

Faut-il réguler Internet ?

Hervé Bourges

*Président du Conseil supérieur
de l'audiovisuel
Président d'honneur
de l'ESJ-Lille*

Nous allons aborder un thème d'actualité, non parce qu'il est à la mode, mais parce que c'est un thème d'avenir dont nous devons traiter sérieusement si nous voulons continuer à déterminer notre destin culturel et notre sort économique : la régulation d'Internet.

C'est dès le plus jeune âge que le bon usage des technologies numériques doit être maîtrisé, et leurs dérives possibles combattues. Préparer les nouvelles générations à la société de l'information, c'est avant toute chose leur apprendre à se méfier des informations et des images qui leur sont proposées, leur apprendre à composer avec la représentation, qui peut toujours être biaisée, surtout quand elle apparaît comme la plus naturelle et la plus fiable. Former les citoyens de demain, c'est d'abord leur enseigner la méfiance et la réserve face aux flots d'informations déversées quotidiennement sur des autoroutes numériques dont les usagers ne reconnaissent, pour l'instant, aucun code ni aucune borne à leur liberté d'expression.

Il est évident que les évolutions induites par l'émergence des nouvelles technologies de l'information impliquent, pour tous les acteurs du monde de la communication, un changement d'univers. Les hommes de communication sont les premiers touchés par cette révolution : lorsque nous travaillons, nous devons réfléchir à la possibilité pour nos images, pour nos textes, d'être vus dans le monde entier. Lorsqu'un média, quelque part dans le monde, livre une information, elle est immédiatement accessible partout.

Cette communication globale est fascinante, mais comme tout ce qui est fascinant, elle est trompeuse. D'une part, elle ouvre des possibilités inconnues d'échanges culturels, de transferts de connaissances et d'informations. Elle permet aux créations de l'esprit de circuler sans les limitations et les freins qui pesaient sur elles. C'est évidemment positif, et cette nouvelle circulation des idées est essentielle dans la lutte contre l'obscurantisme et l'ignorance. D'autre part, elle présente des risques de déviations, principalement commerciales, elle représente un véritable défi pour la survie de droits nationaux pour tous les échanges permis par Internet sans prise en considération des frontières géographiques, et elle comporte des dangers pour la diversité des cultures et des langues, par l'abus de position dominante d'une culture, aujourd'hui encore majoritairement écrasante sur le web.

Les enjeux sont tels, économiques, culturels, politiques, qu'ils concernent forcément le domaine du droit, qui est au confluent de toutes les activités humaines posant les règles qu'elles doivent observer, les barrières à ne pas franchir, les conditions d'acceptabilité des actions qui peuvent être entreprises. Il faut donc regarder les évolutions en cours sans angélisme, mais sans angoisse, avec la volonté de plier les usages possibles des technologies numériques en fonction du type de société que nous voulons construire, des valeurs que nous souhaitons promouvoir, et plus particulièrement, en matière culturelle et en matière d'information, il faut que nous donnions les moyens de faire vivre la diversité des langues, des cultures, des traditions, sur un réseau mondial qui doit être au service de tous et favoriser les échanges à destination de tous, sans tendre à une unification ou à une uniformisation des références.

Je souligne que le rôle des juristes n'est pas seulement d'accompagner les phénomènes de mondialisation ou de dérégulation en cours en se lamentant d'y perdre leur latin, et en limitant au maximum les dégâts : nous sommes à un moment de mutation où le droit doit se faire prospectif, où il doit concevoir de nouvelles catégories, pour intégrer les situations qui apparaissent, et leur donner des cadres juridiques adaptés. Le rôle des juges est essentiel aujourd'hui pour construire, cas particulier après cas particulier, une jurisprudence de l'Internet qui n'échappera pas à quelques allers-retours, qui fatalement sera parfois infirmée ou infléchie, mais qui n'en demeure pas moins, aujourd'hui, l'une des premières sources de droit,

Je me garderai bien de présenter dans la présente analyse le détail de cette jurisprudence en constitution et le cadre juridique dans lequel elle s'insère. Je me contenterai de marquer en quelques points l'approche

que peut avoir un être de communication sur la mutation que nous vivons, et ce qui constitue aujourd'hui la position du régulateur de l'audiovisuel, le CSA, sur la nécessaire régulation d'Internet.

