La fragmentation d'un droit préexistant ou la fondamentalité par analogie : le cas du droit d'accès à Internet

Marie Bastian

Édition électronique

URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5094>

DOI : 10.4000/revdh.5094

ISSN : 2264-119X

Éditeur

Centre de recherches et d'études sur les droits fondamentaux

Référence électronique

Marie Bastian, « La fragmentation d'un droit préexistant ou la fondamentalité par analogie : le cas du droit d'accès à Internet », *La Revue des droits de l'homme* [En ligne], 15 | 2019, mis en ligne le 10 décembre 2018, consulté le 10 décembre 2020. URL : <http://journals.openedition.org/revdh/5094> ; DOI : <https://doi.org/10.4000/revdh.5094>

Ce document a été généré automatiquement le 10 décembre 2020.

Tous droits réservés

La fragmentation d'un droit préexistant ou la fondamentalité par analogie : le cas du droit d'accès à Internet

Marie Bastian

- 1 Cette première contribution de la journée propose l'analyse d'une fragmentation engendrée par l'octroi d'une fondamentalité par analogie. En l'occurrence, il s'agira du droit d'accès à Internet qui tend à intégrer les droits fondamentaux en se rattachant au droit fondamental préexistant de la liberté d'expression et de communication. Le cas du droit d'accès à Internet sera ici appréhendé comme un exemple s'inscrivant dans une dynamique normative plus large qui est celle de l'intégration d'un droit du cyberspace.
- 2 Depuis l'origine ou presque, Internet s'est d'abord revendiqué, à travers ses pères fondateurs, comme un phénomène social, une *terra nova* ou une *utopia*¹, qui peut, en partie, s'apprécier à l'aune de situations préexistantes comparables, mais qui présente aussi d'importantes caractéristiques induisant des constructions spécifiques, ainsi les caractères d'a-territorialité, d'immédiateté, d'ubiquité mais aussi la prégnance de la technicité dans l'élaboration du cadre normatif.
- 3 Par la suite, Internet s'est développé comme un phénomène transnational privé, sous l'influence d'acteurs privés, déclarant son indépendance des gouvernements du monde et, par conséquent, de toute réglementation étatique ou interétatique, si bien qu'aujourd'hui il s'insère difficilement dans les cases de la division territoriale du pouvoir, constituant ainsi assurément l'une des manifestations de la « globalisation » du droit et, pour reprendre l'expression de Karim Benyekhlef, de « la multiplication des foyers normatifs »². Ainsi, dès sa création, Internet a été vécu comme un espace a-étatique de liberté³, fondé sur l'idée d'autogestion⁴.
- 4 Il convient tout de même de distinguer les dimensions physique et virtuelle d'Internet. Concernant la dimension physique d'Internet (infrastructures), l'application de normes

préexistantes de droit international demeure un processus logique puisque rattachable à des sujets de droit international (par exemple, le droit international des télécommunications ; le droit de la mer pour les câbles sous-marins ; le droit de l'espace extra-atmosphérique pour les satellites réseau ; le droit de l'environnement ; etc.). Concernant la dimension immatérielle ou virtuelle d'Internet, le droit international intervient principalement pour assurer la protection des droits fondamentaux des utilisateurs, le plus souvent – mais pas systématiquement – en étendant le champ d'application des textes préexistants, moyennant une interprétation dynamique du texte opérée par certaines juridictions internationales. C'est sur cet aspect virtuel que ce propos se concentre, et l'utilisation du terme « cyberspace » au cours de cette analyse aura trait à celui-ci.

- 5 En réalité, l'analogie n'est sans doute pas toujours suffisante et adéquate s'agissant de la dimension virtuelle. La globalisation à la fois économique et technologique crée des lieux de rencontre à l'échelle mondiale où de nouveaux liens unissent sur certains plans mais désunissent et fragmentent sur d'autres. Une menace plane ainsi sur le droit qui revêt dès lors un caractère ambigu et incertain.
- 6 La mondialisation, entendue comme la dénationalisation du droit, se retrouve aujourd'hui dans deux principaux processus contradictoires : d'un côté le mouvement de globalisation qui manifeste plutôt une tendance à l'uniformisation de type hégémonique, et de l'autre l'universalisation des droits fondamentaux, qui se heurte, à l'inverse, au risque d'éclatement ou de fragmentation⁵, en tendant à s'appliquer à un domaine qui se situe en dehors de toute territorialité. C'est d'ailleurs sur la base de cette contradiction qu'apparaît une fragmentation du droit fondamental à la liberté d'expression et de communication auquel se trouve inadéquatement annexé, via diverses reconnaissances provenant d'organes hétérogènes, le droit d'accès à Internet, mettant ainsi en exergue l'insuffisance des catégories juridiques traditionnelles (I). L'une des réponses envisagées serait celle de l'intégration horizontale, en réseau, par le biais d'une approche transnationale du droit de l'Internet (II)⁶.

1°/ - La fragmentation du droit fondamental à la liberté d'expression et de communication par inadéquation processuelle à une construction normative globale

- 7 Il existe un pluralisme de reconnaissance de la fondamentalité du droit d'accès à Internet. Il convient donc d'effectuer, tout d'abord, un « état des lieux » des diverses reconnaissances du droit d'accès à Internet, tendant à l'octroi d'une fondamentalité, dont la particularité tient effectivement à l'hétérogénéité des organes dont elles émanent qui sont tout à la fois institutionnels et fonctionnalistes (A), faisant ainsi apparaître des incohérences normatives (B).

