

Protection de l'enfance dans le carnaval numérique : l'art. 8 de la CEDH impose un « devoir de démasquer » aux fournisseurs de services Internet

(Note sous l'arrêt *K.U. c. Finlande*, du 2 déc. 2008)

1. La socialisation numérique de la jeunesse inquiète. De façon générale, l'utilisation massive des TIC par les mineurs exigerait aujourd'hui un vaste travail d'éducation et de conscientisation.¹ En Belgique, plus de 30 % des jeunes entre 12 et 18 ans auraient été victimes d'au moins une forme de harcèlement par Internet ou par GSM.² Les résultats de recherches menées dans différents pays soutiennent le constat de l'ampleur de ce phénomène.³ C'est ce qui a conduit la Commission européenne à encadrer la conclusion d'un accord par lequel 17 grands acteurs du Web 2.0 (DailyMotion, YouTube, MySpace, Netlog ou Habbo Hotel, par exemple) s'engagent à adopter un certain nombre de mesures visant à protéger les mineurs dans leur utilisation des sites de socialisation.⁴ S'inscrivant dans une optique affirmée d'auto-régulation⁵, les mesures envisagées poursuivent l'objectif de lutter contre le harcèlement en ligne, la sollicitation à des fins sexuelles et la divulgation de données à caractère personnel.⁶ Facilitateurs extrêmement efficaces de la liberté

¹ Voy. l'étude de C. SCHÖLLER, « La liberté d'expression des adolescents sur la toile : de la responsabilité à la responsabilisation des funambules », *cette revue*, 33/2008, pp. 461 et ss.

² Observatoire des droits de l'Internet, *Cyberharcèlement : risque du virtuel, impact sur le réel*, fév. 2009, p. 32, disponible en téléchargement sur <http://www.internet-observatory.org> ; voy. aussi Observatoire des droits de l'Internet, *Avis n° 6 concernant le cyber-harcèlement*, 17 juin 2008, également disponible en téléchargement sur <http://www.internet-observatory.org>.

³ Id., pp. 34 et ss. ; voy. aussi le communiqué de presse de la Commission européenne « Safer Internet Day 2009: Commission starts campaign against cyber-bullying », MEMO/09/58, 10 fév. 2009.

⁴ Voy. le communiqué de presse de la Commission européenne, « Socialisation sur internet: accord entre les grands sites par l'entremise de la Commission », IP/09/232, 10 fév. 2009 ; voy. aussi, pour plus de détails, http://ec.europa.eu/information_society/newsroom/cf/itemlongdetail.cfm?item_id=4672.

⁵ Sur les techniques de contrôle émergeant dans le contexte de la responsabilité sociale des entreprises, voy. not. T. BERNS, P.-F. DOCQUIR, B. FRYDMAN, L. HENNEBEL, G. LEWKOWICZ, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

⁶ Les mesures envisagées, sur la mise en œuvre desquelles les entreprises signataires doivent faire rapport à la Commission pour avril 2009, consiste à :

« - placer sur leur site un bouton « signaler un abus » accessible et simple d'emploi permettant aux utilisateurs de signaler en un seul clic toute conduite et tout contact inappropriés d'un tiers ;

- veiller à ce que les profils et les listes de contacts d'utilisateurs de sites web qui se sont déclarés comme mineurs soient « privés » par défaut ;

- s'assurer que les profils privés des utilisateurs mineurs ne soient pas accessibles (ni directement à partir du site, ni via les moteurs de recherche) ;

- garantir que les options de vie privée sont bien visibles et accessibles à tout moment, afin que les utilisateurs puissent facilement déterminer si ce qu'ils diffusent en ligne peut être vu par le monde entier ou par leurs amis seulement ;

d'expression, ces sites vedettes de l'Internet contemporain, comme tout fournisseur d'accès ou de services Internet, sont les interlocuteurs nécessaires de toute tentative d'une réglementation effective de la communication en ligne : les prestations techniques qui constituent le cœur de leur métier les érigent tout à la fois en auxiliaires de l'autorité publique et en gardiens des libertés individuelles.

