

La liberté est-elle soluble dans notre droit et notre économie actuels ?

Dorian PIETTE – Breizh Entropy Congress, samedi 17 avril 2010 – 12h

« *Ce sont les sociétés de contrôle qui sont en train de remplacer les sociétés disciplinaires.* »
Gille DELEUZE, *Pourparlers*, Minuit, 1990.

« *Au moyen d'un panoptique, la prudence intérieure d'un seul individu est un meilleur gage de succès que ne le serait, dans tout autre système, la probité d'un grand nombre.* »
Jeremy BENTHAM, *Panoptique* (1839).

« *Sur lui-même, sur son corps et son esprit, l'individu est souverain.* »
John Stuart MILL, *De la liberté* (1859).

« *Le vertige qui saisit l'homme devant la multitude des possibles est donc fait à la fois d'angoisse et d'ivresse (...).* »
Jean GRENIER, *Entretiens sur le bon usage de la liberté*, Gallimard, 1948.

« (...) *l'idée de Dieu implique l'abdication de la raison et de la justice humaine et aboutit nécessairement à l'esclavage des hommes, tant en théorie qu'en pratique.* »
Michel BAKOUNINE, *Dieu et l'Etat* (1871)¹.

Toutes ces citations ne nous feront pas revenir plus en détail sur la polysémie de la notion de liberté. Parler donc de liberté dans les sciences humaines n'est pas chose aisée. Toutefois, on peut en dégager des traits saillants, ou tout du moins des définitions sur lesquelles on peut s'accorder.

En **droit**, par exemple, il y a une définition légale² de la liberté, qui emporte des conséquences juridiques substantielles – nous pourrions y revenir. L'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen (DDHC)³ du 26 août 1789 énonce en effet :

« **La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui ; ainsi, l'exercice des droits naturels de chaque homme n'a de bornes que celles qui assurent aux autres Membres de la Société la jouissance de ces mêmes droits. Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la Loi.** »

¹ Toutes ces citations sont extraites de *Antimanuel de philosophie – Leçons socratiques et alternatives*, Michel ONFRAY, éd. Bréal, 2001.

² Légale, au sens large de la Loi.

³ Disponible à cette adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/la-constitution/la-constitution-du-4-octobre-1958/declaration-des-droits-de-l-homme-et-du-citoyen-de-1789.5076.html>.

Cet article, qui est intégré dans ce que l'on appelle le bloc de constitutionnalité⁴, fait non seulement partie de notre droit positif, mais est également au nombre des normes de référence utilisées par le Conseil constitutionnel pour contrôler la conformité des lois à la Constitution. Il explique aussi que toutes les restrictions à une liberté quelconque (exemple actuel de la loi sur la burqa) doivent passer par une loi, et non un décret ou un arrêté par exemple.

En **économie**, le terme de liberté n'est pas aussi clair. On parle de libéralisme⁵, de libre-échange. Dans le cadre de l'analyse microéconomique orthodoxe, l'hypothèse de rationalité des individus sous-tend leur liberté (de choix – sous contraintes).

David HUME, dans son *Traité de la nature humaine* (1737), propose une synthèse de ce qu'on peut considérer comme les fondements du libéralisme ou de l'Etat gendarme :

- primauté des droits naturels individuels, et le droit de propriété en est un ;
- limitation du rôle de l'Etat à la mise en place et au maintien des conditions économiques, sociales et politiques favorables aux échanges entre individus ;
- le marché est le moyen de régulation qui permet de satisfaire les aspirations individuelles au bien-être.

Ahmed SILEM, *L'économie politique – Bases méthodologiques et problèmes fondamentaux*, éd. Armand Colin, coll. « Coursus », 2004, p.59.

Le libre-échange, quant à lui, s'oppose au protectionnisme. Si, dès le XVIII^{ème} siècle, des auteurs avaient vanté les mérites du libre-échange⁶, il faut reconnaître qu'aujourd'hui cette conception est dominante à travers l'Organisation mondiale du commerce (OMC⁷), et cela en dépit des critiques⁸, ou des nuances⁹ apportées à cette primauté. Le libre-échange suppose la lutte contre tous les obstacles tarifaires et non tarifaires dans le commerce international.

Trois concepts essentiels sont à la base du GATT :

- la non-discrimination, qui englobe le traitement national (le produit importé doit être traité comme le produit domestique) et la clause de la nation la plus favorisée (toute concession commerciale faite par un Etat à un autre est automatiquement étendue à tous) ;
- la transparence, qui repose sur l'obligation faite aux Parties Contractantes de notifier leurs mesures commerciales ;
- la consolidation : quand on a réduit un droit de douane on ne peut plus le relever, sauf à accorder au partenaire lésé une compensation. Aussi les droits abaissés après négociation sont-

⁴ Depuis la décision du Conseil constitutionnel n°71-44 DC du 16 juillet 1971.