A/ - Le pluralisme des droits de l'Homme dans la reconnaissance d'une fondamentalité

- 8 La particularité des diverses reconnaissances du droit d'accès à Internet comme droit fondamental tient à l'hétérogénéité des organes dont elles émanent qui sont tout à la fois institutionnels (i.) et fonctionnalistes (ii.).

i/- La mobilisation diversifiée d'instruments institutionnels pour la reconnaissance par analogie de la fondamentalité du droit d'accès à Internet

- 9 C'est tout d'abord au sein de l'ONU que l'on trouvera une volonté d'intégrer le droit d'accès à Internet au droit à la liberté d'expression et de communication et de reconnaître, par ce biais, le droit d'accès à Internet comme un droit fondamental. Dans une résolution du 27 juin 2016 portant sur la promotion, la protection et l'exercice des droits de l'Homme sur Internet⁷, le Conseil condamne sans équivoque les mesures qui visent à empêcher ou à perturber délibérément l'accès à l'information en ligne, considérant qu'il y aurait là une violation du droit international des droits de l'Homme. Le Conseil affirme dans la foulée que les mêmes droits dont les personnes disposent hors ligne doivent aussi être protégés en ligne, en particulier la liberté d'expression, qui est applicable indépendamment des frontières et quel que soit le média que l'on choisisse (en reprenant ainsi les termes de l'article 19 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme). Notons que, outre l'opposition « classique » sur ce sujet de la Russie et de la Chine, quinze pays tout de même avaient manifesté des réserves sur cette résolution qui fut adoptée sans vote.
- 10 Au niveau des instances européennes, le Parlement européen a adopté une recommandation le 26 mars 2009 à l'intention du Conseil concernant le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet⁸. Il rappelle à ce dernier qu'il doit garantir un accès à Internet « sans réserve et sûr », et qu'il doit inviter les États à « garantir que la liberté d'expression ne soit pas soumise à des restrictions arbitraires provenant de la sphère publique et/ou privée, et éviter toute mesure législative ou administrative qui pourrait avoir un effet dissuasif sur tous les aspects de la liberté d'expression ». Et l'on sait, depuis la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes « Salvatore Grimaldi » du 13 décembre 1989 que les juges nationaux sont tenus de prendre en considération ce type de recommandation⁹.
- 11 La Cour EDH a également joué un rôle conséquent dans la reconnaissance du droit d'accès à Internet, notamment dans sa jurisprudence du 18 décembre 2012 « Ahmet Yildirim c/ Turquie »¹⁰. Il s'agissait d'un blocage complet par l'État turc du nom de domaine « Google Sites », dans le but d'empêcher l'accès à un site spécifique. L'intégralité des pages ainsi hébergées se trouvait par conséquent inaccessible. En considérant que la mesure litigieuse était constitutive d'une ingérence d'autorités publiques dans le droit de l'intéressé à la liberté d'expression, la Cour a finalement soutenu expressément le droit de tout individu à accéder à Internet justifié par le fait qu'Internet constitue désormais l'un des principaux moyens d'exercice du droit à la liberté d'expression et de communication.
- 12 Également, au niveau institutionnel local, le droit d'accès à Internet a fait l'objet de diverses reconnaissances constitutionnelles. En France, tout d'abord, avec la décision du 10 juin 2009 relative à la loi HADOPI¹¹ à travers laquelle certains¹² ont pu déduire que le Conseil constitutionnel avait érigé le droit d'accès à Internet en droit fondamental par annexion au droit à la liberté d'expression et de communication. Notons que le juge constitutionnel n'est pas allé jusqu'à reconnaître un « droit d'accès au réseau » à valeur constitutionnelle, qui aurait conduit à « garantir un droit de caractère général et absolu » à être connecté. On peut certainement y lire, en creux, le souci du Conseil de ne pas se laisser aller à une démarche « techniciste » dans un domaine encore trop mouvant. La même année, la Finlande a reconnu l'accès à Internet à 1 Mégabit (Mbps)

par seconde comme un droit fondamental. Ce droit est passé à 100 Mbps en 2015, faisant ainsi de l'accès à Internet un service public universel de haut débit. Enfin, la Cour fédérale de justice allemande, dans une décision du 24 janvier 2013¹³, a constaté que l'accès à Internet occupe une place centrale dans la vie quotidienne, et que, de fait, son absence se répercute fortement sur les bases matérielles de notre existence.

- 13 Enfin, c'est aussi au niveau de la législation que l'on voit apparaître la nécessité de protéger le droit d'accès à Internet. Ainsi, la loi française pour une République numérique du 7 octobre 2016¹⁴ accorde des pouvoirs de contrôle et de sanctions à l'Agence de Régulation des Communications Électroniques et des Postes (ARCEP) pour garantir la neutralité de l'Internet et un accès non discriminé au réseau pour l'ensemble des acteurs économiques ; également, ce texte garantit le maintien de la connexion à Internet pour les plus démunis qui bénéficient d'une prise en charge allant jusqu'à 100 euros par an et par ménage.
- 14 Le droit d'accès à Internet constitue donc une sorte de « droit fondamental en gestation »¹⁵, en tant qu'annexé à celui de la liberté d'expression et de communication. Il bénéficie d'une reconnaissance institutionnelle variée faisant ainsi apparaître l'approche territorialisée de son intégration.

