Les dimensions internationales du droit du cyberespace

Collection Droit du cyberespace

EDITIONS UNESCO
7, place de Fontenoy, 75007 Paris

ECONOMICA
49, rue Héricart, 75015 Paris

Les responsabilités dans le cyberespace

Pierre TRUDEL

L'avènement du cyberespace [1], comme lieu d'interaction, pose avec une acuité renouvelée la question de la répartition des responsabilités entre les participants à la communication électronique. Dans la plupart des pays, la question se pose de savoir qui répond de l'information circulant dans les réseaux ouverts tels l'Internet. Car une fois envolées les visions idylliques d'un cyberespace [2] échappant

---

1. La présente étude a été menée dans le cadre d'un projet de recherche intitulé « Le cadre juridique et réglementaire des nouveaux environnements électroniques » réalisée au Centre de recherche en droit public de l'Université de Montréal lancé au printemps 1995. Ces travaux ont été rendus possibles grâce à un financement majeur du Fonds de l'autoroute de l'information du Gouvernement du Québec et d'une subvention complémentaire du Conseil de recherches en sciences humaines du Canada. Une dizaine de chercheurs se sont attachés à examiner les principales dimensions juridiques du droit et de la normativité relative au cyberespace afin de réaliser une première synthèse du droit applicable à cet univers suivant une perspective québécoise. L'équipe de recherche, dirigée par Pierre Trudel, était composée de France Abran, Karim Benyekhlef, Olfa Alani, Mylène Beaupré, Athanasia Bitzkakidis, Luc Boucher, Sophie Hein, Fabienne Léonard, Éric Marcoux, Martin Michaud, François Ouellette, Serge Parisien, Véronique Watiez-Larose et François Themens. Un premier ouvrage général résultant de ce programme de recherche est paru en 1997 sous le titre *Droit du cyberespace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997. Voir : <http://www.droit.umontreal.ca/crdp/fr/texte/cyberespace/nv/nv001.html>.

2. L'on convient généralement que le mot « *cyberspace* » (cyberespace en français) a été introduit dans le langage par William Gibson dans son roman

à toutes règles et exempt de tout conflit, et les interactions se multipliant dans ces lieux virtuels, la question qui revient le plus est celle de la responsabilité. On n'échappe pas à la question de savoir « qui » répond des informations ayant causé des conflits ou des dommages. C'est dans le droit des différents territoires et pays que se trouvent les balises incontournables qui règlent ces questions.

Pour traiter de cette question, il importe de comprendre comment se pose la problématique de la responsabilité dans le cyberespace, qui représente un espace passablement inédit pour le droit. Ensuite, il faut aborder les démarches heuristiques utilisées afin de dégager les responsabilités respectives des différents participants à la communication électronique.

1. LE CYBERESPACE

Le cyberespace [3] se présente comme un espace indéfini. Il est la résultante continuellement provisoire des interconnexions qui existent entre les ordinateurs raccordés selon des protocoles compatibles. Sa morphologie est tributaire des outils logiciels utilisés et des liens existant entre les sites et les données. Ainsi, l'hypertexte qui caractérise le World Wide Web produit un espace en redéfinition continue et imprévisible au gré des liens que les usagers décident d'activer. Le cheminement de chacun des participants à la communication électronique dépend des choix qu'il fait et des liens disponibles.

Le cyberespace comporte quatre caractéristiques qui prennent de l'importance lorsqu'on envisage la problématique de sa régulation. Il se présente comme un espace virtuel, un espace d'interactions, caractérisé par la souveraineté de l'usager et la concurrence des régulations.

(Suite de la note 2)
Neuromancer. Le « cyberespace », appelé aussi « infosphère », est l'espace virtuel des ordinateurs tous reliés entre eux grâce à des réseaux qu'explorent les « cybernautes » dont les systèmes nerveux sont directement branchés sur les réseaux grâce à une prise fixée sur leur crâne. Voir Gérard Klein, « De la cybernétique à la cyberculture », *Le Monde, télévision, radio, multimédia* (France), 21-22 janvier 1996, p. 28.

3. Voir J.-C. Guédon, *La planète cyber Internet et cyberespace*, coll. « Découvertes », n° 280, Paris, Gallimard, 1996.

1.1. Un espace virtuel

Le cyberespace n'est pas situé en un point spécifique dans l'espace territorial [4]. La possibilité de contrôler des activités qui y prennent place a peu de lien avec la localisation physique des acteurs. Il se définit comme un espace virtuel résultant des multiples interconnections rendues possibles par l'interopérabilité des réseaux. Alors que dans le monde physique, la localisation des personnes et entreprises sur un territoire national est une prémisse fondamentale de l'application des règles du droit d'un État déterminé, dans le cyberespace, tout est à la fois présent et absent d'un lieu physique donné. Le message est présent partout ou se trouve un ordinateur raccordé, tous les États où se trouve l'un de ces points de réception peuvent prétendre y appliquer leur droit. Mais bien peu sont en mesure d'en assurer l'application effective.

1.2. Un espace d'interactions

Internet n'est pas qu'un espace de diffusion ; il est bien davantage un lieu d'interaction. Il faut laisser de côté les approches fondées sur la prémisse que ces espaces virtuels servent à la diffusion et s'employer à cerner comment se pose la problématique des règles encadrant les activités se déroulant dans les lieux d'interaction. À l'égard des lieux d'interaction, les règles visent moins à régir la diffusion des informations qu'à pourvoir à la mise en place des balises encadrant le déroulement des relations s'y déroulant. On peut repérer au moins trois zones de conflits qui se présentent presque toujours à un moment ou à un autre dans les environnements de réseaux ouverts ou interactifs [5].

Une première zone de conflits concerne le droit d'accès aux réseaux : quelqu'un qui n'est pas dans un réseau désire y accéder tandis que ceux qui s'y trouvent déjà ou qui en ont la maîtrise, souhaitent le tenir à l'écart. Ce type de conflit appelle la clarification des principes régissant le droit d'accéder aux réseaux. Il suppose la mise en place de mesures qui assureront l'équité ou l'égalité dans l'accès.

---

4. P. Lévy, *Cyberculture*, Paris, Odile Jacob, 1997.

5. H. Perritt Jr., « Dispute resolution in electronic networks communities (The Congress, the Courts and Computer Based Communications Networks : Answering Questions About Access and Content Control) », *Villanova Law Review,* n° 38, 1993, p. 349 ; P. Trudel, F. Abran, K. Benyekhlef, S. Hein, *Droit du cyberespace*, *op. cit.*, ch. 1.

Dans quelles conditions doit-il exister des règles garantissant l'accès universel ? Par quels moyens assurer la disponibilité de services de base à l'ensemble des populations ? Comment départager ce qui doit relever du service de base et ce qui constitue un service à caractère optionnel ? Ces questions concernent le statut des réseaux, leurs principes de fonctionnement et les règles de tarification. Mais il y a plus : les réseaux deviennent de plus en plus des espaces contrôlés par des entités privées. Passerelles obligées pour accéder au cyberespace de dimensions planétaires, les réseaux sont aussi les portiers qui peuvent pratiquement décider d'exclure des participants à la communication électronique. La question de leur responsabilité se pose donc à deux niveaux : en tant que portiers et en tant que détenteurs de certains contrôles à caractère éditorial.

Une deuxième zone de conflit touche la circulation de l'information. Des personnes souhaitent empêcher la circulation de certaines informations tandis que d'autres veulent continuer à diffuser ou recevoir de telles informations. Des informations diffamatoires ou portant atteinte à la vie privée peuvent circuler dans le cyberespace. La circulation de matériel protégé par le droit d'auteur dans les réseaux ouverts est une autre source majeure de préoccupation. Des conflits peuvent découler du fait que des personnes peuvent souhaiter obtenir des compensations pour des dommages qu'elles auraient subis en raison de la circulation d'informations dommageables dans un réseau. Le régime juridique présidant à la détermination de la responsabilité résultant de la circulation des informations est donc une composante majeure de l'infrastructure des environnements électroniques.

Une troisième zone de conflit a trait aux mécanismes tendant à assurer le respect de la parole donnée. Quelqu'un sur le réseau croit qu'une autre personne n'a pas respecté ses engagements. Ce genre de conflit appelle la mise en place d'un cadre approprié pour favoriser le déroulement harmonieux des transactions. La question se pose alors de savoir s'il est des acteurs qui se portent ou non garants de certains contractants.

1.3. La souveraineté de l'usager

Les inforoutes confèrent à l'usager une plus grande maîtrise de ses choix. Par conséquent, il se voit imputer une plus grande part de responsabilité dans le déroulement des interactions auxquelles il accepte de prendre part. L'absence de contrôle centralisé ramène sur les épaules de l'usager le fardeau d'assurer sa propre protection :

nul ne peut le faire à sa place et prétendre lui offrir des garanties contre des informations fausses ou trompeuses. Sur Internet, l'individu peut faire affaire avec une entreprise qui adhère à des normes élevées de rigueur ou prendre le risque de « contracter » avec un fumiste.

La question de la responsabilité doit donc s'évaluer en tenant compte de cette marge plus étendue de souveraineté qui paraît laissée à l'individu. Pour chacun des sites désireux de se maintenir, l'enjeu est d'offrir l'optimum de probité qui sera requis par les consommateurs ou les usagers. L'individu peut choisir de ne fréquenter que des sites présentant des garanties de sérieux et d'honnêteté, ou alors prendre des risques en fréquentant des sites fonctionnant suivant des règles offrant peu ou pas de garanties. En somme, la faculté de se soustraire aux régulations opère dans les deux sens. Dans certains cas, on s'éloignera d'un site parce qu'il apparaît trop régulé et que les règles qui y prévalent ne nous conviennent pas tandis que dans d'autres situations, notamment lorsqu'on cherche un lieu intègre et crédible, on sera enclin à fréquenter des sites pratiquant une régulation offrant un optimum de garanties de rigueur et d'intégrité. Sur ces aspects, les sites se retrouvent en concurrence les uns avec les autres, ce qui comporte un phénomène de concurrence des régulations.