⁵ Du latin *liber* (homme libre, de condition libre).

⁶ Ou tout du moins, leurs fondements théoriques : Adam SMITH, David RICARDO notamment.

⁷ Pour une présentation synthétique et claire de l'OMC, à la fois sous ses aspects juridiques et économiques, voir *L'organisation mondiale du commerce*, Daniel JOUANNEAU, éd. PUF, coll. « Que sais-je ? », 1^{ère} édition 1980, 4^{ème} édition refondue 2003. Pour une présentation (très) critique de l'AGCS, voir *L'AGCS – Quand les Etats abdiquent face aux multinationales*, Raoul Marc JENNAR et Laurence KALAFATIDES, éd. Raisons d'Agir, 2007.

⁸ Théorie du protectionnisme éducateur de Friedrich LIST (1789-1846), et tout un pan de l'économie du développement, notamment.

⁹ Paul KRUGMAN, *La mondialisation n'est pas coupable – Vertus et limites du libre-échange*, 1996, éd. La Découverte, trad. fr. Anne Saint-Girons, 2000.

ils « consolidés ». Si, pour se protéger de la concurrence des produits étrangers, l'Etat qui avait réduit ses droits les relève, cette « déconsolidation » ouvre une négociation sur de nouvelles concessions, qui seront à leur tour consolidées. Toute accession au GATT entraîne automatiquement une offre de baisse de tarifs de la part du pays candidat, une négociation, et la consolidation de ses résultats. C'est le droit d'entrer à payer pour devenir membre du club.

Daniel JOUANNEAU, *L'Organisation mondiale du commerce, op. cit.*, pages 11 et suivantes.

Pour en revenir à notre sujet, la gratuité en économie pose un défi de taille à l'économiste ; en effet, dans la théorie économique, le prix est un signal ; c'est le mode essentiel de coordination des agents économiques, dans une économie de marché. En d'autres termes, ce sont les prix qui guident les actions des agents, avec des questions aussi essentielles telles que : que dois-je produire, et comment ? Que dois-je, que puis-je acheter ?

Si tel bien n'a pas de prix, n'est pas valorisé sur un marché, comment savoir sa quantité optimale de production ? Comment ce bien peut-il être produit en retour ? Nous essayerons de répondre à ces questions.



Pourquoi faire le pari de la pluridisciplinarité ? Formation oblige, tout d'abord. Ensuite, richesse du débat : les sciences sociales, dont font partie le droit et l'économie, ne sont à l'évidence pas cloisonnées, contrairement à ce que voudraient nous faire croire certains enseignements universitaires.

Les débats autour de grandes lois, spécialement depuis une poignée d'années (LCEN, DADVSI, HADOPI...), n'ignorent pas leurs enjeux économiques sous-jacents. Par ailleurs, les choix politiques qui sont faits, traduits dans notre droit, peuvent être des applications directes de théories économiques.

Mais la liberté dépasse évidemment les champs du droit et de l'économie ; par exemple, une des problématiques centrales de la théorie des organisations est l'intégration des comportements individuels libres dans des entreprises collectives communes¹⁰.

« *La liberté est-elle soluble dans notre économie et notre droit actuels ?* »

La question mérite d'être posée. Il ne s'agit ici pas d'apporter une réponse claire et précise, mais de se poser des questions pertinentes, de (re)venir à certains fondamentaux, de proposer des pistes de réflexion pour lesquelles économistes et juristes ont toute leur place dans le débat.

D'une part, la culture¹¹, l'information et la connaissance sont devenues de fait des biens libres au sens économique du terme (non-exclusion par les prix, non-rivalité). La théorie des biens publics en économie permet d'appréhender ce phénomène et, éventuellement, de trouver les solutions à cette transformation majeure qu'a amenée Internet. Mais cela pose également le problème de la viabilité de ce modèle économique, dans la mesure où la connaissance est devenue accessible à tous et quasiment gratuite.

D'autre part, le droit des médias et de l'informatique est en pleine expansion, et surtout en plein renouvellement depuis les années 1990 et la démocratisation des technologies de l'information et de la communication. A l'évidence, le législateur a dû s'adapter à ce nouveau phénomène et se doit d'opérer des choix politiques retranscrits dans notre droit. La question qui se pose alors est de savoir concilier la liberté des individus avec d'autres impératifs inhérents à toute société contemporaine.

C'est pourquoi nous aborderons cette question en deux temps : l'appréhension de la connaissance par la théorie économique et les enjeux économiques de la gratuité (I), avant de s'attarder sur la régulation juridique de la société libre et son application aux nouvelles technologies (II).

¹⁰ Postulats : primat de l'individualisme, disparition des structures et idéologies dans lesquelles l'individu s'efface au profit du groupe.

