

# CYBERESPACE ET NOUVELLES REGULATIONS TECHNOLOGIQUES

(D. 2001, Chron., p. 844)

Par CYRIL ROJINSKY, Avocat au barreau de Paris

***Avec l'Internet, la technologie n'est plus seulement l'objet mais le véhicule de la norme en ce sens qu'elle incorpore directement des options juridiques, comme on le voit notamment avec les systèmes de gestion électronique des droits d'auteur. Ces normes techniques peuvent par ailleurs se trouver en situation de concurrence avec le droit des Etats. La récente affaire Yahoo! en est un exemple, et il est temps que les nouvelles régulations technologiques s'inscrivent dans un processus démocratique, tant en ce qui concerne leur élaboration qu'au titre de leur mise en œuvre.***

1 - Le 22 mai 2000, un juge français ordonne à la société américaine Yahoo! d'empêcher toute personne résidant en France d'accéder aux parties du site Web qu'elle exploite aux Etats-Unis, et qui contiennent des informations contraires à l'ordre public hexagonal<sup>1</sup>. Ressentie tout à la fois comme l'acte de naissance politique d'un « droit de l'Internet » et comme la marque de sa propre limite, cette décision a immédiatement été très mal reçue par la communauté du Réseau. Même au-delà, chacun s'est interrogé. La loi pénale française interdit l'exhibition de signes ou d'emblèmes nazis, tandis que la loi américaine et sa culture du *free speech* fondée sur le premier amendement de la Constitution ne semble pas s'y opposer. Or, l'un des nombreux services en ligne exploité par la société Yahoo! aux Etats-Unis contient une section consacrée à des ventes aux enchères, qui propose notamment l'acquisition de drapeaux et de souvenirs du troisième Reich. Toute personne connectée au réseau Internet, qu'elle réside en France ou en Amérique du Nord, peut accéder à ce service. Ce qui donne à cette affaire son caractère emblématique, et peut-être structurant pour l'avenir, c'est donc bien cette confrontation quasi idéale, non seulement entre deux droits opposés mais surtout entre deux approches de l'espace : l'espace territorial du droit, et ce qu'il est convenu d'appeler le *cyberespace*, pour lequel les frontières géographiques importent peu. C'est le premier temps - somme toute assez classique - de la réflexion : la conception territoriale de l'Etat est-elle remise en cause ?

2 - Mais le juge est aussi confronté à une seconde question, qui interroge directement la technique dans son rapport à la norme : non plus seulement « *suis-je compétent pour me prononcer ?* », mais « *quelle peut être l'efficacité concrète des mesures que je souhaite prendre ?* ». Car la première critique adressée au magistrat français s'appuie sur le fait que l'architecture même d'un réseau mondial tel que l'Internet rendrait *inopérante* toute mesure technique visant à s'assurer de l'origine géographique des personnes ayant accès à un service en ligne. En d'autres termes, Yahoo! Inc. ne pourrait matériellement garantir qu'aucune personne résidant sur le territoire français ne peut se connecter à son service de ventes aux enchères, et ainsi

---

<sup>1</sup> TGI Paris, ord. réf., 22 mai 2000, Légipresse, septembre 2000, 174-III-139, note C. Rojinsky.

respecter cette loi française d'ordre public. Peu importe, à ce stade, la valeur réelle de l'argument dans cette affaire bien précise. Notre hypothèse est la suivante : la confrontation entre des ordres juridiques contraires, si elle est réelle et certainement problématique, masque en réalité une confrontation sous-jacente entre la norme étatique et la norme technique, celle-ci pouvant dans certains cas mettre celle-là en échec. La désormais fameuse affaire Yahoo! met aux prises des prétentions normatives concurrentes, et radicalement étrangères dans leur esprit. Que la technique puisse avoir un effet normatif, soit en favorisant certains comportements, soit en faisant obstacle à d'autres, voici une chose relativement connue. Mais que cette même technique se retrouve confrontée au droit des Etats, ou plutôt que les Etats puissent éprouver en elle comme une limite immédiate aux règles qu'ils ont édictées, et voici que se pose un conflit de légitimité très spécifique au monde de l'Internet.