1.4. La concurrence des régulations

La communication informatique suppose un geste volontaire de l'usager et procure la possibilité de se raccorder ailleurs. De plus, la possibilité de mettre en place d'autres réseaux demeure toujours disponible pour ceux qui ne sont pas satisfaits des règles en place dans un réseau ou dans un environnement électronique déterminé. Ce phénomène a une conséquence majeure : la régulation dans Internet est une activité soumise à la concurrence : aucune autorité ne peut prétendre exercer un monopole sur la fonction d'énonciation des règles de même que sur celles reliées à leur application.

La concurrence peut porter sur la qualité des garanties de probité offertes par chacun des sites qui se proposent aux usagers et sur la pression sociale que ces derniers pourront générer. Si les règles ne conviennent pas aux acteurs, il leur est souvent loisible de se localiser ailleurs afin d'échapper aux règles non souhaitées. Ce phénomène impose d'aborder la problématique de la régulation dans un tel environnement en délaissant les paradigmes formalistes et étatistes qui fondent souvent les analyses juridiques.

2. LA DÉTERMINATION DE LA RESPONSABILITÉ DANS LE CYBERESPACE

Dans cette partie, nous exposerons les conditions dans lesquelles les différents participants à la communication électronique sont susceptibles d'engager leur responsabilité. Afin de cerner adéquatement les dimensions essentielles de la question de la responsabilité, il est nécessaire de faire état des principales métaphores rendant compte de ce que font les acteurs engagés dans la communication électronique pour ensuite dresser un tableau des principaux facteurs constitutifs de responsabilité dans la circulation de l'information dans le cyberespace.

2.1. Les principales métaphores

Dans le cyberespace comme ailleurs, la personne ayant personnellement posé le geste fautif dommageable est évidemment la première à en assumer la responsabilité. Cependant, dans les environnements électroniques, ces acteurs ne sont pas toujours identifiables ou peuvent se trouver hors d'atteinte. D'où l'intérêt de déterminer la responsabilité des autres intervenants dans la chaîne de transmission de l'information.

Dans beaucoup de situations où la circulation d'information engendre des dommages, les critères pour juger de la responsabilité se fondent sur les rôles assumés par les différents participants à la chaîne de valorisation de l'information. L'imputation des responsabilités repose beaucoup sur une comparaison ou la prise en compte des similitudes et différences entre les régimes développés pour les situations présentant des analogies avec la communication dans des réseaux électroniques ouverts comme le transport par chemin de fer ou la diffusion d'imprimés [6]. C'est ainsi que l'on se demande qui jouait le rôle d'un éditeur, d'un simple transporteur, d'un radiodiffuseur, d'un journal,... Car les devoirs et les responsabilités attachés à ces rôles respectifs sont bien établis dans le droit de la responsabilité. C'est donc en extrapolant à partir aussi bien des caractéristiques que présentent les différents contextes de communication que l'on

6. Voir P. Trudel et R. Gérin-Lajoie, « La protection des droits et des valeurs dans la gestion des réseaux ouverts ». Dans : Centre de recherche en droit public (CRDP), *Les autoroutes électroniques : usages, droit et promesses*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 279, p. 306-307.

retrouve sur Internet que des analogies que montrent les rôles et fonctions des différents acteurs qu'il est possible de faire le point sur le droit de la responsabilité résultant de la transmission d'information sur l'Internet [7].

Il existe, dans le droit de plusieurs pays, un lien étroit entre le contrôle exercé sur l'information présumément dommageable et la responsabilité qui en découle. Ainsi, plus grande est la discrétion de décider ce qui sera publié (ou transmis), plus grande est la responsabilité découlant d'une telle décision.

Pour traiter du statut et des responsabilités des participants à la communication électronique, il est approprié de les rapprocher des contextes connus de communication afin de trouver une métaphore adéquate. Certains préconisent la création d'un cadre juridique hybride spécifique aux environnements électroniques et reprenant divers concepts déjà applicables aux moyens de communication existants [8]. Ce qui alimente l'impression de soi disant « vide juridique » à l'égard de l'Internet, c'est l'absence de consensus à l'égard des métaphores devant contribuer à situer les rôles des participants à la communication électronique et, à bien des égards, l'insuffisance de chacun des métaphores à rendre compte des rôles effectivement accomplis dans la communication informatique.

Si le recours à l'analyse métaphorique est susceptible d'éclairer la démarche de celui qui cherche à situer les responsabilités des différents acteurs, une telle approche montre vite ses limites comme l'ont montré de nombreux auteurs. Alors que traditionnellement, les contextes de communication étaient bien compartimentés [9], l'avènement des environnements électroniques a fait en sorte que l'on

---

7. P. Trudel et R. Gérin-Lajoie, « The protection of rights and values in open network management ». Dans : E. Mackaay, D. Poulin et P. Trudel, *The Electronic Superhighway, the Shape of Technology and Law to Come*, La Haye, Kluwer Law International, 1995, p. 159-192.

8. P. Trudel, « Quel droit pour la cyberpresse ? La régulation de l'information sur Internet », *Légipresse* (Paris), mars 1996, p. 9-16 ; E. Schlachter, « Cyberspace, the free market and the free marketplace of ideas : recognizing legal differences in computer bulletin board functions », *Hastings Community Enterprise Law Journal,* n° 16, p. 87-100, 1993.

9. I. de Sola Pool, *Technologies of freedom*, Cambridge, Mass., Belknap Press, 1983, p. 2 : « Il y a eu en Amérique un triple système de communication dans lequel chaque mode utilisé, l'impression, les télélcommunications ou la radiodiffusion, remplissait ses fonctions d'une manière qui lui était spécifique. »

peut avoir l'impression que « le système juridique recherche la quadrature du cercle » [10]. Il faut donc se garder d'étendre un type de réglementation aux environnements électroniques sur la seule base de ressemblance qu'ils peuvent présenter avec des environnements préexistants [11].

Pour identifier les composantes de ce cadre juridique fondamental, il est opportun de reconnaître qu'une pluralité d'acteurs intervient dans le cyberespace. Chacun connaît des variantes et des recombinaisons de telle sorte que, en certaines situations, il arrive qu'une entité assume plus d'un rôle. Mais dans des environnements comme Internet, on trouve toujours des opérateurs de réseau, des fournisseurs d'information et un ou des transporteurs d'information. Selon les circonstances, souvent très volatiles, l'un ou l'autre de ces acteurs assume un rôle d'éditeur, de bibliothécaire (ou de distributeur), de propriétaire d'un lieu ou de transporteur de messages.

2.1.1. Le transporteur

Certains acteurs du cyberespace assument un rôle de simple transporteur d'informations. L'analogie avec le transporteur public permet d'éclairer des conditions de la responsabilité d'un maître de serveur de courrier électronique n'agissant qu'à ce titre.

Comme un transporteur, un système électronique de communication ne fait parfois que servir de conduit pour transporter de l'information d'un site à un autre [12]. Les transporteurs (*common carriers*) sont en principe exonérés de la responsabilité pour le contenu des messages qu'ils transportent pour le compte de leurs utilisateurs [13]. Contrairement aux éditeurs et aux distributeurs, les trans-

---

10. T.A. Cutera, « Computer networks, libel and the first Amendment », *Computer Law Journal*, n° 11, décembre 1992, p. 555 et 581.

11. R.M. Neustadt, G.P. Skall and M. Hammer, « The regulation of electronic publishing », *Federal Communications Law Journal*, n° 33, 1981, p. 331-332.

12. D.J. Loundy, E-law : Legal Issues Affecting Computer Information Systems and Systems Operator Liability, 1995, http://www.leepfrog.com/E-Law/E-Law/Contents.html.

13. M.H. Ryan, *Canadian Telecommunications Law and Regulation*, Toronto, Carswell, 1995, p. 416 ; Lynn Becker, « Electronic publishing ; first amendment issues in the twenty-first century », *Fordham Urban Law Journal*, n° 13, 1984-1985, p. 801 et 857.

porteurs ont l'obligation de transporter tout message sans discrimination que ce soit vis-à-vis du contenu de celui-ci que de la personne qui l'expédie [14].

2.1.2. Le propriétaire d'un lieu

Certains ont fait valoir que la communication électronique nécessite l'usage de la propriété d'une personne [15]. Ce qui amène à considérer que parfois certains participants se retrouvent dans la situation où des informations présumément dommageables se trouvent sur un lieu dont ils sont propriétaires. Or, qu'en est-il de la responsabilité des propriétaires en pareilles circonstances ?

Les propriétaires sont rarement tenus responsables pour les actes commis sur leur propriété. Par exemple, lorsqu'un hôtel loue une chambre à un client, il n'a ni l'obligation, ni le droit de superviser ce que ce dernier y fait : il n'est donc pas responsable des activités illégales qui pourraient s'y dérouler.

Ce raisonnement correspond au principe établi par la jurisprudence de plusieurs pays selon laquelle un propriétaire n'est pas nécessairement responsable des fautes commises par ses locataires. Évidemment, un hôtel qui, en toute connaissance, se fait le centre d'activités illégales est responsable des dommages, tout comme le serait un propriétaire de site qui endosserait les messages diffamatoires transmis par les utilisateurs [16]. On reconnaît en effet qu'un propriétaire informé de la présence de propos dommageables sur les murs de sa propriété et qui ne fait rien pour les enlever est considéré comme les rediffusant : il est donc responsable des domma-

---

14. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : should we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », *Villanova Law Review,* n° 38, 1993, p. 487 et 495 ; T.A. Cutrera, « Computer networks, libel and the first amendment », *Computer Law Journal,* n° 11, 1992, p. 555-583 ; *Chastain* c. *British Columbia Hydro & Power Authority*, [1973] 2 W.W.R. 481 ; *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 36 : *« Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public. »*

15. T.C. May, « Who is responsible on the net », law. listserv. cyberial, Sujet : Cyberspace is more like property, lease space, rent, etc., 7 Febr. 1995 12:31:21.

16. *Idem.*

ges éventuels tout comme leur auteur [17]. De même, un maître de site aurait donc toujours l'obligation de retirer l'information qu'il sait être dommageable sous peine de s'en voir imputer la responsabilité en tant que rediffuseur de celle-ci [18]. Lorsqu'on applique au maître de réseau la métaphore du propriétaire, la condition préalable à sa responsabilité serait la connaissance de la présence d'informations dommageables dans un site [19].