¹¹ Entendue ici au sens de culture librement accessible (sur Internet par exemple). On peut distinguer cette culture « libre » et gratuite, de la culture payante (cinéma, théâtre...) assimilable à un bien privé (répondant aux caractères d'exclusivité et de rivalité), de celle encore qui est payante et considérée comme *nécessaire*, donc subventionnée. Merci à Nina pour cette remarque ! ☺

I. L'appréhension de la connaissance par la théorie économique et les enjeux économiques de la gratuité

Les **biens libres**¹² (connaissance, musique, logiciels libres...) sont devenus des biens publics (A), ce qui appelle de nouveaux enjeux, une nouvelle régulation, une nouvelle approche (B).

A. Les biens libres, des biens publics

D'un point de vue strictement économique, on peut dire que la connaissance, la musique, les logiciels libres... disponibles gratuitement et en masse sur Internet sont devenus, *de facto* et non *de jure*, de véritables **biens publics**.

Le point commun est que tous ces services sont des *idées*, et non des objets. Celles-ci, au contraire des objets, ne doivent être produites qu'une seule fois afin de pouvoir être utilisées.

Un bien public¹³ se caractérise par deux critères cumulatifs¹⁴ :

- non-exclusion par les prix ;
- non-rivalité.

Non-exclusion par les prix, tout d'abord : en effet, l'utilisation du bien en question ne peut être restreinte à une ou plusieurs personnes en particulier, dans la mesure où la gratuité entraîne ce que l'on appelle traditionnellement en économie le phénomène du « passager clandestin » : si un producteur venait à monnayer un bien public comme l'air pur (devenant de fait marchand du fait de sa rareté), il ne viendrait à l'idée de personne de payer pour cela : l'accès libre entraîne un usage illimité et gratuit de la part des consommateurs. On peut se poser la question ici du gaspillage... !

Non-rivalité, ensuite : un bien non rival ne s'expose à aucun effet d'encombrement. Une route, par exemple, pourra être libre d'accès mais devenir saturée en fin d'après-midi. Un logiciel, en revanche, ne connaîtra pas ce phénomène : le téléchargement ou son utilisation par une personne, tout comme par un million de personnes, n'en diminuera pas son accès.

On perçoit ici tout de suite que la vente d'un service s'avère économiquement très rentable : coûts de production *a priori* peu élevés, coûts marginaux de duplication faibles voire nuls, et large diffusion possible sans coûts de transport.

On peut toutefois émettre une objection : les biens que l'on évoque ici (connaissance, logiciels, musique...) ne sont disponibles qu'à travers Internet.

¹² On peut se permettre cette expression hybride ; le droit connaît les biens matériels et les biens immatériels, alors que l'économie distingue les biens (matériels) des services (immatériels). Ce dont on parle ici, ce sont juridiquement des biens immatériels et économiquement des services...

¹³ Pour une présentation succincte et claire, voir Daniel COHEN, *Richesse du monde, pauvretés des nations*, éd. Flammarion, coll. « Champs », 1997, pages 60 à 62.

¹⁴ Définis par l'économiste Paul Anthony SAMUELSON (1954).

Question : Internet est-il libre d'accès ? Intuitivement, on peut dire que son accès est payant, et que son utilisation est complètement libre d'accès une fois ce « droit d'entrée » acquitté.

La jurisprudence constitutionnelle a eu, incidemment, l'occasion de se prononcer sur la question. En effet, la décision du Conseil constitutionnel n°2009-580 DC du 10 juin 2009¹⁵, « *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet* », dite loi HADOPI 1, a censuré les dispositions tendant à conférer à la Haute autorité pour la diffusion des œuvres et la protection des droits sur Internet (HADOPI), qui est une autorité administrative indépendante (AAI) – et non une juridiction –, le pouvoir exclusif de suspendre un accès à Internet.

En se fondant sur l'article 11 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789, lequel prévoit que « *La libre communication des pensées et des opinions est un des droits les plus précieux de l'Homme : tout Citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement, sauf à répondre à l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la Loi* », le Conseil constitutionnel français considère¹⁶ « *qu'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, ce droit implique la liberté d'accéder à ces services.* »¹⁷

Si le Conseil reconnaît qu'il est loisible au législateur, sur le fondement de l'article 34 de la Constitution¹⁸, « *d'édicter des règles de nature à concilier la poursuite de l'objectif de lutte contre les pratiques de contrefaçon sur internet avec l'exercice du droit de libre communication et la liberté de parler, écrire et imprimer* », il nuance toutefois son propos et souligne « *que, toutefois, la liberté d'expression et de communication est d'autant plus précieuse que son exercice est une condition de la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés ; que les atteintes portées à l'exercice de cette liberté doivent être nécessaires, adaptées et proportionnées à l'objectif poursuivi* »¹⁹.