ii/ - Superposition et dualité entre sources relatives aux droits de l'Homme et les structures économiques élaboratrices de normes juridiques

- 15 Parallèlement aux institutions, il existe aussi un certain nombre d'organismes fonctionnalistes internationaux qui se mobilisent également sur la scène du cyberspace permettant de réguler le droit d'accès à Internet sous l'angle d'intérêts particuliers.
- 16 On trouvera tout d'abord des institutions spécifiquement dédiées à Internet. Il en est ainsi, par exemple, de l'ICANN¹⁶, organisation à but non lucratif reconnue d'utilité publique fondée en 1998, dont l'objectif est d'œuvrer à la préservation de la sécurité, de la stabilité et de l'interopérabilité de l'Internet. Elle rassemble des participants du monde entier, notamment des gouvernements, des opérateurs, des acteurs concernés par la sécurité sur Internet ainsi que les utilisateurs d'Internet. Si l'ICANN n'a aucun contrôle *stricto sensu* sur le contenu publié sur Internet, de par le rôle de coordination qu'elle joue au sein du système d'attribution des noms de domaine, elle exerce une influence non négligeable sur le développement et l'évolution d'Internet. En particulier, ce que l'on appelle communément la « résolvabilité universelle », grâce à laquelle nous recevons les mêmes résultats prévisibles, où que l'on soit sur le réseau, et donc dans le monde, chaque fois que l'on accède à Internet, ce principe permet de garantir un égal accès à Internet puisque sans cela, le réseau se comporterait de manière radicalement différente selon l'endroit où l'on se trouve sur le globe. Cette régulation exercée par l'ICANN est renforcée par une procédure de règlement des litiges en matière de noms de domaine autonome par rapport aux systèmes nationaux.
- 17 Également, le Forum sur la Gouvernance de l'Internet (FGI) est un forum multilatéral mondial favorisant le dialogue sur des thèmes en lien avec les politiques publiques relatives à l'Internet. Il a été convoqué par le Secrétaire général des Nations Unies en 2006, suite au Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI) qui s'était tenu en 2003 et 2005. Cet espace de dialogue multipartite rassemble différents acteurs sur les questions liées à la gouvernance de l'Internet. 140 pays y participent, et toute personne

de la société civile ayant un intérêt dans le futur d'Internet peut s'y rendre afin d'y être entendue. Ce n'est pas un organe décisionnel. On s'aperçoit toutefois que le FGI joue un rôle essentiel dans l'élaboration des décisions prises par d'autres groupes tels que l'ICANN. Notamment, le FGI fournit des documents dans lesquels il fait part de ses perspectives relatives aux questions critiques de l'Internet. On y trouve ainsi une position ferme considérant que l'accès à Internet ne peut être distingué de l'exercice de la liberté d'expression et d'opinion.

- 18 Enfin, l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC) œuvre également pour un accès à Internet dans le cadre d'une activité de commerce électronique¹⁷. Également, dans la Déclaration de Séoul sur le futur de l'économie Internet en 2008, l'Organisation de Coopération et de Développement Économiques (OCDE) reconnaissait que l'accès à Internet constituait un défi pour l'économie qui devait faire l'objet d'un « dosage judicieux de lois, de politiques, d'autorégulation et de renforcement des droits des consommateurs »¹⁸.
- 19 Cette mise en perspective des divers outils institutionnels et fonctionnalistes utilisés pour aller dans le sens d'une reconnaissance d'un droit d'accès à Internet nous projette instantanément dans une mondialisation au sens large (incluant globalisation économique et technologique et universalisation des droits de l'Homme). Or, dans une conception mondialiste, certains auteurs semblent reconnaître l'existence d'un paradoxe. Selon eux, en soixante ans, depuis la création de l'ONU avec la Charte de San Francisco, le projet d'ordre juridique mondial se serait à la fois « enrichi et volatilisé »¹⁹. Le projet se serait enrichi avec l'adoption d'instruments ayant valeur juridique dans des domaines aussi divers que les droits de l'Homme, le droit du commerce, de la santé, de l'environnement, etc. Mais il se serait aussi volatilisé, dès lors que ces instruments juridiques se fragmentent au hasard des stratégies nationales (et parfois régionales) des Etats, ou transnationales des entreprises. Apparaît alors une superposition entre des sources relatives aux droits de l'Homme et les structures économiques élaboratrices de normes juridiques.
- 20 On s'aperçoit ainsi que cette mondialisation n'est pas associée à un unique droit mondial déjà établi, mais plutôt à la transformation du champ juridique par la diversification croissante d'un droit qui s'organise, pour reprendre l'expression de Mireille Delmas-Marty, de façon « plurielle mais rarement pluraliste ». Cette mondialisation semble donc avoir favorisé tout à la fois une fragmentation, qui disperse le projet d'ordre mondial autour d'objets épars, et une privatisation, qui perturbe le projet commun parfois au profit d'intérêts privés²⁰.
- 21 La globalisation induite par Internet et conduite, en partie, par des acteurs économiques, laisse ainsi discerner en filigrane l'insuffisance des catégories juridiques traditionnelles telles droit public et privé, face aux atteintes actuelles aux droits de l'Homme.