2.1.3. L'éditeur

L'éditeur publie les informations. Publier signifie communiquer de l'information à des tiers en sachant que cette information sera lue, vue ou entendue. La publication s'effectuant de manière volontaire et suppose une connaissance de la teneur de l'information transmise [20]. Dans le contexte d'Internet, la publication peut résulter de la transmission de fichiers, de discussions dans le cadre de conférences électroniques ou encore par la mise à disposition d'information dans des fichiers pouvant être transférés *via* le réseau [21]. Ainsi, un fournisseur d'accès Internet qui examinerait tous les messages avant de les retransmettre et se réserverait le droit de n'acheminer que les messages qu'il juge conformes à ses politiques, se comporterait comme un éditeur.

Dans de pareilles situations, il est une constante : la décision de publier appartient à l'éditeur. Il s'agit pour lui d'une faculté : il n'a pas d'obligation de publier. Dans le monde de la presse et de l'édition, il est usuel d'estimer que le directeur de publication est en mesure de contrôler les informations qui circulent *via* son entre-

---

17. *Hellar c. Bianco*, 11 Cal. App. 2d 424, 244 P.2d 757, 28 ALR2d 451 (1952), *Scott c. Hull*, 22 Ohio App.2d 141, 259 N.E.2d 160, (1970), *Tackett c. General Motors Corporation*, 836 F.2d 1042 (7th Cir. 1987), *Woodling c. Knickerbocker*, 17 N.W. 387 (Minn. 1883).

18. E. Schlachter, « Cyberspace, the free market and the free marketplace of ideas : recognizing legal differences in computer bulletin board functions », *Hastings Comm/Ent L.J.*, n° 16, 1993, p. 87 et 118.

19. J.R. McDaniel, « Electronic torts and videotext – at the junction of commerce and communications », *Rutgers Computer & Technologicy Law Journal*, n° 18, 1992, p. 773 et 825.

20. L.E. Becker Jr., « The liability of computer bulletin board operators for defamation posted by others », *Connecticut Law Review*, n° 22, 1989, p. 203-239, 217.

21. T. Arnold-Moore, « Legal Pitfalls in Cyberspace : Defamation on Computer Networks », *Journal of Law and Information Science* 165, 178 (1994) 5 (2) ; http://www.kbs.citri.edu. au/law/defame. html.

prise [22]. De ce pouvoir de contrôle découle la responsabilité pour la transmission d'informations dommageables.

Dans l'affaire *Stratton Oakmont Inc.* c. *Prodigy Services Co.* [23] le tribunal a conclu que le réseau Prodigy assumait un rôle d'éditeur. Un abonné de Prodigy a envoyé sur le réseau, par l'intermédiaire d'un babillard électronique, un message diffamatoire concernant le Président de Stratton. La cour a tenu Prodigy pour responsable des dommages causés à la personne diffamée. Pour qualifier Prodigy d'éditeur, le tribunal a examiné le comportement du maître de site à l'égard des informations transportées [24].

Prodigy exerce un certain contrôle sur l'information qu'il véhicule puisque dans sa publicité, il annonce un service « familial ». Il doit donc éliminer toute information ne répondant pas à ce critère en utilisant, entre autres, des logiciels capables de censurer le matériel obscène ainsi que des préposés pour examiner les messages et s'assurer qu'ils respectent la politique de Prodigy. Dans ce cas particulier, la Cour a conclu que le fait d'utiliser la technologie nécessaire à la restriction de messages dommageables était suffisant pour conclure au contrôle éditorial et déclencher sa responsabilité : Prodigy se rend responsable des informations qu'il transmet puisqu'il est supposé en connaître le contenu [25].

Ainsi, dans le cas d'une liste de discussion fermée et arbitrée, il est raisonnable de tenir que le maître de la liste soit assimilé à un éditeur et assume la responsabilité de ce qu'il achemine.

2.1.4. Le bibliothécaire

Un bibliothécaire ne contrôle pas le contenu des informations qu'il transmet ou met à la disposition de ses clients. C'est pourquoi il n'en répond pas si elles s'avèrent dommageables [26]. Il serait en

---

22. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : should we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », (1993) *op. cit.*, *ibid.*

23. Index n° 31063/94, N.Y. Sup. Ct., 24 mai 1995.

24. D. Loundy, « Holding the line, on-line, expands liability », (8 juin 1995) *Chicago Daily Law Bulletin* 6.

25. *Idem.*

26. T.H. Trotter, « The proper legal regime for 'cyberspace' », *University of Pittsburgh Law Review* (Pittsburg, n° 55, 1994, p. 993-1055, p. 1003 ; D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : sould we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », *Villanova Law Review*, n° 38, 1993, p. 487-515, p. 493.

effet impensable que chaque distributeur (vendeur de journaux, librairie, bibliothèque) ait l'obligation de vérifier le contenu de chaque publication qu'il distribue dans le but de s'assurer qu'elles ne contiennent aucune information fautive, illicite ou dommageable [27]. Toutefois, il exerce certains choix à caractère éditorial, souvent fondés sur les principes directeurs découlant de la vocation qu'il assume.

En revanche, l'on reconnaît que le bibliothécaire a l'obligation de retirer les informations dont il a été informé du caractère délictueux. S'il ne le fait pas, il peut être tenu responsable des dommages qui en résultent [28].

Dans l'affaire *Cubby Inc. c. Compuserve Inc.*, un message électronique distribué dans Compuserve contenait des remarques désobligeantes sur un serveur rival (Cubby). La cour a conclu que Compuserve n'avait pas de contrôle sur l'information qui circulait dans son système. Ne pouvant pas connaître ou avoir une raison de connaître le caractère dommageable des messages, il n'en porte donc aucune responsabilité. La cour a comparé Compuserve a une bibliothèque électronique. À l'instar d'une bibliothèque, Compuserve a le choix de faire circuler ou non un ouvrage mais une fois l'ouvrage dans son système, il ne peut exercer aucun contrôle éditorial sur ce dernier. D'ailleurs, même si Compuserve avait voulu examiner chaque message, et le nombre très élevé aurait rendu la chose impossible [29].

---

27. Balabanoff c. Fossani, 81 N.Y.S.2d 732, 733 (Sup. Ct. 1948). La jurisprudence américaine considère même qu'une loi qui imposerait une responsabilité stricte au distributeur, par exemple au bibliothécaire pour le contenu des ouvrages qu'il distribue, serait inconstitutionelle puisqu'elle ferait en sorte de restreindre indirectement les informations transmises au public (les ouvrages disponibles n'étant que ceux que le bibliothécaire a inspectés). Voir : Smith c. California, 361 U.S. 147 (1959), reh'g denied, 361 U.S ; T. Hardy, « The proper legal regime for 'cyberspace' », *op. cit., ibid.*

28. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : sould we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », (1993) *op. cit., ibid.* ; D.J. Loundy, « E-law : legal issues affecting computer information systems and systems operator liability », Online 1995, (http://www.leepfrog.com/E-Law/E-Law/Contents. html).

29. *Cubby Inc. c. Compuserve Inc.*, 776 F. Supp. 135 (SDNY 1991), p. 140 ; <http://www.jmls.edu/cyber/cases/cubby.txt>,<http://www.leepfrog.com/E-Law/Cases/Cubby_v_Compuservehtml>,<http://www.cpsr.org/cpsr/free_speech/cubby_v_compuserve.

Au surplus, l'opérateur de système est souvent dépourvu d'un motif légitime pour intervenir afin de supprimer de l'information potentiellement dommageable. Au nom de quoi et en vertu de quelle autorité doit-il juger du caractère fautif ou non de telle ou telle information ? En vertu de quelle autorité devrait-il s'ériger en juge chargé de déterminer si un contenu est ou non fautif et dommageable ?

2.2. Les principaux facteurs d'imputation de la responsabilité

Un certain nombre de facteurs sont pris en considération lorsqu'il s'agit de déterminer l'existence et l'intensité des responsabilités assumées par l'un ou l'autre des participants à la communication électronique. Sans prétendre ici à l'exhaustivité, l'on constate que dans plusieurs systèmes juridiques, l'on attache de l'importance aux facteurs de connaissance de l'information, de contrôle, qu'il s'agisse du contrôle éditorial ou du contrôle physique de l'information. On prend aussi en considération, à l'égard de certains types d'informations, l'expertise du producteur, la prévisibilité des utilisations, le rôle de l'utilisateur, le contexte et l'accessibilité de l'information.

2.2.1. Le contrôle de l'information

Pour déterminer la responsabilité d'un acteur qui transmet la même information à plusieurs usagers en même temps, il faut examiner sa relation avec le contenu du message transmis [30]. Ce critère de contrôle serait même un pré-requis à l'imputation de toute responsabilité. Henry H. Perritt explique en effet que : « Pour ces trois catégories de responsabilité juridique (diffamation, infraction au droit d'auteur et atteinte à la vie privée), on ne peut prouver l'existence de la faute sans montrer que l'acteur et auteur présumé de la faute a soit exercé un contrôle effectif sur le contenu de l'information, soit qu'il lui était possible de contrôler le contenu et de prévoir l'éventualité d'un préjudice s'il n'exerçait pas ce contrôle. » [31]

L'objet et la portée des droits et responsabilités des différents acteurs qui interviennent dans la communication électronique ne

30. J.R. McDaniel, « Electronic Torts and Videotext-At the Junction of Commerce and Communications », *Rutgers Computer & Technolosy Law Journal*, n° 18, 1992, p. 773 et 823.