Le Conseil en conclut que les pouvoirs de l'HADOPI, qui est une AAI et non une juridiction, « *peuvent conduire à restreindre l'exercice, par toute personne, de son droit de s'exprimer et de communiquer librement, notamment depuis son domicile ; que, dans ces conditions, eu égard à la nature de la liberté garantie par l'article 11 de la Déclaration de 1789, le législateur ne pouvait, quelles que soient les garanties encadrant le prononcé des sanctions, confier de tels pouvoirs à une autorité administrative dans le but de protéger les droits des titulaires du droit d'auteur et de droits voisins* »²⁰.

Certains auteurs ont pu en déduire que le droit d'accès à Internet (ou le droit d'être connecté à Internet) est alors devenu un nouveau droit fondamental²¹, un droit constitutionnel dérivé de l'article 11 de la DDHC. Ce n'est plus le contenu qui serait ainsi protégé, mais son accès

¹⁵ Disponible à cette adresse : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2009/2009-580-dc/decision-n-2009-580-dc-du-10-juin-2009.42666.html>.

¹⁶ Considérant n°12.

¹⁷ Nous soulignons.

¹⁸ Lequel énumère les domaines réservés à la loi, l'article 37 réservant tous les autres domaines au règlement (les décrets, en pratique).

¹⁹ Considérant n°15.

²⁰ Considérant n°16 (nous soulignons).

²¹ « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », Laure MARINO, *Recueil Dalloz*, 2009.2045.

également. Si le Conseil protège son accès à « *toute personne* », on peut toutefois s'interroger sur l'invocabilité de ce nouveau droit et sur son effectivité : comment revendiquer un service par nature payant ?

Certes, on estime qu'il y aura environ 46 millions d'internautes en France en 2013 ; certes, le Wi-Fi est accessible assez aisément, et de plus en plus dans certains lieux publics. Mais l'accès à Internet, lui-même, suppose l'accès à un ordinateur... On voit donc que le droit d'accès aux nouvelles technologies n'est pas sans poser de substantiels problèmes.

A nouveau statut, nouveaux enjeux ?

B. Les enjeux économiques de la gratuité

Chacun s'accorde naturellement à reconnaître l'utilité des biens publics (au nombre desquels on peut compter les fonctions régaliennes de l'Etat, comme la police, la justice ou l'armée, mais aussi des services qui ne font pas partie de cette catégorie, comme l'éclairage public), quand bien même aucune entreprise privée, aucun agent économique ne serait rationnellement prêt à financer un tel service, faute de rentabilité. C'est la raison pour laquelle les biens publics sont considérés par la théorie économique comme l'une des trois grandes défaillances du marché, avec les externalités et les monopoles naturels.

La spécificité de nos biens « libres » est que non seulement ils constituent des biens publics, mais génèrent également des **externalités positives**.

1. Les biens libres, générateurs d'externalités positives

D'une manière générale, constitue une externalité toute décision d'un agent économique qui produit des effets sur l'utilité²² d'un autre agent, ces effets ne s'opérant par aucun mécanisme de prix. En clair, l'agent économique à l'origine de l'externalité de production ou de consommation ne prendra pas en compte dans son prix le coût de l'externalité (positive ou négative), et celui-ci ne sera pas répercuté par un biais monétaire sur les agents qui en profitent ou qui la subissent. On distingue en général les externalités de consommation et de production, et les externalités négatives et positives, ce qui nous donne quatre catégories possibles²³.

Les mécanismes de marché traditionnels, impuissants ici face à l'absence de signal par les prix, aboutissent à **une sous-production naturelle d'externalités positives et à une surproduction spontanée d'externalités négatives**²⁴.

²² Ou le bien-être, en des termes plus prosaïques.

²³ Exemples ; une externalité positive de production : l'apiculteur, qui permet au verger voisin une meilleure pollinisation. Une externalité négative de production : une usine qui pollue une rivière, les voisins n'ont plus accès à l'eau potable. Une externalité négative de consommation : je prends l'avion pour voyager (au lieu du train), je pollue l'atmosphère.

²⁴ Pour une présentation limpide, voir *Principes de l'économie*, Gregory MANKIWI, trad. fr. Eric BERTRAND, éd. Economica, 1998, « Chapitre 10. Les externalités », pages 261 et suivantes.

Afin de corriger les effets de ces externalités positives de production²⁵, on peut recourir à des mécanismes publics de correction :

- par la protection des droits de propriété intellectuelle et la mise en place de brevets ;
- par la subvention à la production de ces externalités.

La mise en place de brevets existe déjà et est économiquement efficace. Simplement, elle n'est par définition pas compatible avec la liberté des logiciels ou encore le libre accès à la culture...

La subvention, en revanche, semble la solution la plus pertinente dès lors que les agents économiques ne produiraient spontanément pas de tels biens, en l'absence de toute contrepartie *a priori*.

On peut aussi internaliser les externalités par des solutions privées : code moral, sanctions sociales, recours à des solutions de marché ou à des contrats...