## I - Les nouveaux territoires de la régulation

3 - Ce conflit semble inédit car, s'agissant d'un réseau informatique, les Etats ne sont pas confrontés à un ordre que l'on pourrait qualifier de *naturel*, c'est-à-dire à la fois préexistant et extérieur à la communauté humaine qui peut y intervenir. Il n'y a rien de commun entre l'Internet et l'espace aérien, spatial ou maritime. Le Réseau est une création technique proprement artificielle, dont la nature est directement influencée par le comportement de ses acteurs. Mieux encore, son architecture même est le fruit de choix scientifiques qui conditionnent sa capacité générale à prendre en compte des mécanismes de contrôle. Il ne s'agit pas d'un *donné*, neutre et immanent, et il est pourtant fréquemment présenté comme tel. Une analogie entre le *cyberespace* et l'océan est ainsi très souvent reprise. Avec un peu d'imagination, voire un peu de poésie, on pourrait en effet se prendre au jeu des métaphores de la navigation, de la haute mer et des eaux territoriales. Ne dit-on pas que nous « *surfons* » sur la « *Toile* » ? Nous pourrions d'ailleurs retrouver des pirates et des pavillons de complaisance. Et il serait alors naturel d'appeler de ses vœux, pour régler l'Internet, l'adoption d'une convention internationale sur le modèle de celle signée à Montego Bay en 1982 sur le droit de la mer. Mais le piège de la comparaison se refermerait alors sans que soit distingué l'objet naturel qu'est la mer, et le simple *artefact* qu'est le Réseau, c'est-à-dire, au sens littéral du terme, un effet artificiel et contingent.

4 - Cette dérive, inscrite selon Bouveresse au cœur même du raisonnement par analogie<sup>2</sup>, nous la retrouvons manifestement en ce qui concerne l'Internet et ses modes de régulation. Le Réseau échapperait par nature à tout contrôle. Il serait, par essence, réfractaire à l'intervention des Etats. Cette doctrine, ou cette idéologie, repose sur la négation de l'Internet comme *artefact*, sur le refus d'y voir le résultat de choix réversibles, modifiables, et donc - il faut le redire - contingents. Assimiler l'Internet à l'espace aérien ou à un océan rend impossible toute réflexion sur une possible intervention des Etats en vue de modifier son architecture. Il est bien entendu inconcevable de vouloir changer la nature et les caractéristiques essentielles de l'espace maritime.

---

<sup>2</sup> Cf. J. Bouveresse, *Prodiges et vertiges de l'analogie*, Raisons d'agir, 1999.

5 - Au sujet de ce déni, si lourd de conséquences, il est possible de risquer une interprétation. Contrairement à une machine, ou à la plus sophistiquée des inventions humaines, l'Internet pose un véritable problème de *représentation*. Si son résultat est visible - d'ailleurs sous la forme de cartes qui décrivent à un instant précis le parcours des communications échangées en son sein<sup>3</sup> - il ne semble pas répondre à un *plan* initial. Le Réseau est une structure sans description de départ, sans représentation préalable qui baliserait ses contours futurs. Il est possible, en revanche, de connaître ses principes intrinsèques de fonctionnement et de suivre son évolution, voire même de l'anticiper de manière statistique comme on le ferait, justement, pour un organisme vivant. Nous voyons bien, alors, que l'assimilation de l'Internet à un espace naturel n'est pas seulement le résultat d'une pensée paresseuse qui procéderait par analogie. Cette pensée est en fait très comparable à celle qui déclare forfait dans sa tentative de comprendre des machines qui, tout comme le « *réseau des réseaux* », sont dotées d'une dynamique et d'une capacité d'adaptation qui leur sont propre, tout en restant des machines. Il existe donc à cet égard un réflexe qui relève manifestement de l'irrationnel.