31. H.H. Perritt Jr., « Tort liability, the first amendment and equal access to electronic networks », *Harvard Journal of Law & Techology* (Harvard), n° 5, 1992, p. 65, 110-111.

tient pas tellement à leur rôle officiel mais plutôt au degré de contrôle et de maîtrise qu'ils exercent ou qu'ils sont réputés exercer sur l'information et les communications qui se déroulent dans les réseaux ouverts ou sur la partie de ceux-ci sur lesquels ils ont une certaine maîtrise. L'imputation de la responsabilité à une entité suppose la possibilité d'identifier les acteurs qui ont la maîtrise de l'information dans les divers lieux de cet environnement virtuel. [32]

Eric Schlachter écrit à cet égard que : « Il existe une échelle mobile du contrôle de l'information en ce qui concerne l'accès obligatoire. D'un côté, il y a les éditeurs primaires qui exercent un pouvoir discrétionnaire virtuellement presque illimité sur ce qu'ils impriment ou sur ceux à qui ils donnent accès ou diffusent l'information. On trouve aussi les titulaires de droits de propriété privée qui sont de la même façon protégés de l'accès obligatoire. (...) À l'autre bout de cette échelle mobile, on trouve les opérateurs de communication qui, par définition, doivent être à la disposition de tous les utilisateurs et ne peuvent refuser de façon discriminatoire de fournir des services. » [33]

Cette échelle mobile ne concerne pas que les droits d'accès aux environnements électroniques, elle trouve pleine application dans le domaine de la responsabilité. Schlachter relève à cet égard que : « ces entités qui exercent un contrôle éditorial accru sont aussi généralement plus exposées à voir leur responsabilité juridique engagée par les déclarations ou actions d'autrui. » [34]. Ainsi donc, il est possible de caractériser l'intensité de la responsabilité à partir de l'intensité du contrôle qu'une personne exerce effectivement sur l'information dans une situation déterminée.

La liberté éditoriale : le contrôle du contenu

La liberté éditoriale, principalement exercée dans les milieux traditionnels par un éditeur ou diffuseur, se manifeste par les choix éditoriaux discrétionnaires, la détermination des informations qui seront publiées. C'est le nom que prend la liberté d'expression

---

32. Voir P. Trudel et R. Guérin-Lajoie, « La protection des droits et des valeurs dans la gestion des réseaux ouverts », *op. cit.*, p. 324 et 325.

33. E. Schlachter, « Cyberspace, the free market and the free marketplace of ideas : recognizing legal differences in computer board functions », *Hastings Comm/Ent Law Journal, op. cit.*, p. 113 et sq.

34. E. Schlachter, « Cyberspace, the free market and the free marketplace of ideas : recognizing legal differences in computer board functions », *op. cit.*, *ibid.*

lorsqu'elle s'applique aux médias comme entité [35]. La liberté éditoriale suppose une autonomie de principe dans les décisions relatives aux choix, au traitement et à la diffusion des informations. Elle a pour contrepartie la responsabilité : les détenteurs de la liberté éditoriale répondent, devant les tiers, des informations diffusées. Suzan D. Charkes expose ainsi le rapport intime qui existe entre le principe de la liberté éditoriale et celui de la responsabilité : « L'édition, à savoir la sélection des informations à communiquer et la décision sur la façon de les présenter, est une activité protégée par le premier amendement, bien que dans une moindre mesure lorsque l'éditeur est organisme de radiodiffusion. Les garanties qu'offre notre système en matière de liberté d'expression reposent dans une large mesure sur l'hypothèse selon laquelle les éditeurs autonomes sont responsables de leur jugement et, collectivement, assurent au public l'accès nécessaire des points de vue différents. » [36]

La responsabilité éditoriale ne tient pas compte de l'intention de communiquer le message à caractère dommageable. Ce qui compte, c'est l'intention de communiquer un message dont le caractère dommageable aurait dû être connu de l'éditeur [37]. Ainsi, on considère généralement que l'éditeur est en mesure de contrôler l'ensemble des informations qui circulent dans son entreprise [38] et l'éditeur répond des dommages, peu importe que les propos fautifs proviennent de l'un de ses employés, d'une lettre ouverte à l'éditeur ou d'une publicité [39]. C'est de ce pouvoir de contrôle que découle la responsabilité pour la transmission d'informations éventuellement illégales ou dommageables. [40]

---

35. S.D. Charkes, « Editorial discretion of state public broadcasting licensees », *Columbia Law Review,* n° 82, 1982, p. 1161 et 1172.

36. S.D. Charkes, « Editorial discretion of state public broadcasting licensees », *Columbia Law Review, op. cit.*

37. J.R. McDaniel, « Electronic torts and videotext-at the junction of commerce and communications », *Rutgers Computer & Technology Law Journal, op. cit.,* p. 773, 817-818.

38. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : should we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », *Villanova Law Review, op. cit.*, p. 487 et 492 ; R. Beall, « Notes : developing a coherent approach to the regulation of computer bulletin boards », *Computer Law Journal,* n° 7, 1987, p. 499 et 505.

39. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : sould we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », *Ibid.*

40. D.R. Johnson et K.A. Marks, *Idem.*

La liberté éditoriale et ses corollaires s'appliquent à toute publication. Toutefois, alors que les médias écrits ont la liberté d'entreprendre la publication de tout imprimé, la liberté des médias de radio et de télévision en tant que diffuseurs est envisagée de façon différente [41].

En raison du caractère public des fréquences, la liberté d'expression reconnue aux radiodiffuseurs est sensiblement plus limitée que celle que l'on reconnaît traditionnellement aux médias imprimés. Cependant, le principe de base demeure : les détenteurs de licence de radiodiffusion jouissent d'une liberté éditoriale, même si elle est plus limitée que celle des autres médias. On a généralement considéré que les activités de radiodiffusion supposent, à la différence des médias écrits, l'usage d'une ressource jugée rare, soit les fréquences radioélectriques, qui sont réputées constituer une propriété publique. En outre, le caractère intrusif des médias de radiodiffusion et la plus grande capacité de persuasion qu'on leur prête ont aussi été invoqués afin de justifier le traitement particulier de ces médias au plan de la liberté d'expression [42]. Malgré ces limites à la liberté éditoriale, qui se traduisent par des obligations d'équilibrer la programmation et de s'assurer que celle-ci répond à des critères de qualité, l'on pose que les radiodiffuseurs transmettent, à titre d'éditeur, des informations qui sont diffusées *via* de leur entreprise.

Le régime juridique des transporteurs illustre au contraire l'absence totale de contrôle éditorial. Les transporteurs jouissent d'un privilège particulier qui les exonère de la responsabilité pour le

---

41. F. Jongen, « La liberté d'expression dans l'audiovisuel : liberté limitée, organisée et surveillée » (1993) *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 95 ; M. Dejeant-Pons, « La jurisprudence en matière de liberté d'expression audiovisuelle dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme ». Dans C. Debbasch et C. Gueydan, *La régulation de la liberté de la communication audiovisuelle*, Paris, Économica/Presses universitaires d'Aix-Marseille, 1991, p. 285 ; A. Namurois, « Aspects du droit de la radio et de la télévision dans le monde, en rapport avec la liberté d'expression », *Études de radio-télévision*, n° 27, 1980, p. 1 ; M. Fallon, « La radio et la télévision face au juge européen », *Annales de droit de Louvain, (Louvain)*, n° 47, 1987, p. 153 ; S.W. Head, *World broadcasting systems. A comparative analysis*, Belmont, Wadsworth, 1985, p. 377 ; D.R. Browne, *Comparing broadcast systems*, Ames, Iowa State University Press, 1989.

42. P. Trudel et F. Abran, *Droit de la radio et de la télévision*, Montréal, Éditions Thémis, 1991, p. 153 et suiv. ; A.C. Evans, « An examination of the theories justifying content regulation of the electronic media », *Syracuse Law Review*, n° 30, 1979, p. 871 et 884.

contenu des messages qu'ils transportent pour le compte de leurs utilisateurs [43]. Cela découle du fait que les transporteurs ont l'obligation de transporter tout message sans discrimination (autant vis-à-vis du contenu du message que de la personne qui l'envoie) [44]. Un transporteur peut exceptionnellement être tenu responsable du contenu qu'il véhicule s'il est lui-même l'auteur des propos, mais ne répond pas du contenu provenant de tiers et pour lequel il n'est simplement qu'un conduit [45].

L'affaire *Stratton Oakmont Inc.* c. *Prodigy Services Co.* [46] fut le premier jugement à conclure à l'exercice d'un certain contrôle éditorial par un fournisseur de services, et à lui reconnaître un rôle d'éditeur pour baser sa responsabilité. Dans cette affaire, un usager non identifiable de Prodigy a envoyé sur le réseau, par l'intermédiaire d'un babillard électronique, un message diffamatoire concernant le président de Stratton. La Cour, qualifiant Prodigy d'éditeur, a retenu sa responsabilité pour les dommages causés à la personne diffamée. Ce qui est intéressant dans ce jugement, c'est que la Cour, pour qualifier Prodigy d'éditeur, a examiné son comportement face aux informations transportées.

Le contrôle physique

Le contrôle physique effectif est exercé par une personne qui, sachant qu'elle contribue à la diffusion d'un message potentielle-

---

43. M.H. Ryan, *Canadian telecommunications law and regulation*, Toronto, Carswell, 1995, p. 416 ; L. Becker, « Electronic publishing ; first amendment issues in the twenty-first century », *Fordham Urban Law Journal*, n° 13, 1984-85, p. 801 et 857.

44. D.R. Johnson et K.A. Marks, « Mapping electronic data communications onto existing legal metaphors : sould we let our conscience (and our contracts) be our guide ? », *op. cit.*, p. 487 et 495 ; T.A. Cutrera, « Computer networks, libel and the first amendment », *Computer Law Journal*, n° 11, 1992, p. 555 ; *Chastain* c. *British Columbia Hydro & Power Authority*, [1973] 2 W.W.R. 481 ; *Loi sur les télécommunications*, L.C. 1993, c. 38, art. 36 : « Il est interdit à l'entreprise canadienne, sauf avec l'approbation du Conseil, de régir le contenu ou d'influencer le sens ou l'objet des télécommunications qu'elle achemine pour le public. »

45. F. Abrams et D. Ringel, « Content regulation (symposium : legal issues in electronic publishing) », *Federal Communications Law Journal*, n° 36, sept. 1984, p. 153.

46. Index n° 31063/94, New York Sup. Ct., 24 mai 1995 ; http://www.customs.com/prodigy2.html.

ment dommageable, a la possibilité de retirer ce message et mettre un terme à sa circulation non pas en exerçant un contrôle éditorial sur le contenu, mais bien en retirant l'incarnation matérielle du contenu ou l'ensemble de l'œuvre. Qu'un tel facteur entre en compte dans l'imputation de la responsabilité découle du sens commun : « on ne peut imputer à un individu la responsabilité d'un acte imprévisible et inévitable sur lequel il n'avait aucun pouvoir d'intervention. » [47].