B/ - L'insuffisance des catégories juridiques traditionnelles

- 22 Le constat de l'insuffisance des catégories juridiques traditionnelles trouve ses origines en particulier dans deux phénomènes : d'une part, celui de la conjoncture de discours normatifs officiels, quasi-officiels et officieux (i), et, d'autre part, celui des imperfections du système de droit étatique, territorial et hiérarchique dans la perception du phénomène Internet (ii).

i/ - La conjoncture de discours normatifs officiels, quasi-officiels et officieux : le droit souple et la déformalisation du droit international

- 23 Concernant la conjoncture des divers discours normatifs, il convient tout d'abord de rappeler qu'en matière de droits de l'Homme, il existe le « paradoxe du flou » dans l'énoncé du droit, permettant plus de flexibilité – et permettant notamment cette intégration par analogie de nouveaux droits fondamentaux – tout en risquant, c'est la contrepartie, d'affaiblir un système pourtant conçu au départ comme protection contre l'arbitraire. Cette conception extensive d'une norme juridique est donc susceptible d'entraîner une dilution de son objet. Si Internet semble engendrer la création d'un nouvel ordre juridique se justifiant par l'éthique, alors les droits de l'Homme pourraient être envisagés comme la base à ce droit universel. Mais ils visent les États et l'on ramène alors systématiquement dans la logique territoriale du droit un objet qui, par nature, n'est pas territorialisé. Pourrait alors s'imposer la nécessité d'un droit supranational, hors Convention européenne des droits de l'Homme, au risque d'une inadéquation générant une fragmentation du droit fondamental préexistant avec l'objet même de l'Internet.
- 24 Or, il est possible de considérer que la norme est spontanément produite dans et par le cyberspace. Ce ne serait peut-être rien d'autre qu'une coutume, pourvu qu'on la reconnaisse comme telle (c'est-à-dire une norme), peu importe finalement que le cadre soit virtuel ou non. En revanche, ce droit ne saurait être abandonné à l'arbitraire : miser sur la liberté des acteurs du cyberspace est possible sans abdication de la souveraineté des États. Il paraît toutefois légitime qu'ils s'y investissent, avec mesure, en se guidant sur certains principes. Par exemple, il conviendra d'éviter l'« effet macédonien » tel que décrit par Jean Carbonnier²¹, qui consiste à tirer une règle générale d'un cas tout à fait exceptionnel ou marginal, comme concevoir tout un « droit du net » à partir de cas marginaux de cyberpédophilie. Cela reviendrait à déduire de cette microrationalité une rationalité globale, en se contentant de signaler simplement l'existence de cette microrationalité sans véritablement poser le problème suscité par le double mouvement de fragmentation et globalisation du droit²².
- 25 Il existe au moins deux types de normes produites dans et par le cyberspace. D'une part, on voit émerger une *Lex electronica* (ou *Lex Digitalis* selon les auteurs) multidimensionnelle produite par des acteurs privés de la « Toile »²³. D'autre part, l'apparition d'une « Netiquette », faite d'un ensemble de règles de comportements applicables aux acteurs du réseau, donne naissance à des « générations spontanées d'usages forgés par les utilisateurs eux-mêmes au fil de leur pratique », parfois même codifiés dans des chartes d'usagers²⁴. La Netiquette a d'ailleurs été reconnue comme source de droit dans une décision de la Cour suprême de l'Ontario dès 1999, en l'occurrence pour donner raison à un fournisseur d'accès à Internet qui avait résilié un contrat d'abonnement sur son fondement²⁵. C'était là une première reconnaissance d'un usage transnational bien spécifique comme source de droit.

ii - Les imperfections du système de droit étatique, territorial et hiérarchique dans la perception du phénomène Internet

- 26 Tout d'abord, il convient de souligner que le droit demeure nécessaire puisqu'Internet est un espace social et, en tant que tel, doit être « naturellement » saisi par le droit. La

question qui se pose est plutôt de savoir de quel droit il s'agit et cela soulève deux difficultés.

- 27 D'une part, la question de l'interprétation du droit d'accès à Internet pose difficulté, notamment en termes d'effectivité dans sa mise en œuvre. Des contentieux tels que les affaires Yahoo²⁶ de 2000-2006 et Copwatch de 2011²⁷ ont permis de montrer, d'une part, que l'interprétation du droit d'accès à Internet, appréhendé sous l'angle de la liberté d'expression, peut varier sensiblement d'un État à l'autre, et, d'autre part, que les vitesses d'adaptation des réponses juridiques sont encore trop lentes par rapport aux évolutions technologiques²⁸. La voie d'accords internationaux classiques semble peu envisageable pour réconcilier droit et effectivité et le choix de l'autorégulation semble *a priori* le seul qui permette de pallier aux insuffisances du droit moderne.
- 28 A cela s'ajoute la question de l'intelligibilité de la technique et de sa transformation en norme : c'est ici le problème de l'appréhension de l'objet technique pour l'insérer dans un droit préexistant et savoir jusqu'où une norme peut « coller » à cette technique.
- 29 L'aventure est sans précédent car le mouvement d'expansion suscité par le cyberspace n'implique pas seulement un changement d'échelle, mais aussi de nature. Cela semble conduire à l'acceptation nécessaire d'une vraie logique transnationale, sans s'effrayer du droit souple. Ainsi élargi à toute la planète, ce changement pourrait conduire à une inclusion sans exclusion, à une organisation normative sans ennemi extérieur. Toutefois, la difficulté de concevoir un espace commun sans extérieur demeure²⁹.

