

Les canadiens en Europe Chapitre France, colloque Internet, nouvel espace public mondialisé

Souveraineté et conventions dans le monde numérique Georges Chatillon

UNIVERSITE PARIS-I PANTHEON SORBONNE
Directeur du DESS Droit de l'internet – Administration – Entreprises
Georges.Chatillon@univ-paris1.fr

« La souveraineté est une notion — française à l'origine — qui, d'après Carré de Malberg, apparaît au Moyen Âge « où [elle] a d'abord eu un simple rôle comparatif et servait à désigner le caractère d'une autorité qui est supérieure à une autre, pour se spécialiser dès le XVIème siècle dans un rôle superlatif, où [elle] ne servait plus qu'à désigner le caractère d'une autorité qui ne relève d'aucune autre et n'admet aucune puissance supérieure¹ ».

La souveraineté est l'art étatique par excellence. L'art royal de la représentation univoque d'un territoire, d'une population et d'un gouvernement place les Etats dans un club très fermé qui ne s'entrouvre que pour laisser entrer un égal souverain. Ainsi le veut la grande tradition du droit international public. Seuls les Etats sont souverains. Ne peut être souverain qu'un Etat.

Est-ce bien sûr ?

Les Etats ne sont-ils pas amenés à composer avec des entreprises privées brillantes dont la trésorerie et la position économique dominante les rendent plus puissants que bon nombre d'Etats souverains mais pauvres, vivant sur un territoire exigu ou dénué de ressources ou nantis de peuples assistés ?

Microsoft n'est-il pas le roi soleil lorsque les représentants des Etats les plus démunis de ressources informatiques viennent le visiter ?

L'Icann n'est-il pas l'empereur des noms de domaine lorsque les représentants des Etats les plus orgueilleux sont éconduits ?

Verisign n'est-il pas le prince de la certification, du stockage et de la conservation des données ?

Les Etats ne sont-ils pas amenés à composer avec divers représentants de la société civile qui réussissent à infléchir leur volonté ?

Citons le professeur Karim BENYEKHFLEF : « On ne saurait donc s'étonner que la souveraineté apparaisse aujourd'hui en pleine mutation. La souveraineté représente simplement la traduction juridique — et polie — de l'exercice de la force. Cette force a d'abord eu un fondement religieux, la prééminence de Dieu. Puis, ce fondement est devenu celui des armes. »

¹ Karim BENYEKHFLEF, L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés, Lex Electronica, vol. 8, n°1, automne 2002

I) Le monde numérique ou la souveraineté rompue

La répartition actuelle des ressources informatiques rompt le principe de souveraineté des Etats. En effet, les territoires du monde numérique sont dominés presque totalement par quelques firmes géantes de la bannière étoilée. Face au danger inédit que cette domination sans précédent peut représenter pour la souveraineté des autres Etats, la communauté des nations, fondée sur la recherche de l'équilibre, doit proposer qu'une organisation internationale nouvelle ait pour mission l'apaisement des tensions et la co-régulation des ressources du monde numérique.

A) Le bien fondé d'ONU.NET ou la régulation de la convergence

Les territoires du monde numérique détiennent les gisements les plus précieux et les plus rentables de l'économie contemporaine.

Certes, les matières premières de l'économie matérielle continuent d'être florissantes mais elles ne sont pas pérennes et leur durée de vie s'abrège chaque jour. On songe au pétrole, au gaz, aux minerais, à toutes les matières fossiles en voie d'épuisement accéléré.

Au contraire, les ressources de l'économie de l'immatériel ne cessent de croître et de s'enrichir.

L'Etat est le maître de son territoire physique et des richesses qu'il recèle, encore qu'elles puissent être concédées à des tiers, des entreprises étrangères, par exemple. Mais quel Etat aujourd'hui serait le souverain des ressources immatérielles, hormis les Etats Unis d'Amérique ? Lorsque des entreprises américaines sont les maîtres quasi monopolistiques des logiciels de bureautique, des noms de domaine, des plateformes, des réseaux de transport des données et dominant largement la fabrication des ordinateurs et des périphériques, comment la souveraineté des Etats peut-elle avoir lieu et raison ?