Plusieurs exemples tirés des contextes de communications traditionnels (presse, radio, télévision, édition écrite) démontrent que la possibilité d'exercer un contrôle effectif sur le médium qui sert à la circulation de l'information peut être un des facteurs d'imputation de la responsabilité si l'acteur en cause ne prend pas les précautions qui sont à sa disposition pour remédier au dommage, postérieurement à sa publication ou diffusion initiale.

Dans le domaine de la télématique, on considère que le contrôle suppose une fixation préalable de l'information : « Il faut toutefois savoir que ces délits [diffamation] supposent une fixation préalable du message. L'idée est que l'éditeur doit contrôler ce qu'il diffuse mais, en pendant, qu'il soit en mesure de le faire [...]. Or le point est extrêmement important dans la perspective qui nous occupe, quand toute une partie des messages accessibles parle canal télématique, et donc leur contenu, échappe au fournisseur de services. La responsabilité ici examinée n'est donc encourue qu'en cas de mémorisation (avant mise à disposition du public) du message. Et ce sans considérer la durée : il suffit que le responsable du service ait été à même d'exercer la surveillance que la loi attend de lui. » [48].

Perritt souligne que la possibilité d'exercer un tel contrôle physique ne résulte pas uniquement de facteurs technologiques : « La victime préférerait une disposition qui permettrait à la personne incriminée de décliner sa responsabilité juridique seulement dans les cas où le contrôle du contenu de l'information est technologiquement impossible. Toutefois, la notion d'impossibilité revêt ici une dimension économique. La détermination de ce qui est possible exige de comparer les risques et les avantages. » [49].

---

47. N. Vallières et F. Sauvageau, *Droit et journalisme au Québec*, Québec, Édtions GRIC-FPJQ, 1981, p. 25-26.

48. M. Vivant (dir. publ.), *Lamy droit de l'informatique : informatique, télématique et réseaux*, Paris, Lamy S.A., 1996, p. 1206, n° 1893.

49. H.H. Perritt Jr., « Tort liability, the first amendment and equal access to electronic networks », *Harvard Journal of Law & Technology* (Harvard), n° 5, 1992, p. 65, 110-111.

Ainsi, il y a un lien étroit entre le contrôle effectif de l'information et l'ampleur de l'obligation d'en répondre.

Dans le cas de la responsabilité de ceux qui participent à la transmission des messages sur Internet, la question revient alors à se demander, lorsqu'un événement dommageable survient, si la personne était en mesure d'agir effectivement sur l'information afin de prévenir ou limiter le dommage. Pour cela, il faut examiner les possibilités et le degré de contrôle exercé sur l'information. Mais il importe aussi d'examiner dans quelle mesure il a eu connaissance de l'information transmise.

2.2.2. La connaissance du caractère illicite ou délictueux de l'information

La connaissance du caractère dommageable d'une information est étroitement liée à plusieurs des facteurs d'imputation de la responsabilité. Cette question ne se pose habituellement pas dans un contexte éditorial où la connaissance du caractère dommageable de l'information est accompagnée d'une présomption de connaissance inhérente à l'exercice de la liberté éditoriale : la bonne foi dans les choix éditoriaux ne tempère en rien la responsabilité qui en découle [50]. Publier signifie communiquer de l'information à des tiers en sachant que cette information sera lue, vue ou entendue. En tant que produit de la liberté éditoriale, la publication suppose une connaissance de première main de l'existence de l'information transmise [51].

Si la liberté éditoriale entraîne une présomption de connaissance du caractère dommageable des informations transmises, en l'absence d'un exercice éditorial, la connaissance devra être prouvée pour que la responsabilité puisse être imputée. La connaissance pourra être imputée dans plusieurs circonstances : « La connaissance, ou l'imputation de la connaissance, peut être établie si l'intermédiaire a exercé un contrôle du contenu des messages diffusés sur le réseau (par exemple, le modérateur d'un tableau d'affichage en ligne, qui filtre les messages avant de les envoyer) ou en cas de circonstances particulières, par exemple si l'opérateur savait que l'utilisateur transmettait de façon répétée des messages diffamatoires et s'il savait qu'un message

---

50. J.-L. Baudouin, « La responsabilité causée par les moyens d'information de masse », *Revue Juridique Thémis* (Montréal), 1973, p. 201 et 203.

51. L.E. Becker Jr., « The Liability of Computer Bulletin Board Operators for Defamation Posted by Others », *Connecticut Law Review*, n° 22, 1989, p. 203, 217.

récent pouvait être diffamatoire. Cette circonstance particulière peut survenir même dans le cas où un intermédiaire qui n'exerce pas par ailleurs de contrôle du contenu de l'information reçoit des plaintes concernant un émetteur de messages. » [52].

Mais comment peut-on imposer une obligation de prévention des dommages suite à la diffusion d'une information dont le caractère dommageable ou illégal est susceptible de n'être affirmé qu'après un débat contradictoire devant un tribunal ? Il est en effet difficile pour le responsable d'un serveur de courrier électronique de se mettre à juger du caractère fautif d'un message transmis. La même question se pose suite à la mise de l'avant du caractère dommageable d'une information : quelle crédibilité doit-on accorder aux sources externes de connaissance ? Et quelle réévaluation de cette information doit avoir lieu par la suite ?

Ces questions se sont posées dans un contexte de propriété intellectuelle : *Religious Technology Center* v. *Netcom Online Communication Services Inc.* [53] Un usager anonyme rend disponible, par l'intermédiaire d'un groupe de discussion, du matériel protégé de l'Église de scientologie. Dès que cette dernière est mise au courant de la contrefaçon, elle demande le retrait du matériel à l'opérateur de système, qui refuse d'agir jusqu'à ce qu'il ait obtenu des preuves supplémentaires. Le juge a conclu que Netcom s'est rendue responsable par son inaction, cette inaction équivalant à une participation substantielle dans la distribution illégale du matériel. Cette décision ne fournit pas de ligne de conduite utile pour plusieurs cas de figure se présentant dans la communication électronique. Dans le cas particulier ayant donné lieu à la décision, la preuve a révélé que Netcom n'avait rien fait pour empêcher la distribution du matériel *potentiellement* illégal, ayant même refusé de regarder le matériel en question. Mais quel poids doit avoir la notification pour créer une obligation pour l'opérateur de système, ou tout autre intermédiaire qui aurait la possibilité de prévenir le dommageable en mettant un arrêt à la circulation du matériel, alors que ce dernier a comme politique de ne pas exercer de contrôle éditorial sur le contenu qu'il aide à faire circuler ? [54]

---

52. H.H. Perritt Jr., « Tort liability, the first amendment and equal access to electronic networks », *Harvard Journal of Law & Technology, op. cit.*, p. 65 et 107.

53. 907 F. Supp. 1361 (N.D. Cal.1995).

54. « The scientology lawsuits and lawyer letters : the problem faced by on-line services who get notice of users' alleged violations », *Legal Bytes*, printemps 1996, vol. 4, n° 1, http://www.gdf.com/lb4-1.htm

Une autre solution est de protéger les intermédiaires de toute responsabilité jusqu'à ce qu'un jugement se prononce sur le caractère dommageable, illégal ou enfreignant de certaines informations pour lesquelles il est possible de mettre fin à la diffusion. Mais H.H. Perritt souligne les faiblesses d'une telle approche, entre autres dans le cas d'une diffusion de contenu portant atteinte à un droit de propriété intellectuelle : « Une telle approche ne protégerait pas suffisamment les intérêts des titulaires de droits d'auteur. Obtenir un jugement sur le fond prend du temps dans la plupart des juridictions, et la mise à disposition continuée des informations litigieuses pendant qu'une procédure est en cours risquerait de porter un préjudice substantiel irréparable aux titulaires de droits d'auteur. » [55].

La notion de connaissance est également tributaire du dommage susceptible d'être causé par l'information. Par exemple, dans le droit de la plupart des pays, la diffamation doit résulter en une perception négative des tiers, critère évalué en fonction de la perception d'une personne ordinaire [56]. À partir du moment où l'on présume que l'exercice de la liberté éditoriale entraîne un contact de l'éditeur avec l'ensemble du contenu publié, on prend pour acquis que celui-ci, en tant que personne raisonnable, savait que les propos avec lesquels il a été en contact étaient susceptibles de porter atteinte à la réputation d'une personne.

Dans le cas d'informations à caractère factuel, les intermédiaires qui, ne sont pas impliqués dans leur production (par opposition aux journalistes, par exemple) peuvent difficilement savoir que celle-ci est inexacte et susceptible de ce fait de causer un dommage. [57]

---

55. H.H. Perritt Jr., « Computer crimes and torts in the global information infrastructure : intermediairies and jurisdiction », 12 octobre 1995, http://www.law.vill.edu/chron/articles/oslo/oslo12.htm

56. N. Vallières, *La presse et la diffamation*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1985, p. 20.

57. J.H. Spoor, « Database Liability : Some General Remarks », (avril 1989) 3 *International Computer Law Adviser* 4, p. 6 : « On peut soutenir que le producteur est responsable s'il publie ou s'abstient de corriger des données incorrectes après s'être aperçu de leur inexactitude, tout au moins s'il a conscience de leur caractère potentiellement préjudiciable. [...] En revanche, la responsabilité peut être limitée du fait que la personne incriminée savait, ou du moins aurait dû savoir, que les données n'étaient pas fiables. »

2.2.3. *L'expertise*

La notion d'expertise n'est pas exclusive au domaine de l'information. Elle constitue, dans divers champs d'activité, l'un des principaux critères d'imputation de la responsabilité. Lorsqu'un individu fait appel à un expert, celui-ci peut être garant de certaines obligations spécifiques.

Ainsi, en droit de la construction, on trouve certains auteurs pour dire que l'entrepreneur général peut être tenu responsable des dommages résultant d'une construction sous sa supervision en l'absence de faute spécifique de sa part car on considère qu'il garantit que la structure qu'il s'est engagé à ériger sera adéquate et réalisable, et ce à partir du moment où on peut considérer que le propriétaire s'est raisonnablement fié à l'habileté et au jugement de l'entrepreneur [58].