II/ - L'approche horizontale pour une intégration transnationale du droit de l'Internet et une harmonisation des divers « foyers normatifs »

- 30 Les modes interétatiques classiques de régulation se trouvent donc supplantés par des modes plus horizontaux, ouverts à des acteurs non étatiques (A). L'hypothèse de l'avènement d'une nouvelle branche autonome du droit international doit également être désormais envisagée (B).

A/ - L'ordre normatif en réseau et la prégnance de l'abandon du lien territorial

- 31 Il semble acquis, par exemple, que la gouvernance de l'Internet n'est pas seulement la chose des pouvoirs publics : elle ne passe pas par le droit autoritaire (la pyramide) mais par un dialogue entre parties prenantes, publiques et privées, voire par la corégulation (c'est-à-dire le réseau)³⁰. Il s'agirait d'un ordre mondial superposé aux ordres nationaux qui serait ainsi constitutif de l'intégration d'un véritable droit transnational³¹ (i). Or, un ordre normatif en réseau nécessite une unité d'interprétation. Cela soulève inéluctablement la question de la gouvernance d'Internet qui doit être envisagée à travers la notion d'harmonisation entendue comme un rapprochement des systèmes de droit (ii).

i/- La superposition d'un ordre mondial aux ordres nationaux : le « pluralisme ordonné »

- 32 Cet ordre transnational du cyberspace s'enracinerait sur les 5 principes de l'Internet *de lege ferenda* du droit souple que sont : le principe de liberté ; la protection de la vie privée ; la nécessité d'une coopération interétatique ; l'égalité d'accès de tous les États aux techniques de l'information, de la transmission des connaissances et des communications aux fins de développement ; et, surtout, la coopération de la société civile. Ce dernier principe pose celui, tristement d'actualité, de la neutralité de l'Internet³², qui rejoint celui de la liberté, et qui pourrait d'ailleurs permettre de faire admettre la pertinence d'un droit autonome *ad hoc*.
- 33 Le droit mondial ne peut être conçu sur le modèle national, même fédéral ou confédéral, mais peut-être davantage sur le concept, développé par Mireille Delmas-Marty, du « pluralisme ordonné »³³ : « pluralisme » pour répondre au risque d'hégémonie du droit d'un État sur les autres (on pense ici à la tendance à une « américanisation » du droit de l'Internet) ; et « ordonné » pour éviter à la fois la fragmentation et l'incohérence, en organisant le pluralisme autour de notions communes.

ii/- La nécessité d'une unité d'interprétation assurée par une institution unique

- 34 Cette nécessité d'une unité d'interprétation pose la question de la gouvernance d'Internet qui doit être envisagée à travers la notion d'harmonisation entendue comme un rapprochement des systèmes de droit. Or, comment procéder ?
- 35 Ce « comment » renvoie à la recherche d'un ordre juridique commun, accepté comme tel dans les différentes traditions, donc à des notions communes, qu'il s'agisse de simples principes directeurs autour desquels réaliser l'harmonisation, ou de véritables définitions juridiques à la fois suffisamment précises pour permettre l'unification et suffisamment synthétiques pour être acceptées partout³⁴.
- 36 Un parallèle avec l'OMC peut être réalisé ici. À première vue, une telle articulation à échelle mondiale serait difficile car la coïncidence des espaces normatifs qui a notamment contribué à l'intégration juridique européenne paraît exclue (pensons aux réticences des États à adhérer aux pactes de l'ONU, entre autres). En revanche, ces résistances peuvent s'affaiblir si l'on considère l'articulation entre l'économique et le juridique. Ainsi, l'accession de la Chine à l'OMC, le 11 décembre 2001, a déclenché dans ce pays une vague de réformes qui ne se limitaient pas aux divers domaines du droit des affaires mais se situaient aussi dans la perspective de principes à portée générale imposés par le Protocole d'accession, comme la transparence, l'application uniforme des lois ou le contrôle effectif des actes administratifs. Ainsi, l'entrée dans une institution spécifiquement dédiée à la régulation du cyberspace pourrait contribuer à la construction d'un État de droit et, en ce sens, participer à une synchronisation indirecte entre droit de l'Internet et droits de l'Homme³⁵.

B/ - L'hypothèse d'une nouvelle branche autonome du droit international

- 37 Sur l'idée d'une branche autonome du droit international, que certains estiment absolument nécessaire³⁶, il faut un élément fédérateur³⁷. Dans l'Internet, l'élément fédérateur pourrait être le principe de neutralité tant celui-ci représente l'idée centrale d'Internet, incluant *de facto* l'accès à Internet (i). Toutefois, les conditions matérielles de l'élaboration d'une nouvelle branche du droit font défaut et incitent à envisager Internet davantage comme un objet de droit transnational que comme objet de droit international (ii).

i/ - L'existence d'un élément fédérateur : le principe de neutralité

- 38 Sur le critère de l'institution juridique, entendu dans son sens matériel en tant que régime normatif, il faut un élément fédérateur.
- 39 Michel Virally exprimait ainsi que « chaque branche du droit se caractérisera alors par le fait qu'elle élabore des notions et des mécanismes originaux, ou tout au moins, les déforme suivant sa perspective singulière et se sépare ainsi de toutes les autres »³⁸.
- 40 Dans l'Internet, l'élément fédérateur pourrait être constitué par le principe de neutralité. Ainsi, un droit international du cyberspace assis sur le principe de neutralité et ses aspects aurait du sens et pourrait constituer une branche autonome du droit international fondée sur un élément fédérateur.
- 41 Est-il pour autant souhaitable et sa réalisation est-elle probable ?