Considérations intempestives

Le premier élément à ne pas négliger, et dont on doit sentir l'accélération, c'est le temps. Qu'on ne s'y trompe pas, les avancées technologiques liées au numérique ne compressent pas seulement les données, les images et les sons : elles compressent également, par voie de conséquence, notre temps de réaction, notre perception de l'avenir, bref l'amplitude classique de notre marge de manœuvre. Les décisions que nous devons prendre réclament d'être arrêtées plus vite, les options juridiques comme les choix stratégiques ou industriels ne peuvent pas faire l'objet de longs débats. Il faut trancher, rapidement, entre plusieurs modèles et plusieurs axes logiques de développement.

La situation des chefs d'entreprises – car les groupes de communication sont d'abord des entreprises comme les autres – est tout, sauf confortable. Ils n'en ont pas terminé avec le développement de la diffusion par satellite que, déjà, ils doivent intégrer celui du numérique hertzien, et ne pas se tromper dans les arbitrages à faire entre diffusion numérique hertzienne de terre et diffusion par Internet, en répartissant les services en fonction de leur distribution optimale... Avec en plus la perspective, de plus en plus proche, d'une diffusion de chaînes thématiques ou locale par Internet, en diffusion numérique hertzienne.

Or, les décisions prises aujourd'hui engagent le développement des entreprises pour une décennie. Une décennie, cela paraît l'éternité au regard du rythme de développement actuel des technologies de l'information. Pour autant, cela ne signifie nullement que nous soyons condamnés à subir cet éclatement de supports et de contenus sans pouvoir influencer sur l'équilibre et la maîtrise de son développement, sur la pluralité et l'universalité de l'accès à l'information et sur les services qu'il est intrinsèquement destiné favoriser. Le véritable enjeu de ces nouvelles technologies consiste à ne céder ni à une fascination contemplative ni à une panique répressive, mais à proposer des réponses capables d'accompagner et d'épouser les contours de ce qui s'apparente désormais à une vague, à une "déferlante".

À trop attendre, le risque serait grand, en effet, pour reprendre une terminologie juridique, que nos délais de réaction soient forclos, qu'il y ait prescription, et que la régulation du cyberspace soit laissée aux seuls intérêts économiques et financiers des grands groupes. À l'inverse, c'est-

à-dire à trop anticiper, le danger qui guette est celui de l'intervention brutale, sorte de couperet qui sous couvert de réorganiser ce nouvel univers ne parviendrait, dans sa précipitation, qu'à restreindre la liberté de création, qui doit pourtant présider à son développement.

Alors comment intervenir sans réfréner, comment encadrer sans restreindre, comment favoriser sans exclure, comment autoriser l'innovation sans tout laisser faire et comment préserver les acquis culturels sans accorder de privilèges indus, pénalisant la création ? Cette question se pose aujourd'hui avec acuité et urgence puisque, dans le même temps, les formidables accélérations techniques que nous connaissons confèrent à chacune des décisions prises dans le secteur d'Internet des conséquences immédiates. C'est donc à cette question que je propose d'apporter un début de réponse, en jetant les bases d'un cadre général d'intervention susceptible, peut-être, de concilier toutes ces exigences.

Pourquoi réguler Internet ?

Pourquoi établir des règles dans un univers qui, précisément, a pu se développer grâce à une totale absence de contraintes, si ce n'est des contraintes techniques, et qui est au surplus immédiatement apparu comme une source inépuisable de liberté pour la communication et les échanges entre les hommes ?

Simplement parce que cet "âge d'or" est aujourd'hui révolu. Au fur et à mesure du développement d'Internet et des possibilités offertes par ce nouveau support en matière de distances, de temporalité et d'abolition des frontières, beaucoup se sont en effet empressés d'y voir ce qu'ils ont appelé « un septième continent ». Un continent certes virtuel, mais au sein duquel il serait possible de reproduire ce que nous connaissons déjà, c'est-à-dire des commerces, des banques, des cinémas, des villes même, bref, toute la panoplie des éléments qui composent nos sociétés contemporaines.