De même, sans être eux-mêmes fournisseurs d'informations, les « courtiers » d'information (*information brokers*), seront tenus responsables si un dommage survient et résulte d'une information oubliée, fausse, périmée ou incomplètes : « C'est le fait que nous nous considérons comme des experts et que nous sommes rémunérés pour notre compétence spécifique qui est à l'origine de notre responsabilité potentielle. » [59].

B.B. Sookman va plus loin encore en explicitant le lien étroit entre l'expertise et la dépendance du récipiendaire des informations : « Lorsqu'il existe une relation contractuelle entre le fournisseur et le destinataire de l'information et que le contrat entre les deux parties ne définit pas la portée des obligations du fournisseur, si, de surcroît, ce dernier estime posséder, ou passe pour posséder une connaissance spécifique, une information ou une compétence spécialisée dans le domaine et fournit à ce titre l'information tout en sachant que le destinataire va sans doute se fier à cette information, il existe alors une obligation légale de fournir l'information avec toute la compétence et le soin nécessaires. » [60].

---

58. W.H.O. Mueller, « Responsabilité des contractants et des directeurs de projet en cas de conception défectueuse des éléments et systèmes entrant dans la composition des bâtiments, et non couverture de ce risque par des compagnies d'assurance », *Connecticut Law Review*, 1986, p. 103.

59. T. Pritchard, « The information specialist : a malpractice risk analysis », *Online* n° 13(3), 1989, p. 57 et 58 ; J.A. Gray, « Personal malpractice liability of reference librarians and information brokers », *Journal of Library Administration*, n° 9(2), 1988, p. 71.

60. B.B. Sookman, « The liability of information providers in negligence », (1989) 5 *Computer Law and Practice*, n° 5, 1989, p. 140 et 141.

La notion d'expertise pourra jouer également au niveau de la connaissance comme le relève N. Elkin-Koren : « Dans le contexte de la législation sur le droit d'auteur, un opérateur de tableau d'affichage en ligne (BBS) devrait imposer un contrôle rigoureux afin d'en garantir la pleine conformité. Les droits propriétaires ne sont pas une qualité du texte proprement dit, mais ils définissent plutôt une relation entre des personnes à propos de l'œuvre. Pour déterminer la nature des droits des propriétaires associés aux informations diffusées par un serveur BBS, il faudrait donc examiner la question plus à fond. L'opérateur BBS devrait dans chaque cas déterminer dans quelle mesure un abonné a copié ou créé lui-même tel ou tel texte, poème ou programme, ce qui représente une tâche considérable. La propriété intellectuelle fait intervenir tout un ensemble de lois complexes et ambiguës en ce qui concerne les œuvres numériques. Pour comprendre cet ensemble de lois, il faut une certaine compétence. De même, pour déterminer si une œuvre spécifique constitue une infraction au droit d'auteur, il faut (aussi) bien connaître les textes envoyés et l'état des connaissances dans ce domaine. » [61].

Dans le cas d'informations à caractère technique, la personne possédant l'expertise sera souvent la seule à pouvoir détecter la nature erronée d'une information et souvent à pouvoir remédier à la situation, c'est-à-dire en remplaçant les données potentiellement dommageables par celles qui sont exactes ou appropriées. Sa responsabilité est alors plus grande.

2.2.4. La prévisibilité de l'utilisation de l'information et du dommage

Dans plusieurs pays, la notion de prévisibilité est centrale à l'élaboration de normes de conduite. En effet, la personne à laquelle font référence les dispositions énonçant les règles de responsabilité est une personne « raisonnable, prudente et diligente ». La notion de prévisibilité est donc au centre du droit de la responsabilité. On la retrouve donc dans la responsabilité extra contractuelle pour le fait des informations.

Les critères dans l'évaluation de la diligence seront la probabilité du préjudice, la gravité des dommages prévisibles et le fardeau des mesures de protection adéquates. Si la probabilité et la gravité du préjudice sont relativement élevées et que les frais associés à la mise

61. N. Elkin-Koren, « Copyright law and social dialogue on the information superhighway : the case against copyright liability of bulletin board operators », *Cardozo Arts & Ent. Law Journal,* n° 13, 1995, p. 345 et 405.

en place des mesures sont faibles, l'on conclura plus facilement à l'existence d'une obligation [62].

Selon J.R. Tiano, la probabilité et la gravité du dommage doit être analysée cas par cas. Plus la dépendance de l'utilisateur est accrue, moins le fournisseur a la possibilité de contrôler le contenu des informations qu'il transmet, plus la probabilité d'un dommage est élevée. Cette analyse pourra aider à prévoir si la gravité du dommage pouvait être raisonnablement anticipée en tant que résultat probable des actions et omissions d'un fournisseur d'information [63] : « Une obligation d'exactitude ne devrait pas engager la responsabilité chaque fois que des informations inexactes sont fournies. En revanche, [...] lorsqu'il existe une forte probabilité de porter un préjudice grave et prévisible, lorsque l'erreur peut être raisonnablement évitée et lorsque la confiance de l'utilisateur dans l'information fournie est justifiée, il convient d'imposer une obligation d'exactitude. » [64].

La prévisibilité du dommage peut aussi avoir trait à la destination de l'information. Si l'information ne peut être utilisée qu'à une seule fin, le fournisseur peut prévoir de façon plus précise les dommages pouvant résulter de cette utilisation. J.H. Spoor explique en effet que : « Tout dépendra de la nature des données et des objectifs qu'elles sont censées servir. Un catalogue de bibliothèque est différent d'une base de données financières et encore d'autres normes s'appliquent à une base de données médicales dont l'exactitude peut avoir un impact direct sur la santé, voire même sur la vie des patients. [...] On ne peut répondre à la question de savoir si les données sont suffisamment précises sans se demander quel est le degré de précision raisonnablement requis, compte tenu de l'usage qu'on compte faire des données. » [65].

Si l'utilisation qui peut être faite de l'information est illimitée, le fournisseur ne peut prévoir les dommages qui peuvent en résulter. À

---

62. B.R. Bawden, « Les dix commandements de l'informatisation : l'obligation de diligence face à l'usage dela technologie », *CA Magazine*, n° 34, août 1993, 126, p. 34 et 35.

63. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review* (Pittsburg), n° 56, 1995, p. 655 et 687.

64. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review*, *op. cit.*, p. 655 et 676.

65. J.H. Spoor, « Database Liability : Some General Remarks », *International Computer Law Adviser*, n° 3, avril 1989, p. 4 et 6.

l'inverse, et à titre d'exemple, il est raisonnable de penser que l'information aéronautique transmise à un pilote dans le cadre de son travail, est spécifique à une seule utilisation et un seul type d'usager [66].

2.2.5. *Le rôle de l'utilisateur*

La responsabilité pour la transmission d'informations erronées, dans une situation extra contractuelle, est conditionnée par l'importance de l'information pour le récepteur ainsi que l'utilisation qu'il est susceptible d'en faire. En effet, la responsabilité des acteurs dans la chaîne d'information tient largement au fait que notre société est de plus en plus dépendante des systèmes d'information et qu'en contrepartie ceux-ci se doivent d'être de plus en plus efficaces [67].

Un utilisateur qui n'est pas familier ou étranger au type d'information transmise aura une plus grande tendance à se fier à celle-ci, et aura moins de raisons de vérifier la véracité des informations transmises [68]. Ainsi dans *Fernand Nathan* c. *Gribinski* [69] (affaire de la ciguë), le juge a conclu : « Qu'aucune faute ne saurait être retenue à la charge de la victime et de son époux – tous deux docteurs en médecine mais non spécialistes en botanique – qui ont cru à la fiabilité du guide X et ont pu sans légèreté le laisser utiliser par leur fille de 14 ans, en âge de discernement ; que pas davantage une faute ne doit être retenue à la charge de Mélanie Gribinski laquelle, au vu des énonciations du guide, pouvait croire à l'innocuité de la plante qu'elle récoltait. »

Plus le nombre d'utilisations possibles pour un type d'information est restreint, plus il est raisonnable pour l'utilisateur de s'attendre à ce que cette information soit exacte (dans la mesure où l'information est utilisée aux fins où elle est supposée l'être) [70]

---

66. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review*, *op. cit.*, p. 655 et 683.

67. J. Huet, « Liability of information providers : recent developments in french law contrasted with louisiana civil law of liability and united states common law of torts », *Tulane Civil Law Forum*, n° 5, 1990, p. 101, 127.

68. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review* (Pittsburg), n° 56, 1995, p. 655 et 684.

69. Trib. gr. inst. Paris, 29 mai 1986, RTD civ. 1988, p. 365, note Huet.

70. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review, op. cit.*, p. 655 et 683.

Malgré le facteur de dépendance envers l'information transmise, il est également nécessaire de constater que le rôle que joue l'utilisateur dans la chaîne de transmission de l'information n'est pas négligeable. J. Huet écrit à cet égard : « On peut observer, que dans bien des cas, le rôle joué par l'utilisateur auquel l'information est adressée n'est pas du tout neutre. L'utilisateur est impliqué dans les recherches qu'il effectue ou, s'il s'agit d'un patient en traitement de longue durée, il participe au processus en fournissant lui-même des données ; c'est pourquoi il sera souvent très difficile de déterminer la cause initiale du dommage. » [71]

Il importe donc de prendre en compte la manière même dont l'usager a procédé à l'interrogation et/ou fait usage de l'information obtenue [72]. Celui-ci est également responsable pour une utilisation appropriée de l'information. [73]

2.2.6. La qualité du fournisseur d'information

Puisque les environnements électroniques présentent une multitude de cas de figure, la diversité des rôles joués par les acteurs de la chaîne d'information électronique impose de prendre en considération les différents contextes de communication dans lesquels circule l'information.