ii/ - Plus qu'un objet de droit international, un objet de droit transnational

- 42 En pratique, les conditions matérielles de l'élaboration d'une nouvelle branche de droit international continuent de faire défaut tant l'idée oppose aujourd'hui les seuls États à même d'élaborer les normes nécessaires pour la consacrer en droit positif. Or, Internet étant un domaine qui, substantiellement, échappe à l'État, la règle de droit pourrait ainsi se trouver confrontée à une crise de rationalité suscitée par son incapacité croissante à rendre compte du réel et à le façonner³⁹.
- 43 Accepter d'introduire les États dans la boucle aurait également pour contrepartie l'éviction partielle du vecteur traditionnel du cyberspace, a-étatique, et, par conséquent, une remise en cause des principes fondateurs de celui-ci.
- 44 Si la gouvernance supranationale apparaît nécessaire, elle laisse donc planer cette possibilité d'une reprise en main par les États du phénomène Internet. Dans le même sens, il est d'ailleurs permis de considérer que les dispositifs liés aux droits de l'Homme, « bien que proclamés universels, resteraient dépendants de l'ordre juridique national, donc soupçonnés d'arrière-pensées protectionnistes », y compris au sein d'institutions supranationales⁴⁰.
- 45 Plus qu'un objet de droit international, Internet est un objet de droit transnational⁴¹, avec un ordre public impalpable. Le faire entrer dans des catégories de droit préexistantes entraîne une dénaturation de l'objet même d'Internet tout en faisant perdre en intelligibilité et en légitimité le droit fondamental initial pour cause d'inadéquation et d'incohérence. Dès lors que les droits fondamentaux sont envisagés comme concepts fondateurs, ils restent « ancrés » dans le particularisme de chaque

tradition juridique. En revanche, si on les considère comme des processus, non pas fondateurs d'un ordre mondial inexistant, mais transformateurs des ordres juridiques nationaux et internationaux, ils ont incontestablement un effet dynamique qui pourrait annoncer un renouvellement du formalisme juridique. Les droits fondamentaux peuvent tout à la fois constituer soit le rempart d'une identité matérielle singulière (et dans cette optique, demeurer en inadéquation avec l'évolution normative propre au cyberspace), soit le vecteur d'une identité formelle à vocation commune, passant par un renouvellement du formalisme, déjà à l'œuvre (coordination par entrecroisement, harmonisation par rapprochement, unification par hybridation)⁴².

- 46 Pour conclure, si le postmodernisme est, entre autres choses, l'éclatement des pôles de référence, pour un phénomène dans son essence postmoderne (telle que l'information, fluide, multiforme, ambiguë, contradictoire, dotée d'ubiquité, etc.), alors peut-être sommes-nous ainsi conviés à un droit postmoderne. Internet n'est pas nécessairement un nouveau paradigme d'un point de vue juridique, mais c'est probablement un élément supplémentaire dans ce qui peut être un nouveau paradigme – postmoderne ou non –, qui est la prégnance de l'abandon du lien territorial, national, une tendance lourde sur la mixité public-privé, et sur des normes de moins en moins ciblées par rapport aux sources formelles, sans oublier toutefois que la moitié de la population mondiale est encore en dehors de ce système-là. Le schéma est sans nul doute plus complexe que le « tout contrat » débridé ou le « tout légal » rigide. Mais c'est là un schéma complexe correspondant à un phénomène complexe⁴³.

NOTES

1. FALQUE-PIERROTIN (I.), « La Constitution et l'Internet », *Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 36, juin 2012.
2. BENYEKHLEF (K). cité par SAUTEREAU (N.), « Internet et le droit global : approche critique », *L'Observateur des Nations Unies*, 2011/2, vol. 31, p. 62.
3. Conseil de l'Europe, Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet adoptée par le Comité des ministres le 21 septembre 2011 lors de la 1121^{ème} réunion des Délégués des ministres : « L'Internet rassemble un vaste ensemble d'idées, de technologies, de ressources et de politiques qui s'est développé autour du principe de liberté, grâce à un effort collectif au service de l'intérêt commun » (par. 1).
4. BERTHOU (R.), L'évolution de la création du droit engendrée par Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen, thèse, Rennes I, 2004, p. 218.
5. DELMAS-MARTY (M.), « La mondialisation du droit : chances et risques », *D.*, 1999, p. 43.
6. Concept développé, notamment, par M. DELMAS-MARTY.
7. Assemblée générale des Nations Unies, Conseil des droits de l'homme, résol. A/HRC/32/L.20 du 27 juin 2016 portant sur la promotion, la protection et l'exercice des droits de l'homme sur Internet.
8. Recom. 2008/2160 (INI) du Parlement européen du 26 mars 2009 à l'intention du Conseil sur le renforcement de la sécurité et des libertés fondamentales sur Internet.