2. L'impossible régime de ces biens publics ?

Afin de favoriser la production de biens publics, ceux-ci doivent être pris en charge par un acteur qui puisse contraindre chacun à participer à leur financement.

On pense donc naturellement à l'Etat, indirectement *via* la SACEM (Société des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique). Cette société civile à capital variable chargée d'une mission de service public ne réalise pas de bénéfices et, après déduction du coût de la gestion, redistribue 84,82% des sommes perçues aux auteurs, compositeurs et éditeurs de musique français et étrangers²⁶.

A titre d'information, en 2007, la SACEM a perçu 759,1 millions d'euros de droits et en a réparti 643,5 millions, pour plus de 120.000 sociétaires²⁷.

C'est aussi l'idée de la taxe sur la copie privée, qui a rapporté en 2007 plus de 163 millions d'euros.

On pourrait aussi penser à l'Etat, directement : des producteurs de biens publics générateurs d'externalités positives ? Les enseignants le sont, et ils sont fonctionnaires. Cela reste une possibilité théorique.

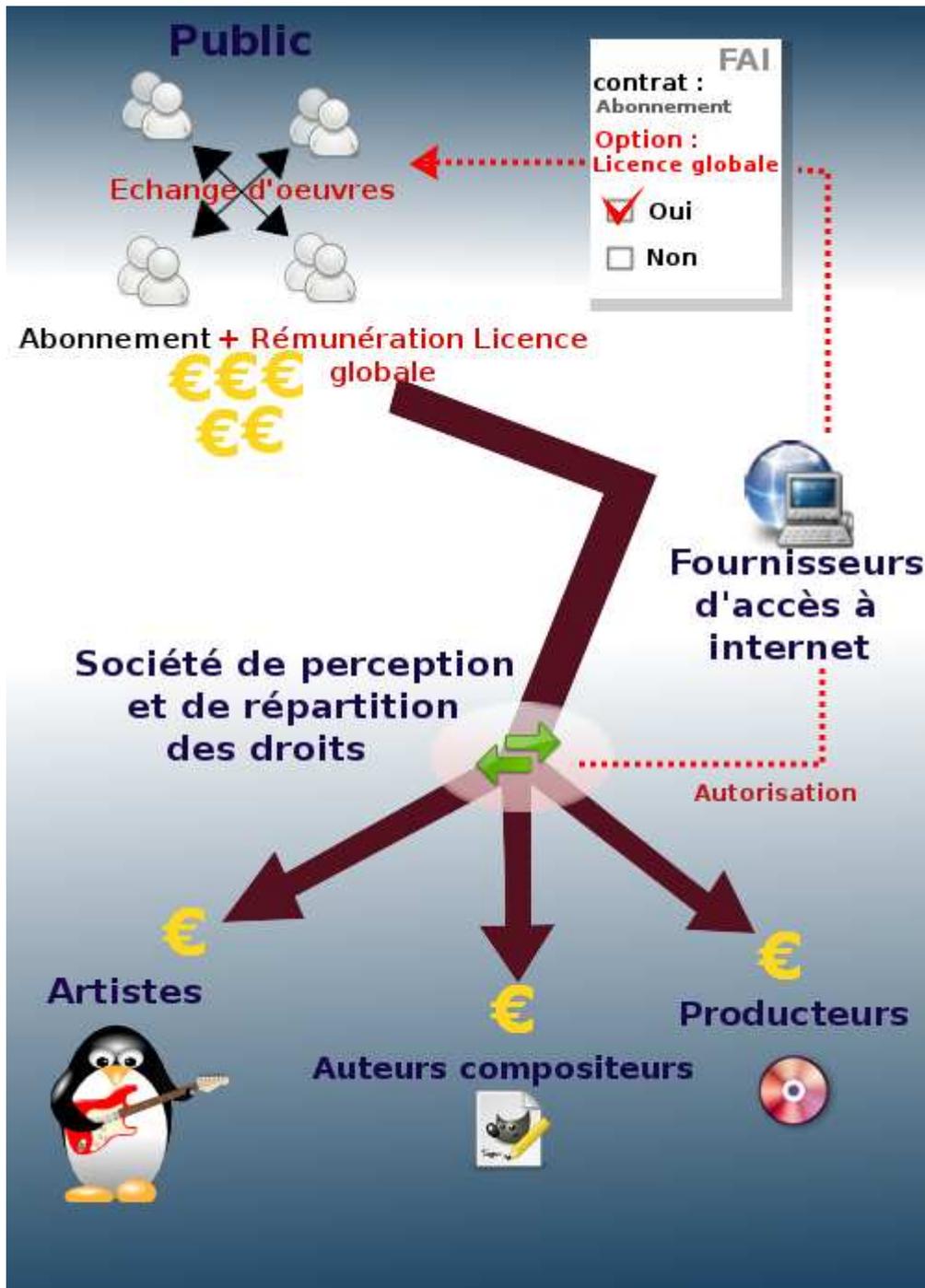
Enfin, on peut aussi penser à des solutions privées encadrées par la loi : c'est le cas de la licence globale, dont tout le monde a entendu parler, mais qui n'a toujours pas été retranscrite dans notre droit, ni suite aux débats sur le projet de loi DADVSI, ni suite aux débats sur les projets de loi HADOPI 1 et 2.