6 - Mais les conséquences de cette idéologie - ou de ce déni - sont tout à fait considérables en ce qui concerne le rapport à la norme. « *On ne commande à la nature qu'en respectant ses lois* », disait Bacon. Si l'Internet est considéré comme faisant partie de l'ordre de la nature, à quelle condition est-il alors possible de lui imposer une loi humaine ? Très logiquement, seules les lois qui ne sont pas en contradiction avec son essence présumée pourront lui être appliquées en l'état. Les autres devront, soit être mises de côté, soit être modifiées en conséquence. Par ailleurs, s'agissant d'un fait naturel de dimension mondiale, la loi devra, elle aussi, devenir universelle pour être en mesure de lui répondre. Une régulation tout à la fois globale et subsidiaire : voici le risque concret d'une confusion entre l'état de la technique et l'état de la nature.

7 - Nous sommes néanmoins en présence d'une tension vers une certaine forme de norme universelle, de droit mondial, dont il serait presque possible de se réjouir. Mais il n'y a ici rien de commun avec le « *droit cosmopolitique* » défendu par Kant en 1795 dans son *Projet de paix perpétuelle*. La notion de légitimité y est totalement absente, car en fait de droit commun nous ne pourrions espérer alors qu'un droit subordonné à la technique, et, qui plus est, susceptible de nier les volontés particulières des Etats, comme dans l'affaire Yahoo! la légitimité de la France à interdire l'exhibition d'emblèmes nazis en raison d'une histoire qui lui est propre.

8 - Il n'en demeure pas moins que la proposition de Kant en faveur d'un droit cosmopolitique, et surtout sa justification, apparaît singulièrement prémonitoire lorsqu'elle s'appuie sur le fait que « *la solidarité (plus ou moins étroite) qui prévaut à peu près partout entre les peuples de la terre est parvenue à un point tel qu'une violation du Droit en un seul lieu est ressentie partout ailleurs* »<sup>4</sup>. Il est vraisemblable que le philosophe de Königsberg ne faisait ici référence qu'aux violations du droit des personnes et des Etats en temps de guerre. Et pourtant, on ne

---

<sup>3</sup> Voir le site [www.cybergeography.org](http://www.cybergeography.org)

<sup>4</sup> E. Kant, *Projet de paix perpétuelle*, Vrin, 1990, p. 33.

peut s'empêcher de lire aujourd'hui cette phrase à travers le prisme déformant d'une réalité plus actuelle. Avec l'Internet, il semble en effet que les ordres publics nationaux de l'ensemble des Etats puissent se trouver applicables cumulativement aux mêmes contenus et aux mêmes services présents sur le Réseau. De ce fait, chaque Etat se voit reconnaître un surcroît de puissance et même, dans une certaine mesure, une extension de sa sphère de souveraineté. Un juge français était-il compétent pour condamner une société américaine sur le fondement d'une loi présentée comme contraire à la Constitution des Etats-Unis ? En vertu des règles les plus traditionnelles, qui font prévaloir le lieu où l'atteinte est ressentie, la réponse était clairement positive. La violation du droit français avait bien lieu en France puisque le site Web en question était accessible sur le territoire français, et même surtout « dirigé » vers lui en raison des publicités francophones qu'il contenait. Inversement, un juge américain pourrait un jour se déclarer compétent à l'égard d'un service en ligne situé à l'extérieur de ses frontières, ce qui s'est d'ailleurs déjà produit en ce qui concerne des activités de casinos en ligne.

9 - Est-ce à dire qu'un Etat peut désormais appliquer son droit en dehors des limites de son territoire, et méconnaître ainsi la souveraineté des autres Etats ? Plus fondamentalement, la définition même de l'Etat est-elle remise en cause par ce phénomène technologique qu'est l'Internet ? La doctrine classique nous enseigne en effet que le territoire est l'une des conditions essentielles de l'existence juridique de l'Etat. Méconnaître sa portée pourrait aboutir à de fâcheuses remises en cause. Carré de Malberg précise néanmoins que « *la sphère de puissance de l'Etat coïncide avec l'espace sur lequel s'étendent ses moyens de domination* », et qu'ainsi « *l'Etat exerce sa puissance non seulement sur un territoire, mais sur un espace, espace qui, il est vrai, a pour base de détermination le territoire lui-même* »<sup>5</sup>. La notion de territoire est donc, depuis longtemps déjà, dissociée de celle de sol. Pourquoi ne pas l'étendre à des portions plus ou moins grandes du *cyberespace*, qui deviendrait ainsi lui-même une vaste *zone frontalière* où les Etats seraient en quelque sorte en situation de concurrence ? D'une manière générale, cette multiplication bien réelle des liens de rattachement entre un contenu présent sur le Réseau et le droit d'un Etat, quelle que soit leur localisation géographique respective, ne semble pas remettre en cause la définition même de la forme étatique<sup>6</sup>.

