

COLLECTION DE LA FACULTÉ DE DROIT  
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

ENTRE OMBRES ET LUMIÈRES :  
CINQUANTE ANS D'APPLICATION  
DE LA CONVENTION EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME  
EN BELGIQUE

Colloque organisé le 20 et 21 octobre 2005  
par le Centre de droit public  
de l'Université Libre de Bruxelles

**BRUYLANT**  
BRUXELLES  
2 0 0 8

# LA LIBERTÉ D'EXPRESSION À L'ÉPREUVE D'INTERNET

PAR

FRANÇOIS DUBUISSON

PROFESSEUR ASSISTANT À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'ULB

ET

ISABELLE RORIVE

CHARGÉE DE COURS À LA FACULTÉ DE DROIT DE L'ULB

## Introduction

Cinquante ans après son entrée en vigueur, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) se trouve confrontée à la société de l'information. Au sein du Conseil de l'Europe, les réflexions se multiplient pour évaluer l'impact des technologies de l'information et de la communication (TIC) sur le système traditionnel de protection des droits de l'homme<sup>1</sup>. Le développement des nouvelles technologies a amené les instances du Conseil de l'Europe à réévaluer l'actualité de la Convention et des travaux ont même été menés pour déterminer la mesure dans laquelle ce texte fondateur devait, le cas échéant, être modifié<sup>2</sup>. Si le droit au respect de

<sup>1</sup> En 2005, le développement de la société de l'information a entraîné la création de plusieurs groupes de travail au sein du Conseil de l'Europe : le *Multidisciplinary ad hoc Committee of Experts on the Information Society* (CASHI) chargé notamment d'élaborer la déclaration du Comité des Ministres sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la Société de l'information, en vue du 3<sup>ème</sup> Sommet des Chefs d'Etat et de gouvernements de Varsovie (13 mai 2005), le *Group of Specialists on human rights in the Information Society* (MM-S-IS, devenu MC-S-IS) ou encore le *Group of Specialists on public service broadcasting in the Information Society* (MM-S-FSB, devenu MC-S-FSB). Par ailleurs, le familial *Steering Committee on the Mass Media* (CDMM) s'est vu rebaptisé *Steering Committee on the Media and New Communications Services* (CDMC) par le Comité des Ministres en mai 2005.

<sup>2</sup> Voy. les travaux menés par CASHI (*Multidisciplinary ad hoc Committee of Experts on the Information Society*) dans le cadre du projet intégré « Droits de l'homme, état de droit et Société de l'information » qui s'est poursuivi sous l'appellation « Bonne gouvernance dans la société de l'information ».

la vie privée (art. 8 CEDH) et le droit à la liberté d'expression (art. 10 CEDH) occupent le centre des débats, l'effectivité de l'ensemble des droits de l'homme a été étudiée. La voie d'une adaptation du texte de la Convention à l'environnement numérique a finalement été écartée, et les travaux se sont conclus, en mai 2005, par une déclaration du Comité des Ministres « sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la Société de l'information »<sup>3</sup>. Le Comité y souligne que les « TIC offrent à tous des possibilités sans précédent de jouir de la liberté d'expression », tout en relevant qu'« elles remettent aussi gravement en question cette liberté, par exemple en cas de censure par l'Etat ou le secteur privé ». Le Comité des Ministres souligne également que « les TIC peuvent considérablement amplifier l'impact [des violations] des droits de l'homme ». Il n'en reste pas moins qu'est fermement posé le principe selon lequel l'univers numérique n'entraîne aucune altération des règles de la CEDH concernant la liberté d'expression<sup>4</sup> :

*« La liberté d'expression, d'information et de communication doit être respectée dans un environnement numérique tout comme dans un environnement non numérique. Elle ne doit pas être soumise à d'autres restrictions que celles prévues à l'article 10 de la CEDH, pour la simple raison qu'elle s'exerce sous une forme numérique ».*

À cet égard, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme a maintes fois souligné la protection particulièrement étendue dont doit bénéficier la liberté d'expression dans une société démocratique. Selon la Cour, « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels de pareille société, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun. Sous réserve du paragraphe 2 de l'article 10, elle vaut non seulement pour les 'informations' ou 'idées' accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui heurtent, choquent ou inquiètent l'Etat ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de 'société démocratique' »<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> Déclaration du Comité des Ministres sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la Société de l'information, CM(2005)56 final, 13 mai 2005.

<sup>4</sup> Voy. aussi *Accès public et liberté d'expression dans les réseaux de l'information* : lignes directrices pour une politique culturelle européenne, éd. du Conseil de l'Europe, octobre 2001.

<sup>5</sup> Cour eur. D. H., *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976. Série A, n° 24, § 49. Cette motivation sera reprise dans de nombreuses décisions ultérieures.

Le Comité des Ministres admet cependant que le développement des TIC peut influencer la mise en œuvre de la CEDH, lorsqu'il conclut que « pour mieux répondre aux nouveaux défis en matière de protection des droits de l'homme dans une Société de l'information qui évolue rapidement, les Etats membres ont besoin de revoir et, s'il y a lieu, d'ajuster l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme »<sup>6</sup>.

Si le principe de la liberté d'expression est pleinement réaffirmé dans l'environnement numérique, les TIC engendrent néanmoins des glissements concernant son application concrète. De ce point de vue, les nouvelles technologies peuvent jouer, d'une part, un rôle révélateur, en mettant ou en remettant à l'avant plan des questions déjà existantes, en les rendant plus aiguës, plus importantes ou plus visibles, et, d'autre part, un rôle perturbateur, en modifiant l'angle d'approche par lequel certaines problématiques juridiques sont abordées ou en questionnant des constructions et des catégories juridiques établies<sup>7</sup>.

Dans cette optique, la présente contribution entend analyser comment les nouvelles technologies influent sur l'application de l'article 10 de la CEDH, ou sont à l'avenir susceptibles de le faire. Le principe même du plein exercice de la liberté d'expression dans la société de l'information n'étant pas mis en doute, le débat porte principalement sur la mise en œuvre des limitations à cette liberté dans le cadre des réseaux numériques, parfois perçus comme une « zone de non droit ». L'Internet constitue un lieu privilégié de diffusion de contenus illicites, comme les discours racistes, les images pédophiles, les propos diffamatoires, les atteintes à l'image ou les contrefaçons de droits intellectuels. Il s'agit ici de rendre compte des défis auxquels est confrontée la liberté d'expression dans le cadre de la lutte contre ces contenus (I). Les atteintes portées au droit d'auteur sur Internet ravivent, par ailleurs, et avec une acuité particulière, la question de l'antagonisme entre droits de propriété intellectuelle, d'une part, et liberté d'information, d'autre part (II).

<sup>6</sup> Nous soulignons.

<sup>7</sup> Dans ce sens, voy. M. VIVANT, « Les nouvelles technologies comme révélateurs, Lamy, *Droit de l'Immatriel*, 2005, n° 2, p. 3.

## I. - Le régime de la liberté d'expression en prise avec l'Internet

Le contexte particulier des réseaux numériques n'est pas sans incidence sur la mise en œuvre des limitations à la liberté d'expression. Si la définition même des contenus illicites ne se trouve guère modifiée, les moyens procéduraux utilisés pour y faire face ont été adaptés (A). La liberté d'expression ne se décline toutefois pas toujours de la même manière dans les États démocratiques : certaines divergences de conception entravent la coopération internationale, comme l'a montré l'affaire Yahoo! et ses nombreux rebondissement (B). Les caractéristiques propres à la structure de l'Internet ont, par ailleurs, conduit à l'instauration d'un régime original de responsabilité des intermédiaires du réseau (fournisseurs d'accès et hébergeurs de sites, principalement), qui, sans garde-fou, est générateur de censure (C). Enfin, le caractère ubiquitaire et mondialisé de l'Internet amène à questionner l'efficacité des mesures prises par les États pour lutter contre la diffusion de certains contenus illicites et, en particulier, à s'interroger sur une évolution jurisprudentielle des critères de « nécessité » et de « proportionnalité » à l'aune desquels sont évalués les limitations à l'exercice de la liberté d'expression (D).

### A. - CONTENUS ILLICITES : DÉFINITIONS ET COOPÉRATION INTERNATIONALE DANS L'ENVIRONNEMENT NUMÉRIQUE

Les perspectives inédites qu'offre la société de l'information aux individus pour exercer leur liberté d'expression et d'information n'ont pas manqué d'être soulignées au sein du Conseil de l'Europe<sup>8</sup>. Pour un coût modique, les personnes raccordées aux réseaux numériques peuvent non seulement atteindre une audience potentiellement mondiale, mais aussi bénéficier d'un accès simplifié à une quantité colossale d'informations, le tout en temps réel. Mais c'est très souvent le revers de cette nouvelle réalité, à savoir l'impact des nouvelles technologies sur la diffusion des contenus illicites, qui monopolise une grande part de l'attention des décideurs politiques.

<sup>8</sup> Voy., par exemple, « Démocratie, droits de l'homme et prééminence du droit dans la Société de l'information », Contribution du Conseil de l'Europe à la 2<sup>ème</sup> session du Comité préparatoire du Sommet mondial sur la société de l'information (Genève, 17-23 février 2003), doc. établi le 7 décembre 2002, IPI (2002) 27.

Dans cette perspective, deux Conventions pénales ont été élaborées au sein du Conseil de l'Europe : la Convention sur la cybercriminalité<sup>9</sup> et le Protocole relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques<sup>10</sup>. La première vise non seulement de nouveaux types de délits quance liés aux technologies de l'information (accès illégal dans un système informatique, atteinte à l'intégrité de données, propagation de virus informatiques, etc.), mais également des délits classiques dont la portée s'est très sensiblement accrue avec le développement des réseaux (diffusion de contenus illicites, etc.)<sup>11</sup>. Pour ce qui concerne la criminalisation de certains contenus, et donc les limites à la liberté d'expression, la Convention sur la cybercriminalité définit des infractions se rapportant à la pornographie infantile ainsi que des infractions liées aux atteintes à la propriété intellectuelle et aux droits connexes. Il s'agit somme toute de contenus illicites classiques, traditionnellement pénalisés par les États, mais qui connaissent un essor sans précédent dans le nouvel environnement numérique.

Très rapidement en effet, les possibilités qu'offre l'Internet dans le trafic de données pornographiques en général, mais surtout de pédophilie, ont été au centre des préoccupations des autorités publiques. Récemment, l'Union européenne a encore affirmé que « *La pédopornographie, forme particulièrement grave d'exploitation sexuelle des enfants, prend de l'ampleur et se propage par le biais de l'utilisation des nouvelles technologies et d'Internet* »<sup>12</sup>. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, il s'agit de combattre non seulement la transmission d'images pornographiques d'enfants qu'elles soient réelles ou virtuelles, mais également de lutter contre la mise en place de réseaux de pédophilie et, plus généralement, de trafic d'êtres humains dans un but d'exploitation sexuelle<sup>13</sup>. Quant aux droits

<sup>9</sup> Convention sur la cybercriminalité, adoptée à Budapest le 23 novembre 2001 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004.

<sup>10</sup> Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, adopté à Strasbourg le 28 janvier 2003 et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006.

<sup>11</sup> Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, STE n° 185, p. 2, point I.5.

<sup>12</sup> Décision-cadre 2004/68/JAI du Conseil du 22 décembre 2003, relative à la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie, J.O., 20 janvier 2004, L 13/44 (date de transposition dans les États membres fixée au 20 janvier 2006).

<sup>13</sup> Voy. notamment le *Final report of the group of specialists on the impact of the use of new information technologies on trafficking in human being for the purpose of sexual exploitation*, Council of Europe, 16 septembre 2003, EG-SNT (2002) 9 rev.

d'auteur et aux droits voisins, l'avènement des technologies numériques en a profondément bouleversé la protection. On sait que ces technologies permettent non seulement la copie instantanée des œuvres dans des conditions de qualité égale à l'original numérique, mais également leur diffusion à grande échelle. L'utilisation des réseaux d'échange de fichiers de pair-à-pair (P2P) facilite considérablement la mise en commun et le partage de ressources numériques de toute nature (fichiers textes, audio, vidéo et logiciels). Leur accessibilité par le grand public et leur utilisation pour échanger des œuvres photographiques, musicales et cinématographiques contre faites sont souvent présentées comme une menace importante pour les auteurs, les artistes et l'industrie culturelle. D'autres voix s'élèvent cependant aujourd'hui pour limiter les droits d'auteur sur Internet afin de favoriser l'accès à la culture, et plus généralement à l'information<sup>14</sup>.

