

Colloque Poitiers-Montréal

12 et 13 décembre 2002

**Les nouveaux territoires du droit
et leur impact
sur l'enseignement et la recherche**

Diffusé par LGDJ

© Collection de la Faculté de Droit et des Sciences sociales de Poitiers
Edité par : Université de Poitiers (France)
2004
ISBN : 2 275023 93 3

**LES NOUVELLES TECHNOLOGIES DE L'INFORMATION,
NORMATIVITÉ, DROIT ET TECHNOLOGIE
DANS LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION :
REGARDS SUR PROGRAMME-RÉSEAU DE RECHERCHE JURIDIQUE**

Isabelle DE LAMBERTERIE
Directrice de recherche au CNRS-CECOJI
Pierre TRUDEL
Professeur à l'Université de Montréal

Résumé

Ce thème est celui d'un programme de coopération scientifique qui est en cours entre le Centre de Recherche en Droit Public et le CECOJI. Il est apparu essentiel, d'étudier de façon transversale, **les enjeux et les finalités de la régulation qui en train de s'opérer dans la Société de l'Information**. Le but est, alors, de réfléchir de façon comparative sur un cadre juridique qui associe la normativité juridique et la normativité technique. À travers l'analyse des différents mécanismes de régulation (y compris techniques) qui sont mis en œuvre dans la société de l'information (droit de la preuve, protection de la vie privée, droit d'auteur, contrat du commerce électronique), on mesure les possibles interdépendances entre normes juridiques et techniques. C'est aussi l'occasion de réfléchir sur les fondements des principes qui sous-tendent ces différents cadres juridiques et leurs capacités à évoluer – en tenant compte des enjeux et des intérêts en présence.

Introduction

Internet et les technologies de l'information et des communications posent des défis majeurs au droit. Elles contribuent en effet à redéfinir plusieurs des repères à partir desquels sont traditionnellement posées les règles de conduite. Mais en plus, ces technologies ont un effet de retour sur le droit, elles contribuent à transformer la vie juridique.

Lorsque l'on choisit de travailler sur un thème de recherche comme celui-là, il faut opter pour une démarche permettant d'englober le droit positif des pays dans lesquels nous nous trouvons. Il faut organiser ensemble les réflexions sur le droit, à partir des modes de pensée parfois différents de nos systèmes juridiques respectifs.

Quelques définitions

1.1 - Normativité

On entend par « normativité », l'ensemble des activités ayant pour résultat de produire des normes, des règles suivies par les acteurs. Pour rendre compte du droit dans les espaces inédits résultant des technologies, il faut une conception large de la normativité.

Les communautés produisent des tendances, susceptibles de constituer des ensembles normatifs assortis d'un degré de contrainte comparable aux règles de droit. Ces normes engendrées par les conditions prévalant dans l'environnement ou par les comportements réitérés ne sont pas nécessairement le produit de l'activité d'institutions : elles résultent des comportements suivis et espérés des acteurs du cyberspace.

De plus, il apparaît que dans le cyberspace, la normativité s'inscrit dans une logique de réseau. Elle se conçoit en fonction de la « réalité artificielle » qui se propose aux usagers. Celle-ci, produite par une multitude d'artefacts techniques, incorpore d'innombrables règles déterminant le fonctionnement ou le dysfonctionnement du réseau mais qui, du coup, contribuent à y déterminer une part importante de la normativité.

1.2 - Société de l'information

Depuis 1998, on parle d'une entrée de la France dans la « Société de l'Information ». Cette même année, l'Union internationale des télécommunications a chargé son secrétariat général d'inscrire à l'ordre du jour la tenue d'un « sommet mondial sur la société de l'information ».

Ce terme de « Société de l'information » était déjà familier au sein de la Commission européenne où dès 1996 on qualifiait cette expression de « formule engageante pour résumer le développement de la numérisation, de l'inter-activité, de l'essor conjugué des télécommunications et de l'informatique¹ ».

Le constat d'une progression accélérée des techniques d'information et de communication oblige à situer ce phénomène à la fois comme une suite de ruptures et de continuités. Si l'on se place uniquement sur le plan technique, les bouleversements justifient le qualificatif de « nouvelle » pour cette société de l'information². Mais ces ruptures doivent être remises en contexte et l'on soulignera les capacités du raisonnement juridique à transposer des principes généraux pour les appliquer à de nouvelles situations.