9. CJCE, 13 décembre 1989, *Salvatore Grimaldi c. Fonds des maladies professionnelles* : les juges nationaux doivent prendre en compte les recommandations du Parlement européen lorsqu'elles éclairent l'interprétation des dispositions nationales prises dans le but d'assurer leur mise en œuvre.
10. Cour EDH, 12 déc. 2012, *Ahmet Yildirim c. Turquie*, req. n° 3111/10.
11. Déc. 2009-580 DC du 10 juin 2009, « Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet » (HADOPI), JO du 13 juin 2009, p. 9675, texte n° 3. : « [...] en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, la libre communication des pensées et des opinions implique la liberté d'accéder à ces services ».
12. MARINO (L.), « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *D.*, 2009 ; p. 2045.
13. Bundersgerichtshof (Cour fédérale de justice), 3^{ème} chambre civile, 24 janvier 2013.
14. Loi n°2016-1321 du 7 octobre 2016 pour une République numérique, JO n° 0235 du 8 octobre 2016, texte n° 1.
15. TAXIL (B.), « Internet et l'exercice des droits fondamentaux », in *Colloque de Rouen, Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014.
16. Internet Corporation for Assigned Names and Numbers
17. OMC, Déclaration ministérielle sur le commerce des produits des technologies de l'information, 13 décembre 1996 ; OMC, « Le commerce électronique et le rôle de l'OMC », *Dossiers spéciaux* 2, 5 août 2004 ; OMC, « Accord général sur le commerce et les services », in *Déclaration de Marrakech*, 14 avril 1994.
18. OCDE, *Déclaration de Séoul sur le futur de l'économie Internet*, Session ministérielle, 17-18 juin 2008.
19. DELMAS-MARTY (M.), « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », *Cours Pluralisme Ordonné*.
20. *Ibid.*
21. CARBONNIER (J.), *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 2001.
22. VIVANT (M.), « Internet et modes de régulation », *Rapports*, Bibliothèque numérique du droit de l'administration électronique, Université Paris 1 Panthéon Sorbonne.
23. LATTY (F.), « Internet et le droit international », in *Colloque de Rouen, Internet et le droit international*, Pedone, Paris, 2014.
24. FAUCHOUX (V.) et DEPREZ (P.), *Le droit de l'Internet. Lois, contrat et usages*, Paris, Litec/Lexis Nexis, 2009.
25. VIVANT (M.), « Internet », *Rep. Int. Dalloz*, décembre 2011, n° 49.
26. TGI Paris, Ord. réf. du 20 novembre 2000, *LICRA c. Yahoo* ; Cour fédérale du district de Californie du Nord, 7 novembre 2001 ; Cour d'appel du neuvième circuit, 23 août 2004 ; Cour d'appel fédérale de San Francisco, 12 janvier 2006 ; Cour suprême des États-Unis, 30 mai 2006. L'affaire Yahoo a vu s'affronter un juge français à la société américaine qui avait mis en ligne un service de ventes aux enchères des objets relatifs au nazisme contrevenant à la loi française du 29 juillet 1881 sur la presse (incitation à la haine raciale) et à l'article R. 645-1 du Code pénal. En considération des possibilités de filtrage sur lesquelles le juge avait sollicité l'avis d'experts, celui-ci a ordonné à la société de mettre en œuvre ces mesures techniques afin d'empêcher l'accès du site aux internautes cherchant à se connecter à partir du territoire français. La décision fut prise en mauvaise part la société Yahoo. Le juge américain vers lequel elle se tourna lui donna gain de cause, sur le fondement du premier amendement à la Constitution américaine.
27. TGI Paris, Ord. réf. du 14 octobre 2011 : il suffit qu'il y ait sur un site un contenu illégal pour que ce site puisse être bloqué dans son entièreté. TGI Paris, Ord. réf. du 10 février 2012 : autoriser une partie à leur demander de bloquer tout « futur nouveau site » en exécution d'une décision ayant ordonné le blocage d'un site initial permettrait à cette partie de s'affranchir du respect du

principe de subsidiarité, alors que ce principe constitue une condition de recevabilité de l'action. Œuvre d'un collectif de citoyens souhaitant lutter par la transparence et l'information contre les violences policières, le site Copwatch-Nord-Ile-de-France offrait une surveillance des actions policières contre laquelle le ministre de l'Intérieur, Claude Guéant, avait saisi la justice en référé en octobre 2011. Le tribunal de Paris avait ordonné le blocage complet du site. La mesure s'est rapidement avérée ineffective dans la mesure où, grâce à l'aide bénévole de nombreux internautes, des dizaines de sites miroirs ont été mis sur pieds pour palier à ce blocage. Cet effet Streisand (répliquer à l'infini un site internet) rendait, avant même son prononcé, la décision de filtrage d'ores et déjà caduque. Ce phénomène nouveau en France, est totalement admis depuis les années 90 aux États-Unis : chaque ville ou presque dispose de sa vigie citoyenne. Il existe aujourd'hui 75 groupes de Copwatch aux États-Unis dont les informations récoltées sont rassemblées au sein d'une base de données comportant des fiches sur 212 000 policiers. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le site Copwatch français était hébergé aux États-Unis, bénéficiant d'un anonymat complet via des techniques de brouillage.

28. DELMAS-MARTY (M.), « Le réseau internationalisation du droit », *D.*, 2010, p. 248.

29. MORVAN (M.), Séminaire du Groupe COMP-LEX, Action « Droit et systèmes complexes », Université Paris 2 et Montpellier, École Polytechnique, ENS Lyon, 7 avril 2005.

30. Sur l'idée du recours au Traité international comme outil régulateur, il est permis d'avoir des doutes : qui arbitrera, par exemple, sur le point de savoir ce que permet et ce que ne permet pas la liberté d'expression entre les conceptions afghane, américaine et française ou allemande ?