À l'origine, la Convention sur la cybercriminalité devait aussi comprendre des dispositions réprimant le discours de haine, le racisme et la xénophobie ainsi que l'incitation à la violence. L'Internet donne en effet une visibilité mondiale aux auteurs de propagande xénophobe et le Conseil de l'Europe dénonce la montée de la haine sur la toile depuis plusieurs années<sup>15</sup>. En 2002, il recensait ainsi 4 000 sites xénophobes à travers le monde, pour 160 en 1995<sup>16</sup>. Le consensus international sur la criminalisation de contenus illicites et les limites à la liberté d'expression s'est cependant arrêté ici. La position des Etats-Unis, où le discours xénophobe est constitutionnellement protégé au nom de la liberté d'expression, mais aussi celle de certains Etats européens traditionnellement hostiles à la pénalisation du discours, ont conduit le Conseil de l'Europe à ajou-

<sup>14</sup> La question des rapports entre le droit d'auteur et la liberté d'expression des utilisateurs dans le cadre d'Internet sera examinée de manière plus approfondie dans la seconde partie de cette contribution.

<sup>15</sup> Voy. aussi la déclaration médias et terrorisme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, adoptée le 20 juin 2005.

<sup>16</sup> Plus de la moitié de ces sites étaient hébergés aux Etats-Unis. Voy. I. GUARDANS, *Report on the General Assembly of the Council of Europe on the draft additional Protocol to the Convention on Cybercrime concerning the criminalisation of acts of a racist and xenophobic nature committed through computer systems* (doc. 9538), 5 septembre 2002, point 8. Pour la Commission nationale consultative des droits de l'homme en France, « le noyau dur de 4 000 à 5 000 sites racistes, en général antisémites et anti-arabes, est composé en majorité de sites en langue anglaise, hébergés généralement aux USA ». En 2003, 200 sites Internet racistes francophones ont été recensés (*La lutte contre le racisme et la xénophobie : rapport d'activités 2003*, Paris, la Documentation française, 2004). Voy. aussi, G. KERRORS, « L'Internet raciste en langue française », *La lutte contre le racisme et la xénophobie : rapport d'activités 2004*, Paris, la Documentation française, 2005.

ter un Protocole à la Convention sur la cybercriminalité pour ne pas compromettre le succès de cette dernière<sup>17</sup>. Le « matériel raciste et xénophobe » y est largement défini. Il s'agit de « tout matériel écrit, toute image ou toute autre représentation d'idées ou de théories qui préconise ou encourage la haine, la discrimination ou la violence, contre une personne ou un groupe de personnes, en raison de la race, de la couleur, de l'ascendance ou de l'origine nationale ou ethnique, ou de la religion, dans la mesure où cette dernière sert de prétexte à l'un ou l'autre de ces éléments, ou qui incite à de tels actes »<sup>18</sup>. Dans la mesure où il vise notamment à pénaliser la négation, la minimisation grossière, l'approbation ou la justification du génocide ou de crimes contre l'humanité<sup>19</sup>, le Protocole est novateur. Très peu d'Etats européens criminalise en effet le discours révisionniste<sup>20</sup>. La réserve que peuvent faire les Etats signataires sur ce point<sup>21</sup> est cependant de nature à en limiter la portée.

L'apport substantiel de la Convention sur la cybercriminalité et du Protocole additionnel concerne au premier chef le droit procédural. Les difficultés spécifiques que pose la lutte contre la criminalité dans l'univers des réseaux (identification de l'auteur, évaluation de l'impact d'une infraction, volatilité des données électroniques, etc.) appellent des réponses appropriées<sup>22</sup>. Il s'agit d'adapter les procédures classiques, telles que la perquisition ou la saisie, au nouveau milieu technologique, mais également de favoriser la collecte de données aux fins d'enquêtes pénales<sup>23</sup>. Dans le même temps, pour

<sup>17</sup> Au 1<sup>er</sup> mars 2008, la Convention sur la cybercriminalité a emporté 44 signatures et été ratifiée par 22 Etats. Le Protocole additionnel compte pour sa part 32 signatures, dont 11 ont été suivies de ratification. Les Etats ayant signé la Convention mais pas son Protocole additionnel sont les suivants : Bulgarie, Espagne, Géorgie, Hongrie, Irlande, Italie, Norvège, République tchèque, Royaume-Uni, Etats-Unis et Japon.

<sup>18</sup> Art. 2 du Protocole additionnel précité.

<sup>19</sup> À notre connaissance, seules l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France et la Suisse criminalisent le négationnisme, à des degrés variables. Sur cette question, voy. R.A. KAHN, *Holocaust Denial and the Law. A Comparative Study*, New York, Palgrave Macmillan, 2004.

<sup>20</sup> Art. 6, §2 du Protocole additionnel précité.

<sup>21</sup> Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, point 133.

<sup>22</sup> À ce sujet, voy. aussi la directive européenne, adoptée définitivement par le Conseil le 21 février 2006, sur la conservation de données traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public, et modifiant la directive 2002/58/CE sur les données personnelles et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques. Ce texte rend obligatoire la conservation, par les opérateurs téléphoniques et les fournisseurs d'accès à Internet, des données de connexion de leurs abonnés pendant une période que les Etats doivent fixer entre six mois au minimum et deux ans au maximum. Il a été vivement critiqué au nom du respect à la vie privée et a même été taxé par certaines associations de «loi Big Brother».

répondre au caractère mondialisé de l'environnement numérique, l'accent est mis sur la nécessité d'une plus grande coopération internationale. À titre de principe, la Convention sur la cybercriminalité pose que «les Parties doivent coopérer les unes avec les autres dans la mesure la plus large possible», ce qui implique «de réduire autant que faire se peut les obstacles à la circulation rapide et sans problème, au plan international, de l'information et des preuves»<sup>24</sup>.

#### B. - L'AFFAIRE YAHOO!

##### UN CAS D'ÉCOLE SUR DES VALEURS IRRÉCONCILIABLES

Le développement des réseaux numériques réactive aussi d'anciennes problématiques en leur donnant une ampleur nouvelle. L'étendue des limites du droit à la liberté d'expression ne fait pas, on le sait, l'unanimité dans les sociétés démocratiques. Les discours racistes et xénophobes en constituent un cas topique. La matière se caractérise par une fracture entre les États-Unis et, sous la réserve de certaines variantes, le reste du monde<sup>25</sup>. Aux États-Unis, le Premier Amendement de la Constitution déclare que «Congress shall make no law [...] abridging the freedom of speech, or of the press [...]». En vertu de la jurisprudence de la Cour suprême de ce pays, la propagande raciste et xénophobe est protégée par cette disposition. En Europe, au contraire, le droit à la liberté d'expression ne couvre pas les discours qui menacent, dénigrent ou conduisent à la destruction de la dignité humaine<sup>26</sup>. La position européenne semble de plus en plus partagée par certains pays de common law. Ainsi, au Canada, le Tribunal des droits de l'homme (*Human Rights Tribunal*) a décidé en janvier 2002 qu'un site révisionniste hébergé aux États-

Unis, mais édité au Canada, était illégal<sup>27</sup>. La Cour fédérale australienne (*Federal Court of Australia*) s'est prononcée dans le même sens en septembre 2002. Elle a enjoint le directeur d'un important centre de recherches et de publications révisionnistes d'enlever une série de messages postés sur la toile<sup>28</sup>.

L'affaire *Yahoo!* constitue une excellente illustration du casse-tête juridique auquel conduit la confrontation de différents régimes nationaux<sup>29</sup>. Il y a quelques années, la société californienne *Yahoo! Inc.* hébergeait, entre autres contenus problématiques, un site de vente aux enchères dans lequel environ 2000 objets, destinés aux personnes nostalgiques du III<sup>ème</sup> Reich, étaient ouvertement répertoriés comme «nazis». Ce site était accessible par tout internaute, notamment par les internautes français, et en violation des lois de ce pays. Aux États-Unis, la vente de tels objets n'a, par contre, rien d'illécite. Il s'en est suivi une véritable saga juridique : d'un côté de l'Atlantique, le juge français, à l'issue de trois décisions rendues en référé<sup>30</sup>, a considéré que *Yahoo! Inc.* devait prendre, sous peine d'astreinte, toutes les mesures de nature à empêcher les internautes français de consulter les objets du site de vente aux enchères répertoriés comme nazis; de l'autre côté de l'océan, le juge américain a déclaré que la décision française n'était pas valide au regard du droit de son pays, et partant non-exécutoire aux États-Unis. En appel, la cour fédérale californienne a cependant jugé, en août 2004, qu'une telle décision sur l'exécution était prématurée, sans toutefois

<sup>27</sup> *Ernst Zundel v. The Queen* [2002] 2 S.C.R. 731, <http://mizkor.org/fjp.cgi/people/zundelernst/supreme.court/judgement.1992>. Le Canada a, par ailleurs, signé le Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité précité.

<sup>28</sup> *Jones v. Toben* [2002] FCA 1150, [http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal\\_ct/2002/1150.html](http://www.austlii.edu.au/au/cases/cth/federal_ct/2002/1150.html).

<sup>29</sup> De manière générale, voy. A. RAMASASTRY, «Can Europe Block Racist Websites from its Borders? And If So, Will Hatemongers Seek the U.S.'s Technological Asylum?», publié sur *Findlaw*, 5 février 2003, <http://www.findlaw.com/ramasastry/20030205.html>; I. RORIVE, «Strategies to Tackle Racism and Xenophobia on the Internet - Where are we in Europe?», *Internet Journal of Communications Law and Policy*, 2003, [http://www.iijlp.org/7\\_2003/pdf/lorrive-ijlp-article1.pdf](http://www.iijlp.org/7_2003/pdf/lorrive-ijlp-article1.pdf); D. CUSTOS, «La liberté sur l'Internet aux États-Unis et en France, L'internet et le droit. Droit européen et comparé de l'Internet. Actes du colloque international, Université Paris I-Panthéon-Sorbonne, septembre 2000, <http://droit-internet.2000.univ-paris1.fr/>; B. HOLZNAGEL, «Responsibility for Harmful and Illegal Content as well as Free Speech on the Internet in the United States and Germany», *Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values*, in C. ENGEL and K.H. KELLER (eds) Baden-Baden, Nomos, 2000, pp. 9 et s.

<sup>30</sup> T. G.I. Paris (référé), 22 mai 2000, 11 août 2000 et 20 novembre 2000, disponibles sur le site de juriscom.net.

<sup>31</sup> *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme* 2001 U.S. North. Dist. California (San Jose Div.), 7 novembre 2001.

<sup>24</sup> Rapport explicatif de la Convention sur la cybercriminalité, point 242; Convention sur la cybercriminalité, art. 23; Protocole additionnel précité, art. 8. Voy. aussi la Convention du Conseil de l'Europe sur l'information et la coopération juridique concernant les «Services de la Société de l'Information», signée à Moscou le 4 octobre 2001, non entrée en vigueur (au 1<sup>er</sup> mars 2008).

<sup>25</sup> Voy., par exemple, L. PECCI, *La liberté d'expression et sa limitation. Étude de droit comparé*, Presses universitaires de la Faculté de droit de Clermont, 2003; M. ROSENFIELD, «Hate Speech in Constitutional Jurisprudence: A Comparative Analysis», *Cardozo Law School, Public Law Research Paper No. 41*, avril 2001, <http://ssrn.com/abstract=265939>.

<sup>26</sup> Voy. l'article 17 CEDH. P. LAMBERT, «Racisme et liberté d'expression dans la CEDH», *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges offerts à la mémoire de R. Ryssdal*, Köln, Carl Heymanns, 2000, pp. 785 et s.; S. VAN DROOCHENBROECK, «L'article 17 de la Convention européenne des droits de l'homme: incertain et inutile?», in E. DUMORTIER, P. MANDOUX, A. STROUWEL et F. TULKENS (dir.), *Pas de liberté pour les ennemis de la liberté? Groupements liberticides et droit*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 139 et s.

revenir sur le fond<sup>32</sup>. La même juridiction a ajouté un chapitre au feuillet juridique en acceptant de statuer à nouveau sur l'affaire en « audience plénière »<sup>33</sup>. Aux termes d'une procédure pour le moins exceptionnelle et dans une décision particulièrement divisée, Yahoo! a finalement perdu son procès<sup>34</sup>. Dans l'intervalle, Timothy Koogle, l'un des anciens PDG de Yahoo!, se défendait devant les juridictions pénales françaises du chef d'apologie de crimes contre l'humanité ainsi que pour exhibition d'uniforme, d'insigne ou d'emblème d'une personne coupable de crime contre l'humanité. Sa culpabilité n'a finalement pas été reconnue<sup>35</sup>.