2. L'arrêt *K.U. v. Finland*⁷, prononcé par la Cour européenne des droits de l'homme le 2 décembre 2008, doit être analysé à la lumière du contexte que l'on vient de rappeler brièvement. Au départ d'une inquiétante mésaventure vécue par un jeune finlandais, la haute juridiction inscrit dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde une obligation positive pour l'Etat de disposer d'une législation qui permette aux autorités publiques d'obtenir d'un fournisseur de services Internet l'identité d'un internaute : il y aurait désormais un « devoir de démasquer » l'internaute dangereux (A). L'arrêt annoté apporte un élément nouveau aux controverses actuelles relatives aux tâches que le législateur impose à certains prestataires services de l'Internet en matière d'identification des auteurs d'infractions : dans ces débats, toutefois, le droit à la vie privée a surtout été invoqué pour protéger l'anonymat. Une tension se noue, au sein de la même disposition conventionnelle, entre un « devoir de démasquer » et son exact contraire, le « respect dû au masque » (B).

A.- Un devoir de démasquer l'internaute

3. L'affaire commence en mars 1999 lorsqu'un enfant de 12 ans reçoit un courriel d'un homme qu'il ne connaît point et qui lui propose un rendez-vous, histoire, lui écrit-il, de se rencontrer et de « voir ensuite ce que tu veux ». C'est ainsi que le jeune ado découvre qu'une annonce placée sur un site web de rencontres le décrit comme étant en quête de relations intimes avec des garçons de son âge ou plus âgés. Ce message dresse de lui un portrait précis, accompagné d'une photographie, et indique son site web personnel ainsi que son numéro de téléphone (à un chiffre près).
4. D'emblée, le cas d'espèce se distingue de la consultation, rendue largement possible par le web, de contenus pornographiques ou de représentations de la violence la plus extrême. Si l'on admet généralement que des images ou des récits peuvent heurter les jeunes esprits, ce qui justifie alors leur interdiction ou la restriction de leur circulation à un public adulte et averti, la crainte qui surgit ici est d'une tout autre nature : le garçon, en effet, n'est sans

- empêcher les enfants trop jeunes d'utiliser leurs services: si un site de socialisation a pour cible les adolescents de 14 ans et plus, il doit être difficile pour un enfant plus jeune de s'y enregistrer. » (« Socialisation sur Internet... », op. cit.)

⁷ Cour eur. d. h., *K.U. v. Finland*, 2 déc. 2008 (la version française de l'arrêt n'est pas encore disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme).

doute passé pas loin d'une rencontre réelle avec un adulte qui envisageait comme possibles des relations sexuelles avec un mineur. Le danger, fût-il seulement frôlé, peut paraître bien plus alarmant que la vision d'images ou de textes qu'il n'aurait pu, faute de maturité, décoder ou relativiser.

5. Si l'auteur du message d'invitation au sordide rendez-vous a pu être identifié par son adresse de courrier électronique, en revanche, repérer la personne qui a mis en ligne l'annonce litigieuse exigeait la coopération de l'éditeur du site de rencontre en ligne.⁸ Sur plainte des parents, la police s'est adressée à ce fournisseur de services : ce dernier, invoquant son devoir légal de respecter la confidentialité des télécommunications, refusait de révéler à qui était attribuée l'adresse IP dynamique qui avait servi à la mise en ligne de l'information préjudiciable. Le régime juridique en vigueur à l'époque des faits⁹ n'autorisait les forces de l'ordre à obtenir la levée du secret que lorsque leur enquête concerne un nombre déterminé d'infractions, au rang desquels le délit de calomnie, fondement juridique d'une éventuelle action, ne se trouvait pas.
6. Les magistrats européens vont donc être confrontés, lorsque leur parvient la requête formée par l'adolescent, à une situation où un jeune enfant a été victime d'une mise en danger de sa santé physique et mentale sans que l'ordre juridique national n'offre la moindre voie permettant de sanctionner effectivement le comportement pernicieux. Mais, tout autant qu'à cette impuissance du droit finlandais, c'est à la gravité des faits qu'il faut avoir égard pour comprendre la décision de la Cour européenne des droits de l'homme.¹⁰
7. L'applicabilité de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde ne prête, aux yeux de la Cour de Strasbourg, pas à controverse. Plutôt que de suivre la qualification de calomnie employée devant les juridictions nationales, et alors même que la protection de la

⁸ Bien que l'arrêt ne soit pas clair à cet égard (il est uniquement fait référence au « *service provider* »), le contexte invite à comprendre qu'il s'agit bien en l'espèce de l'éditeur du site de rencontres en ligne.