Ce nouveau continent bénéficiait en outre de l'immense avantage d'épouser parfaitement les contours dessinés par la mondialisation, phénomène économique qui se présente comme un effet combiné de la mise en réseaux des télécommunications pour la diffusion des informations, et du développement rapide des capacités de transports, d'échanges de biens, de services et de marchandises. Comme l'écrit Manuel Castells, dans son célèbre ouvrage intitulé *La Société en réseaux* : « Les marchés des biens et des services se globalisent de plus en plus. Cela ne veut pas dire que toutes les entreprises vendent dans le monde

entier, mais que, quelle que soit leur dimension, leur objectif stratégique est de vendre partout où elles le peuvent, soit directement, soit à travers des réseaux qui agissent sur le marché mondial. La nouveauté est qu'il existe effectivement, grâce aux nouvelles technologies de communication et de transport, des circuits et des demandes qui le leur permettent ».

En ce sens, la mondialisation est la rencontre de trois phénomènes indépendants, mais dont le croisement est redoutablement efficace. D'abord, la loi naturelle de l'économie capitaliste qui est de suivre la pente du profit maximum. Ensuite, l'ampleur que donnent à cette loi les nouvelles capacités de déplacement et de transport. Enfin, la diminution des distances, voire leur annulation par les technologies numériques pour ce qui concerne les communications immatérielles, le son, l'image, l'écrit, l'ensemble des connaissances numérisées.

Mais dans cette course en avant, ce que beaucoup de sociétés n'avaient pas compris, c'est que les nouvelles technologies trouvent d'abord leur raison d'être dans la réduction du nombre de relais et d'intermédiaires qui, jusqu'alors, interféraient entre le créateur et l'utilisateur. C'est cette nouvelle architecture économique de la Toile, en complète rupture avec les schémas traditionnels de distribution et de diffusion, qui se trouve à l'origine de la plupart des évolutions qui appellent aujourd'hui des formes nécessaires d'arbitrages.

En effet, pour tenter de conserver intact sur le Net des positions acquises précédemment sur d'autres supports, les industries, notamment dans le domaine des produits culturels, tentent de freiner cet éclatement en fusionnant les unes aux autres, en numérisant leurs milliers de catalogues de contenus pour occuper le terrain et demeurer ainsi incontournables. Dès lors, il ne se passe plus une semaine sans qu'une alliance stratégique, une fusion-acquisition, une OPA plus ou moins hostile, ne vienne confirmer le caractère gargantuesque de cette "ruée vers l'or" et contribuer à la redistribution des cartes géographiques et humaines d'un monde virtuel, qui n'a déjà plus grand chose à voir avec l'espace de liberté absolue qui nous était présenté à l'origine par les pionniers du Web.

Beaucoup le regrettent, d'autres préfèrent même se détourner de ce nouvel outil en fustigeant les assauts répétés des ténors de la nouvelle économie qui, selon eux, dénaturent l'esprit du Net. Notre propos n'est pas ici de porter un jugement de valeur sur des évolutions qui apparaissent largement inéluctables, parce que logiques, mais de réfléchir aux moyens pertinents de maintenir, sur la Toile, les valeurs qui en font la véritable richesse : à savoir la liberté d'accès et la liberté de création, qui ouvrent ensemble à une véritable diversité et à un réel pluralisme –

que freinent les phénomènes de concentration. Je prendrai deux exemples très généraux, l'un dans le domaine économique, l'autre dans le domaine culturel qui illustrent bien l'ampleur des bouleversements auxquels nous devons faire face.

Dans le domaine économique tout d'abord. Pour rationaliser au maximum les investissements financiers et éviter les échecs récemment rencontrés par nombre de sociétés de la nouvelle économie, toutes les possibilités techniques sont désormais utilisées pour suivre pas à pas le parcours de l'internaute et connaître avec précision ses goûts, ses habitudes, ses besoins. Mais à aucun moment, la question ne se pose de savoir quelles répercussions peut avoir, sur la vie privée, ce phénomène de "traçabilité". Or, pour l'heure, les technologies grignotent jusqu'aux garanties offertes par la loi française, notamment celles qui découlent du droit à l'oubli.

Dès 1995, la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) s'inquiétait de la puissance d'indexation et de stockage du Net. Avant l'informatique, l'oubli était en quelque sorte garanti par les limites de la mémoire humaine. Aujourd'hui, il n'est plus qu'un choix social car nous savons que dès que notre nom est diffusé sur le réseau, il nous échappe sous l'effet de la conjonction des intérêts commerciaux d'une société qui réclame de la transparence et des technologies de plus en plus "identifiantes".