En mettant à l'avant plan des questions juridiques déjà existantes, les nouvelles technologies ont ici un effet accélérateur sur l'ordre juridique. Les conceptions divergentes de la liberté d'expression de part et d'autre de l'Atlantique ne sont pas neuves. Mais en contribuant à l'effacement des frontières, l'Internet exacerbe un antagonisme que le droit international classique se révèle impuissant à régler. Si le Conseil de l'Europe a négocié la Convention cybercriminelle en 2001<sup>36</sup> en obtenant la signature du Canada, du Japon, de l'Afrique du Sud et des Etats-Unis, nous avons vu que seuls sont compris, au titre de contenus illicites, la pornographie infantile et les atteintes aux droits d'auteur. Les messages racistes et xénophobes en ligne ont dû être criminalisés dans un Protocole additionnel à cette Convention pour préserver certaines sensibilités nationales, dont tout particulièrement celle des Etats-Unis<sup>37</sup>. Le

<sup>32</sup> *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme* 2004 U.S. C.A. 9th Cir., 23 août 2004.

<sup>33</sup> *Yahoo v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme* 2005 U.S. App. Lexis 2166, 9th Cir., 10 février 2005.

<sup>34</sup> *Yahoo! Inc. v. La Ligue contre le racisme et l'antisémitisme* 2006 U.S. C.A. 9th Cir. (in *Banc*), 12 janvier 2006.

<sup>35</sup> Trib. corr. Paris, 12 février 2003. Cette décision a été confirmée par la Cour d'appel de Paris le 6 avril 2005.

<sup>36</sup> Convention sur la cybercriminalité, adoptée à Budapest le 23 novembre 2001 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2004.

<sup>37</sup> Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, adopté le 28 janvier 2003 à Strasbourg et entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 2006. Voy aussi, ECRI, *General policy recommendation n° 6 on combating the dissemination of racist, xenophobic and antisemitic material via the Internet*, 15 décembre 2000; Y. AKDENIZ, *An Advocacy Handbook for the Non Governmental Organizations. The Council of Europe's Cyber-Crime Convention 2001 and the additional protocol on the criminalisation of acts of racist or xenophobic nature committed through computer systems*, décembre 2003 (revisé et mis à jour en mars 2006), [http://www.cyber-rights.org/cyber-crime/foe\\_handbook\\_cri.pdf](http://www.cyber-rights.org/cyber-crime/foe_handbook_cri.pdf). Dans l'Union européenne, voy. la proposition de décision-cadre du Conseil sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, 19 juillet 2007, 11522/07.

débat a été relancé par l'OSCE qui s'évertue à jeter des ponts entre les traditions juridiques en mettant l'accent sur le lien nécessaire entre la propagande raciste, xénophobe et antisémite sur Internet, d'une part, et les crimes de haine, d'autre part<sup>38</sup>. Il semble toutefois que l'on en reste à un dialogue de sourds. Ce qui n'empêche pas, au-delà des débats d'idées et de l'opposition de principe, d'obtenir des résultats concrets. Les fournisseurs d'hébergement américains qui disposent d'intérêts financiers en Europe ont en effet tout intérêt à retirer ou à filtrer les contenus racistes et xénophobes : ils bénéficient ainsi d'une exonération de responsabilité sur le vieux continent<sup>39</sup> tout en n'encourant aucune sanction sur le territoire américain<sup>40</sup>. Les autorités européennes disposent donc bien de moyens de pression efficaces contre certains opérateurs de services américains<sup>41</sup>.

#### C. - LE RÉGIME DE RESPONSABILITÉ DES FOURNISSEURS DE SERVICE SUR LES RÉSEAUX OU LES INGRÉDIENTS D'UNE CENSURE PRIVÉE

À partir du moment où, comme l'illustre le cas du discours de haine, il s'avère utopique d'encadrer juridiquement la société de l'information par l'adoption de règles substantielles de droit international, d'autres modes de régulation viennent nécessairement relayer cette approche. C'est ainsi que s'est mis en place, à tout le moins en Europe, un système caractérisé par une collaboration

<sup>38</sup> Conférence de l'OSCE sur la relation entre la propagande raciste, xénophobe et antisémite sur Internet et les crimes inspirés par la haine, Paris, 16-17 juin 2004. Décision n° 633 du Conseil permanent de l'OSCE relative à la promotion de la tolérance et de la liberté des médias sur l'Internet, 11 novembre 2004, PC/DE/633.

<sup>39</sup> Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur (dite « directive commerce électronique »), J.O.C.E., n° L 178, 17 juillet 2000, p. 1, art. 14. Voy. *infra*, point C.

<sup>40</sup> Voy. la *Good Samaritan provision* : « No provider or user of an interactive computer service shall be held liable on account of (...) any action voluntarily taken in good faith to restrict access to or availability of material that the provider or user considers to be obscene, lewd, lascivious, filthy, excessively violent, harassing, or otherwise objectionable, whether or not such material is constitutionally protected » (1996 Communication Decency Act 47 U.S.C., section 230-c-3-A).

<sup>41</sup> En 2001, le Bureau fédéral allemand pour la protection de la Constitution (*Bundesamt für den Verfassungsschutz*) informa à plusieurs reprises la société californienne e-Bay de la vente d'objets à la gloire du III<sup>ème</sup> Reich sur son site de vente aux enchères. A chaque occasion, la société bloqua l'accès aux objets visés. La récente affaire « Aaargh », du nom du site révisionniste, s'inscrit dans un cadre similaire (*Ordonnances de référé du T.G.I. de Paris* des 25 mars 2005, 20 avril 2005 et 13 juin 2005, publiées sur le site du Forum des droits de l'Internet). Cette affaire est commentée *infra*, au point C.

entre les Etats et les fournisseurs de services. Alors que l'emprise des premiers sur Internet est nécessairement limitée, les seconds opèrent sur la toile et contrôlent l'accès des contenus qui y sont disponibles. Ce type de collaboration affecte profondément la liberté d'expression et, dans le domaine de la presse, tranche avec le régime de responsabilité en cascade prévu en Belgique pour l'environnement traditionnel.

Au sein de l'Union européenne, le siège de la matière réside dans la directive européenne sur le commerce électronique du 8 juin 2000<sup>42</sup>. Ce texte met en place un système d'exemptions de responsabilité au profit des intermédiaires de l'Internet, c'est-à-dire des prestataires de services de la société de l'information dont l'activité consiste à assurer que les contenus émanant de tiers soient transmis, hébergés et rendus accessibles au moyen des réseaux, en manière telle qu'ils servent de pont entre ceux qui produisent ou éditent pareils contenus et ceux qui y accèdent<sup>43</sup>.

Sur le plan des principes, la directive dispense les intermédiaires d'une obligation générale de surveillance des contenus qu'ils véhiculent. Il n'en reste pas moins que les opérateurs restent tenus de répondre à l'injonction de toute autorité compétente (une juridiction, par exemple) qui tendrait à imposer le filtrage de contenus illicites ou à obtenir les données d'identification de l'auteur de ces contenus<sup>44</sup>. C'est ainsi que le juge des référés du tribunal de grande instance de Paris a décidé, en juin 2005, que les fournisseurs d'accès<sup>45</sup> à l'Internet doivent mettre en œuvre tous les moyens dont ils disposent en l'état actuel de leur structure et de leur technologie pour empêcher l'accès des internautes français au site «Aaargh»<sup>46</sup>, qui diffuse des textes

<sup>42</sup> Directive «commerce électronique» précitée du 8 juin 2000. Cette directive a été transposée en Belgique par la loi du 11 mars 2003 sur les services de la société de l'information, *Mém. b.*, 17 mars 2003.

<sup>43</sup> Sur cette question, voy., par exemple, A. STROWEL et N. IBE, «La responsabilité des intermédiaires sur Internet : Actualité et questions des hyperliens», *R.I.D.A.*, 2000, pp. 3 et s.

<sup>44</sup> Sur l'obligation des prestataires de service de détenir les données permettant d'identifier l'auteur de contenus litigieux, voy., par exemple, T.G.I. Paris (3<sup>e</sup> ch.), 16 février 2005, disponible sur le site de *legalis.net*. Le tribunal a considéré que les coordonnées déclarées de l'auteur d'un site donnant accès à des bandes dessinées scannées n'étaient pas de nature à l'identifier (Nom : Bande; Prénom : Dessinée; Date de naissance : 25/03/1980; Adresse : rue de la BD; Code postal : 1000; Ville : Bruxelles; Adresse email de confirmation : pitbullteam@hotmail.com).

<sup>45</sup> Les fournisseurs d'accès mis en cause étaient : France Télécom, Free, AOL, Tiscali, Club Internet, Télé2, Suez-Lyonnaise Télécom, Neuf Télécom, NC Numéricable et le GIP Renater. Dans sa décision du 13 juin 2005, le juge des référés note que ces prestataires représentent l'essentiel des marchés de l'accès en France à l'Internet.

<sup>46</sup> Acronyme pour «Association des anciens amateurs de récits de guerre et d'holocaustes».

négaționnistes et antisémites<sup>47</sup>. Cette ordonnance, prononcée au terme d'une longue procédure initiée par des associations comme «J'accuse!»<sup>48</sup>, la Ligue des droits de l'Homme<sup>49</sup>, SOS-Racisme, l'UEJF<sup>50</sup> ou le MRAP<sup>51</sup>, intervenait après une autre décision prise en référé dans laquelle le juge enjoignait les organisations antiracistes d'épuiser toutes les démarches à l'encontre des hébergeurs avant d'assigner les fournisseurs d'accès<sup>52</sup>.

Sur le plan de la responsabilité, le texte européen prévoit une exonération totale au profit des activités de simple transmission des informations sur un réseau de communication et de fourniture d'accès à un tel réseau. Pour en bénéficier, le prestataire de service doit remplir une triple condition : (1) ne pas être à l'origine de la transmission; (2) ne pas sélectionner le destinataire de la transmission; (3) ne pas sélectionner, ni modifier les informations faisant l'objet de la transmission.

Pour les activités d'hébergement, la directive prévoit, par contre, une exonération conditionnelle de responsabilité : le fournisseur d'hébergement doit soit *ne pas avoir effectivement connaissance* de l'information illicite, soit *agir promptement* pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible dès le moment où il acquiert la connaissance requise. La directive européenne fait ainsi peser sur le fournisseur d'hébergement le soin de déterminer le caractère licite ou non d'une information. Cet exercice est relativement aisé lorsque les contenus dénoncés sont incontestablement illicites (images pédophiles, par exemple). Il est, au contraire, extrêmement délicat dans de nombreux cas. Sur la base de quels critères, en effet, un prestataire de services est-il en mesure de décider du caractère calomnieux ou diffamatoire d'un site ? De quelles ressources dispose-t-il pour traiter les allégations d'atteintes à la vie privée, au sentiment religieux ou aux bonnes mœurs ? Dans les débats qui

<sup>47</sup> T.G.I. Paris (référé), 13 juin 2005.

<sup>48</sup> Plus précisément, l'association «J'accuse!».

<sup>49</sup> Plus précisément, l'association «La Ligue française pour la défense des droits de l'Homme et du citoyen».

<sup>50</sup> Acronyme pour l'association «Union des étudiants juifs de France».

<sup>51</sup> Acronyme pour l'association «Mouvement contre le racisme et pour l'amitié entre les peuples».

<sup>52</sup> T.G.I. Paris (référé), 25 mars 2005, disponible sur le site du Forum des droits de l'Internet. Dans une décision du 20 avril 2005, le juge des référés ordonnait aux trois hébergeurs américains mis en cause d'empêcher l'accès au site révisionniste «Aaargh» depuis le territoire français. Deux d'entre eux s'étaient déjà exécutés sur requête directe des associations antiracistes. Le troisième n'a jamais exécuté la décision.



ont entouré l'adoption de la loi française pour la confiance dans l'économie numérique, le Conseil constitutionnel a mesuré tout le danger de laisser les prestataires de services juges des contenus. Partant, il a considéré que le régime des clauses d'exemption de responsabilité ne saurait 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<sup>53</sup>. Restait à déterminer quand une information présente un caractère manifestement illicite. Dans une affaire opposant notamment le Comité de défense de la cause arménienne à la société Wanadoo, en qualité d'hébergeur du site du consulat de Turquie à Paris, le tribunal de grande instance de Paris a saisi l'opportunité de développer cette réserve d'interprétation<sup>54</sup>. Il lui incombait de trancher si la société Wanadoo pouvait ou non être tenue responsable de n'avoir pas cessé d'héberger, après notification du Comité de défense de la cause arménienne, le site du consulat de Turquie sur lequel se trouvait une rubrique intitulée «allégations arméniennes et faits historiques» qui comprenait des documents contestant la réalité du génocide arménien. Pour le tribunal, il s'agissait de déterminer si de tels documents pouvaient être jugés «manifestement illicites» au sens donné par le Conseil constitutionnel à ce critère. Dans cet exercice, le juge a raisonné en deux temps. Tout d'abord, il a vérifié si la négation du génocide arménien est constitutive d'une infraction en droit français, auquel cas cette dimension pénale lui donnait automatiquement un caractère manifestement illicite. Aucune disposition pénale n'ayant été violée, il en a déduit que «le caractère manifestement illicite des documents litigieux ne peut être la conséquence que d'un manquement délibéré à une disposition de droit positif explicite et dénuée d'ambiguïté». À la suite d'un examen des textes internationaux, européens et français traitant de la question du génocide en général, et du génocide arménien en particulier, le tribunal a considéré qu'il existe tout au plus des positions officielles en la matière,

<sup>53</sup> Decision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004, §9. En Belgique, l'exposé des motifs de la loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques de la société de l'information (M.B. 17 mars 2003) précise que, pour mettre en cause la responsabilité des hébergeurs, le contenu doit être «manifestement illicite (révisionniste, pédophile, incontestablement outrageant...)» (Chambre des représentants, session 2002-2003, Doc. n° 50 2100/001).