La manière dont le droit de la responsabilité envisage les situations de communication varie selon que le message est diffusé au grand public ou seulement échangé entre deux interlocuteurs. Dans la plupart des systèmes juridiques, le droit traite la conversation privée de manière différente de la diffusion d'informations vers le public. De plus, on trouve sur l'Internet et dans les autres environnements électroniques une multitude de lieux de diffusion et d'échange d'informations. Leur désignation comme babillards électroniques évoque bien

---

71. J. Huet, « Liability of information providers : recent developments in french law contrasted with louisiana civil law of liability and united states common law of torts », *Tulane Civil Law Forum*, n° 5, 1990, p. 101, 108-109.

72. M. Vivant (dir. publ.), *Lamy droit de l'informatique : informatique, télématique et réseaux*, Paris, Lamy S.A., 1996, p. 460, n° 719. Un mauvais équipement pouvant contribuer à de mauvaises données, l'utilisateur est aussi responsable pour le fonctionnement correct de son équipement électronique : B. Tarter, « Information liability ; new interpretations for the electronic age », *Computer Law Journal*, n° 11, 1992, p. 481 et 530.

73. B. Tarter, « Information liability. New interpretations for the electronic age », *Computer Law Journal, op. cit.*, p. *481* et 532.

leur nature : les usagers raccordés à un réseau y inscrivent des informations qui, de ce fait, deviennent accessibles à tous les autres usagers.

Dans le cyberespace, tous ceux qui sont branchés ont la possibilité de devenir des fournisseurs d'information. Il serait invraisemblable d'évaluer la responsabilité de l'usager qui a une page Web personnelle indistinctement de celle d'une entreprise commerciale de taille dont la fonction première est de fournir de l'information au public. C'est d'ailleurs pourquoi le droit de la plupart des pays occidentaux appréhende les messages en les catégorisant selon le contexte de leur diffusion. [74]

2.2.7. L'accessibilité de l'information

Tout comme en environnement-papier, les données qu'un utilisateur reçoit doivent souvent être revérifiées afin de déterminer si elles sont raisonnables [75]. En effet, plus la possibilité de vérifier l'exactitude des données est grande (par exemple, les banques de données juridiques), moins la dépendance de l'utilisateur envers celle-ci sera justifiée et raisonnable [76]. « L'existence même d'un dommage sera susceptible d'être contestée, en cas d'indisponibilité du service d'information, si l'utilisateur avait la possibilité de s'adresser à une autre source. La faute commise par ce dernier se trouvera souvent invoquée notamment s'il apparaît qu'il aurait dû vérifier la qualité de l'information fournie. » [77]

L'on peut sans doute convenir qu'en règle générale, une erreur grave difficilement décelable devrait plus aisément emporter une responsabilité pour les intermédiaires tandis qu'« une erreur légère, évidente, ne pouvant échapper au contrôle de l'utilisateur [...] ne doit pas être sanctionnée ». [78]

---

74. P. Trudel, « La protection des droits et des valeurs dans la gestion des réseaux ouverts », dans : Centre de recherche en droit public (CDRP), *Les autoroutes électroniques : usages, droit et promesses*, Montréal, Éditions Yvon Blais, 1995, p. 279 et 317.

75. B. Tarter, « Information liability. New interpretations for the electronic age », *Computer Law Journal, op. cit.*, p. 481 et 532.

76. J.R. Tiano Jr., « The liability of computerized information providers : a look back and a proposed analysis for the future », *University of Pittsburg Law Review* (Pittsburg), n° 56, 1995, p. 655 et 684.

77. J. Huet et H. Maisl, *Droit de l'informatique et des télécommunications*, Paris, Litec, 1989, p. 637, n° 579.

78. L. Sabater-Bono, « Banques de données : la responsabilité des informations », *Expertises*, n° 98-99, 1987, p. 309-316.

En somme, les facteurs qui sont pris en compte dans l'imputation des responsabilités ont toujours à voir avec l'existence de possibilités effectives de prévenir des dommages pour l'un ou l'autre des participants à la communication électronique. Plus un acteur est en position d'intervenir afin d'éviter ou de limiter les effets dommageables de la circulation d'information, plus la tendance est marquée de lui en faire supporter la responsabilité.

3. LA RÉGULATION : COMMENT ENVISAGER LA RÉPARTITION DES RESPONSABILITÉS ?

La responsabilité est source d'incertitude : les acteurs qui s'engagent dans la communication dans le cyberespace le font avec plus ou moins d'intensité selon qu'ils ont ou non conscience qu'ils auront à supporter la responsabilité de l'information qu'ils émettent ou qu'ils contribuent à acheminer. C'est dire l'importance que prennent les mécanismes visant à assurer la répartition des responsabilités entre les acteurs du cyberespace. La répartition des responsabilités entre les acteurs de même que les conditions de responsabilités découlent des normes et réglementation qui trouvent application dans le cyberespace et qui constituent la source des droits et devoirs de ceux qui prennent part à la communication dans ces espaces.

Les différents modes de réglementation des environnements électroniques sont en compétition les uns avec les autres [79]. Bien que les normes étatiques représentent actuellement les normes auxquelles l'ensemble des intervenants se réfère spontanément, il ne faut pas prendre leur légitimité pour acquise. Bien que les modes de réglementation alternatifs tendent à s'imposer de plus en plus, il ne faut pas nécessairement présager que ceux-ci se substitueront à la norme étatique. Selon J. Reidenberg, bien que l'emprise des États tende à diminuer, celle-ci ne disparaîtra pas et ne devrait pas forcément être écartée : « En ce qui concerne les réseaux mondiaux, la gouvernance devrait être considérée comme une juxtaposition complexe de forces étatiques, commerciales techniques, et citoyennes. Les règles régissant le comportement des réseaux émaneront de chacun de ces intervenants. Dans ce cadre, le secteur privé doit être le moteur du développement de la société de l'information et les

79. P. Trudel, F. Abran, K. Benyekhlef, S. Hein, *Droit du cyberespace*, *op. cit.*, ch. 3.

gouvernements doivent intervenir pour protéger les intérêts publics. Parallèlement, on ne peut ignorer dans l'élaboration des politiques les préoccupations technologiques et les décisions motivées par des considérations de cet ordre. » [80]

De son côté, rappelant que le régime juridique existant continuera de s'appliquer à l'égard des problèmes qu'il peut appréhender dans les espaces électroniques, T. Hardy indiquait que les problèmes spécifiques aux environnements électroniques appelleraient sans doute des solutions originales : « Certes, une réglementation spécifique n'est qu'une réponse juridique parmi beaucoup d'autres. On peut aussi appliquer aux questions juridiques relatives au cyberespace les décisions de justice prises au cas par cas et la jurisprudence du droit commun ; une convention internationale peut promulguer des lois-types uniformes ; les citoyens peuvent créer eux-mêmes leurs propres coutumes ; les fournisseurs de services peuvent préciser par contrat le comportement à adopter dans leur « partie » du cyberespace ; une petite dose d'anarchie peut même être souhaitable. » [81]

Ces normes et réglementations sont énoncées dans différents véhicules. Elles sont parfois exprimées dans des textes internationaux ayant vocation à trouver application dans l'ensemble des pays ; en droit interne, des dispositions constitutionnelles peuvent poser des balises et principes à ce que peut faire le droit étatique en ce qui a trait aux environnements de communication. Par exemple, aux États-Unis d'Amérique, le premier amendement à la Constitution empêche l'État de poser des gestes qui supprimeraient la liberté de parole ou de la presse. Ces principes jouissent souvent d'un degré élevé de pérennité. En raison de leur supra-légalité, les principes constitutionnels représentent plus qu'une simple technique de réglementation. Ils définissent le champ disponible pour les autres règles que l'État pourrait mettre en place. À ce titre, ils doivent

---

80. J. Reidenberg, « Governing networks and cyberspace rule-making », *Symposium on information, national policies, and international infrastructure*, Harvard, 28-30 janvier 1996, affiché sur le site http://ksgwww.harvard.edu/~itbspp/reidpap2.htm. L'auteur ajoute, un peu plus loin : « Les gouvernements peuvent et doivent participer à l'élaboration de règles régissant les activités des réseaux, mais ils ne peuvent et ne doivent pas tenter de déposséder les communautés impliquées dans les réseaux de tout leur pouvoir réglementaire. ».

81. T. Hardy, « The proper legal regime for cyberspace », *University of Pittsburg Law Review*, Pittsburg, n° 55, 1994, p. *993* et 995.

nécessairement être envisagés dans toute analyse des techniques de réglementation envisageable à l'égard d'un phénomène d'information et de communication comme le cyberespace. Enfin, les normes internationales et étatiques sont complétées par un large éventail de modes de réglementation. Les contrats, l'autoréglementation, les usages et pratiques et parfois même la technologie constituent autant de moyens différents de réguler les différentes activités rattachées aux environnements électroniques.

Ce processus de répartition des responsabilités peut emprunter la voie contractuelle, comme en témoignent les multiples stipulations de non-responsabilité que l'on retrouve dans les contrats proposés par les fournisseurs d'accès à Internet. La répartition des responsabilités pourra souvent se définir par rapport à la réglementation étatique ; soit pour la prévenir ou en anticiper certains effets. Mais au premier plan des processus de régulation, il y a ceux qui sont fondés sur l'éthique personnelle et la pression sociale.

3.1. L'éthique personnelle et la pression sociale

Les règles ayant jusqu'à maintenant émergé afin d'encadrer la circulation de l'information sur Internet reposent sur l'éthique personnelle des usagers et se manifestent dans les communautés partageant des buts ou des intérêts communs. La régulation a jusqu'à ce jour emprunté la voie de l'autocorrection par les membres des communautés d'utilisateurs. Par exemple, une information diffusée sur un site électronique peut être l'objet d'un *feed-back* en provenance d'une personne située à n'importe quel point raccordé à ce site.

Les communautés informelles peuvent développer des règles de conduite généralement acceptées sans qu'il y ait une intervention de la loi ou de la réglementation étatique. Les internautes ont dégagé des règles afin de favoriser l'harmonie dans leurs interrelations. Ces règles reflètent les caractéristiques de cet environnement électronique.