⁹ La Finlande a adapté sa législation en 2004 (Cour eur. d. h., *K.U. v. Finland*, ... § 22) ; par ailleurs, si la directive 2006/24/CE du Parlement et du Conseil du 15 mars 2006 sur la conservation de données générées ou traitées dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public ou de réseaux publics de communications, et modifiant la directive 2002/58/CE, devait être transposée pour le 15 sept. 2007, la Finlande a fait usage de la possibilité (art. 15) d'en reporter l'application à l'Internet au 15 mars 2009 (*K.U. v. Finland*, § 31).

¹⁰ Par ailleurs, la prescription a rendu vaine la tentative de poursuivre le directeur de la compagnie de services Internet sur base de la loi relative aux données personnelles, qui érigeait en infraction le fait de publier sur le web une information diffamatoire sans avoir vérifié l'identité de l'auteur (*K.U. v. Finland*, § 14). Restait alors la voie civile dirigée, à défaut de connaître l'identité de l'auteur du message préjudiciable, contre le fournisseur de services. La Cour juge cette possibilité de réparation largement insuffisante : « *il est évident que tant l'intérêt public que la protection des intérêts des victimes de crimes contre le bien-être physique ou psychologique exige l'existence d'un recours permettant d'identifier et d'amener en justice l'auteur réel des faits* » (*K.U. v. Finland*, § 47, trad. libre). Par comparaison avec l'affaire *X. et Y. c. Pays-Bas* (26 mars 1985), dans laquelle une jeune fille handicapée avait subi un viol, la Cour admet le caractère moins grave des faits de l'espèce tout en insistant sur leur gravité intrinsèque. (*K.U. v. Finland*, § 45).

réputation et de l'image relève de la garantie de l'article 8¹¹, la haute juridiction s'attache à rappeler que la notion de « vie privée »¹², au sens de la Convention, recouvre l'intégrité physique et morale de la personne¹³ : il s'agit pour elle d'insister sur la menace sérieuse subie par un jeune garçon en état de vulnérabilité.

8. Puisque le péril émanait ici d'une personne privée et non de l'autorité publique, l'affaire se joue sur le terrain des obligations positives inhérentes à l'article 8 de la CEDH : le respect effectif et concret des droits fondamentaux peut, on le sait, entraîner l'Etat bien au-delà d'un devoir d'abstention, l'amenant à l'obligation de prendre des mesures concrètes visant la protection des libertés jusque dans les relations des particuliers entre eux.¹⁴ Selon la jurisprudence de la haute juridiction, « *que l'on aborde l'affaire sous l'angle d'une obligation positive à la charge de l'Etat, ou sous celui d'une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice des droits protégés par l'article 8, à justifier sous l'angle du paragraphe 2, les principes applicables sont assez voisins.* »¹⁵ Autrement dit, « *dans les deux cas, il faut tenir compte du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents de l'individu et de la société dans son ensemble.* »¹⁶ De plus, les obligations positives ne peuvent conduire à imposer à l'Etat défendeur un fardeau insupportable ou excessif.
9. En l'espèce, juge la Cour, le recours au droit pénal s'impose pour prévenir et punir effectivement des actes graves mettant en danger des valeurs fondamentales et des aspects essentiels de la vie privée. L'appareil législatif et procédural doit exister dans l'ordre juridique national, qui conduise à l'identification des auteurs de pareils faits. Tout en reconnaissant l'importance des garanties de procédure dont peuvent bénéficier les personnes poursuivies, les hauts juges concluent qu'une protection disproportionnée de la confidentialité a réduit à néant la possibilité même de mener une enquête pénale. Et la Cour de préciser le devoir qu'elle assigne à l'Etat : « *bien que la liberté d'expression et la confidentialité des communications soient des considérations primordiales et que les utilisateurs de services de télécommunications et de services Internet doivent avoir une garantie que leur vie privée et leur liberté d'expression seront respectés, cette garantie ne peut revêtir un caractère absolu et doit céder*

¹¹ Voy. Cour eur. d. h., *Radio France c. France*, 30 mars 2004 ; *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004.