<sup>54</sup> T.G.I. Paris (17<sup>e</sup> ch.), 15 novembre 2004, disponible sur le site du Forum des droits de l'Internet.

mais pas d'obligation mise à charge des particuliers. Aucune faute n'a pu dès lors être reprochée à la société Wanadoo.

La position du Conseil constitutionnel français montre toute l'importance d'assortir le mécanisme européen d'exonération conditionnelle de responsabilité de garde-fous. Tel quel, il n'est finalement rien de moins qu'un incitant économique à la censure privée. Dans la pratique, le fournisseur d'hébergement à qui la présence d'un contenu illicite est notifiée aura, en effet, un grand intérêt à le retirer de son serveur que ce contenu soit *in fine* illicite ou non. Par cette attitude, il se réserve le bénéfice d'une clause d'exemption de responsabilité extra-contractuelle. Sur le plan contractuel, il aura généralement pris soin, dans ses conditions générales, de se prémunir contre toute forme d'action en dommages et intérêts de son client, auteur du contenu litigieux<sup>55</sup>. Cette analyse est aujourd'hui corroborée par les faits. Des études récentes montrent que l'absence d'une procédure de notification et de retrait dans le dispositif mis en place par la directive européenne sur le commerce électronique entraîne un contrôle erratique et arbitraire des contenus par de nombreux opérateurs privés<sup>56</sup>.

Les moteurs de recherche, qui ne sont pas visés par le régime d'exemption de responsabilité prévu par la directive «commerce électronique»<sup>57</sup>, contribuent également au développement du phé-

<sup>55</sup> Sur cette question, voir, notamment, B. FRYDMAN et I. RORIVE, «Regulating Internet Content through Intermediaries in Europe and the USA», *Zeitschrift für Rechtssoziologie* (revue de l'Institut Max Planck de Cologne), 2002, vol. 23 (1), p. 41-59 (disponible en ligne : [http://www.droit-technologie.org/2\\_1.asp?dossier\\_id=99](http://www.droit-technologie.org/2_1.asp?dossier_id=99)).

<sup>56</sup> Voy., CH. AHLERT, CH. MAESDEN & CH. YUNG, *How «Liberty» Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation*, recherche menée sous l'égide du Centre for Socio-Legal Studies de l'Université d'Oxford en 2003, <http://pmlp.socleg.ox.ac.uk/liberty.pdf>; le projet «Multatuli», *ISP Notice & Take down*, menté par l'ONG hollandaise «Bits of Freedom» (Research paper Bits of Freedom du 27 octobre 2004, <http://www.bof.nl/docs/researchpaperSANE.pdf>). Voy. aussi le constat de Reporters sans frontières dans un rapport présenté le 17 novembre 2005 : «4 European directive of 8 June 2000 about e-commerce proved a threat to freedom of expression, by making ISPs responsible for the content of websites they host and requiring them to block any page they consider illegal when informed of its existence. This creates a private system of justice, where the ISP is called on to decide what is illegal or not. Technicians thus do the job of a judge» ([http://www.rsf.org/article.php3?id\\_article=15613](http://www.rsf.org/article.php3?id_article=15613)). Pour un exemple récent, voir aussi l'attitude de nombreux intermédiaires dans le litige qui oppose la société allemande de logiciels, Nutzwert, à la *Foundation for a Free Information Infrastructure* (présentation de l'affaire sur le site d'*European Digital Rights* le 10 août 2005, «Angry pro software patent company takes down FFII website», <http://www.edri.org/edrigram/number316/FFII/>).

<sup>57</sup> S. PILOT DE CORSEON, «La responsabilité des fournisseurs d'outils de recherche sur Internet», *DAJOR*, 2004, p. 14; «Quelle responsabilité pour les créateurs d'hyperliens vers des contenus illicites?», recommandation du Forum français des droits sur l'Internet, 23 octobre 2003. Voy. également Cass. (2<sup>e</sup> ch.), 3 février 2004, *Rev. Dr. Tech.*, 2004 et la note de

nomène de censure larvée. L'on sait le rôle primordial que jouent ces outils pour accéder à l'information disponible sur les réseaux. Si un site n'est plus référencé, il devient, dans une large mesure, invivable et donc, inaccessible. Seuls ceux qui en connaissent l'adresse pourront le consulter. Une étude du *Berkman Center for Internet and Society* de l'Université de Harvard montre que la société californienne Google, premier moteur de recherche dans le monde, opère discrètement un filtrage des contenus qu'elle considère illicites dans les systèmes juridiques français et allemand<sup>58</sup>. En d'autres termes, les résultats d'une recherche ne sont pas identiques selon qu'elle s'opère au départ de Google.com, de Google.fr ou de Google.de. La plupart des liens supprimés concernent des sites nazis ou antisémites. D'autres pas<sup>59</sup>. Selon les dirigeants de Google, un telle pratique vise à prémunir la société contre d'éventuels recours en responsabilité.

Mise en œuvre dans des pays liberticides, cette politique s'avère totalement déplorable. L'association des droits de l'homme «Reporters sans frontières» a ainsi qualifié les sociétés Yahoo! et Google d'«irresponsables» pour avoir bloqué le référencement de sites jugés subversifs par le gouvernement chinois. Des sites relatifs notamment à l'indépendance du Tibet n'apparaissent en effet pas dans la version chinoise du portail de Yahoo! (<http://cn.yahoo.com>), ni dans son nouveau moteur de recherches «Yisou». Google qui n'avait jamais accédé aux demandes des autorités chinoises pour censurer son moteur de recherche semble avoir changé de stratégie en juin 2004 où il a pris une importante participation financière dans «Baidu»<sup>60</sup>. Un pas de plus a été franchi en janvier 2006 quand un haut responsable de Google a admis avoir retiré une partie du contenu des recherches disponibles sur Google.cn, «en conformité avec les lois, règles et politiques locales». Et que dire de Microsoft qui a supprimé, fin décembre 2005, le blog de Zhao Jing, un journaliste chinois, pourtant enregistré sur le site international

F. DE PATOUL et I. VERBEKEN, «La responsabilité des intermédiaires de l'Internet: première application de la loi belge», pp. 51-59.

<sup>58</sup> J. ZITTRAIN and B. EDELMAN, *Documentation of Internet Filtering Worldwide*, étude publiée le 24 octobre 2002, <http://cyber.law.harvard.edu/filtering>.

<sup>59</sup> Ainsi, <http://www.jesus-is-lord.com>, un site fondamentaliste chrétien opposé à l'avortement.

<sup>60</sup> Voy. le communiqué de RSF publié le 27 juillet 2004, [http://www.rsf.org/article.php3?id\\_article=11032](http://www.rsf.org/article.php3?id_article=11032).

(MSN.com), ou de Yahoo! qui, en 2004, a livré à la police chinoise le courrier électronique de Shi Tao, un autre journaliste critique du régime de Pékin, lequel a éclopé de dix ans de prison ?<sup>61</sup>

Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a rappelé, en mai 2005, que les droits énoncés par la CEDH étaient de pleine application dans le contexte d'Internet<sup>62</sup>. Toutefois, dans le cadre de la préparation du deuxième Sommet des Nations Unies sur la société de l'information, qui s'est tenu à Tunis en novembre 2005, certains groupes de travail consacrés aux droits de l'homme se sont inquiétés du fait que la régulation d'Internet se conçoit de plus en plus sous l'angle de la «gouvernance», en laissant la question des droits de la personne de côté<sup>63</sup>. Le régime de responsabilité des intermédiaires établi par la directive européenne sur le commerce électronique constitue sans doute un bon exemple. Ce régime, nous l'avons vu, comporte des implications importantes pour l'exercice de la liberté d'expression sur Internet. Mais dans l'esprit de l'intitulé de la directive qui le prévoit, il a essentiellement été conçu dans une perspective d'efficacité du marché intérieur et de développement économique des réseaux numériques<sup>64</sup>. Les limitations à la liberté d'expression opérées par des acteurs privés, sur plainte de personnes privées, sans intervention d'une instance judiciaire sont condamnables sur pied de l'article 10 de la CEDH. La Cour européenne des droits de l'homme s'est en effet résolument engagée dans la voie d'une applicabilité horizontale de cette disposition<sup>65</sup>. À quand une

<sup>61</sup> P. GRAVEREAU, «Un journaliste chinois censuré par Microsoft», *Liberation.fr*, 10 janvier 2006; «Le moteur de recherche s'autocensure. Les défenseurs de la liberté d'expression protestent. Google ferme des fenêtres pour s'ouvrir au marché chinois», *Liberation.fr*, 26 janvier 2006.

<sup>62</sup> Déclaration précitée du 13 mai 2005, CM(2005)36 final.

<sup>63</sup> Voy. «Droits de l'homme et gouvernance d'Internet», Déclaration du caucus des droits de l'homme, PrepCom2, SMSI, seconde phase, Genève, 24 février 2005, <http://www.itu.int/wsis/index-fr.html>.

<sup>64</sup> Voy. le considérant 40 de la directive: «Les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services opèrent en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur, en particulier en gênant le développement des services transfrontaliers et en produisant des distorsions de concurrence; les prestataires des services ont, dans certains cas, le devoir d'agir pour éviter les activités illicites ou pour y mettre fin; la présente directive doit constituer la base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible».

<sup>65</sup> Voy. notamment Cour eur. D. H., *Vgt Verein Gegen Tierfabriken c. Suisse*, 28 juin 2001 et la note de P. F. DOCCQUIN: «Vers la reconnaissance d'un droit d'accès à la tribune médiatique?», *R.T.D.H.*, 2002, n° 52, pp. 1045 et s.; Cour eur. D. H., *Appleby et autres c. Royaume-Uni*, 6 mai 2003. Sur la question plus générale de l'effet horizontal de la Convention européenne des droits de l'homme, voy. la contribution de Véronique van der Planck et Nathalie Van Leeuw dans le présent ouvrage.

condamnation à Strasbourg pour sanctionner les effets pervers du système d'exonération de responsabilité des hébergeurs sur la liberté d'expression ?

Le régime de responsabilité des intermédiaires sur Internet tranche avec celui de la responsabilité en cascade conçu, en droit belge, pour la presse dans un esprit de protection effective de la liberté de presse et d'expression. L'article 25 de la Constitution organise le régime des délits de presse, en excluant la responsabilité des «intermédiaires» (éditeur, distributeur, imprimeur), lorsque l'auteur est connu et réside en Belgique. L'objectif d'un tel système est d'éviter la censure privée que pourrait exercer ces intermédiaires, dans la crainte de voir leur responsabilité mise en cause à raison d'opinions publiées. Le régime de responsabilité de la directive sur le commerce électronique se place dans une perspective manifestement différente. À ce titre, l'Internet apparaît comme un élément perturbateur, en déplaçant le point de repère de la réglementation, qui passe de la préservation de la liberté d'expression à la promotion du commerce sur les réseaux électroniques et des services de la société de l'information.

Le régime spécifique de la presse, et notamment le principe de la responsabilité en cascade, est-il applicable en droit belge à l'Internet ?<sup>66</sup> Une réponse positive paraît s'imposer. On sait que la Cour de cassation a procédé à une interprétation stricte de la notion de presse et qu'elle a exclu d'étendre la protection constitutionnelle à l'audiovisuel<sup>67</sup>. Selon la Cour, la notion de «presse» suppose un écrit imprimé bénéficiant d'une diffusion publique. Or, la particularité d'Internet est d'être multimédia et de brouiller ainsi la distinction entre écrit et audiovisuel. Si l'on s'en tient aux critères dégagés par la Cour de cassation, il n'est pas évident d'exclure du régime de l'article 25 de la Constitution les opinions diffusées par Internet, qui constituent des écrits accessibles publiquement et susceptibles d'être imprimés par chaque utilisateur<sup>68</sup>. Une décision du tribunal civil de Bruxelles s'est prononcée en ce sens, en jugeant que des propos diffamatoires diffusés par Internet constituaient un délit de

<sup>66</sup> En France, le législateur a tranché la question par l'affirmative. Voy. la loi pour la confiance dans l'économie numérique du 21 juin 2004, art. 6-V.