Les ressources informatiques sont les nouvelles matières premières de l'économie moderne. Il semblerait qu'un seul Etat les domine, sans avoir livré combat. Entre les deux guerres mondiales, la concurrence pour les ressources énergétiques a provoqué des combats en tous genres. Les Etats de la vieille Europe ont tiré leur épingle du jeu. La lutte pour les ressources informatiques les a laissés sur le bord du chemin.

C'est une situation inédite pour les acteurs étatiques et pour le droit international public. Une situation sans précédent ! Aucune organisation internationale n'est chargée principalement d'internet, de telle sorte que les représentants des sociétés civiles ne pourraient bénéficier du statut d'organisation non gouvernementale. Les entreprises privées n'étant pas admises dans le gotha du droit international public, il apparaîtrait qu'aucune personne morale n'est en droit d'appréhender globalement le phénomène mondialisé d'internet afin de le réguler.

Créée après la seconde guerre mondiale, l'ONU a pour but principal de régler les conflits inter-étatiques. Progressivement, des organisations internationales ont été mises en place pour tenter de gérer les dossiers mondiaux les plus urgents : l'éducation, l'agriculture, le commerce, etc.

Personne n'aurait pu prévoir, dans les années cinquante, l'explosion de l'informatique dans les années 1980. Encore moins celle de l'internet.

Mais depuis les années 1990, toutes les prévisions sont possibles. Certaines organisations internationales se sont emparées d'aspects juridiques de la signature électronique et du commerce électronique, de la protection des données, du droit d'auteur et des communications électroniques, sans tenir compte du caractère fondamental de l'internet et des services qu'il rend : la convergence.

La convergence des télécommunications, de l'informatique et de l'audiovisuel nécessite une prise en compte globale de l'internet. On s'aperçoit aisément que l'internet ne peut être découpé en tranches.

Dès les années 1980, à la rigueur 1990, une organisation internationale aurait dû se préoccuper de réguler les aspects fondamentaux des ressources informatiques : nommage, fracture numérique, co-régulation, politique de certification, mise en place de la signature électronique, gestion des ressources.

L'existence d'une organisation internationale, ONU.NET, est plus que jamais nécessaire. Sa création est urgente.

La mondialisation de l'internet ne permet pas que des solutions strictement nationales puissent prospérer, non plus que des solutions régionales.

On le voit, l'absence de prise en compte, à un niveau international, du caractère global de l'internet, engendre des désordres, et fait perdurer l'inégalité fondamentale entre les Etats qui est la caractéristique de l'actuelle situation.

Aujourd'hui la souveraineté des Etats relativement à l'internet est émiettée entre diverses organisations et cénacles internationaux. La prédominance de l'un des acteurs sur les autres fait le reste. Aussi bien, les Etats sont-ils dans l'impossibilité d'exercer leur rôle majeur qui est celui de la représentation des intérêts généraux de leurs peuples.

La prochaine réunion de Genève pourra-t-elle débattre de la souveraineté réduite des Etats en matière d'internet ? On en doute.

B) L'internet, un espace public mondialisé ou une juxtaposition continue d'espaces publics nationaux ?

Dans la perspective du droit international public, la surface de la planète apparaîtrait comme une juxtaposition de territoires étatiques. Au centre politique, le gouvernement. Tout autour, mais pas au-delà des frontières, la population.

Ces propos vous sont familiers. Vous n'apprenez rien de neuf. Par contre, pour 99 % des six cents millions d'internautes qui surfent régulièrement, les frontières sont inexistantes. Ils surfent sans passeport, sans autorisation, sans frontières ni douaniers. Leurs agences de voyage sont, le plus souvent, les moteurs de recherche et, lorsqu'ils ont trouvé leur destination, ils peuvent y retourner directement. Ils vont vers "leur" site favori, sans entrave, sans obstacle, à volonté.

A ceci près que les communications filaires, satellitaires, et hertziennes peuvent emmener les internautes autour du monde parce que les Etats sont convenus de cette liberté du voyage électronique.

La situation de liberté de communication est propre aux Etats de droit, protecteurs des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Un grand nombre d'Etats ne reconnaissent

pas l'effectivité de cette liberté qui n'existe pas sans la reconnaissance de la confidentialité des communications.