Parmi les différentes facettes et pour comprendre le phénomène, il ne faut pas négliger l'image fantasmatique que suscite le développement du phénomène que nous cherchons à cerner. N'y a-t-il pas la théorie et le rêve ? Un collectif international d'ONG défendant les droits à la communication mettait en garde contre le mirage « d'une société basée sur la connaissance, prodiguant ses innombrables bienfaits dans les domaines de l'éducation, de la santé, du développement, de la démocratie, etc. Tout cela grâce au "réseau sans coutures" et autres flots de connaissance se déversant depuis les grands océans jusqu'aux ruisseaux les plus escarpés, et inversement »³. Il y a aussi les inquiétudes, voire le cauchemar. Beaucoup craignent que l'avènement de la société de l'information ne favorise l'expansion du règne du tout marchand sans égard pour d'autres types de modèles économiques ou la prise en compte des

¹ C. CROELLA, « Le Livre vert sur le droit d'auteur et les droits voisins dans la société de l'information », *Revue du Marché européen*, 2/1996, p. 181.

² Voir René TREGOUET, « Des pyramides du pouvoir aux réseaux de savoirs, comment les nouvelles technologies de l'information vont aider la France à entrer dans le XXI^e s. », *Les rapports du Sénat*, n° 331, 1997-1998.

³ Déclaration du CRIS (Communication Rights in the Information Society) dans la Plateforme pour le Droit à la Communication lancée en novembre 2001 par un collectif informel d'ONG internationales actives dans le domaine des médias et de la communication (<http://www.crisinfo.org>).

équilibres à sauvegarder ou à établir (entre autres, partage de la connaissance et incitation à la création intellectuelle, droit à l'information et protection de la vie privée).

La « société de l'information » c'est aussi de nouveaux modes de communication à travers les autoroutes de l'information et plus particulièrement le réseau des réseaux « internet ». C'est un maillage qui doit tenir compte à la fois des identités géographiques et politiques des lieux d'émission et de réception comme de la disparition des frontières de type classique. Ce n'est pas d'hier que les enjeux et les défis des autoroutes de l'information interpellent la recherche juridique⁴, y compris dans le cadre des coopérations franco-québécoises⁵. Et pourtant, il reste beaucoup à faire pour ne pas uniquement en rester au stade des constats et c'est dans ce contexte que notre coopération apporte sa contribution à l'étude du développement du cadre juridique de cette société de l'information. Il s'agit autant d'identifier les modes de régulation adaptés ainsi que le contenu des normes applicables que de valider sur le terrain les modèles théoriques qui ont pu être construits.

Notre méthode de travail

Les différents chantiers menés indépendamment dans des cadres variés ou conjointement ont été pour nous l'occasion de rassembler une expérience de recherches et des résultats souvent appréhendés de façon cloisonnés sans avoir le temps de tirer tous les fruits d'une théorisation sur la régulation de cette société de l'information. Il est apparu essentiel d'étudier avec un peu de recul et de façon transversale et comparée les enjeux et les finalités de la régulation qui en train de s'opérer.

Nous avons choisi pour cela de privilégier l'absence d'exclusive dans les méthodes et approches et d'accorder autant de place à l'étude des droits nationaux qu'au travail de comparaison.

En effet, le droit des États a beau n'être plus seul pertinent pour rendre compte du cadre juridique du « cyberspace », il demeure un cadre de référence incontournable pour beaucoup de situations juridiques mettant en cause les environnements électroniques.

⁴ Voir Conseil d'Etat, *Internet et les réseaux numériques*, La Documentation française, 1998.

⁵ *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis*, sous la direction de J. FREMONT et J.-P. DUCASSE, actes du colloque tenu dans le cadre des huitièmes entretiens centre Jacques Cartier - Rhône-Alpes (5-8 décembre 1995), Les chemins de la recherche, programme Rhône-Alpes Recherche en Sciences Humaines n° 39.

De même, l'étude de la normativité est souvent associée à des écoles ou des modèles. Nous aurions pu privilégier une approche relevant de la structuration entre les divers ordres juridiques (régional, national communautaire, international)⁶ ou encore suivre le modèle de l'analyse économique du droit⁷ ou encore l'analyse systémique⁸. Enfin pourquoi pas une approche qui nous incite à une démarche descriptive plutôt que prescriptive ? Chaque méthode a ses avantages et ses inconvénients. Au risque d'être critiqué par manque de rigueur et de cohérence, il est apparu que l'on ne pouvait pas privilégier plus l'une que l'autre. En effet, pour analyser - à propos d'un phénomène inédit - le développement de normes (juridiques, techniques, éthiques...) la méthodologie choisie consiste dans un premier temps à *relever les motifs fondant ce besoin de normes (les rationalités)* et ensuite à procéder à l'analyse comparative des diverses techniques de réglementation ou de régulation envisageables.