<sup>67</sup> Cass., 2 mars 1964, *Faz.*, I, 1964, p. 697; Cass., 9 décembre 1981, *Faz.*, 1982, I, p. 482.

<sup>68</sup> Sur cette question, voy. K. LEMMENS, «Les publications sur la toile peuvent-elles constituer des délits de presse?», *Rev. Dr. Tech. et Inf.*, 2005/2, pp. 77 et s.

presse<sup>69</sup>. Si cette hypothèse devait être retenue, se pose alors la question de la transposition du régime de responsabilité en cascade au cadre particulier d'Internet : comment qualifier à cet égard les fournisseurs d'accès et les hébergeurs de site ? Faut-il les assimiler aux distributeurs ? Dans l'affirmative, il y aurait antinomie avec le régime de responsabilité établi par la directive sur le commerce électronique, qui contient un régime d'exclusion de responsabilité bien moins étendu, et qui fait, dans une certaine mesure, jouer aux intermédiaires un rôle de contrôleur du contenu des sites, chose que le régime constitutionnel de la presse a précisément voulu exclure. La directive européenne précise pourtant qu'elle «n'entend pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression»<sup>70</sup>.

La circulation des informations en réseau nous obligent à interroger des catégories juridiques existantes et à constater que les réglementations issues du développement de la société de l'information peuvent s'achopper à d'autres régimes, conçus pour l'environnement traditionnel.

#### D. - LE CRITÈRE DE PROPORTIONNALITÉ RÉÉVALUÉ À L'ÈRE DE LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION

Les caractéristiques propres à l'Internet compliquent, nous l'avons vu, la mise en œuvre des mesures de lutte contre la transmission de contenus illicites. Ceci est également vrai pour des contenus diffusés initialement sous forme «traditionnelle», qui, interdits dans un pays déterminé, peuvent aisément être accessibles par l'intermédiaire d'un site Internet basé à l'étranger. Cette nouvelle donne technologique n'est, à nouveau, pas sans incidence sur la manière d'appréhender les restrictions à la liberté d'expression.

Dans le cadre du Conseil de l'Europe, les limitations à l'exercice de la liberté d'expression doivent remplir trois conditions bien connues<sup>71</sup> : être établies par la loi, tendre à la préservation de l'un

<sup>69</sup> Civ. Bruxelles, 19 février 2004, *Rev. Dr. Tech. et Inf.*, 2005/2, p. 75. Voy. aussi Corr. Bruxelles, 22 décembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 134.

<sup>70</sup> Préambule de la directive commerce électronique précitée, considérant 9.

<sup>71</sup> Sur la portée de l'article 10, §2 de la CEDH, voy. H.-P. FURBER, «La pratique des États membres du Conseil de l'Europe», in *La circulation des informations et le droit international*, Colloque de Strasbourg, S.F.D.L., Paris, Pédone, 1978, p. 69; R. PINTO, «La liberté d'information et d'opinion et le droit international», *J.D.I.*, 1981, pp. 102-104; G. CORBES-JONATHAN, «Liberté de circulation des informations et souveraineté des États», in *La circulation des informations et le*

des motifs légitimes énumérés par la CEDH<sup>72</sup> et apparaître nécessaires dans une société démocratique. Les débats devant la Cour de Strasbourg se concentrent généralement sur ce dernier critère et s'articulent autour du principe de proportionnalité<sup>73</sup>.

Avec le développement d'Internet, une nouvelle question n'a pas manqué de se poser : une mesure de censure prise par une autorité nationale peut-elle être considérée comme « nécessaire dans une société démocratique », alors que la diffusion parallèle de cette publication sur les réseaux la prive de toute efficacité ? La jurisprudence récente de la Cour européenne des droits de l'homme semble répondre par la négative. L'affaire Plon qui défraya la chronique voici quelques années est éclairante à cet égard. En janvier 1996, quelques jours après le décès de François Mitterrand, cette maison d'édition publie « Le Grand Secret », un ouvrage qui relate les relations entre le président français et son médecin personnel, l'un des auteurs. Au cœur de cette publication, une révélation fracassante : le président était atteint d'un cancer dès sa première élection, en 1981, et l'a dissimulé à l'opinion publique avec la complicité de son médecin. Quarante mille exemplaires du « Grand Secret » sont vendus le jour de sa parution. Saisi par la veuve et les enfants de Mitterrand, le juge des référés met, dès le lendemain, un terme à ce succès. L'ouvrage viole le secret professionnel et porte atteinte à la vie privée : sa diffusion est donc interdite. En octobre 1996, le juge du fond connaît à son tour de l'affaire. Il maintient, comme le fera le juge d'appel, la mesure d'interdiction. Saisie pour violation de l'article 10 de la CEDH, la Cour européenne des droits de l'homme condamne la France. Elle considère que si l'ingérence à la liberté d'expression était justifiée au moment de la décision prise en référé,

<sup>72</sup> Il s'agit de la sécurité nationale, l'intégrité territoriale ou la sûreté publique, la défense de l'ordre et la prévention du crime, la protection de la santé ou de la morale, la protection de la réputation ou des droits d'autrui, la confidentialité ou la garantie de l'autorité et de l'impartialité du pouvoir judiciaire.

<sup>73</sup> S. VAN DEROGHEBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001.

elle ne l'était plus, neuf mois plus tard, devant le juge du fond. À cette époque, maintenir la mesure de censure ne correspondait plus à « un besoin social impérieux » et s'avérait disproportionnée par rapport aux buts légitimes poursuivis, à savoir la préservation du secret médical et la protection des droits d'autrui. Suivant la Cour, le contexte avait en effet changé : « plus la date du décès s'éloignait [...] plus l'intérêt public du débat lié à l'histoire des deux septennats accomplis par le Président Mitterrand l'emportait sur les impératifs de la protection des droits de celui-ci au regard du secret médical ». Et de conclure : « lorsque le juge civil a statué au principal, non seulement [Le Grand Secret] avait été vendu à environ 40 000 exemplaires, mais en plus, il avait été diffusé sur Internet et avait fait l'objet de nombreux commentaires dans les médias. A ce moment là, les informations qu'il contient avaient donc, de fait, perdu l'essentiel de leur confidentialité »<sup>74</sup>.

Ce dernier motif indique que la publication sur Internet d'un écrit qui fait l'objet d'une décision d'interdiction de diffusion sur un autre support est un élément susceptible d'être pris en compte par la Cour pour apprécier le caractère nécessaire et proportionné de la limitation à la liberté d'expression<sup>75</sup>. En l'espèce, l'impératif de confidentialité des informations médicales avait perdu l'essentiel de sa signification dès le moment où ces informations avaient été, dans l'intervalle, rendues accessibles sur les réseaux et largement commentées par les médias. Bien évidemment, l'appréciation de la Cour est toujours intrinsèquement liée aux circonstances de l'espèce. Décaler une règle générale de l'influence qu'exerce une diffusion sur Internet, effective ou potentielle, pour évaluer la légalité de restrictions à la liberté d'expression relève donc de la gageure. Dans cette mesure, il est permis de penser que l'enseignement que l'on peut tirer de l'affaire Plon se limite à des hypothèses où la mesure d'interdiction vise à assurer la confidentialité de certaines informations. La situation est tout autre lorsque les écrits litigieux véhiculent des propos racistes ou diffamatoires. Dans ces cas, le besoin

<sup>74</sup> Cour eur. D. H., *Éditions Plon c. France*, 18 mai 2004, §53 (nous soulignons).

<sup>75</sup> Dans l'appréciation du contrôle de la proportionnalité, cette affaire peut être rapprochée de deux arrêts de la Cour eur. D. H. traitant de l'interdiction de « Spycatchers » au Royaume-Uni alors que cet ouvrage était largement diffusé aux États-Unis, au Canada et en Irlande : *Observer et Guardian c. Royaume-Uni*, 24 octobre 1991, *Sunday Times c. Royaume-Uni* (n° 2), 24 octobre 1991.

social impérieux de limiter la diffusion persiste, semble-t-il, malgré l'exploitation d'autres canaux de communication, comme l'Internet.

## II. – Droits de propriété intellectuelle vs liberté d'expression? Les termes du débat

Recevoir et communiquer des informations constitue le deuxième aspect de la liberté d'expression consacré à l'article 10 de la CEDH, et l'Internet favorise indubitablement la transmission et la diffusion d'informations. Dans cet esprit, la déclaration adoptée au Sommet mondial sur la société de l'information de Genève énonce que «la capacité de chacun d'accéder à l'information, aux idées et au savoir et d'y contribuer est essentielle dans une société de l'information inclusive»<sup>76</sup>. En même temps, sur les réseaux numériques, toute restriction au «libre accès» ou à la «libre communication» des informations, due notamment à l'exercice de droits de propriété intellectuelle, est souvent ressentie comme une limitation à la liberté d'expression. Il s'agit ici de poser les termes du débat : évaluer la portée juridique exacte de la liberté d'information et déterminer à quels «objets» et selon quelles modalités elle est susceptible de s'appliquer sur les réseaux. Il s'avère ainsi qu'aucune contradiction n'oppose véritablement droit d'auteur et liberté d'information (A). Le débat contemporain sur le droit d'auteur s'inscrit plutôt dans une problématique différente : celle de l'accès à la culture et de sa diffusion (B).

### A. – L'ABSENCE DE CONTRADICTION ENTRE LA LIBERTÉ D'INFORMATION ET LE DROIT D'AUTEUR

L'article 10 de la CEDH, pas plus qu'aucun autre texte international, ne reconnaît un droit général d'accès à l'information<sup>77</sup>.

<sup>76</sup> UNESCO, Sommet mondial sur la société de l'information, Genève, Déclaration des principes : Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire, Document WSIS-03/GENEVA/DOC/4-F, 12 décembre 2003, §24. Voy. également les §§25-28 et 67.

<sup>77</sup> Voy. not. Cour eur. D. H., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, *Série A*, n° 116, §74; Cour eur. D. H., *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Rec. 1998-I*, n° 14967/89, R.T.D.H., 1998, p. 808, §53; Comm. eur. D. H., affaire *Grupo Interpres S.A. c. Espagne*, 7 avril 1997, n° 32849/96, *Décisions et Rapports*, vol. 89, p. 150.

La portée précise du droit à l'information a ainsi été définie par la Cour européenne des droits de l'homme :

«Quant à la liberté de recevoir des informations, elle interdit essentiellement à un gouvernement d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir. (...) l'article 10 n'accorde pas à l'individu le droit d'accéder à un registre où figurent des renseignements sur sa propre situation, ni n'oblige le Gouvernement à les lui communiquer»<sup>78</sup>.

La liberté de recevoir une information suppose donc au préalable qu'un tiers ait la volonté de la transmettre ou de la rendre accessible au public. Rien n'empêche dès lors le détenteur de l'information de soumettre son accès ou sa diffusion aux conditions qu'il détermine, comme la souscription d'un abonnement ou l'obtention d'une autorisation. Un individu ne saurait par conséquent se prévaloir de sa liberté d'expression et d'information afin de se ménager l'accès à une information dont un tiers serait en possession<sup>79</sup>. Un droit d'accès n'est garanti qu'en présence d'un texte spécifique, national ou international, qui le prévoit, comme c'est le cas pour la transparence administrative<sup>80</sup>, l'accès à l'infor-

*stons et Rapports*, vol. 89, p. 150. Voy. également J. VELU et R. ENOC, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, p. 608; F. SUDER, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 6<sup>ème</sup> éd., 2003, pp. 418-419; du même auteur, «Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *E.J.L.L.*, 1991/2, p. 33; G. STROZZI, «Liberté de l'information et droit international», *R.G.D.I.P.*, 1990, pp. 976-977; P. FRUMER, «Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses?», *Observations sous Cour eur. D. H.*, 19 février 1998, *Guerra et autres c. Italie*, R.T.D.H., 1998, pp. 822-825; Direction générale des droits de l'homme, *La jurisprudence relative à l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Dossier sur les droits de l'homme n° 18, Éditions du Conseil de l'Europe, 2001, pp. 43-46.

<sup>78</sup> Cour eur. D. H., *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, *Série A*, n° 116, §74 (nous soulignons). Voy. également Cour eur. D. H., *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, *Rec. 1998-I*, n° 14967/89, R.T.D.H., 1998, p. 808, §53; Comm. eur. D. H., affaire *Grupo Interpres S.A. c. Espagne*, 7 avril 1997, n° 32849/96, *Décisions et Rapports*, vol. 89, p. 150.