10 - Reste néanmoins à tracer les nouvelles frontières, et c'est bien plus un problème d'effectivité que de mise en œuvre de la norme qui est alors en jeu. Rappelons que le magistrat saisi dans l'affaire Yahoo! avait ordonné que des solutions techniques soient mises en œuvre afin d'empêcher des personnes résidant en France d'accéder aux contenus contraires à la loi française, et situés aux Etats-Unis. Un rapport avait été demandé par le juge à trois experts reconnus afin de décrire les conditions d'un tel contrôle, et surtout d'apprécier son efficacité technique. Les experts conclurent à une fiabilité d'environ 70 %. En d'autres termes, le rétablissement sur l'Internet d'une frontière géographique répondant à l'impératif d'une norme légale est techniquement possible, mais n'est pas totalement efficace. C'est ici que semble se faire jour une

---

<sup>5</sup> R. Carré de Malberg, *Contribution à la théorie générale de l'Etat*, Tome I, Sirey, 1920, p. 5.

<sup>6</sup> Cf. H. Ruiz Fabri, *Immatériel, territorialité et Etat*, Archives de philosophie du droit, n° 43, 1999, p. 187.

confrontation entre les normes techniques et juridiques, et même un véritable conflit de *souverainetés*.

## II - Des prétentions normatives concurrentes

11 - Il faut souligner que l'architecture et l'organisation générale du Réseau n'est pas seulement l'expression négative d'un rapport de force, c'est-à-dire en l'occurrence un obstacle plus ou moins grand à l'application de la loi. L'Internet - c'est essentiel - génère ses propres codes de comportement, ses propres usages, de manière totalement autonome par rapport aux Etats. C'est ainsi que le professeur américain Lawrence Lessig conclut à l'existence d'une véritable souveraineté du *cyberespace*, c'est-à-dire d'un pouvoir, certes non centralisé, mais tout de même autonome et réfléchi. « *To the extent that architectures in cyberspace are rules that affect behavior, écrit Lessig, the space is sovereign. In the sense that any set of normative commitments is sovereign, cyberspace is sovereign. But this sovereignty produces perpetual competition* »<sup>7</sup>. La concurrence évoquée ici est justement celle qui voit se heurter la souveraineté du *cyberespace* et la souveraineté des Etats.

12 - Cette approche à tout d'abord pour intérêt de remettre en cause le dogme de la neutralité technologique, dogme repris dans nombre de textes juridiques concernant les communications en ligne<sup>8</sup>. La technique serait extérieure au droit, elle pourrait éventuellement l'entraver, mais elle n'est, intrinsèquement, ni bonne ni mauvaise. Elle existe simplement, elle est, une fois encore, un simple *donné* qui ne porte en lui aucune valeur, aucun choix, aucune directive de comportement. S'agissant de l'Internet, la chose vaut tout de même la peine d'être débattue, tant les protocoles de communication utilisés sur le Réseau sont des outils conçus en vu d'objectifs précis et - pour faire bref - s'appuient sur une certaine idée de la liberté d'expression et de son contrôle. La technique, comme l'avait montré Habermas dans le contexte certes différent de la fin des années soixante, est investie idéologiquement<sup>9</sup>. Derrida l'a relevé pour sa part à propos de l'*e-mail*, en soulignant que « *la structure technique de l'archive archivante détermine aussi la structure du contenu archivable dans son surgissement même et dans son rapport à l'avenir* »<sup>10</sup>. Et d'ajouter que « *l'archivage produit autant qu'elle enregistre l'événement* ». En d'autres termes, et en extrapolant, la structure technique du Réseau peut à elle seule produire des formes politiques et juridiques. Il s'agit, à tout le moins, de possibles qui s'ouvrent ou qui se ferment, en termes de pratiques sociales et de modes de régulation. L'Internet n'est pas un espace vierge dans lequel s'inscriraient, plus ou moins bien, des comportements et une histoire autonomes. Partant de ce constat, nous pourrions voir se développer - c'est même fort probable - une véritable « *écologie du cyberespace* ».