Ou quand l'économie dépasse le droit, et que ce dernier s'entête...

²⁵ Ou d'internaliser les externalités.

²⁶ Source : <http://www.sacem.fr>, rubrique questions / réponses.

²⁷ Ce qui exclut aussi la musique libre.



La licence globale optionnelle selon la définition de l'Alliance Public-Artistes²⁸.

²⁸ Plus d'informations à cette adresse : http://alliance.bugiweb.com/pages/2_1.html.

II. La régulation juridique de la société libre : application aux nouvelles technologies

Il convient de parler ici plutôt de régulation que de réglementation. Dans une acception courante, la réglementation est soit l'action de régler, soit l'ensemble des mesures légales et réglementaires régissant une question²⁹. La réglementation relève du privilège souverain de l'Etat ; la régulation, en revanche, selon Elie COHEN, « *c'est, dans un champ donné, un considérable pouvoir d'investigation, d'interprétation et d'appréciation dévolu à des personnes indépendantes du pouvoir politique et du milieu sur lequel elles exercent leur contrôle.* »³⁰

La régulation s'exerce en France par le biais des AAI, déjà évoquées ; c'est le cas par exemple de la toute nouvelle HADOPI installée en janvier dernier, de la CNIL, du CSA, de la CADA³¹, ou encore, dans d'autres domaines, de l'Autorité de la concurrence, de l'AMF, etc.

Mais la régulation n'exclut pas la réglementation : en l'espèce, si la régulation est dévolue à des AAI, la réglementation encadre les nouvelles technologies par le droit pénal, le droit de la propriété intellectuelle, le droit civil, le droit international...

Le droit doit s'adapter aux nouvelles technologies, ou tout du moins essayer de s'y adapter (A). Mais les intérêts en présence doivent être conciliés (B).

A. Droit et nouvelles technologies

1. Le droit est dépassé par les nouvelles technologies

Exemple topique : Facebook. Les utilisateurs de Facebook se soumettent entièrement au droit américain et renoncent donc aux garanties que pourrait leur procurer leur droit national.

Dans la « Déclaration des droits et responsabilités » de Facebook en date du 28 août 2009³², ce sont les paragraphes 15 et 16 sur les litiges et les termes spécifiques applicables aux utilisateurs hors des Etats-Unis qui nous intéressent plus particulièrement :

« 15. Litiges

1. *Vous porterez toute plainte (« plainte ») afférente à cette Déclaration ou à Facebook exclusivement devant les tribunaux d'Etat et fédéraux sis dans le comté de Santa Clara, en Californie. Le droit de l'Etat de Californie est le droit appliqué à cette Déclaration, de même que toute action entre vous et nous, sans égard aux principes de*

²⁹ D'après le *Petit Larousse*, 100^{ème} édition, 2005.

³⁰ Elie COHEN, « De la réglementation étatique et administrative à la régulation » (2000), repris dans *Problèmes économiques*, n°2680.

³¹ Commission d'accès aux documents administratifs.

³² Accessible ici : <http://www.facebook.com/terms.php>.

conflit de lois. Vous acceptez de respecter la juridiction des tribunaux du comté de Santa Clara, en Californie, dans le cadre de telles actions (...). »³³

« 16. Termes spécifiques aux utilisateurs hors des États-Unis

Nous nous efforçons de créer une communauté sans frontières avec des standards cohérents pour tous, tout en respectant les lois locales. Les termes suivants s'appliquent aux utilisateurs hors des États-Unis :

1. *Vous acceptez que vos informations soient transférées et traitées aux États-Unis (...).*³⁴

On peut aussi évoquer l'affaire de Yahoo Inc., sommé par une ordonnance de référé du TGI de Paris en date du 20 novembre 2000 de faire en sorte que l'accès aux enchères d'objets nazis soit interdit aux internautes français sur le site de Yahoo France. Or, la Constitution américaine garantit la liberté d'expression et ne prohibe pas de telles pratiques, contrairement au droit français. Autrement dit, une entreprise américaine, soumise au droit américain mais exerçant ses activités en France, doit également respecter le droit français, en contradiction avec le droit américain.

Cette solution, non dénuée de pertinence et respectant pleinement la souveraineté des Etats, par définition³⁵, est vivement critiquée. En effet, cela reviendrait pour une entreprise globalisée à respecter le droit de près de 200 pays³⁶, ce qui limiterait grandement l'expression sur Internet... ou bien reviendrait à adopter des « standards » minimaux uniformisés.