En outre, les visions futuristes des industriels et chercheurs ne laissent pas espérer une inversion de cette tendance, car demain nous sortirons de l'ère des ordinateurs personnels, et Internet reliera aussi une foule d'objets, du réfrigérateur à la chaîne hi-fi en passant par le téléphone portable, la voiture, les comptes bancaires, les téléviseurs, etc. Tous les actes du quotidien seront susceptibles d'être observés, fichés, indexés, disséqués. C'est déjà le cas, aujourd'hui même, mais cette présence permanente d'un œil attentif à nos faits et gestes n'a pas encore de conséquences perceptibles dans notre vie courante. Dès qu'elle sera moins inaperçue, elle deviendra aussi objet de droit et je promets aux juristes beaucoup de travail pour en démêler les fils, dans les affaires de discrimination ou de violation du secret de la vie privée qui ne manqueront pas de se multiplier.

Mais l'élément le plus préoccupant réside dans les inégalités que ce phénomène est en train d'engendrer. Se développent en effet des méthodes pour permettre à l'internaute de conserver son anonymat : il peut s'agir de e-mails anonymes ou encore de logiciels offrant au même internaute la possibilité de s'acheter un pseudonyme pour utiliser tous les services gratuits du Net sans dévoiler son identité grâce à un logiciel

de navigation spécifique. Mais cet "antidote" ne pourra profiter qu'à ceux qui savent où le trouver, comment s'en servir et de quelle manière le mettre à jour. Et c'est là que le bât blesse : à terme, la protection de la vie privée ne sera offerte prioritairement qu'à ceux qui savent, qu'à ceux qui maîtrisent les technologies, à l'exclusion de tous les autres.

La formation et l'éducation aux nouvelles technologies ne sauraient suffire à donner à tous les mêmes armes. Faire le pari de se défendre de la technique par cette même technique, c'est admettre que la protection des individus sera toujours inégale. Si nous voulons que les réseaux ne deviennent pas des espaces parallèles au sein desquels règne la loi du plus fort ou du plus habile, si nous voulons tous demain bénéficier d'une même égalité de traitement et disposer des mêmes droits, alors il nous faudra trouver les moyens d'agir de manière à prendre en compte la technique, mais sans s'y laisser prendre.

Dans le domaine culturel, cette fois, les enjeux ne sont pas moins importants. Internet est un formidable outil de communication et d'échanges, mais il sera d'abord et avant tout ce que les opérateurs et les créateurs en feront. Comme le souligne Dominique Wolton, Internet n'est qu'un outil, et un outil n'est pas à lui tout seul une conception du monde, ni un projet humain. Un outil n'est jamais "qu'en puissance", et son efficacité varie selon la manière dont on s'en sert et les tâches qu'on lui assigne. L'instrument Internet peut nous servir à construire une société plus juste et plus solidaire, passant par une ouverture croissante à autrui et une authentique communication entre les hommes et entre les cultures.

Mais l'outil Internet peut aussi être utilisé pour renforcer les phénomènes de domination culturelle des pays riches, accélérer les processus d'assimilation à l'œuvre dans nos sociétés ou accentuer les avantages offerts aux classes sociales déjà privilégiées... Il serait absurde de le nier : la mondialisation des communications soumet toutes les cultures, prises dans leur singularité, à une forme de mise en concurrence puisqu'elles sont de plus en plus également accessibles, en quelque lieu que l'on se trouve. Et il est vrai que lorsque cette concurrence se fait sous le seul empire du marché, les règles qui s'imposent d'elles-mêmes ne tendent pas à une diversité croissante, mais au contraire à une uniformisation, à une concentration des pouvoirs de production et de distribution culturelle, à une standardisation des messages, des genres, des œuvres. De sorte que le danger le plus grave est celui de la facilité, de la paresse et à terme, celui de l'exclusion parce qu'il est toujours plus naturel d'aller au plus simple, au plus rapide, à ce qui est d'emblée offert sans veiller, au préalable, à ce que toutes les cultures, toutes les identités puissent se connecter, créer leur propre univers, se ménager ensuite une parole sur la Toile et ainsi prendre part à cette formidable aventure.