---

<sup>7</sup> L. Lessig, *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999, p. 198.

<sup>8</sup> Voir en particulier le *Livre vert sur la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, et les implications pour la réglementation*, COM (97) 623, 3 décembre 1997.

<sup>9</sup> J. Habermas, *La technique et la science comme « idéologie »*, Gallimard, coll. Les Essais, 1973.

<sup>10</sup> J. Derrida, *Mal d'archive - Une impression freudienne*, Galilée, 1995, p. 34.

Ce mouvement viendrait, en toute logique, défendre des technologies « *propres* », qui protègent par exemple la vie privée des personnes, contre des technologies qualifiées de « *sales* » ou de « *polluantes* » en ce qu'elles entravent certaines libertés.

13 - Le Réseau est donc aussi susceptible de véhiculer en son sein, c'est-à-dire au cœur même de son architecture, telle ou telle norme juridique. Pour preuve, la protection des droits d'auteur. L'Internet - et notamment le Web dont la conception est plus récente - a été créé pour les besoins d'une communauté scientifique peu sensibilisée aux questions de propriété intellectuelle, et privilégiant en toute hypothèse le partage des connaissances. Techniquement, cette origine se traduit aujourd'hui par un système qui repose tout entier sur la copie, temporaire ou permanente, dans des serveurs qui font, pour certains, office d'intermédiaires, dans un souci d'optimisation des ressources et d'efficacité. L'option de la performance a donc été volontairement privilégiée. Mais les initiatives se multiplient désormais pour mettre à profit une autre caractéristique technique du Réseau, cette fois au service de la protection des droits de propriété intellectuelle, à savoir la traçabilité relativement aisée des ressources mises en ligne. Différents systèmes de gestion électronique des droits sont proposés. Ils reposent sur l'adoption de normes et de protocoles communs permettant d'éviter les copies abusives d'œuvres protégées, d'organiser l'accès aux créations mises en ligne, et de suivre leur dissémination sur le Réseau. La norme juridique est alors directement *intégrée* à la norme technique.

14 - De ce fait, la régulation change de nature. Il ne s'agit plus, en premier lieu, d'un partage binaire entre le permis et le défendu. Le « *véhicule* » de la norme n'est plus seulement la loi, entendue dans un sens large, mais l'objet même de cette norme. Une différence équivalente de nature peut être trouvée dans les options qui s'offrent à l'Etat au titre de la prévention des excès de vitesse en automobile. La norme traditionnelle, celle qui interdit et qui sanctionne, figure dans le Code de la route. Elle fixe plusieurs limites de vitesses, en fonction du type d'environnement dans lequel évolue l'automobiliste. Une autre norme - qui n'a absolument pas vocation à se substituer à la première, mais qui vient ici la renforcer - consiste à s'assurer du bridage des moteurs, les empêchant *de facto* de dépasser une vitesse maximum. La technique est dès lors clairement orientée vers une fonction régulatrice. Elle l'intègre, la *véhicule* au sens propre du terme, et sa neutralité prétendue devient manifestement de l'ordre du mythe.

15 - La deuxième caractéristique de ce type de régulation réside dans le mode d'intervention de l'Etat. Car si la norme juridique est ainsi directement intégrée à l'objet qu'elle réglemente, la nouvelle norme qui en résulte, et qui conditionne directement les comportements, est à proprement parler *invisible*. Elle n'est pas le fruit d'un processus ouvert de consultation, elle ne donne pas lieu à des débats parlementaires, à des prises de positions publiques, si ce n'est quelques discussions au sein de petits groupes d'experts. En d'autres termes, et pour schématiser, cette norme ne répond pas aux exigences d'un processus démocratique. Or la norme technique, s'agissant de l'Internet, touche directement à des droits fondamentaux tels que le droit à l'information ou le droit à la vie privée. Si nous reprenons l'exemple de la protection des droits d'auteur - qui est en soi, bien entendu, un combat tout ce qu'il y a de plus légitime - il est certain que les systèmes envisagés de gestion électronique font souvent peu de cas de ces droits fondamentaux. Le traçage des œuvres en ligne porte en germe le risque d'une atteinte à l'intimité de la vie privée des personnes, dont un profil très précis peut être réalisé. Par ailleurs, que deviendrait le droit à

l'information dans un environnement où l'accès aux œuvres de l'esprit serait toujours conditionnel ? Qu'en serait t-il de la copie privée, dont le Code de la propriété intellectuelle précise que l'auteur ne peut l'interdire ?