¹² Voy. F. SUDRE, (dir.), *Le droit au respect de la vie privée au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005 ; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, Larcier, Bruxelles, 2008.

¹³ Comp. Cour eur. d. h., *Juppala v. Finland*, 2 déc. 2008 (à propos de la confrontation entre l'intérêt de l'enfant à être protégé contre des maltraitances commises par ses propres parents et l'intérêt de ces derniers à ne pas subir d'intrusion indue dans leur droit au respect de la vie privée et familiale ou d'être exposé à des poursuites injustifiées : l'affaire concernait une grand mère qui, ayant allégué que son petit-fils avait été maltraité par son beau-fils, avait été condamnée pour diffamation, ce en quoi la Cour européenne des droits de l'homme a vu une violation de l'art. 10 de la Convention).

¹⁴ A ce sujet, voy. not. S. VAN DROOGHENBROECK, « L'horizontalisation des droits de l'homme », in H. DUMONT, F. OST, S. VAN DROOGHENBROECK, *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 362 et ss.

¹⁵ Cour eur. d. h., 8 juil. 2003, *Hatton & autres c. Royaume-Uni*, § 119.

¹⁶ Cour eur. d. h., *Gül c. Suisse*, 19 fév. 1996, § 38.

devant d'autres objectifs légitimes, tels que la prévention du désordre et du crime ou la protection des droits et libertés d'autrui. Sans préjudice de la question de savoir si le comportement de l'auteur qui a publié l'annonce litigieuse sur Internet peut bénéficier de la protection de l'article 8 ou de l'article 10, il revient néanmoins au législateur, en raison de sa nature répréhensible, de mettre en place le cadre qui permette de réconcilier les prétentions adverses qui s'affrontent dans ce contexte. »¹⁷ Pour n'avoir pas disposé d'une législation adéquate garantissant l'identification de l'auteur de l'annonce litigieuse dans le cadre d'une enquête pénale, la Finlande a manqué aux obligations positives inhérentes à la protection concrète et effective des aspects fondamentaux de la vie privée.

B.- *Le respect dû au masque*

10. Par quelques réflexions prospectives relevant d'un exercice de jurisprudence-fiction, l'on voudrait à présent tenter de voir comment cet arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait intervenir dans le débat relatif aux obligations que le législateur national ou européen devrait assigner aux fournisseurs de services sur Internet en termes de dévoilement ou de respect de l'identité des internautes.¹⁸ Raisonnablement, et par identité de motifs, l'on peut penser que la solution dégagée par la Cour dans l'affaire *K.U v. Finland* devrait s'appliquer à la situation de tout acteur de l'Internet qui héberge des contenus produits par des tiers. Imaginons qu'une situation comparable se présente au départ d'une note publiée sur un blog, d'un commentaire posté dans un forum ou un groupe sur Facebook, voire d'informations diffusées par un avatar dans un monde virtuel tel que SecondLife¹⁹, et qu'un internaute mineur soit contacté en des termes similaires au courriel reçu par le jeune finlandais : l'Etat aurait alors une obligation positive identique à celle identifiée par la Cour dans l'arrêt annoté, qui l'obligerait à prévoir un cadre légal permettant d'obtenir de la personne qui a hébergé le contenu litigieux d'en identifier l'auteur.²⁰
11. Le mécanisme juridique qui faisait défaut dans l'affaire commentée présente la particularité de s'éloigner du schéma classique de l'effet horizontal des droits fondamentaux, qu'il triangule : s'il vise à garantir le respect du droit à la vie privée dans les relations de particuliers entre eux, il repose inévitablement sur la coopération d'un autre acteur privé, le

¹⁷ *K.U. v. Finland*, § 49, trad. libre.

¹⁸ On songe notamment ici à la controversée directive 2006/24/CE, précitée note 9, dont l'objectif est précisément de permettre l'identification des auteurs d'infractions graves (voy. à ce sujet E. KOSTA, P. VALCKE, « La directive relative à la conservation de données de trafic », *cette revue*, 3/2006, pp. 307 et ss. ; B. DOCQUIR, *Le droit de la vie privée*, op. cit., spéc. pp. 311 et ss. et les références citées).