Quand on regarde autour de soi, on constate que tous les pans de la société s'enrichissent grâce au métissage, grâce au dialogue des cultures et à l'interpénétration des disciplines artistiques et des savoir-faire. Il serait pour le moins dommageable que ce même mouvement, cette même aspiration ne se retrouvent pas demain sur le réseau des réseaux alors même que son architecture en fait un carrefour privilégié de création, un lieu ouvert à tous les vents, à toutes les langues et à toutes les complicités.

C'est précisément parce qu'Internet ne représente aujourd'hui qu'un outil "en puissance" qu'il nous faut l'orienter, prévenir ses dérives, accompagner au mieux son développement, en harmonie avec les idéaux de partage, de droit, de diversité dont il est intrinsèquement porteur.

Certains astronomes pensent qu'à chaque trou noir correspond, sur un autre plan dimensionnel, une fontaine blanche, c'est-à-dire un jaillissement permanent d'énergie et de matière renouvelée. C'est sans doute l'image la plus appropriée pour qualifier Internet. Grâce à ce nouvel outil, nous ne convergions pas vers un point unique, nous ajoutons au contraire de la complexité, de l'hybridation, de la différence et c'est ce mouvement naturel que la régulation doit parvenir à épouser et à retranscrire.

Comment réguler Internet ?

Il faut d'abord procéder à une clarification importante car les concepts les plus couramment employés à propos de la régulation d'Internet ne sont pas des concepts rigoureux, et ils masquent souvent bien des malentendus. Ainsi, le mot "régulation" prend en anglais le sens de "réglementation" alors qu'en français, la régulation est précisément une méthode qui se fonde sur le refus d'une réglementation stricte par l'État, et qui passe par une adaptation, au cas par cas, du droit, aux spécificités d'un marché, par une autorité neutre et indépendante, garante à la fois de l'intérêt général et de la bonne santé économique d'un secteur d'activités.

Plus grave encore, la confusion qui existe sur le sens du mot co-régulation : certains y voient une manière pour les États d'obliger les opérateurs d'Internet à exercer eux-mêmes une auto-discipline, d'autres comprennent la co-régulation comme un transfert du pouvoir d'édicter des codes et de sanctionner des dérives possibles à des structures de régulation qui émaneraient des opérateurs eux-mêmes. En fait, la "co-régulation" est extrêmement utile si elle est pensée comme l'institution de structures de concertation et de dialogue entre acteurs privés et publics

de l'internet. Car il est clair que l'action de la police et de la justice ne peut être transférée à des autorités de co-régulation indépendantes des États : cela se traduirait à terme par une régression démocratique. De même, il n'est pas possible de demander aux acteurs eux-mêmes d'être juges et parties, et de contrôler et éventuellement de sanctionner leurs propres dérives, pas plus en matière de télécoms, de tarifications d'accès que d'audiovisuel ou de commerce électronique. Comme le disait il y a un an à l'UNESCO le vice-président de l'autorité de régulation australienne, Gareth Grainger, au sujet de cette dernière acceptation : « L'auto-régulation ne serait que le faux-nez d'un gouvernement commercial mondial aux mains de quelques grands groupes dont les intérêts sont liés ».

La tenue à Paris en décembre 1999, à l'initiative du Conseil supérieur de l'audiovisuel, du premier Sommet mondial des régulateurs a marqué une avancée décisive en matière de régulation d'Internet. Cette réflexion internationale, bénéficiant de la contribution de l'ensemble des régulateurs mondiaux, a permis que soit élaborée une analyse de plus en plus précise des modalités de régulation du Web. Un large consensus s'est en effet établi autour de l'idée que le cadre juridique susceptible d'être appliqué devait l'être en fonction de la nature des services proposés et non des supports et que, par conséquent, la régulation de la Toile ne serait pas "une", mais "multiple". À des enjeux de société différents (commerce, information, communication privée, communication audiovisuelle, lutte contre la cybercriminalité, etc.), il faudra appliquer, comme pour toutes les activités humaines, des règles spécifiques. Ni régulation unique, ni simple co-régulation, il faudra parler d'une "multi-régulation", c'est-à-dire de coexistence sur le réseau de plusieurs types de régulation répondant à des objectifs différents, par des méthodes différentes et également légitimes.

Le juge, le régulateur de l'audiovisuel, le régulateur des Télécoms, le régulateur de la concurrence et celui des marchés financiers, mais aussi les professionnels : chacun a sa place aujourd'hui et aura demain son rôle, aucun ne se substituera aux autres et on ne convergera pas non plus vers une "super autorité" de l'Internet.