16 - Voici la troisième caractéristique de ce mode de régulation : son incroyable *rigidité*. La technique, aussi sophistiquée soit-elle, est en effet incapable d'arbitrer entre des intérêts contraires, et donc de décider - comme le fait chaque jour le juge - de faire prévaloir un droit sur un autre en fonction de situations de fait. Il lui manque, en somme, le trait essentiel de la norme démocratique, c'est-à-dire le débat contradictoire, tant dans son adoption que dans son application.

17 - En toute hypothèse, il existe bien, aujourd'hui, une norme commune de l'Internet, qui est d'essence technique. Elle réside tout d'abord dans la structure des protocoles de communication qui gouvernent le Réseau, et qui conditionnent - une fois encore - l'efficacité des mécanismes traditionnels de contrôle. Ces règles sont établies, mises en œuvre et contrôlées par des organismes privés dont la nature juridique et partant la légitimité sont pour le moins incertaines. Ainsi en est-il notamment de l'*Internet Engineering Task Force* (IETF), du *World Wide Web Consortium* (W3C), ou encore de l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN). L'IETF, pour s'en tenir à cette instance, est à l'origine de la majeure partie des règles spécifiques gouvernant l'Internet, règles qui sont formalisées par des documents intitulés « *requests for comments* » (RFC). Il est tout à fait significatif que les Gouvernements ne participent pas à leur élaboration<sup>11</sup>.

18 - C'est ainsi que fut conçu le système de gestion des noms de domaine qui permettent d'identifier les sites Web, et qui posent depuis l'origine de très sérieuses difficultés au regard du respect du droit des marques. Au sein du document fondateur de ce système figure ainsi un principe qui manifeste un choix de nature clairement idéologique, bien que l'IETF se présente comme un organisme exclusivement technique. On peut en effet y lire la chose suivante : « *Concerns about "rights" and "ownership" of domains are inappropriate. It is appropriate to be concerned about "responsibilities" and "service" to the community* »<sup>12</sup>. Ici, un organisme dit de normalisation prend délibérément position, en retour, à l'égard des régulations étatiques, et en l'occurrence à l'égard des droits de propriété intellectuelle dont il affirme avec un aplomb singulier qu'il ne veut rien en connaître.

19 - La fameuse « *Netiquette* » est, elle aussi, le fruit de ce type de travaux<sup>13</sup>. Adoptée en 1995, elle propose « *a minimum set of behaviors which organizations and individuals may take and adapt for their own use* ». Il ne s'agit, bien entendu, que de simples propositions de comportement pour des activités en ligne, telle que l'utilisation d'une messagerie électronique. Mais elles traduisent sans équivoque le

---

<sup>11</sup> L'ICANN - qui gère les ressources de l'Internet (noms de domaine, adresses IP), tandis que l'IETF et le W3C proposent des standards - est à ce jour le seul organisme à s'être doté d'un *Governmental Advisory Committee* (GAC), chargé d'assurer la représentation des Etats. Néanmoins, le GAC n'est pas doté de réels pouvoirs de proposition ou de veto au sein de l'ICANN.

<sup>12</sup> J. Postel, *Domain Name System Structure and Delegation*, mars 1994 (RFC 1591).