<sup>79</sup> Voy. E. MACKAAY, «The Public's Right to Information», in W.F. KORHALS ALRES, E.J. DOMMERING, P.B. HUGENHOUTZ, J.J.C. KABEL (eds), *Information Law Towards the 21<sup>st</sup> Century*, Deventer, Boston, Kluwer, 1992, p. 171; P.B. HUGENHOUTZ, «Copyright, Contract and Technology. What Will Remain of the Public Domain?», in S. DUSOLLIER (coord.), *Le droit d'auteur : un contrôle de l'accès aux œuvres?*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 85; du même auteur, *Auteursrecht op informatie*, Deventer, Kluwer, 1989, pp. 157-158; M. VIVANT, «Droit de l'information. Un droit d'accès : jusqu'où?», *Communications de Stratégies*, 1993, n° 11, p. 37; A. LUCAS, «Droit d'auteur, liberté d'expression et "droit du public à l'information"», *A. & M.*, 2005, p. 18.

<sup>80</sup> En droit belge, voy. not. la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 30 juin 1994 (art. 9); décret de la Communauté française du 22 décembre 1994 relatif à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 31 décembre 1994 (art. 9); ordonnance du Conseil de la Région de Bruxelles-Capitale du 30 mars 1995 relative à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 30 juin 1995 (art. 13); décret du Conseil de la Région wallonne du 30 mars 1995 relatif à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 28 juin 1995 (art. 9); décret du Conseil de la Communauté ger

mation environnementale<sup>81</sup>, l'accès aux données personnelles<sup>82</sup>, le droit d'accès du public aux retransmissions télévisées d'événements considérés comme d'importance majeure<sup>83</sup>. Un droit d'accès à l'information est également reconnu lorsqu'un il est rendu nécessaire par l'exercice d'un autre droit ou liberté fondamentale<sup>84</sup>.

monophone du 16 octobre 1995 relatif à la publicité des documents administratifs; décret de la Commission communautaire française du 11 juillet 1996 relatif à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 27 août 1996 (art. 11); loi du 12 novembre 1997 relative à la publicité de l'administration dans les provinces et les communes, *Mon. b.*, 19 décembre 1997 (art. 10); décret du Conseil de la Région wallonne du 2 avril 1998, modifiant la Loi du 8 juillet 1976 organique des centres publics d'aide sociale; décret de la Communauté flamande du 18 mai 1999 relatif à la publicité de l'administration, *Mon. b.*, 15 juin 1999 (art. 13); décret du 7 mars 2001 relatif à la publicité de l'administration dans les intercommunales wallonnes, *Mon. b.*, 20 mars 2001 (art. 9).

<sup>81</sup> Voy. not. la directive 90/131/CE du Conseil, du 7 juin 1990, concernant la liberté d'accès à l'information en matière d'environnement, *J.O.C.E.*, n° L 158 du 26 juin 1990, modifiée par la directive 2003/4/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 janvier 2003, concernant l'accès du public à l'information en matière d'environnement et abrogeant la directive 90/131/CE du Conseil, *J.O.C.E.*, n° L 41 du 14 février 2003; la Convention des Nations Unies sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, adoptée à Aarhus le 25 juin 1998, ratifiée par la Belgique le 21 janvier 2003, *Mon. b.*, 24 avril 2003.

<sup>82</sup> Voy. la Convention du Conseil de l'Europe du 28 janvier 1981 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, STE n° 108, ratifiée par la Belgique le 28 mai 1993; la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *J.O.C.E.*, n° L 281 du 23 novembre 1995; la loi belge du 11 décembre 1998 transposant la directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 du Parlement européen et du Conseil relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement de données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Mon. b.*, 3 février 1999.

<sup>83</sup> Directive 89/552/CEE du Conseil visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, modifiée par la directive du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 (97/36/CE), *J.O.C.E.*, n° L 202 du 30 juillet 1997, p. 60; voy. également l'article 9 du Protocole du 1<sup>er</sup> octobre 1998 portant amendement à la Convention du Conseil de l'Europe sur la télévision transfrontière, auquel la Belgique n'est pas partie. Sur la mise en œuvre de cette faculté par les États membres de la CEE, voy. le Rapport de la commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social concernant l'application de la directive 89/552/CEE «Télévision sans frontières», 15 janvier 2001, COM(2001) 9 final. Pour la transposition en droit belge, voy. articles 29 et 29bis du décret du 4 janvier 1999 modifiant le décret du 17 juillet 1987 de la Communauté française sur l'audiovisuel et assurant la transposition de la directive 87/36/CE du 30 juin 1997 et de la directive 95/47/CE du 24 octobre 1995, *Mon. b.*, 11 février 1999, remplacés par les articles 3 et 4 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, *Mon. b.*, 17 avril 2003; article 18 du décret du 26 avril 1999 du Conseil de la Communauté germanophone sur les médias (*M.B.* du 17 juillet 1999); article 76 des décrets du Conseil de la Communauté flamande, coordonnés le 25 janvier 1995, relatifs à la radiodiffusion et à la télévision; décret flamand du 17 mars 1998 réglant le droit à la liberté d'information et la diffusion d'informations brèves par les radiodiffuseurs, *Mon. b.* du 17 avril 1998, modifié par le décret du 8 juin 2000, *Mon. b.*, 17 août 2000. Sur ce dernier décret, voy. J. CEULEERS, «De vrije informatiegaring», *R.W.*, 1998-1999, col. 320, et l'arrêt de la Cour d'arbitrage auquel il a donné lieu : C.A., 25 novembre 1999, *A. & M.*, 2000, p. 313.

<sup>84</sup> Voy. F. SUPRÉ, «Droit communautaire et liberté d'information au sens de la Convention européenne des droits de l'homme», *op. cit.*, p. 33. Pour un aperçu actuel de la question et des tendances internationales, voy. Le droit à la liberté d'opinion et d'expression, Rapport de M. Ambeyi

C'est ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme a pu fonder un droit d'accès à certaines informations personnelles ou environnementales sur le droit au respect de la vie privée et familiale ou le droit à la vie<sup>85</sup>. Dans certains cas exceptionnels, il serait cependant concevable de fonder un droit d'accès à l'information uniquement sur l'article 10 de la CEDH, lorsqu'il apparaît que les autorités publiques n'entendent pas révéler aux médias des éléments pourtant jugés nécessaires à l'information légitime du public sur une question d'intérêt général. Un exemple en a été donné au Royaume-Uni avec le refus du gouvernement de Tony Blair, en janvier 2005, de publier la version intégrale de la note relative à la légalité de la guerre en Irak rédigée par Lord Goldsmith, le conseiller juridique de la Couronne<sup>86</sup>. Les médias ont à ce sujet invoqué le *Freedom of Information Act*<sup>87</sup> et le gouvernement a fini par céder à la pression politique et médiatique. Il s'agit sans doute d'un cas où un recours à l'article 10 de la CEDH aurait été imaginable pour mettre en cause le refus du gouvernement britannique.

La revendication d'un accès étendu des citoyens à l'information et à la culture peut difficilement prendre appui sur un droit tiré de l'article 10 de la CEDH. Les barrières à l'accès à l'information que l'on rencontre sur Internet découlent de la mise en œuvre d'un modèle commercial qui s'appuie sur des systèmes techniques. Concrètement, l'accès à des informations, à des services, à des œuvres est empêché par un système technique permettant de contrôler le fait que le client se soumette au préalable au respect de certaines conditions, généralement l'enregistrement et le paiement d'une rémunération. En réalité, au-delà de ses spécificités techniques, ce

Ligabo, Rapporteur spécial, présenté en application de la résolution 2003/42 de la Commission des droits de l'homme de l'ONU, 12 décembre 2003, E/CN.4/2004/62, pp. 10-14.

<sup>85</sup> Voy. Cour eur. D. H., *Oneriyidiz c. Turquie*, 30 novembre 2004; Cour eur. D. H., *Odèvre c. France*, 13 février 2003, Rec. 2003-III, n° 42326/98, §42; Cour eur. D. H., *M.G. c. Royaume-Uni*, 24 septembre 2002, n° 39393/98; Cour eur. D. H., *Guerra et autres c. Italie*, 19 février 1998, précité; Cour eur. D. H., *Gaskin c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *Série A*, n° 160. Voy. également F. SUPRÉ, *Droit européen et international des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 378 et 387-388; V. BONNET, «L'accouchement sous X et la Cour européenne des droits de l'homme», *R.T.D.H.*, 2004, pp. 405 et s.; P. FROMER, «Protection de l'environnement et droits procéduraux de l'homme : des relations tumultueuses?», *op. cit.*, pp. 825-828; C. DE TERWANGNE, «Le rapport de la vie privée à l'information», in E. MONTEIRO (dir.), *Droit des technologies de l'information. Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 137-149.

<sup>86</sup> Voy. The Guardian, «Blair refuses FOI request for Iraq war legal advice», 26 janvier 2005. <sup>87</sup> Pour le texte du *Freedom of Information Act*, voy. <http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2000/20000036.htm>.

système est très proche de celui mis en œuvre dans l'environnement «traditionnel»: l'accès aux produits culturels, aux revues scientifiques, aux services, aux journaux, etc., est dans la plupart des cas tributaire du paiement d'un prix, et souvent dans une plus large mesure que dans le cadre d'Internet où de nombreux documents sont d'accès libre. Mais c'est essentiellement dans l'environnement numérique que règne une revendication du «tout accessible» et du «tout gratuit». La moindre restriction y apparaîtrait anormale.

Appréhender ce qui est disponible sur Internet sous le prisme unique de la notion «d'information» contribue également à brouiller les termes du débat<sup>88</sup>. En droit, la notion d'information s'avère peu déterminée, et il est nécessaire de recourir à des catégories plus précises, comme celle d'œuvre littéraire ou artistique, pour saisir le régime juridique applicable. Dans l'environnement numérique, le droit d'auteur est fréquemment présenté comme une entrave à la liberté d'expression, une barrière mise à l'accès ou à la communication libre des œuvres<sup>89</sup>. En fait, le droit d'auteur constitue essentiellement un prolongement de la liberté d'expression: il offre une protection juridique particulière à la personne qui exerce cette liberté en créant une œuvre. Le droit à la création artistique est en effet inclus dans la liberté d'expression, comme l'a d'ailleurs précisé la Cour européenne des droits de l'homme<sup>90</sup>. Mais dès le moment où une œuvre, au sens du droit d'auteur, est créée, elle se voit appliquer un régime spécifique, établi par les textes internationaux conclus en matière de propriété littéraire et artistique<sup>91</sup>, qui, en attribuant à l'auteur des droits *exclusifs*, l'exonère du régime de liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées<sup>92</sup>.

<sup>88</sup> Voy. F. DUBUISSON, «Quand le 'droit' du public à l'information rencontre les 'droits' sur l'information: vrai ou faux débat?», in A. STROWEL (coord.), *Droit d'auteur et liberté d'expression*, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 67 et s.

<sup>89</sup> Voy. not. C. GEIGER, *Droit d'auteur et droit du public à l'information*, Paris, Litec, 2004.

<sup>90</sup> Voy. not. Cour eur. D. H., *Müller c. Suisse*, 24 mai 1988, § 27.  
<sup>91</sup> Voy. not. la Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques (Acte de Paris du 24 juillet 1971), l'Accord ADPIC du 15 avril 1994 conclu dans le cadre de l'Organisation Mondiale du Commerce, le Traité de l'OMPI du 20 décembre 1996 sur le droit d'auteur, les différentes directives européennes relatives au droit d'auteur.