Un certain nombre de personnes dangereuses ou déviantes veulent utiliser le net pour satisfaire leurs besoins d'escroquerie, d'abus de confiance, de publicité mensongère, d'appropriation des données personnelles, de blanchiment d'argent ou de sexe. Leurs victimes internautes se tournent alors vers les Etats pour demander réparation. Les organisations interétatiques de policiers, voire de magistrats, sont des réponses aussi efficaces que possible compte tenu de la répugnance des Etats à coopérer en matière de police et de justice.

Internet, ce sont les réseaux interconnectés grâce à l'application du droit international public ; ce sont les communications qui s'échangent librement grâce aux valeurs des Etats démocratiques ; ce sont les poursuites engagées par les polices puis les justices des Etats, à l'encontre des malfrats et des mafieux qui criminalisent le net.

L'internet occidental répond aux valeurs des sociétés démocratiques de l'Europe de l'ouest et de l'Amérique du Nord. Si les valeurs de liberté de communication et de confidentialité des données sont les critères de base de l'internet, force est d'admettre l'existence de plusieurs espaces juridiques de l'internet, reliés entre eux par les conventions interétatiques. L'internet, il faudrait dire "les internet", correspondent à des morceaux de territoires juridiques juxtaposés, mais traversés, percés de part en part, sillonnés de communications électroniques qui viennent d'ailleurs et repartent ailleurs.

L'internet est un enchevêtrement de milliers de réseaux de communications en tous genres, inter-échangeant sans cesse des données en tous genres. L'espace de communication ainsi créé possède sa vie propre, inéluctable. Aux yeux du droit international public, l'internet est un monstre juridique, un mouton à cinq pattes. Cet objet d'un type inédit, qui cause en permanence des effets juridiques, qui concerne les branches majeures du droit, vit incontestablement dans un espace public qu'il reste à qualifier.

Naturellement, l'espace des communications privées, courriels d'échanges de lettres ordinaires, commerciales, professionnelles, jouit d'un régime juridique connu, celui de la correspondance privée. Cet espace est évidemment privé.

Mais l'espace des voyages vers les sites, à travers les sites, pour faire le plein de musique, d'informations, ou celui des places publiques ouvertes aux discussions, n'est pas privé. Est-il public pour autant ?

Incontestablement, il est public, sans être pour autant pleinement saisi par les droits nationaux, inter-étatiques ou internationaux. L'espace créé par l'internet est très embarrassant. Aucun individu, personne physique ou morale, ne peut imaginer ou prétendre le posséder, non plus que les Etats.

Certes, un Etat peut le qualifier à sa guise. Ainsi, le projet de loi pour la confiance dans l'économie numérique, transposition française de la directive sur le commerce électronique, donne à cet espace des forums et des sites l'appellation de communication audiovisuelle. Cette désignation projetée ne fait que décrire la forme qu'utiliserait cet espace, selon le législateur français, sans pour autant qualifier sa nature ou son appropriation, encore moins son caractère privé ou public.

L'espace matériel, c'est à dire électronique des sites est défini par le droit de la propriété, en ce sens que quelqu'un possède des droits sur les sites, droits exclusifs de ceux des autres personnes ; de même, l'espace électronique des forums de discussion, dont quelqu'un possède les droits.

Mais l'interactivité, nécessaire pour les téléchargements et pour les échanges à deux ou plusieurs, combine les programmes informatiques des uns avec ceux des autres.

Un visiteur ou un client entre dans une boutique. Le commerçant ne possède plus exclusivement tous les droits qui sont les siens. L'espace visité de la boutique la transforme en lieu régi par un droit spécial, droit civil et droit de la consommation.

L'espace mondialisé d'internet est naturellement un espace public dans lequel cohabitent et commercent les Etats, les entreprises, les internautes. Cet espace n'est pas juridiquement homogène, à l'instar des places publiques qui démontrent l'existence de l'enchevêtrement des espaces publics et privés. Il est important que cet espace soit régi par des règles discutées et approuvées selon les principes et les valeurs des sociétés démocratiques.

II) Vers une souveraineté partagée de l'internet ?