Cette définition rejoint d'ailleurs les perspectives ouvertes par la Commissaire européenne Viviane Reding, qui soulignait « l'étroite complémentarité que nous devons dégager entre les moyens de régulation et les moyens de stimulation de l'initiative privée » et c'est également sur cette voie de la multi-régulation que le Premier ministre, Lionel Jospin, a souhaité s'engager lors de l'université de la communication d'Hourtin en septembre 1999.

Une telle approche plurielle de la régulation d'Internet comporte en effet deux avantages principaux. D'une part, elle permettra de mieux répondre à la pluralité des activités présentes sur la Toile. De manière presque symétrique, les autorités classiquement compétentes pour connaître tel ou tel secteur le seront à nouveau pour encadrer ces mêmes secteurs quand ceux-ci auront fait l'objet de prolongements sur la Toile. L'expérience acquise par ces autorités sur les supports traditionnels assurera aussi une adaptation rapide et concertée des règles sur le Net, sans rupture ou revirement brutal, sans créer d'incertitudes chez les opérateurs. D'autre part, elle permettra de mieux faire face à la dimension internationale d'Internet. Lors du Sommet mondial des régulateurs, la majorité des participants a également souligné que l'harmonisation des principes de régulation à l'échelle mondiale paraissait inaccessible à court terme et qu'il convenait d'associer la complémentarité et la coordination entre les échelons nationaux et internationaux.

Or, là encore, le contexte international qui s'applique désormais à toute activité économique a conduit depuis plusieurs années les différentes autorités à tisser des liens durables et féconds avec leurs homologues étrangers et à multiplier les échanges et les confrontations pour mettre en place de véritables coopérations et partenariats. S'agissant par exemple des logiciels de filtrage qui permettent à l'utilisateur final de procéder lui-même à une forme de régulation, nombre de pays ont décidé de ne pas se contenter des seuls logiciels américains existants sur le marché et ont entrepris la réalisation de nouveaux logiciels, de manière à mieux répondre aux spécificités de tel ou tel type de public, aux contextes, aux cultures et aux mœurs nationales ou régionales. C'est notamment le cas de l'Australie et de Singapour, ou des sept pays membres de l'Association des pays du Sud-Est asiatique, qui ont décidé de réguler collectivement les communications sur Internet pour se prémunir contre l'invasion pornographique qui les menaçait, mais c'est aussi le cas de l'Europe à travers le projet européen INCORE – même s'il est largement noyauté par les intérêts des grands industriels de la nouvelle économie. Symétrie toujours donc, car aux réseaux de l'Internet devront répondre les réseaux déjà éprouvés par la régulation pour rapprocher les autorités nationales entre elles et pour trouver les meilleures complémentarités possibles à l'échelon international.

On le voit, et sans sous-estimer les chantiers considérables qui nous attendent, la multi-régulation apparaît comme le seul moyen pertinent d'épouser les contours dessinés par le Web. À la fois en encadrant au cas par cas la multiplicité des activités qui s'y développent et en appréhendant de manière collective, au niveau international, les enjeux

d'un outil qui se joue des distances comme des frontières. Enfin le dernier atout des régulateurs existants lorsqu'ils se saisissent de ces objets nouveaux que sont les services offerts sur Internet, c'est leur habitude de multiplier, à toutes les étapes, les phases nécessaires de dialogue et de concertation entre acteurs, opérateurs, utilisateurs, pouvoirs publics.

Il faut pourtant qu'émerge, à un niveau international, un cadre capable d'accueillir cette concertation mondiale entre les différents types de régulateurs concernés. Cette structure ne doit pas seulement se préoccuper des aspects commerciaux de l'avenir d'Internet, mais aussi des volets culturels, sociaux, scientifiques, de l'impact d'Internet dans le développement de l'éducation et dans l'essor de la communication dans le monde. Cette enceinte internationale nous semble pouvoir et devoir être l'UNESCO, l'Organisation des Nations unies pour l'éducation, la science, la culture et la communication. C'est l'option qu'ont défendue, avec le Conseil supérieur de l'audiovisuel, la plupart des régulateurs des 66 pays réunis dans le cadre de notre sommet mondial.