<sup>92</sup> La Cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans une affaire où le producteur d'une base de données fiscales se prévalait de la liberté d'information pour reproduire des articles scientifiques protégés par le droit d'auteur: «Attendu que, conformément aux articles 10.1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et 19 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui ont un effet direct dans l'ordre juridique interne et priment les dispositions moins favorables du droit interne, toute personne a droit à la liberté d'expression; que ce droit implique la liberté de défendre son opinion et la liberté de recevoir ou de

S'agissant des créations littéraires et artistiques, les États ont ainsi estimé que la diffusion du savoir et de la culture était mieux garantie par un système de droits exclusifs. A cet égard, il faut souligner que la déclaration adoptée en mai 2005 par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe «sur les droits de l'homme et l'état de droit dans la Société de l'information», rappelle que «les droits de propriété intellectuelle doivent être protégés dans un environnement numérique, conformément aux dispositions des traités internationaux en matière de propriété intellectuelle». Dès lors, lorsque l'on trouve mentionnée la lutte contre les violations du droit d'auteur (et des autres droits de propriété intellectuelle) dans la Convention sur la cybercriminalité, on ne peut y voir une ingérence, sur le plan juridique, dans la liberté d'expression des utilisateurs des réseaux numériques. Concevoir les problèmes soulevés par l'emprise du droit d'auteur dans le cadre des réseaux numériques comme une question de conflit entre ce droit et la liberté de communiquer et recevoir des informations ne nous semble dès lors pas adéquat d'un point de vue juridique. Ce n'est que dans des cas tout à fait exceptionnels que se pose véritablement un conflit entre la liberté d'information et le droit d'auteur, lorsque le droit d'auteur est utilisé de façon à empêcher un débat d'idées ou l'information du public, qui ne peuvent se réaliser de façon satisfaisante que moyennant la reproduction et/ou la communication de tout ou partie d'une œuvre protégée<sup>93</sup>. Un exemple en a été donné dans l'affaire *Church of Spiritual Technology*<sup>94</sup>, par laquelle la Cour de La Haye a jugé licite la citation à des fins critiques de textes de l'Eglise de scientologie réalisée dans des conditions ne respectant pas la loi sur le droit d'auteur, et ce au nom de la liberté d'expression. Dans ce cas d'espèce, il apparaissait

transmettre toute information ou idée, sans crainte de l'ingérence de l'Etat et sans restrictions: Que le droit garanti par ces conventions ne fait pas obstacle à la protection de l'originalité de la manière suivante laquelle l'auteur d'une œuvre littéraire ou artistique exprime ses idées et concepts; Attendu que l'interprétation donnée par les juges d'appel à la loi du 30 juin 1994 ne restreint pas le droit à la liberté d'expression, telle qu'elle est garantie par les conventions précitées; Que, dans cette mesure, le moyen, en cette branche, ne peut être accueilli» (Cass. 25 septembre 2003, *Inzer N.V. c. Biblio N.V.*, I.R. D.I., 2003, p. 214).

<sup>93</sup> Voy. A. STROWEL et F. TULKENS, «Freedom of Expression and Copyright under Civil Law: Of Balance, Adaptation and Access», in J. GRIFFITHS and U. SUTHERLANDS (eds.), *Copyright and Free Speech. Comparative and International Analyses*, Oxford University Press, 2005, pp. 287 et s.

<sup>94</sup> *Gerechshof s-Gravenhage*, 4 septembre 2003, *Church of Spiritual Technology C.S. c. Datasweb B.V. e. a.*, A. & M., 2004, p. 44.

clairement que le droit d'auteur n'était utilisé que pour censurer le débat sur les activités de l'Eglise de scientologie<sup>95</sup>.

#### B. - LA DÉFINITION D'UN RÉGIME DE DROIT D'AUTEUR RÉALISANT UN «JUSTE ÉQUILIBRE»

L'absence d'antinomie en droit entre la liberté d'information et le droit d'auteur ne signifie pas que le droit d'auteur dans l'univers numérique ne pose pas débat. Toutefois celui-ci doit, selon nous, s'envisager sous un angle différent de celui du conflit juridique. Au départ, le droit d'auteur est conçu comme un vecteur de création et de diffusion du savoir et de la culture, visant à établir un régime équilibré entre les auteurs et les utilisateurs<sup>96</sup>. Il s'agit aujourd'hui de se demander si son évolution s'inscrit encore parfaitement dans cette optique. Cette problématique doit s'envisager à la lumière du «droit de participer à la vie culturelle de la communauté, de jouir des arts et de participer aux bienfaits au progrès scientifique», qui est énoncé par le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966 (art. 15) et par la Déclaration universelle des droits de l'homme (art. 27). Le droit d'auteur a récemment fait l'objet de réformes destinées à prendre en compte le développement des nouvelles technologies. En particulier, on trouve la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information<sup>97</sup>, qui a donné lieu à l'adoption de la loi belge du 22 mai 2005, modifiant la loi du 30 juin 1994 sur le droit

d'auteur<sup>98</sup>. Toutefois, de nombreuses questions demeurent, qui touchent à la définition d'un modèle équilibré du droit d'auteur et d'un modèle commercial de diffusion des produits et des services culturels adéquat, compte tenu d'une politique d'accès à la culture.

La première concerne la définition d'un modèle de distribution de la musique sur Internet. Le développement du *peer to peer* aboutit à une confrontation entre l'industrie musicale (IFPI en Europe<sup>99</sup>), en qualité d'ayant-droit, et les utilisateurs. La première y voit une atteinte à ses droits d'auteur, tandis que les seconds perçoivent les poursuites dont certains d'entre eux font l'objet comme une intrusion dans la vie privée<sup>100</sup>. Dans ce débat, les auteurs eux-mêmes sont divisés. Certains s'engagent contre les poursuites menées par l'industrie du disque (pétition du Nouvel Observateur, «Nous sommes tous des pirates» signée par des artistes comme «M», Manu Chao, Keren Ann, Le Peuple de l'Herbe<sup>101</sup>, etc.; déclarations de groupes britanniques comme Franz Ferdinand<sup>102</sup>, etc.), tandis que d'autres les soutiennent. Les décisions judiciaires ont été assez contrastées, une tendance se dégageant toutefois pour relaxer les prévenus poursuivis pour avoir téléchargé des fichiers musicaux pour leur usage personnel<sup>103</sup>, hypothèse majoritairement considérée comme relevant de l'exception de copie privée, admise par la loi<sup>104</sup>. Dans le même temps, l'industrie du disque tente de se tourner éga-

<sup>95</sup> Loi du 22 mai 2005 transposant en droit belge la directive européenne du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *Mon. b.*, 27 mai 2005, p. 24 997. Voy. not. F. BRISON et B. MICHAUX, «La nouvelle loi du 22 mai 2005 adapte le droit d'auteur au numérique», *A. & M.*, 2005, pp. 212 et s.

<sup>96</sup> Voy. not., IFPI, «Illegal music file-sharers targeted by fresh wave of legal actions», 4 avril 2006, <http://www.ifpi.org/site-content/press/20060404.html>.

<sup>97</sup> Voy. V.-L. BENABOU, «Droit d'auteur versus vie privée (et vice versa)», *Propriétés intellectuelles*, 2005, pp. 269 et s.

<sup>98</sup> <http://permanent.nouvelobs.com/spécial/20050202.UNE0016.html>.

<sup>99</sup> Franz Ferdinand aime le P2P : «Alors que la British Phonographic Industry démarre une campagne de menaces envers les pirates, le chanteur de Franz Ferdinand, Alex Kapranos, a déclaré : «Le téléchargement est un moyen génial d'explorer la musique. Des gens viennent me voir et disent avoir téléchargé notre album, et nous hésitons à pouvoir l'acheter» (05 avril 2004), <http://www.lesnouveaux.com/ListeNews.cfm?fiditem=163832>.

<sup>100</sup> Voy. not. Bruxelles (réf.), 26 novembre 2004, *SABAM c. Tiscali, A. & M.*, 2005, p. 49; Bruxelles, 8 novembre 2002, *I.F.P.I. et Sony Computer Entertainment c. P. A. & M.*, 2005, p. 126; Corr. Bruxelles, 25 octobre 2004, *SABAM et I.F.P.I. c. R. A. & M.*, 2005, p. 136; T.G.I. Paris, 10 janvier 2006, *Christophe R. et association UJC Que choisir c. SAS Warner Music France et SA Fnac*, <http://www.legalia.net>; T.G.I. Pontoise, 2 février 2005, *SACEM SDRM, SPPF, SCPP c. Alcatel B.*, <http://www.droit-technologie.org>; T.G.I. Rodez (corr.), 13 octobre 2004, *M.P. et alii c. Aurélien D.*, <http://www.droit-technologie.org>; T.G.I. Meaux, 21 avril 2005, *Industrie du disque c. Rodolphe et autres*, <http://www.droit-technologie.org>.

<sup>104</sup> Voy. E. WERY, «La copie privée au centre de toutes les attentions : la cour d'appel et le Parlement se penchent sur la question», <http://www.droit-technologie.org>, 19 septembre 2005.

<sup>95</sup> Voy. A. STROWEL et G. GATHEM, «Droit d'auteur versus liberté d'expression et responsabilité des fournisseurs de services sur l'Internet», note sous *Gerechtsaf s-Gravenhage*, 4 septembre 2003, *Church of Spiritual Technology C.S. c. Dataweb B.V. e. a., A. & M.*, 2004, pp. 50-52.

<sup>96</sup> Voy. not. S. DUSOLLIER, «L'intérêt du public et l'accès au savoir dans la genèse et l'évolution de la propriété intellectuelle», *Cahiers Merisates*, 2005, n° 232, pp. 9 et s.

<sup>97</sup> Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, *J.O.C.E.* n° L 167 du 22/06/2001, pp. 10-19; voy. not. *La directive sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information. Bilans et perspectives*, Colloque organisé par l'IRPI et l'AFPIA le 25 octobre 2001, *Propriétés Intellectuelles*, janvier 2002, numéro spécial; J. PASSA, «La directive du 22 mai 2001 sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information», *J.C.P.*, éd. G. 2001, n° 26, I. 331; E.-J. ARCEMBOUR, «Richtlijn auteursrecht en naburige rechten in de informatiematiaschappij : naar een Europees auteursrecht», *Computerrecht*, 2001/3, pp. 126 et s.; M. HAERT, «The Copyright in the Information Society Directive : An Overview», *E.I.P.R.*, 2002, vol. 24, n° 2, pp. 58 et s.



lement vers les intermédiaires de l'Internet pour qu'ils prennent les mesures techniques destinées à empêcher l'utilisation contrefaisante de réseaux *peer to peer*<sup>105</sup>. Sur le plan européen, le traitement juridique du téléchargement de musiques ou de films reste très contrasté, comme l'a récemment montré le débat français relatif à l'introduction d'une licence globale<sup>106</sup>, et la discussion demeure largement ouverte.

Une deuxième grande question, liée à la première, est celle de la définition d'un régime équilibré d'exceptions au droit d'auteur. Les exceptions visent à permettre certaines utilisations des œuvres protégées sans qu'il soit nécessaire d'obtenir l'autorisation préalable de l'auteur. À cet égard, les exceptions constituent l'instrument privilégié servant à concilier les intérêts des auteurs avec la poursuite d'autres objectifs, d'intérêt général ou plus catégoriel, concernant les utilisateurs<sup>107</sup>. Les exceptions permettent ainsi de réaffirmer le principe de la protection de l'œuvre par le droit d'auteur tout en excluant de l'autorisation préalable de l'ayant droit certains actes posés sur cette œuvre par les utilisateurs et considérés comme légitimes au regard de la poursuite de divers intérêts publics susceptibles de s'inscrire dans la promotion de la liberté d'expression, comme l'enseignement, la recherche, l'information du public, etc.<sup>108</sup>. Adoptée en 2001, la directive européenne sur le droit d'auteur dans la société de l'information a établi un catalogue d'exceptions au droit d'auteur que les États étaient, pour la plupart, libres de reprendre dans leur législation interne. En outre, la directive a ins-

<sup>105</sup> Voy. Civ. Bruxelles (ref.), 26 novembre 2004, précité; E. MONTERO et Y. COOL, «Le 'peer to peer' en sursis?», *Rev. Dr. Tech. et Inf.*, 21/2005, pp. 97 et s.

<sup>106</sup> À l'occasion de la transposition en droit interne de la directive européenne, un amendement adopté à la chambre des députés, en décembre 2005, prévoyait d'introduire une exception au droit d'auteur permettant aux internautes de télécharger licitement les œuvres musicales sur Internet, moyennant le paiement forfaitaire d'une redevance au fournisseur d'accès, d'un montant d'environ 7 euros par mois. Au terme d'un débat de société enflammé, l'amendement concernant la licence globale a finalement été rejeté en seconde lecture, fin mars 2006, et le droit exclusif de l'auteur réaffirmé, moyennant une gradation des peines susceptibles de frapper les internautes qui téléchargent illicitement. Voy. le dossier législatif du «projet de loi relatif au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information», adopté par la Chambre des représentants, <http://www.senat.fr/dossierleg/p105-269.html>. Voy. également A. STROWEL et P.-Y. THOUSSIN, «Le P2P, un problème pressant en attente d'une réponse législative?», *Propriétés Intellectuelles*, 2005, pp. 428 et s.

<sup>107</sup> Voy. Comité permanent du droit d'auteur et des droits connexes, Neuvième session, Genève, 23-27 juin 2003. Étude de l'OMPI sur les limitations et les exceptions au droit d'auteur et aux droits connexes dans l'environnement numérique, rédigée par M. Sam Ricketson (Australie), SCOR/97, 5 avril 2003, pp. 3-4.