Toutefois, rien n'empêche par exemple à un Allemand, qui ne peut pas se procurer sur le territoire allemand d'exemplaires³⁷ de *Mein Kampf*, de se procurer une version anglaise ou française du livre sur un site internet anglais ou français... voire même une version allemande !

2. Le droit essaye de s'adapter aux nouvelles technologies

On peut distinguer quatre grandes lois récentes (il y en a d'autres...) ayant trait aux nouvelles technologies.

Tout d'abord, la loi n°2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, dite LCEN. Elle transpose, avec deux ans de retard, la directive communautaire 2000/31/CE du 8 juin 2000 sur le commerce électronique.

Cette loi a notamment mis en place un régime de responsabilité pour les hébergeurs, les fournisseurs d'accès à Internet (FAI). Il s'agit uniquement d'une responsabilité civile

³³ Nous soulignons.

³⁴ *Idem*.

³⁵ La souveraineté est en effet le pouvoir de créer soi-même les règles qui nous seront applicables.

³⁶ Il y a, en 2010, 192 Etats membres de l'Organisation des Nations Unies, plus le Vatican. Ne sont pas inclus les Etats qui ne sont pas reconnus par la communauté internationale ou dont la souveraineté est contestée (Kosovo, Palestine...).

³⁷ Le Land de Bavière, qui détient les droits d'auteur du texte, empêche toute réédition du livre. Seule est autorisée la vente des livres publiés avant 1945, date de la mort de son auteur.

(sanction : allocation de dommages-intérêts, injonctions, astreintes...), et non d'une responsabilité pénale. Cette responsabilité civile est, en outre, atténuée.

En effet, l'article 6 de la loi dispose que « *les personnes physiques ou morales qui assurent, même à titre gratuit, pour mise à disposition du public par des services de communication au public en ligne, le stockage de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature fournis par des destinataires de ces services ne peuvent pas voir leur responsabilité civile engagée du fait des activités ou des informations stockées à la demande d'un destinataire de ces services si elles n'avaient pas effectivement connaissance de leur caractère illicite ou de faits et circonstances faisant apparaître ce caractère ou si, dès le moment où elles en ont eu cette connaissance, elles ont agi promptement pour retirer ces données ou en rendre l'accès impossible.* »³⁸

C'est seulement sur ce dernier point, si le FAI avait une connaissance avérée de la présence d'informations illicites au regard de la loi, que sa responsabilité civile peut être engagée.

L'article 22 de la loi interdit le *spam*, ou plutôt conditionne la prospection électronique au consentement préalable de la personne³⁹ destinataire du message. En cas d'infraction, c'est la CNIL qui reçoit les plaintes et qui constate les infractions. De la réglementation, on en revient donc à la régulation...

En second lieu, la loi n°2006-961 du 1^{er} août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information, dite loi DADVSI, est venue transposer en droit français la directive communautaire 2001/29/CE sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Ce que l'on appelle les droits voisins du droit d'auteur existent depuis 1985 et ont été créés au profit des artistes interprètes, des producteurs de phonogrammes et de vidéogrammes, et des entreprises de communication audiovisuelle.

La loi DADVSI avait pour but de juguler les logiciels de *peer-to-peer* et de protéger les mesures techniques de protection⁴⁰. Manifestement, cela est raté... ☺

Ensuite, la loi n°2009-669 du 12 juin 2009 favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet, dite loi HADOPI 1, a été complétée par la loi n°2009-1311 du 28 octobre 2009 relative à la protection pénale de la propriété littéraire et artistique sur internet, dite loi HADOPI 2, afin de répondre à la censure par le Conseil constitutionnel d'une partie de la première mouture de la loi⁴¹.

La loi HADOPI est axée autour de quelques grands principes :

- sanction du téléchargement illégal lorsque le partage constitue une infraction au droit d'auteur ;
- la récidive est punie de manière croissante (c'est la riposte graduée) ;
- la connexion internet est coupée, en dernier ressort ;

³⁸ Nous soulignons.

³⁹ Personne physique, et non morale (entreprises, administrations...).

⁴⁰ Les DRM, *Digital Rights Management*.

⁴¹ Voir la note de bas de page n°14.

- une sanction administrative punit le défaut de surveillance de son accès internet contre l'utilisation de celui-ci par un tiers pour la diffusion d'une œuvre auprès du public sans l'accord de ses ayant-droit.

Enfin, le **projet de loi d'orientation et de programmation pour la performance de la sécurité intérieure**, dite loi LOPPSI 2, est toujours en discussion devant le Parlement⁴². Ce projet de loi est censé fixer les grandes orientations de la sécurité intérieure pour les années 2009 – 2013. Le texte⁴³ vise à renforcer les outils permettant de lutter contre les nouvelles formes de la délinquance : cybercriminalité, pornographie infantine, criminalité organisée notamment. Ce projet de loi doit aussi favoriser le recours aux nouvelles technologies en matière de police administrative et judiciaire pour lutter contre la délinquance en série.