La régulation comme pédagogie de la responsabilité

Il ne fait pas toujours bon, en ces temps de révolution technologique, être classé "régulateur". De quelle curiosité institutionnelle placée entre les opérateurs et le public parlons-nous ? Au moment où les techniques modernes suppriment les intermédiaires, permettent à chacun d'entre nous d'enjamber la rampe pour monter sur la scène et participer au spectacle, pourquoi ne pas faire confiance à la relation directe entre diffuseur et spectateur ? Réguler, vous diront les sceptiques, n'est-ce pas placer un grain de sable dans la mécanique bien huilée des marchés et des capitaux ?

Sans être un gendarme et encore moins un censeur, le régulateur est avant tout un partenaire, un modérateur et un arbitre dont toute l'action vise à mettre en place, dans l'esprit de opérateurs, une pédagogie de la liberté et de la responsabilité. Pour prendre l'exemple du Conseil supérieur de l'audiovisuel que je préside maintenant depuis presque six ans, il n'intervient jamais a priori, contrairement à ce que l'on imagine souvent, mais uniquement a posteriori, une fois que l'œuvre a été diffusée, laissant ainsi aux diffuseurs la liberté et la responsabilité de leurs actes. Que ce soit dans le cadre d'obligations légales ou dans le cadre d'obligations découlant d'une interprétation rendue nécessaire du fait de l'imprécision de la loi, les opérateurs du secteur d'activités concerné sont toujours étroitement associés aux règles qui sont édictées.

Avant d'être envisagée dans sa mouture définitive, une loi s'appuie toujours sur un certain nombre de concertations opérées entre les professionnels concernés et l'instance de régulation qui sera chargée de faire respecter les dispositions de la future loi. De même, si la loi comporte de nombreuses imprécisions ou incertitudes en raison des évolutions économiques nouvelles que celle-ci ne pouvait prendre en compte au moment de sa promulgation, les interprétations rendues nécessaires font toujours l'objet de concertations avec les opérateurs pour envisager, avec eux, la meilleure manière de conjuguer liberté d'entreprendre et pluralisme, liberté de l'information et respect de la personne humaine ou encore protection de l'enfance.

Pour donner un éclairage actuel à mes propos, je ferai rapidement référence au numérique hertzien terrestre et à la consultation que la nouvelle loi sur l'audiovisuel a demandé au CSA de mener : dans la mise en œuvre de ce nouveau mode de diffusion qui va faire passer de 6 à 36 le nombre de chaînes diffusées sur les ondes hertziennes dans toute la France, le législateur a donné une très grande liberté d'action au CSA pour définir les conditions d'attribution de cette nouvelle ressource, mais aussi les conditions techniques dans lesquelles elle sera développée sur tout le territoire, zone par zone.

Cela ne signifie pas que nous procédions désormais de manière arbitraire, en posant des règles que nous serions seuls à concevoir, protégés par le secret de nos délibérations. Tout au contraire, nous avons opté pour une totale transparence, en réunissant régulièrement les opérateurs, leurs techniciens, leurs responsables de programmes pour qu'à chaque étape, nous puissions procéder à des concertations contradictoires qui nous permettront de trancher de manière équilibrée et parfaitement informée. Il est évident que ce travail de concertation, étape par étape, ne peut pas être réalisé par le Parlement. L'autorité de régulation est dans son rôle quand elle met ainsi en œuvre la volonté du législateur, au plus près des intérêts du secteur d'activités concerné et des téléspectateurs.

La loi du 1^{er} août 2000 porte déjà en elle les perspectives de la multi-régulation et son interprétation apporte un exemple particulièrement éclairant d'une régulation en mouvement, entièrement articulée autour de deux notions clés : liberté et responsabilité. La loi oblige désormais les fournisseurs d'accès et hébergeurs de sites à contrôler les contenus. Techniquement, le fournisseur d'hébergement assure « le stockage direct et permanent » des données, accueillant ainsi sur son espace des sites, alors que le fournisseur d'accès se contente d'ouvrir les voies de navigation pour atteindre ceux-ci. La loi oblige donc le fournisseur

d'accès à proposer à l'internaute un moyen technique pour entraver l'accès à certains sites. Concrètement, les parents doivent pouvoir installer des logiciels de censure pour protéger leurs enfants. L'obligation du fournisseur d'accès s'exerce donc a priori car elle n'entrave pas sa liberté et a pour objet d'inciter l'internaute à exprimer une volonté vertueuse d'abstention, sans entraver sa puissance de navigation. À l'inverse, concernant le fournisseur d'hébergement d'un site au contenu illicite, si un juge lui en donne l'ordre, il doit « agir promptement pour empêcher l'accès à ce contenu ». S'il ne procède pas à ces diligences, il sera responsable civilement et pénalement. L'obligation du fournisseur d'hébergement est donc ici a posteriori, car elle réduit la liberté de l'hébergeur et a pour objet d'interdire à l'internaute l'accès à certains sites.