<sup>13</sup> S. Hambridge, *Netiquette Guidelines*, octobre 1995 (RFC 1855).

quatrième trait fondamental de la norme technologique globale sur le Réseau : le fait que sa sanction soit abandonnée aux acteurs eux-mêmes. Chacun est libre de ne pas respecter la règle de comportement, mais il s'expose aux foudres de la communauté s'il l'enfreint. Ce système s'appuie sur ce que nous pourrions appeler des « *sanctions symboliques* », c'est-à-dire sur une publicité plus ou moins étendue des violations de la norme. Il va de soi que cette pression de type communautaire s'affaiblit au fur et à mesure de l'extension du Réseau qui, pour ses pionniers, subit d'ailleurs de ce fait un véritable processus d'acculturation. Mais malgré cette évolution, comme le souligne Manuel Castells, « *la morphologie du réseau opère néanmoins de spectaculaires réorganisations des relations de pouvoir* »<sup>14</sup>, sachant par ailleurs que l'Internet est doté d'une mémoire sans limite qui conserve la trace de chaque intervention de ses acteurs.

20 - Or il ne faudrait pas confondre ces organismes et les règles qu'ils édictent avec des mécanismes d'autorégulation, avec la « *soft law* » ou une quelconque *lex electronica* établie par les acteurs du domaine, sous la forme de chartes, d'usages ou de contrats types<sup>15</sup>. S'il fallait faire un parallèle, il serait peut-être plus approprié, dans certain cas, d'évoquer la coutume internationale qui reste - tout du moins en droit français - d'un niveau inférieur à celui de la loi<sup>16</sup>. Ainsi en est-il de la règle dite du « *premier arrivé, premier servi* » en matière d'attribution de noms de domaine, aux termes de laquelle le premier déposant devient titulaire du nom. Ce qui distingue en effet ce type de règle des systèmes d'autorégulation, c'est justement que seule la loi - comme c'est fréquemment le cas en justice à l'occasion de contrefaçons de marques par des noms de domaine - peut la tenir en échec, sans pour autant la remettre en cause. En d'autres termes, cette règle reste inchangée, mais elle est tempérée par la loi, c'est-à-dire seulement adaptée dans ses effets. S'il s'agissait en revanche de l'un des contrats types utilisés pour le commerce en ligne, et que ce contrat était par exemple jugé nul pour telle ou telle raison, cette source caractéristique d'un processus d'autorégulation disparaîtrait *de facto*. La coutume, quant à elle, peut s'effacer devant la loi, mais elle n'est pas annulée pour autant. Sa résistance est la marque d'une autonomie inconditionnelle.

21 - Dans un monde où la norme technologique se présente comme une règle universelle au service d'une communauté qui n'a pourtant jamais eu l'occasion d'en débattre réellement, c'est donc, tout compte fait, la question de l'Etat de droit et de la démocratie qui se pose avec la plus grande acuité. Car, à nouveau, nous voyons bien que cette technologie peut apporter aux Etats non seulement une extension géographique, mais une extension matérielle de leur pouvoir de régulation. « *Dans les systèmes industriels les plus avancés, écrivait déjà Habermas, il faut de nos jours faire un effort énergique pour prendre en main de façon consciente une médiation du progrès technique et de la pratique vécue des grandes sociétés industrielles qui*

---

<sup>14</sup> M. Castells, *La société de l'information*, Tome 1 (*L'ère de l'information*), Fayard, 1998, p. 527.

<sup>15</sup> A propos de la *lex mercatoria* et des sources non étatiques du droit, cf. notamment M. Virally, *Un tiers droit ? Réflexions théoriques*, Mélanges Goldman, Litec, 1982, p. 373.

<sup>16</sup> CE, Ass., 6 juin 1997, JCP 1997, éd. G, II, 22945, note G. Teboul.

*jusqu'à présent n'a fait que s'imposer avec tous les traits d'une histoire naturelle* »<sup>17</sup>. Il faut donc réinscrire la technique dans le débat social. Ces normes invisibles qui conditionnent les comportements, qui favorisent ou limitent l'exercice des libertés, les Gouvernements doivent non seulement s'en saisir, mais surtout les influencer de manière transparente. Ce n'est qu'au prix d'un débat et de choix publics que les Etats pourront faire prévaloir une souveraineté démocratique véritablement légitime sur la souveraineté technologique du *cyberespace*.

\*\*\*

---

<sup>17</sup> J. Habermas, *Progrès technique et monde vécu social* (1965), repris in *La technique et la science comme « idéologie »*, op. cit., p. 94.