De pareils phénomènes d'émergence spontanée de normes se produisent généralement en présence d'une perspective de continuité des relations. Les relations sont peut-être suivies dans certains contextes comme les réseaux de chercheurs universitaires ; elles le sont beaucoup moins dans le cas de réseaux constitués autour d'intérêts plus évanescents ou plus ponctuels. C'est pourquoi il faut s'interroger sur la viabilité d'une approche s'en remettant uniquement aux règles de conduite adoptées par les acteurs sous la seule pression sociale se manifestant dans un environnement électronique donné. De telles règles apparaissent généralement lorsque sont réunies cer-

taines conditions telles la nécessité ressentie par les joueurs de continuer à faire partie du lieu électronique pratiquant certaines règles.

En revanche, on aurait tort de récuser trop vite le rôle régulateur résultant de la pression sociale. On fait souvent état de la pratique du *flaming*. Des usagers insatisfaits ou mécontents du comportement d'un acteur dans un site électronique peuvent l'inonder de messages de protestation, parfois injurieux. Il y a, dans ces usages, un certain relent de vindicte populaire dont la perspective suffit à encourager les comportements intègres sur le réseau.

Le désir de demeurer dans un environnement électronique peut être suffisant pour inciter plusieurs protagonistes à respecter les règles qui y prévalent. Les facteurs qui paraissent déterminants du degré de respect des normes de conduite paraissent être liés à l'intérêt des parties de demeurer dans une relation continue ou qui est susceptible d'avoir des suites. Le réflexe normal de tout commerçant n'est-il pas de se comporter de manière à ce que le client ait l'envie de revenir chez lui ?

Si l'effet régulateur de la pression sociale paraît indéniable, il est cependant limité. Il ne peut assurer à lui seul un régime efficace de responsabilité à l'égard des informations circulant dans le cyberespace.

3.2. Le contrat

Les environnements électroniques étant d'abord et avant tout des lieux d'interaction, ils supposent une volonté des protagonistes de se trouver en présence l'un de l'autre. Hormis les situations de courrier électronique non sollicité, il est rare que les interactions se nouent en dehors d'un geste consensuel de la part de chacun des protagonistes. C'est dire l'importance que prend le contrat dans la problématique de la régulation des environnements électroniques.

Dans Internet, l'information est communiquée à la faveur d'un raccordement voulu par l'usager. Il devient dès lors plus facile de concevoir la situation juridique ainsi créée comme procédant d'une relation contractuelle entre l'émetteur et le récepteur. Le consentement ou la faculté de le retirer résidant dans le chef de l'usager paraît constituer un principe régulateur central dans Internet. Mais si ce mécanisme contractuel convient pour assurer la protection des intérêts individuels, il est peu susceptible de servir à protéger les valeurs collectives qui doivent l'être.

3.3. L'autoréglementation

L'autoréglementation fait référence aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. Elle est déjà largement pratiquée dans l'univers des médias et de la publicité. La pratique de l'Internet révèle que plusieurs modèles d'autoréglementation y prévalent.

Ainsi, ceux qui ont la maîtrise d'un site ont la possibilité d'adopter des politiques relativement à l'accès au site, aux comportements acceptés et aux actes prohibés. La plupart des institutions universitaires se sont dotées de politiques ou de règles délimitant les droits et prérogatives de ceux qui font usage des capacités informatiques des institutions.

Ces politiques, parfois explicitées dans des documents officiels ou dans les contrats d'adhésion que signent les membres ou les clients, énoncent des lignes de conduite sur des questions comme : le caractère privé du courrier électronique, les conditions d'utilisation des logiciels disponibles sur le réseau, l'obligation d'utiliser son nom véritable, le droit de faire de la publicité commerciale, le droit d'utiliser les ressources du réseau pour des fins personnelles et la responsabilité pour les comportements des abonnés ou des clients.

Si les sanctions découlant du non-respect de l'autoréglementation sont souvent seulement psychologiques, il n'en demeure pas moins que, dans certains cas, la réprobation peut être très sévère à supporter. Internet confère en effet une capacité de circulation considérable aux informations défavorables. Les usagers insatisfaits ont la faculté de faire payer cher un comportement incorrect.

3.4. Le droit étatique

Malgré les limites manifestes que présente son application effective en certains cas, le droit étatique peut continuer de s'appliquer à un grand nombre de situations engendrées par la circulation d'informations sur Internet. Un nombre significatif de conflits met en cause des protagonistes relevant de la même juridiction nationale. Pour les conflits impliquant des protagonistes soumis à des ordres juridiques nationaux différents, se pose la question de l'application du droit national d'un État selon les principes du droit international privé. Il s'agit alors de déterminer la loi applicable et de tenter d'obtenir la sanction du droit invoqué. Le problème d'applicabilité et d'effectivité n'est pas ici différent de ceux qui découlent de situations déjà connues. Le problème est encore plus aigu pour les situations à propos desquelles les droits nationaux énoncent des dispositions

d'ordre public. Par exemple, ce qui est obscène dans un pays peut être tout à fait accepté dans un autre. Chaque système juridique reflète en effet un bagage culturel passablement différent. Les différences qui peuvent exister dans les droits nationaux ne sont pas sans compliquer le processus de détermination d'un corpus de règles propres à régir le cyberespace. Ce phénomène recèle le risque d'engendrer un effet d'autocensure allant dans le sens des pays ayant les régimes de responsabilité les plus restrictifs.

Même si les réseaux sont interconnectés sans égard aux frontières nationales, les circonstances demeurent nombreuses où le droit d'un État localisera un réseau sur un territoire national déterminé afin d'imputer les responsabilités de ce qui circule dans l'environnement sur lequel il est supposé exercer une maîtrise. C'est donc par le truchement des règles en matière de responsabilité que le droit rattrape les protagonistes.

Il est naïf de s'imaginer que l'on pourra développer des interactions de plus en plus significatives dans le cyberespace sans que personne ne réponde de ce qui s'y passe. Aussi, dans les différents territoires nationaux, ce sont les protagonistes les plus visibles et surtout les plus solvables qui sont susceptibles de payer pour les méfaits éventuellement commis dans les environnements électroniques sur lesquels ils exercent un certain contrôle ou contribuent à rendre disponible sur un territoire national donné. Ce phénomène génère donc une incitation à l'autorégulation. Les acteurs solvables ont en effet intérêt à mettre en place des normes destinées à prévenir les dérapages pouvant engendrer pour eux une obligation d'en réparer les dommages. Les communautés du cyberespace devront, selon leurs priorités et leurs visions du monde, s'astreindre à promouvoir l'émergence d'un cadre juridique cohérent et équitable pour définir les responsabilités des participants à la communication électronique.

CONCLUSION

Il convient de synthétiser les développements de cette étude en proposant une grille d'analyse des règles et autres facteurs déterminant la responsabilité de même que les normes qui en prévoient la répartition entre les participants à la communication électronique.

La détermination des critères de répartition des responsabilités est une démarche qui concerne aussi bien l'ensemble des participants à la communication électronique que les autorités chargées de

prévoir les règles de conduite qui ne manqueront pas de régir les rapports qui prennent place dans le cyberespace.

Au cours des premières années de l'explosion d'Internet, il était possible de se contenter d'affirmer, en guise d'analyse, que l'espace créé par les environnements de réseaux interconnectés transcende les frontières et offre des possibilités de se soustraire aux réglementations. Il importe désormais d'aller plus loin et de se donner les moyens de mettre en place une normativité appropriée à cet environnement. Il importe pour cela de reconnaître que les caractéristiques du cyberespace emportent la nécessité de délaisser les paradigmes étatistes qui président souvent à toutes les réflexions sur la normativité en général et sur le droit en particulier. Les catégories du droit telles que nous les connaissons paraissent insuffisantes pour rendre compte de l'ensemble de la normativité essentielle au fonctionnement adéquat d'un espace aussi global et virtuel que le cyberespace. En revanche, le fait que le droit des États ne puisse plus désormais être envisagé comme possédant le monopole de la régulation des comportements dans ces environnements virtuels ne signifie pas qu'il soit sans pertinence. Le droit des États continuera de jouer un rôle majeur dès lors qu'il s'agit de déterminer les responsabilités résultant d'une information à caractère délictueux.

Pour assurer une répartition équitable des responsabilités, il importe de faire les rapprochements mais également les distinctions qui sont nécessaires entre les rôles et fonctions assumées dans les contextes connus de communication et ceux qui sont tenus dans le cyberespace. Il importe également d'identifier de quelle façon les valeurs et préceptes souvent proclamés dans les textes internationaux doivent présider à la répartition des responsabilités dans les environnements électroniques.

Enfin, il est plus que jamais essentiel d'évaluer de manière comparative l'ensemble des techniques de réglementation afin d'identifier celles qui sont les plus à même de procurer les équilibres recherchés. Le plus grand retard qui afflige le droit à l'égard du cyberespace n'est pas tellement l'absence de règles portant sur certains incidents qui peuvent s'y produire que la persistance de la communauté juridique à se limiter à des paradigmes exclusivement étatistes pour poser les problèmes et fonder les règles de conduite [82].

---

82. P. Trudel, F. Abran, K. Benyekhlef, S. Hein, *Droit du cyberespace*, Montréal, Éditions Thémis, 1997, p. cnc 1 à cnc 8 ; disponible à <http://roma.crdp.umontreal.ca/crdp/chercheurs/trudelpw3/cyberespace/cnc/cnc010.html>

Pourtant, dans les milieux qui transcendent les frontières, tel que la haute mer ou l'espace aérien, il y longtemps que l'on sait que le droit des États est seulement une facette de la régulation.

Tous les participants à la communication électronique ont un rôle à jouer dans la détermination des principes de répartition des responsabilités. Les acteurs n'ont pas à attendre que les règles viennent de l'État. Il leur incombe de définir proactivement des préceptes équitables afin de répartir les responsabilités supportées par les différents acteurs qui prennent part à des activités dans le cyberespace. Ces préceptes ne sauraient se situer en marge des principes universellement reconnus à l'égard du respect de la dignité humaine, de l'égalité mais aussi de la liberté d'expression.

Les autorités des États n'échappent pas, de toute façon, à l'obligation de s'assurer que leur droit national respecte adéquatement les équilibres entre les différentes valeurs fondamentales et qu'il répartit adéquatement les responsabilités des différents acteurs dans le respect des droits fondamentaux. Elles devront s'assurer d'ajuster les règles de leurs législations aux nouveaux contextes du cyberespace.