L'exemple du nommage, activité sans laquelle le net n'existerait pas montre la nécessité d'une gouvernance partagée de l'internet afin que les principaux acteurs y trouvent les fondements de relations régies par les principes généraux du droit nécessaires au fonctionnement de l'internet : droit d'accès, droit au service universel, droit à la protection des données, droit à la protection des consommateurs, droit à la participation démocratique aux prises de décisions majeures, droit à la mise en oeuvre de l'Etat de droit.

A) les noms de domaine ou la souveraineté perdue

Aujourd'hui, personne ne s'oppose à l'idée que les noms de domaine sont des ressources rares.

L'internet fonctionne grâce à des logiciels non-proprétaires, des logiciels parfaitement libres, dans un espace international qui ne peut faire l'objet d'une appropriation par les Etats, les entreprises ou les particuliers. Les machines et les câbles utilisés pour le fonctionnement de l'internet peuvent avoir des propriétaires, mais pas l'espace qui est produit par l'interactivité des internautes. Certes, l'usage des câbles peut être approprié ou loué, mais l'espace de la communication sur le web ne peut faire l'objet d'une appropriation quelconque.

Les noms de domaine existent dans un espace rare, sans propriétaires, et fonctionnent grâce à des logiciels qui n'appartiennent à personne. Les noms de domaine, en tant que désignation d'une adresse d'activité, de personne, d'opinion, sont un exemple parfait d'un objet juridique existant dans un espace libre, du moins a priori.

L'internet, en tant que réseau des réseaux est l'objet d'une logique particulière du "un pour tous et du tous pour un". Autrement dit, chaque internaute doit pouvoir librement accéder à tous les sites publics légaux du monde entier, quelle que soit sa nationalité, son sexe, son âge, sa religion, son activité, à l'exception, naturellement, des sites nécessitant un accès conditionné par la loi ou par son propriétaire privé. Chaque internaute doit pouvoir librement donner cours à la réalisation d'un besoin de désignation de son identité et de son activité sur le

net, à condition, naturellement, de respecter certaines règles propices à la navigation sur le web.

En tant que ressource planétaire rare, il est évident que si les noms de domaine étaient accaparés par une entité nationale, internationale ou privée, ladite entité pourrait bénéficier d'un pouvoir exorbitant des principes généraux du droit international commun et, par exemple, priver de leurs droits et libertés fondamentales les internautes désireux d'exercer leurs droits acquis ou nouveaux.

A l'échelle de la planète, une ressource rare et qui intéresse chacun, ne pourrait être accaparée par quelques-uns sans provoquer, à brève échéance, une crise de nature sociale, culturelle, économique, politique et juridique.

Pour s'en tenir au seul aspect du droit, une ressource rare, dont la vocation est planétaire, une ressource rare dans laquelle peuvent piocher des milliards d'individus, personnes physiques et morales, ne pourrait être gérée de manière centralisée, à partir d'un point du globe, par une seule entité, surtout si cette entité disposait de surcroît de la presque totalité des outils techniques d'exploitation de la ressource.

En l'état des choses, l'organisation de l'exploitation et de la gestion de la rareté à l'échelle mondiale, est un objectif primordial.

En tant que ressource rare nécessaire à l'existence d'internet, les noms de domaine sont un bien commun dont les modalités de création, d'existence et d'exploitation doivent obéir à des règles élaborées par les principaux acteurs sociaux et qui ont pour objet de permettre que la ressource soit partagée de manière équitable, et gérée au plus près des besoins réels des acteurs.

Les noms de domaine appartiennent à l'espace public. Il n'existe plus d'espace public dont l'usage est laissé à la seule appréciation d'un décideur, voire d'un groupe d'utilisateurs particuliers. La gestion d'un espace public a pour objectif la satisfaction de l'intérêt général.

L'intérêt général relatif à l'usage d'un espace public rare n'est pas la somme des intérêts particuliers mais il est satisfait lorsque les règles qui permettent son existence garantissent à chacun un usage équitable.

En l'état des choses, il faut redéfinir le périmètre de l'espace public des noms de domaine et modifier le mode d'exploitation et de gestion de cet espace.