Son article 2 prévoit la création d'un **délit d'utilisation frauduleuse de l'identité ou de données à caractère personnel de tiers sur un réseau de communications électroniques**. Son article 4, dans le cadre de la lutte contre la pédopornographie, oblige les fournisseurs d'accès à empêcher l'accès des utilisateurs de l'Internet aux contenus illicites. Enfin, l'article 23 ouvre la possibilité de recourir à la captation à distance de données informatiques dans les affaires de criminalité organisée.

Le tout, évidemment, sous réserve du vote définitif du texte dans les mêmes termes par les deux chambres du Parlement... affaire à suivre !

B. Droit et liberté : des intérêts à concilier

On voit donc qu'Internet est loin d'être un lieu totalement libre. Si l'on reprend la définition de l'article 4 de la DDHC, il apparaît que la liberté consiste à faire tout ce qui ne nuit pas à autrui.

Deux exemples tirés de la théorie juridique et applicables aux nouvelles technologies vont nous permettre de saisir la portée de cet article.

En premier lieu, la procédure pénale. Le dilemme fondamental de cette branche du droit est l'équilibre entre... **sécurité et liberté**. On ne peut rechercher ou constater plus facilement les infractions qu'en attendant à la liberté des individus (gardes à vue facilitées, perquisitions moins encadrées, etc.).

En second lieu, la propriété intellectuelle. Le dilemme se porte ici entre la **liberté de création et le développement économique**. Les droits patrimoniaux permettent aux créateurs de rendre public leurs idées, de les insérer dans le champ de l'économie, tout en étant incité économiquement à le faire. La durée des droits de propriété intellectuelle ne doit pas être trop longue, afin de ne pas créer de monopole (néfaste à l'innovation) et d'inciter à la concurrence.

Ainsi, en l'état actuel de notre droit, avoir sur Internet un libre accès de fait à la connaissance, la musique, la culture... suppose en contrepartie d'entraver la liberté de création (cas du plagiat, par exemple), la liberté d'entreprendre (cas de la contrefaçon et du téléchargement

⁴² Adopté par l'Assemblée Nationale le 16 février 2010, toujours en cours de discussion devant le Sénat en avril 2010 (travaux de commission).

⁴³ Source : compte-rendu du Conseil des ministres en date du 27 mai 2009.

illégal), etc. mais ceci sous la seule hypothèse de la violation d'un droit de propriété protégé par le droit. Or, on sait à quel point, depuis 1789, le droit français⁴⁴ et toutes les sociétés occidentales d'une manière générale sont attachées à la propriété, consubstantielle à l'individualisme. Le libre accès, ici, supposerait de sortir de ce schéma. L'on dit souvent que la propriété est la liberté ; et si la propriété immatérielle avait renversé et contredit cette assertion ?

La liberté (tout comme le libéralisme économique, au passage) n'implique pas l'absence de règles. Les philosophes s'accordent pour dire que la liberté est un apprentissage, et non une donnée acquise ; rôle ingrat du droit, dans ces conditions...

Alors, la liberté est-elle soluble dans notre droit et notre économie actuels ?

Question trouble qui appellerait une réponse plutôt positive, du moins en théorie ; la définition de la liberté étant contingente et non immuable, et les choix opérés dans la législation et les orientations économiques étant politiques, il en ressort plusieurs remarques qui elles-mêmes appellent d'autres débats :

- la question de l'encadrement des biens publics ne doit pas éluder les enjeux économiques sous-jacents ;
- la production d'externalités positives (le *copyleft* par exemple) ne doit pas être bridée et doit être économiquement encouragée ;
- la liberté est un idéal dont la définition est bien souvent culturelle et contingente et l'article 4 de la DDHC, même s'il peut être critiqué et critiquable, nous semble un bon guide !

« (...) *Et par le pouvoir d'un mot
Je recommence ma vie
Je suis né pour te connaître
Pour te nommer*

Liberté »

Paul ELUARD, « Liberté », *Poésie et Vérité*, 1942.

POUR ALLER PLUS LOIN :

- « Internet : le miracle de la gratuité », Monique DAGNAUD, *Telos*, 2 avril 2010, disponible à l'adresse suivante : http://www.telos-eu.com/fr/article/internet_le_miracle_de_la_gratuite.

- « La culture en tant que "bien public" », Alain LEFEBVRE, 24 septembre 2008, article publié sur le site d'Attac France : <http://www.france.attac.org/spip.php?article8918>.

⁴⁴ Article 17 de la DDHC : la propriété est un droit « *inviolable et sacré* » ; article 544 du Code civil : « *Le droit de propriété est le droit de jouir des choses de la manière la plus absolue (...).* »