¹⁹ Voy. p. ex. B. CHIN, « Defamation in the Virtual Worlds », *Brooklyn Law Review*, 2007, pp. 1303 et ss.

²⁰ Cette situation doit être distinguée de celle où une entreprise conserve et traite, voire transmet à un tiers, les données relatives aux internautes à des fins de profilage ou généralement de marketing (voy. not. G. GONZALEZ FUSTER, S. GUTWIRTH, « Privacy 2.0 ? », *cette revue*, 32/2008, pp. 351 et ss.).

fournisseur de services Internet. L'Etat n'est pas seulement appelé par la Cour à s'immiscer dans le commerce juridique de deux acteurs privés – encore faut-il en effet que les autorités publiques réglementent l'intervention d'une troisième personne privée, le fournisseur de services Internet. Ce sont donc les intérêts concurrents de trois intervenants (la victime, l'auteur, et l'intermédiaire technique) qui méritent d'être pris en compte dans l'opération de mise en balance par laquelle la Cour de Strasbourg détermine la portée d'une obligation positive.

12. Prenons en premier lieu le point de vue de la victime, c'est-à-dire de la personne qui, du fait de la publication d'un message sur un site Internet, subit une atteinte aux droits qu'elle puise dans l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde. L'arrêt *K.U. v. Finland* établit à suffisance de droit que la protection de l'âge vulnérable constitue aux yeux de la Cour une considération prépondérante qui doit l'emporter sur les autres. S'agissant de la protection de l'image et de la réputation, la jurisprudence strasbourgeoise, depuis l'arrêt *Von Hannover c. Allemagne*²¹, paraît privilégier la protection de l'individu dont l'intimité est exposée ou l'honorabilité compromise, sauf lorsqu'il peut être établi que l'information litigieuse participe d'un débat d'intérêt général. Il est permis de croire que les positions adoptées par la Cour l'amèneraient à juger nécessaire l'identification de l'auteur d'un message portant atteinte à la vie privée de la victime²², à moins qu'un recours efficace contre le fournisseur de services Internet ne suffise à prévenir ou réparer le dommage.²³
13. L'auteur²⁴ du message litigieux tentera pour sa part de revendiquer le bénéfice de l'article 10 de la Convention. Lorsque sa contribution s'inscrit dans la perspective d'une controverse politique ou d'intérêt public, comme il vient d'être relevé, le poids de la liberté d'expression

²¹ Cour eur. d. h., *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004. L'arrêt illustre la manière dont la Cour procède lorsque deux libertés fondamentales entrent en conflit : la « *protection de la vie privée doit être mise en balance avec la liberté d'expression garantie à l'article 10 de la Convention* » (§ 58).

²² Rappelons que, dans la décision annotée, la Cour impose l'exercice de poursuites pénales. Pour les violations moins importantes du droit au respect de la vie privée, la voie civile pourrait s'avérer suffisante à exécuter une obligation positive de garantir un respect effectif des droits fondamentaux dans les relations entre personnes privées.

²³ On sait toutefois qu'il peut être dangereux de confier le rôle de juge de la licéité des contenus aux prestataires de services Internet. Pareil recours fait en effet peser un risque de responsabilité sur le fournisseur de services Internet, ce qui conduit ce dernier à préférer faire disparaître tout message litigieux ou potentiellement litigieux indépendamment de son éventuelle licéité ou de sa possible légitimité.

²⁴ Précisons que le degré de protection accordé à l'auteur d'un message litigieux n'est pas tributaire de la qualité professionnelle de ce dernier : plus que la liberté de la presse, c'est la liberté de l'information qui est protégée par l'art. 10 de la CEDH (voy. P.-F. DOCQUIR, *Variables et variations de la liberté d'expression en Europe et aux Etats-Unis*, Bruylant, Bruxelles, 2007 ; et à propos du droit à la protection des sources, J. ENGLEBERT « Le statut de la presse : du 'droit de la presse' au 'droit de l'information' », in *Les propos qui heurtent, choquent ou inquiètent*, Rev. dr. ULB, vol. 35, 2007-1, pp.229-288).