Le bien commun des noms de domaine, devenu une ressource rare à l'échelle planétaire ne saurait échapper aux principes juridiques qui constituent le droit commun de l'humanité, en particulier ceux qui gouvernent les droits et les libertés fondamentales de l'homme : libertés de création, d'expression, d'opinion, de communication et d'échange.

Les protocoles régissant l'internet sont des logiciels libres dont le champ d'application juridique est mondial, sans qu'ils soient protégés par le droit international.

La question des noms de domaine pourrait figurer comme une matière à discussion lors du prochain sommet mondial de la société de l'information. Idem pour les logiciels libres.

Il est, en effet, extraordinaire, que les protocoles d'internet, les noms de domaine et les logiciels libres ne fassent pas l'objet d'une protection juridique particulière admise par le concert des acteurs.

Il serait dangereux pour le fonctionnement d'internet que des Etats, des entreprises ou des particuliers viennent empêcher le libre développement du réseau des réseaux. Il est donc urgent de provoquer une réflexion sur les moyens les plus harmonieux d'empêcher toute appropriation du net et surtout d'établir des règles de protection de l'internet.

Parallèlement, il est urgent de redéfinir de nouveaux modes de gouvernance de l'internet en recherchant une adaptation à partir des principes généraux du droit international. Après tout, certaines entités régionales, certains Etats ou entreprises privées pourraient être tentés d'invoquer l'application de ces principes et d'agir en conséquence.

S'agissant des noms de domaine, il paraît plus sage et conforme à la raison que les principaux acteurs n'attendent pas et fassent des propositions d'aménagement juridique et de redéploiement de leur gestion.

Trois catégories d'acteurs semblent concernés : les Etats, les entreprises du secteur privé, les représentants des usagers ou consommateurs. Ce tripartisme pourrait se retrouver au niveau des instances de gestion et d'exploitation des noms de domaine.

Les Etats sont garants de l'ordre public. Nul ne peut se substituer à eux. Leur présence est la garantie du respect du droit et de l'intérêt général.

Les entreprises du secteur privé sont les acteurs qui permettent le développement de l'internet.

Les représentants des usagers – consommateurs trouvent leur juste place au sein d'une ou de plusieurs instances de gestion des noms de domaine car ils doivent pouvoir contrôler le fonctionnement équitable de l'exploitation des noms de domaine afin de dénoncer les atteintes possibles aux droits et libertés fondamentales.

Mais une instance, même tripartite, si elle était centralisée, ne serait pas la meilleure solution. Il convient de redéployer les modes de gestion des noms de domaine. L'Icann rénovée doit déléguer ses attributions à des instances continentales, voire régionales.

Pour ce qui concerne l'Europe, il apparaît que l'instance européenne de l'Icann pourrait trouver son siège à Paris, du fait de la position géographique et géopolitique de cette capitale, du fait aussi qu'on trouve à Paris la Chambre de commerce internationale, l'OCDE et des universités juridiques puissantes capables d'apporter un concours précieux au droit en formation constitué par les noms de domaine.

Parmi les universités juridiques parisiennes, l'université Paris-I travaille à cette question, en relation avec la Commission européenne et d'autres organismes internationaux.

La gestion des noms de domaine ne peut échapper aux branches principales du droit : droit de la concurrence, droit de la consommation, droit des données personnelles, droit de l'équité, droit de la propriété intellectuelle, droits de la personne et, au delà, le droit de l'ordre public.

Le paradigme de l'internet est en plein changement. Il faut trouver des modes de gouvernance équilibrés en admettant que :

- 1) les noms de domaine sont une ressource rare, un bien commun dont l'usage et la gestion doivent trouver des règles qui satisfont à la fois l'intérêt général et celui des particuliers.

2) Le mode de gestion le plus approprié est, sans conteste, un mode tripartite : Etats, entreprises, particuliers et un redéploiement de la gestion, adapté aux contingences régionales du monde. Une instance de gestion des noms de domaine à Paris permettrait de tester ces formules nouvelles afin de faire par la suite, des propositions harmonieuses et proportionnées aux enjeux.

3) la gestion des noms de domaine doit respecter les grands principes du droit international commun afin de renforcer la démocratie.