31. JESSUP (Ph. C.), *Transnational Law*, New Haven, Yale U.P., 1956, 113 p. V. aussi : CARREAU (D.) et MARRELLA (F.), *Droit international*, 11^{ème} éd., Paris, Pedone, 2012, p. 69, n° 70.

32. Principe devant garantir l'égalité de traitement de tous les flux de données sur internet. Ce principe exclut, par exemple, toute discrimination à l'égard de la source, de la destination ou du contenu de l'information transmise sur le réseau. Selon ce principe, il est interdit de bloquer l'accès à certains sites ou à un certain type de contenu. Abroger la neutralité du net revient à permettre aux opérateurs de réguler le trafic comme ils le souhaitent : en bridant certains débits, en faisant payer plus cher pour accéder à certains contenus, etc. Ce principe fondateur a été abrogé aux États-Unis en décembre 2017.

33. *Op.cit.* DELMAS-MARTY (M.).

34. *Ibid.*

35. DELMAS-MARTY (M.), « Études juridiques comparatives et internationalisation du droit », *Cours Pluralisme Ordonné*.

36. V. courant des « cyber-internationalistes ».

37. VIRALLY (M.), *La pensée juridique*, LGDJ, Paris, 1960.

38. *Ibid.*

39. MAISANI (P.) et WIENER (F.), « Réflexions autour de la conception postmoderne du droit », *Droit et société*, 1994, n°27, pp. 443-464.

40. DELMAS-MARTY (M.), *Globalisation économique et universalisme des droits de l'homme*, Thémis, Montréal, 2004, 22 p. ; V. aussi à ce propos : GROSSWALD CURRAN (V.), *RSC*, 2006, p. 917.

41. Formule de Philip JESSUP, vise tous les échanges à travers les frontières.

42. V. J.-M. CORNU, « Une régulation complète et cohérente dans un monde complexe, la tragédie des 3 C », in *Gouvernance de l'Internet*, coord. F. MASSIT-FOLLEA, Vox internet, rapport 2005, MSH, 2006, p. 119 ; M. DELMAS-MARTY, « La tragédie des 3 C », Préface in *Droit et complexité - Pour une nouvelle intelligence du droit vivant*, dir. M. DOAT, J. LE GOFF et Ph. PEDROT, Presses Université de Rennes, 2007, pp. 7-12.

43. SOREL (J.-M.), « Internet et le droit international : un étrange ballet sans chorégraphe », *Conclusions générales*, in *Colloque de Rouen, Internet et le droit international*, Paris, Pedone, 2014.

RÉSUMÉS

Le droit d'accès à Internet intègre aujourd'hui, indirectement, la grande famille des droits fondamentaux, par un processus d'annexion au droit à la liberté d'expression et de communication. Si l'essentialité du droit d'accès à Internet, et, par conséquent, son universalité, paraissent incontestables et reconnues par tous, c'est bien l'aspect multidimensionnel d'Internet, et en particulier de son accès, qui rend complexe son rattachement à un droit fondamental préexistant, l'enfermant dans un carcan juridique préétabli ne permettant pas de concevoir pleinement les nouveaux enjeux y afférent. Ainsi, l'analogie n'est sans doute pas toujours suffisante et adéquate s'agissant de la dimension virtuelle. Le droit d'accès à Internet doit pouvoir s'appréhender comme un exemple s'inscrivant dans une dynamique normative plus large, au-delà de sa stricte dimension infrastructurelle, à savoir un droit du cyberspace. Le processus d'annexion favorise une dissémination et un galvaudage du droit fondamental tuteur, dont l'effectivité dépendra essentiellement d'un rééquilibrage de la gouvernance d'Internet, en réformant les institutions existantes, afin de combler le retard numérique qu'accuse aujourd'hui le monde et freiner l'aggravation des exclusions sociales. En ce sens, une approche globale et inclusive du droit d'accès à Internet pourrait éviter de fragmenter le droit fondamental auquel il est annexé, à condition toutefois de le considérer tel qu'il est, à savoir un phénomène transnational, indépendant des réglementations étatiques ou interétatiques.

The right to Internet access is indirectly integrated today to the large family of the fundamental rights by a process of annexion to the right of freedom of expression and communication. If the essentiality of the right to Internet access and, consequently, its universality seems incontestable and recognized by everyone, it's in fact the multidimensional aspect of the Internet and in particular its access which makes complex its attachment to an already existing fundamental right. This would enclose it in preexisting laws which would not be able to fully conceive the new stakes involved. For example, analogy is not always accurate concerning the virtual dimension. The right to Internet access should be approached as an example of a larger normative dynamic beyond its restricted infrastructural dimension, in fact a right of the cyberspace. The process of annexion promotes a dissemination of the hosting fundamental right, its effectivity will mainly depend of a rebalance of the governance of the Internet by renewing existing institutions in order to reduce the today's numerical gap and limit the growing social exclusions. In this perspective, a global and inclusive approach of the right to Internet access would avoid the fragmentation of the fundamental right in which it is included but keeping in mind that it is a transnational phenomenon, independent of national or international regulations.

INDEX

Keywords : right to internet access, freedom of expression, cyberspace, globalisation, soft law, governance, Net neutrality.

Mots-clés : droit d'accès à Internet, liberté d'expression, cyberspace, globalisation, droit souple, gouvernance, neutralité du Net

AUTEUR

MARIE BASTIAN

Marie Bastian est Doctorante et ATER en droit public à l'Université Paris-Nanterre (CRDP – EA 381)