dans la pesée des intérêts en présence devrait généralement prévaloir.²⁵ La tendance récente de la jurisprudence de la Cour européenne paraît cependant s'orienter vers un regrettable amoindrissement du « droit à l'exagération et à la provocation » que l'on croyait pourtant solidement établi.²⁶ Les arrêts *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*²⁷ et *Leroy c. France*²⁸ ou la décision de grande chambre dans l'affaire *Stoll c. Suisse*²⁹ en sont autant d'indices, mais peut-être l'arrêt *Woman on Waves et autres c. Portugal* a-t-il permis à la Cour de retrouver le juste cap, puisqu'elle y rappelle que des restrictions relatives au mode de diffusion des informations et idées « peuvent affecter de manière essentielle la substance des idées et informations en cause » et « que c'est justement lorsqu'on présente des idées qui heurtent, choquent et contestent l'ordre établi que la liberté d'expression est la plus précieuse »³⁰ ?

14. Le même auteur d'un message litigieux bénéficie également de la protection de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde pour ce qui concerne le traitement de données personnelles le concernant.³¹ La conservation, et à plus forte raison la révélation, d'éléments permettant de l'identifier ou de retracer ses activités sur Internet devront s'inscrire dans le respect des conditions du second paragraphe de la disposition conventionnelle précitée.
15. Reste alors le troisième intervenant. Le fournisseur de services sur Internet, même s'il ne produit lui-même aucun contenu et se contente de gérer une infrastructure de communication, bénéficie de la liberté d'expression. L'enseignement classique de l'arrêt *Autronic AG c. Suisse*³² vient d'être confirmé dans l'arrêt *Khurshid Mustafa and Tarzibachi v.*

²⁵ La pédopornographie et le discours raciste sont radicalement exclus de la protection offerte par l'art. 10 de la CEDH. Voy. C. FALZONE, F. GAZAN, « La pornographie enfantine en Belgique », *J.T.*, 2008, pp. 357 et ss. ; Y. POULLET, « La lutte contre le racisme et la xénophobie sur Internet », *J.T.*, 2006, pp. 401 et ss.

²⁶ Voy. P.-F. DOCQUIR, « 'Ceci n'est peut-être pas une sanction' - à propos d'un droit à la provocation raisonnable (Commentaire de la décision du CSA dans l'affaire Bye-Bye Belgium) », *Auteurs&Médias*, 2007/5, pp. 434 et ss.

²⁷ Cour eur. d. h., *Lindon, Otchakovsky-Laurens et July c. France*, 22 oct. 2007 (n'est pas contraire à l'art. 10 de la CEDH, la condamnation pour diffamation de l'auteur d'un roman dans lequel le président du front national français était comparé à un bandit responsable d'un climat de violences xénophobes – pour une présentation synthétique, voy. <http://opiniondissidente.org/spip.php?article60>).

²⁸ Cour eur. d. h., *Leroy c. France*, 2 oct. 2008 (à propos d'une caricature relative aux attentats du 11 septembre 2001, publiée le 13 septembre 2001 dans un périodique basque).

²⁹ Cour eur. d. h., *Stoll c. Suisse* (gr. ch.), 10 déc. 2007, et le commentaire de M. HOTTELIER, « La liberté de la presse entre confidentialité et provocation : mode d'emploi pour faire chuter une liberté de son piédestal », *Rev. trim. dr. b.*, 2008/75, pp. 801 et ss.

³⁰ Cour eur. d. h., *Woman on Waves et autres c. Portugal*, 3 fév. 2009, § 42 (à propos du droit d'un navire d'entrer dans les eaux territoriales pour que soient organisées à son bord des réunions d'information relatives à l'avortement, dans un pays dont la législation interdit les interruptions volontaires de grossesse).

³¹ E. KOSTA, P. VALCKE, « La directive relative à la conservation de données de trafic », *cette revue*, 3/2006, pp. 307 et ss. ; voy. aussi Cour eur. d. h., *S. et Marper c. Royaume-Uni* (gr. ch.), 4 déc. 2008, dans lequel la Cour a jugé contraire à l'art. 8 la conservation permanente, à des fins policières, de données personnelles (empreintes digitales et échantillons ADN) de personnes, adultes et mineures, n'ayant pas été condamnées.