B) Le droit international renouvelé de la souveraineté retrouvée

Les entreprises informatiques désireuses d'innover en partageant les risques créent des consortiums internationaux, sur la base d'ententes souples. Le monde numérique est façonné par des conventions techniques, qui ne sont pas moins des conventions juridiques.

Les Etats ne font pas autre chose dans le cadre de l'ISO, de l'OIT ou de n'importe quelle autre enceinte d'organisation internationale.

A ceci près que les travaux de l'OIT et de la plupart des organisations internationales avancent à une vitesse qui n'est pas compatible avec celle de l'innovation technologique et le cadre juridique habituel n'est pas forcément favorable à la plupart des Etats.

Le modèle actuel des organisations internationales, tel qu'il a été échafaudé au 19^{ème} siècle, semble ne pas convenir à la régulation des ressources du monde numérique, pour deux raisons.

La première est l'inégalité fondamentale entre les propriétaires du monde numérique, dont la plupart sont concentrés sous la bannière d'un seul Etat.

La seconde raison est qu'il faut aménager la théorie juridique de la souveraineté des Etats en tenant compte du décalage croissant entre les ressources des entreprises privées et celles des Etats au regard des problèmes et des besoins des ressortissants du monde numérique.

Les entreprises privées du monde numérique sont rapides, efficaces, innovantes, concentrées. Ce sont leurs qualités primordiales qui leur ont permis de développer les ressources de l'informatique, de l'internet, du multimédia et de rechercher une meilleure harmonisation de ces ressources grâce au concept de convergence.

Il est urgent de mettre sur pied une organisation internationale chargée de réguler les ressources du monde numérique sur un modèle juridique renouvelé de la souveraineté.

Il serait opportun d'admettre que les représentants des Etats puissent siéger à côté des représentants des entreprises innovantes et de ceux de la société civile, autrement dénommés les internautes.

Le rôle de ces derniers est appelé à croître de manière rapide. L'informatique et l'internet ont justement permis aux opinions émiettées de mondialiser leurs points de vue. Précisément les altermondialistes, les écologistes, les communautés de développeurs, les représentants des organisations non gouvernementales dans presque tous les domaines de l'activité humaine ont réussi à mobiliser les médias et les opinions publiques afin d'influencer les politiques des Etats ou celles des entreprises privées.

On peut citer les actions dans le domaine des organismes génétiquement modifiés, de la lutte contre le sida, de la première tentative qu'est le protocole de Kyoto, de la lutte en

faveur d'un internet plus sûr, ou encore des logiciels libres, de la mise sur pied du sommet mondial de la société de l'information et de la révélation des multiples fractures numériques.

Les organisations internationales comme l'OMPI, l'OCDE, la CNUCED, le Conseil de l'Europe ont pu mener à bien les conventions sur le commerce électronique, la signature électronique, la cybercriminalité et la protection des droits d'auteur parce que les principaux acteurs industriels de la société de l'information le voulaient presque unanimement.

Ces importantes conventions internationales résolvent des questions technico-juridiques pratiques, sans que les principaux problèmes trouvent des solutions. Il faut revoir les questions du nommage, de la protection des données, de l'accès à l'internet, du service universel de l'internet et de la répartition des ressources du monde numérique.

Puisque les modèles actuels du droit international public ne conviennent pas aux nouveaux espaces publics des territoires numériques, il faut rechercher des solutions propres aux valeurs démocratiques des sociétés principalement utilisatrices de la société de l'information.

De même que les entreprises font tout pour fabriquer des produits et des services voulus par les clients, de même que les Etats font ce qu'ils peuvent pour satisfaire les besoins des usagers, les acteurs fondamentaux du monde numérique, c'est à dire les Etats et les entreprises, doivent convoquer à une table commune les représentants des ressortissants du monde numérique, c'est à dire les utilisateurs des ressources, afin de rechercher des solutions meilleures.

Le droit nouveau de l'Union européenne a dégagé des principes de proportionnalité et de subsidiarité dont les valeurs représentant certainement des modèles.

Conclusion

Dans le monde numérique actuel, la souveraineté ne peut retrouver sa puissance qu'en étant conventionnelle et partagée.