Dans l'affaire Yahoo, le Tribunal de grande instance de Paris a suspendu la condamnation du portail Yahoo, en sa qualité de fournisseur américain d'hébergement, pour ordonner une expertise sur la possibilité de bloquer l'accès à un site nazi aux internautes français. Mais la loi nouvelle n'a pas remis en cause l'ordonnance par laquelle le juge a affirmé que Yahoo France, fournisseur d'accès mais non fournisseur d'hébergement, a l'obligation d'informer tout internaute des risques de sanction qu'il encourt par la consultation du site en cause. Ainsi, le juge impose au fournisseur d'accès une obligation que la loi n'a pas prévue à l'encontre de celui-ci. Mais c'est une obligation d'information à destination de l'internaute, qui n'entrave en rien la liberté liée à son activité d'hébergeur.

Il faut donc articuler solution légale et solution jurisprudentielle : en cas de contenu illicite d'un site, coexistent désormais une responsabilité des fournisseurs d'hébergement du fait de la loi du 1^{er} août 2000, et une responsabilité des fournisseurs d'accès sur le fondement de la responsabilité civile générale. La différence sera donc la suivante : lorsque le contenu d'un site est contraire au droit, la responsabilité du fournisseur d'hébergement est automatique s'il ne réagit pas à l'ordre du juge et elle peut être non seulement civile mais encore pénale, alors que la responsabilité du fournisseur de son accès suppose l'établissement d'une faute et ne peut être que civile.

En clarifiant ainsi les obligations respectives des principaux prestataires du Web, le juge est en train de jeter les bases du cadre futur de la multi-régulation. Demain, lorsque le haut-débit favorisera la diffusion d'émissions, de long-métrages et de toutes sortes d'œuvres audiovisuelles, le CSA pourra s'appuyer sur cette jurisprudence existante, oscillant entre liberté et responsabilité, pour à son tour y

adapter une jurisprudence audiovisuelle (labellisation, signalétique des programmes) susceptible de servir ensuite à d'autres régulateurs, sans cesser de promouvoir des valeurs aussi essentielles que la protection de l'enfance, la dignité de la personne humaine, la diversité culturelle, le pluralisme des opérateurs, etc.

Conclusion

Internet n'est déjà plus l'espace de non-droit dont rêvaient ses pionniers, défrichant un univers de communication instantanée et affranchie des limites des médias anciens, journaux, radios, télévisions... Les règles qui s'y instaurent, et qui sont bien souvent jusqu'à aujourd'hui le fait des opérateurs eux-mêmes, ou des juges qui s'emparent des litiges qui concernent les sites, sont pour l'instant, pour l'essentiel, des règles de protection commerciales destinées à rassurer les utilisateurs et à permettre un développement plus rapide des activités marchandes et des échanges numériques...

Pour autant, ces enjeux ne sont pas les plus essentiels, si l'on veut bien considérer l'avenir d'une société de l'information où le fonctionnement des réseaux sera la clef des pratiques culturelles, mais aussi politiques ou sociales. Dès lors, il est évident que les valeurs fondamentales de nos sociétés devront trouver leur traduction dans le cyberspace. Tout devra être mis en œuvre pour assurer la préservation de la diversité culturelle, du pluralisme, de la liberté d'expression et de création, de la richesse humaine, fondée sur la multiplicité des cultures et des sociétés. Fatalement, ce combat permanent pour la protection des créateurs et des penseurs va devoir utiliser de nouvelles armes juridiques... ■

* *Le présent texte est issu de la leçon inaugurale prononcée par Hervé Bourges, à Lille, pour le lancement du DESS de Droit du cyberspace créé au sein de la faculté des Sciences juridiques, politiques et sociales de l'Université de Lille 2, octobre 2000.*