<sup>108</sup> *Ibidem*, p. 4.

tauré un régime juridique favorable aux mesures techniques de protection<sup>109</sup> que les ayant-droit mettent en place afin de contrôler les actes dont leurs œuvres sont susceptibles de faire l'objet (la limitation de la copie, par exemple)<sup>110</sup>. La transposition de la directive en droit belge a été réalisée par la loi du 22 mai 2005, et a largement bouleversé l'équilibre que réalisait jusqu'alors le régime des exceptions<sup>111</sup>. Sans entrer dans le détail des modifications réalisées<sup>112</sup>, il faut souligner que, dans l'environnement numérique, il est des cas où les mesures techniques de protection permettront aux auteurs d'exclure le bénéfice, par les utilisateurs, des exceptions légales, y compris celles visant un impératif d'intérêt public<sup>113</sup>. Le système mis en place par la loi belge du 22 mai 2005 est particulièrement complexe et peu lisible pour les utilisateurs, et ne semble pas de nature à apporter la «paix» entre ces derniers et l'industrie culturelle. Les relations tumultueuses entre les systèmes techniques et le bénéfice d'exceptions au droit d'auteur par les utilisateurs, notamment la copie privée, a ainsi déjà donné lieu à plusieurs affaires en

<sup>109</sup> Selon la directive, un système technique s'entend de toute technologie, dispositif ou composé sans qui, dans le cadre normal de son fonctionnement, est destiné à empêcher ou à limiter, en ce qui concerne les œuvres ou autres objets protégés, les actes non autorisés par le titulaire d'un droit d'auteur ou d'un droit voisin du droit d'auteur prévu par la loi, ou du droit sui generis prévu au chapitre III de la directive 96/9/CE (article 6, §3 de la directive). Voy. également l'article 79bis de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur.

<sup>110</sup> Voy. not. S. DUSOLLE, *Droit d'auteur et protection des œuvres dans l'univers numérique. Droits et exceptions à la lumière des dispositifs de encroûlage des œuvres*, Bruxelles, Larcier, 2005; A. STROWEL, «La protection des mesures techniques selon la proposition de loi Montils», *A. de M.*, 2002, pp. 24-25; L. TELLIER-LONIEWSKI et E. JOLY-PASSANT, «Les mesures techniques de protection des droits d'auteur dans l'environnement numérique», *Gaz. Pal.*, 2002, Doc., p. 1126; G. VERCKEN, «La protection des dispositifs techniques (II). Recherche clarté désespérée: à propos de l'article 6.4 de la directive du 22 mai 2001», *Propriétés Intellectuelles*, 2002, n° 2, pp. 52 et s.; P. B. HROZENKOWITZ, «Why the Copyright Directive is Unimportant, and Possibly Invalid», *E.I.P.R.*, 2000, p. 500; S. DUSOLLE et A. STROWEL, «La protection légale des systèmes techniques. Analyse de la directive 2001/29 sur le droit d'auteur dans une perspective comparative», *Propriétés Intellectuelles*, n° 1, 2001, pp. 10 et s.

<sup>111</sup> Voy. F. DUBUISSON, «Bibliothèques universitaires: droits des auteurs et des utilisateurs. La redéfinition d'un modèle d'équilibre dans la loi belge du 22 mai 2005 sur le droit d'auteur dans la société de l'information», *Cahiers Maristes*, 2005, n° 232, pp. 59 et s.

<sup>112</sup> Sur les modifications du régime d'exceptions au droit d'auteur réalisées par la loi du 22 mai 2005, voy. M.-C. JANSSENS, «De uitzonderingen op het auteursrecht anno 2005 - Een eerste analyse», *A. de M.*, 2005, pp. 482 et s.; F. DUBUISSON, «La réforme du régime des exceptions dans la loi du 22 mai 2005: un juste équilibre?», C. DUBREZELPONT et F. DUBUISSON (éd.), *Le droit d'auteur adapté à l'univers numérique*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

<sup>113</sup> Il s'agit en particulier de toutes les hypothèses où l'œuvre est accessible par «services interactifs à la demande» (article 6, §4, alinéa 4 de la directive; articles 23bis et 79bis, §3 de la loi du 30 juin 1994 sur le droit d'auteur, tels que modifiés par la loi du 22 mai 2005). Voy. S. DUSOLLE, «Les nouvelles dispositions belges en matière de protection technique du droit d'auteur et des droits voisins», *A. de M.*, 2005, p. 543.

France et en Belgique<sup>114</sup>. A cet égard, on voit apparaître des initiatives «résistantes», comme ce label musical allemand, «!K7», qui appose sur les disques qu'il produit un logo «NO copy protection – respect the music», dans le cadre d'une campagne visant à appeler à une attitude respectueuse de la musique comme des utilisateurs<sup>115</sup>.

Enfin, une troisième question touche à la conception générale du droit d'auteur et à sa finalité : essentiellement économique ou essentiellement culturelle ? Cette problématique a notamment donné lieu à la création de licences «*creative commons*» soutenues par un certain nombre d'artistes, qui entend promouvoir une approche plus flexible des prérogatives de l'auteur et admettre un partage plus important de l'œuvre une fois celle-ci diffusée<sup>116</sup>.

#### En guise de conclusion ...

L'avènement du numérique bouscule indéniablement le cadre dans lequel les droits de l'homme, en général, et la liberté d'expression, en particulier, sont mis en œuvre. Cette révolution technologique n'entraînera aucun remaniement particulier de la Convention européenne des droits de l'homme. Suivant l'approche choisie par le

Conseil de l'Europe, il revient à la Cour européenne d'inscrire ce texte fondamental dans son temps et de tenir compte des «changements de circonstances». Comme l'illustre l'affaire *Plov*, cette voie a déjà été empruntée par la Cour. Il paraît aujourd'hui inévitable que la facilité avec laquelle les informations sont mises en circulation sur les réseaux conduise, à terme, à repenser plus avant le contrôle de proportionnalité.

Le maintien de la Convention européenne des droits de l'homme «en l'état» n'empêche pas que des défis majeurs soient posés à la liberté d'expression, un des piliers de nos sociétés démocratiques. Sur le plan des principes, le Conseil de l'Europe a clairement affirmé que les réseaux ne sauraient se contenter d'une liberté d'expression au rabais et que les standards applicables dans l'univers traditionnel étaient de rigueur dans le monde virtuel. Il n'empêche que la réalité nous livre un bilan préoccupant. Le développement du concept de «*cyber wellness*» est de nature à entraîner un polissage injustifiable des réseaux. À cet égard, on peut regretter que la protection des mineurs sur Internet conduise parfois à une assimilation abusive des contenus préjudiciable aux contenus illicites<sup>117</sup>. Par ailleurs, le régime de responsabilité des fournisseurs de service sur les réseaux mis en place par la directive «commerce électronique» induit un phénomène de censure larvée, motivée par des considérations économiques. Ici aussi le rôle de la Cour européenne pourrait s'avérer déterminant. L'application horizontale de l'article 10 de la CEDH donne à cette juridiction un outil juridique de tout premier choix pour mettre un terme à ces pratiques liberticides.

En remettant à l'avant plan des conceptions divergentes de la liberté d'expression, les technologies de l'information et de la communication nous entraînent également sur un terrain plus philosophique. Le choc de la comparaison réouvre une réflexion sur des questions qui paraissaient tranchées et, à tout le moins, révèle de profondes différences culturelles, comme le montre la position développée par Ronald Dworkin, philosophe du droit américain, dans le journal *Le Monde* du 27 avril 1999 :

«*Je m'oppose à toute restriction de la liberté de parole, à toute forme de censure contre un discours, même raciste et sexiste. Je ne ferai*

<sup>114</sup> Voy. not. Cass. fr., 28 février 2006, *Universal Pictures Vidéo France et autres c. UFC Que choisir*, <http://www.droit-technologie.org>; Paris, 22 avril 2005, *UFC Que choisir c. Universal Pictures Vidéo France et autres*, <http://www.droit-technologie.org>; Civ. Bruxelles, 25 mai 2004, *Test-Achats c. EMI, Sony et autres*, <http://www.droit-technologie.org>; Bruxelles, 9 septembre 2005, *Test-Achats c. EMI, Sony et autres*, <http://www.droit-technologie.org>.

<sup>115</sup> !K7 Records lance les «NO copy protection» logo – A call for a respectful attitude towards music», <http://www.k7.com/news.pl?id=56>.

<sup>116</sup> *You can do all sorts of things with music. You can listen to it once, twice, or as many times as you like. You can do it by yourself or with friends. You can give your favorite music as a present. Perhaps you'll be given music as a present yourself! Music you've never heard of and wouldn't otherwise have come across. You can talk about music during the day in the record shop and at home or at clubs in the evenings. Music is culture. And culture is life. That's why, from now on, !K7 releases will carry a new logo: 'NO copy protection – respect the music.' This makes it clear that you've bought a CD and you can use it however you want. It's also clear, therefore, that good music has a prerogative – it has a right to be treated with respect.*

<sup>117</sup> *'NO copy protection' is an indication that there is a reciprocal loyalty between the buyer and the label. The old song about mutual give and take has been given a new verse: 'Copy protection kills customer relationships. 'NO copy protection' adds a new chorus. For only those to whom respect is given show respect themselves. Music is valuable. Those who love it, treat it accordingly: 'Trust is good. Nothing is better.*

<sup>118</sup> <http://creativecommons.org/>. Voy. not. M. DULONG DE ROSNAY, «Le partage créatif, un système de gouvernance de la distribution des œuvres en ligne. A propos de Creative Commons», *Le Mythe de l'Immatriel*, 2005, n° 2, pp. 35 et s.; N. MALREVÉ, «Les Creative Commons en situation», *Cahiers Marxistes*, 2005, n° 252, pp. 35 et s.

<sup>117</sup> Dans ce sens, voy., par exemple, les recommandations sur les droits de l'homme et l'Internet publiées par Unesco NL le 7 mars 2005, [http://www.unesco.nl/main\\_6-2.php](http://www.unesco.nl/main_6-2.php).

*qu'une exception : si vous arrivez au milieu d'une foule en colère, une corde à la main, et si vous désignez un Noir en criant : 'Pendez-le!', alors vous méritez d'être poursuivis. L'incitation au crime doit être poursuivie, mais non la simple incitation à la haine ou au mépris. [...] La démocratie, j'y insiste, n'est pas un système dans lequel la majorité pourrait imposer sa volonté aux autres sans se soucier de ce qu'ils pensent. C'est un partenariat dont nul ne doit être exclu sous prétexte que ses opinions sont stupides ou haïssables.»*

Le débat philosophique ne s'arrête pas aux contenus protégés par la liberté d'expression. Au-delà de cette liberté, bien que trop souvent confondu avec elle, il s'étend plus généralement à l'accès à la culture et nous conduit à repenser le régime des droits d'auteur pour parvenir à un système équilibré entre auteurs et utilisateurs qui ne soit pas phagocyté par les intérêts commerciaux des producteurs et éditeurs.

Qu'elles accentuent des controverses déjà présentes ou qu'elles perturbent des catégories juridiques traditionnelles, les nouvelles technologies nous obligent à faire preuve de créativité et d'ingéniosité. Dans cet exercice, les enjeux en termes de droits de l'homme sont centraux. Le chemin parcouru par la Convention européenne au cours des cinquante dernières années ne peut qu'être une source d'inspiration féconde.

Bruxelles, 1<sup>er</sup> mars 2006

## CONCLUSIONS

PAR

OLIVIER DE SCHUTTER

PROFESSEUR À L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN (UCL)  
ET AU COLLÈGE D'EUROPE (NATOLIN)

Si on veut bien laisser de côté l'adoption de protocoles additionnels ou d'amendement étendant la liste des droits garantis ou portant sur le mécanisme de contrôle dont elle fait l'objet, trois déplacements majeurs caractérisent l'évolution de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales depuis son entrée en vigueur, le 3 septembre 1953. Premièrement, conçue initialement pour ne constituer qu'un instrument curatif, destiné à garantir une forme de réparation à l'individu dont les droits ont été violés, la Convention a vu progressivement s'accroître son rôle préventif. Deuxièmement, les rapports qu'entretiennent les juridictions nationales des Etats parties avec la Convention européenne des droits de l'homme ont subi une transformation notable, de nature à bouleverser notre compréhension des règles de la séparation des pouvoirs et des rapports entre ordres juridiques national et international. Troisièmement, depuis une vingtaine d'années, la Cour européenne des droits de l'homme a imposé aux Etats parties de protéger les droits et libertés garantis y compris dans les rapports entre personnes privées, c'est-à-dire de prendre des mesures propres à empêcher qu'il soit porté atteinte à ces droits et libertés par le fait de particuliers. Ces conclusions jettent un regard essentiellement rétrospectif sur ces trois évolutions, afin de s'interroger sur la destination vers laquelle elles nous conduisent. Prises ensemble en effet, ces trois mutations fournissent un cadre d'analyse commode pour situer, dans le contexte où elles s'inscrivent, les contributions que ce volume réunit.