le cyberspace, qu'elles soient entreprises par des organismes gouvernementaux ou par des entités non gouvernementales, et de veiller à ce que les activités nationales soient poursuivies conformément aux dispositions énoncées par le présent traité. Les activités des entités non gouvernementales dans le cyberspace doivent faire l'objet d'une surveillance continue de la part de l'Etat approprié Partie au traité. En cas d'activité poursuivie par une Organisation internationale dans le cyberspace, la responsabilité des dispositions du présent traité incombera à cette Organisation internationale et aux Etats Parties au traité qui font partie de l'Organisation.

Article 6 : En ce qui concerne l'utilisation du cyberspace les Etats Parties au traité devront se fonder sur les principes de la coopération et de l'assistance mutuelle, et poursuivront toutes leurs activités dans le cyberspace en tenant compte des intérêts correspondant de tous les autres Etats Parties au traité.

Prenant en compte les observations que nous avons faites dans les pages précédentes, et traduisant la nécessité de la réglementation internationale, ces trois articles pourraient ainsi compléter la réglementation dont nous avons donné une ébauche et nourrir d'autres Sommets de la Société de l'Information.