³² Cour eur. d. h., *Autronic AG c. Suisse*, 22 mai 1990.

*Sweden*³³ : la garantie s'étend non seulement à l'information mais également aux moyens de sa diffusion.

16. De façon générale, le régime légal envisagé devrait au maximum limiter les atteintes aux droits fondamentaux concurrents³⁴ : les articles 8 et 10 de la CEDH imposent qu'il réalise une manière d'équilibre optimal. Cela dit, la confrontation de l'ensemble de ces intérêts rivaux peut éventuellement se produire dans le contexte d'un « cas facile », tel l'affaire *K.U. v. Finland*, c'est-à-dire une situation dans laquelle la valeur prépondérante se dégage clairement. Par contre, dans des conflits plus complexes³⁵ ou lorsque le droit comparé laisse apparaître des hésitations et des divergences entre les législations des États parties à la Convention, la Cour pourrait avoir égard à la « marge nationale d'appréciation »³⁶, soit la liberté d'un État, dans certaines limites, de juger qu'il est pertinent, au regard des spécificités d'une collectivité nationale, d'instituer entre les prétentions rivales. Dans cette perspective, ce qu'il faudra peut-être essentiellement retenir de l'arrêt annoté, c'est que la mission du législateur consiste à prévoir un cadre procédural permettant, à défaut de les concilier parfaitement, de faire valoir les différents intérêts en présence.³⁷
17. La protection d'aspects fondamentaux liés à l'article 8 de la Convention – l'intégrité physique et mentale d'un enfant – justifie aux yeux de la Cour européenne des droits de l'homme la construction d'une obligation positive de démasquer l'internaute dangereux. En revanche, la conjonction du droit au respect de la vie privée et de la liberté d'expression, le premier renforçant l'exercice effectif de la seconde, plaide en faveur de la reconnaissance de ce que l'on pourrait nommer « un respect dû au masque » dans l'environnement des TIC. Il reste à inventer, entre ces deux pôles, les conditions du juste équilibre à défaut duquel le

³³ Cour eur. d. h., *Khursbid Mustafa and Tarzibachi v. Sweden*, 16 déc. 2008.

³⁴ En ce sens, « la règle de la proportionnalité postule l'exclusivité du moyen : non seulement la limitation de la liberté doit apparaître comme le seul moyen apte à atteindre le but autorisé, mais encore, parmi plusieurs mesures qui peuvent s'offrir à elle, l'autorité doit opter pour la mesure la moins restrictive. » (R. ERGEC, J. VELU, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1990, n° 194.)

³⁵ Il en serait sans doute ainsi des débats relatifs aux atteintes au droit d'auteur sur les réseaux peer-to-peer. Voy. p. ex. CJCE, *Promusicae c. Telefonica*, C-275/06, 29 janv. 2008, et les observations de F. COUDERT, E. WERKERS, « La protection des droits d'auteur face aux réseaux peer-to-peer : la levée du secret des communications est-elle justifiée ? », *cette revue*, 30/2008, pp. 76 et ss. ; F. POLLAUD-DULIAN, « Du conflit entre l'accès à l'information nécessaire à l'action en contrefaçon et le droit au respect de la vie privée », *Auteurs&Médias*, 2008/4, pp. 264 et ss.

³⁶ A ce sujet, voy. not. P. WACHSMAN, « Une certaine marge d'appréciation – considérations sur les variations du contrôle européen en matière de liberté d'expression », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire, recueils offerts en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 1017-1042.

³⁷ Voy. *K.U. v. Finland*, § 49.

joyeux carnaval numérique et son bouillonnement de créativité³⁸ dégènera en une lugubre fête des fous, synonyme de la dissolution de la possibilité même d'un monde commun.

Pierre-François Docquir

Docteur en sciences juridiques - chercheur au Centre Perelman de philosophie du droit (ULB)

<http://www.opiniondissidente.org> - Pierre-francois.docquir@ulb.ac.be

³⁸ En ce sens, voy. la belle analyse de J. BALKIN, « Digital Speech And Democratic Culture : a Theory of Freedom of Expression for the Information Society », 79 N.Y.U. L. Rev. 1 (2004).