Notre approche reconnaît que le droit se justifie par un ensemble de rationalités, c'est-à-dire de raisons, de motifs de finalités qui rendent « rationnelles » les règles de droit et qui contribuent à en asseoir la légitimité. L'encadrement juridique est tributaire des valeurs, souvent contradictoires, qu'on essaie d'y refléter. Il ne peut être analysé en faisant abstraction de ces valeurs. Connaître les dimensions juridiques d'un phénomène, c'est en bonne partie connaître les raisons qui poussent à l'adoption des règles, qui rendent « rationnelles » les règles adoptées afin d'encadrer le fonctionnement d'un ensemble d'activités.

Lorsque les environnements technologiques se modifient, cela peut emporter des changements dans les perceptions de ce qui est bon ou mauvais, de ce qui est possible ou impossible. Parfois, les évolutions technologiques ne font pas changer les convictions morales qui prévalent dans une société.

Les rationalités ne font pas toujours consensus : elles sont l'objet de débats et connaissent des légitimités variables selon les pays et les époques. Ce phénomène est plus visible avec la généralisation d'Internet et des autres environnements ayant le potentiel de rendre disponibles les informations sans égard à l'espace et même au temps.

⁶ On parle alors d'« internormativité ».

⁷ Voir les travaux de Ejan MACKAAY, professeur à la Faculté de droit de Montréal, *L'analyse économique du droit dans les systèmes civilistes*, < <http://www.crdp.umontreal.ca/fr/equipe/membre.php?Id=711>>.

⁸ Cette méthode est souvent l'approche privilégiée des études sur les politiques communautaires et celles des relations extérieures de l'Union européenne ou de l'OMC (voir entre autres les programmes de la chaire européenne Jean Monnet à la Faculté de droit de Rennes).

Les principaux chantiers de recherche

C'est à travers le même prisme que nous souhaitons présenter ici quelques-uns des champs de recherche sur le terrain desquels nous avons travaillé ou nous sommes en train de travailler soit ensemble soit séparément. Ces expériences et les résultats de ces travaux nourrissent aujourd'hui la réflexion menée au sein des séminaires du programme international de coopération scientifique en cours portant sur « Internet : droit, normativité et technologie »⁹.

Les codes de conduite

Si la normativité est de plus en plus prise en charge par les acteurs eux-mêmes, il faut développer des outils appropriés afin de permettre la mise en place des règles de conduite de proximité. Ce projet a permis la mise au point d'un cadre méthodologique afin de développer des outils de régulation. Mis à la disposition des usagers d'Internet, de ceux qui éprouvent le besoin de préciser les règles et normes encadrant leur conduite, il permet une prise en charge raisonnée des enjeux de régulation qui se posent dans le cyberspace.

La protection de la vie privée

Il s'agit de revoir les prémisses du droit relatif à la protection de la vie privée dans la société de l'information. L'accroissement de la circulation de l'information modifie l'échelle des risques pour la protection des personnes. La généralisation des réseaux induit des mutations au niveau de la raison d'être des règles de droit. Le contexte de la production et de la circulation des informations s'est considérablement modifié au cours des deux dernières décennies. Le développement de l'État en réseau nécessite de revoir les protections de la vie privée ; non pas en érigeant comme un absolu les protections qui prévalaient lorsque les informations personnelles étaient situées quelque part dans un classeur mais en identifiant les conditions d'une réelle protection dans un contexte où les informations relatives aux personnes ont nécessairement vocation à circuler.

⁹ Ce programme est soutenu par le CNRS et le ministère des Affaires étrangères (France), le ministère québécois de la Recherche, de la Science et de la Technologie de même que le ministère des Relations internationales du Québec.

Des situations comme la circulation de l'information dans les environnements de recherche ou dans les réseaux socio-sanitaires permettent des mises en perspectives comparatives des enjeux et des approches innovatrices sur ces questions.

Les modes alternatifs de règlements des conflits : Du CyberTribunal à ECODIR

C'est à Montréal que furent menés les premiers travaux sur les modes alternatifs de règlement des conflits et particulièrement l'usage d'internet pour mettre en relation les parties qui cherchent à trouver une solution à leur différend. Les expériences du « cybertribunal » et d'E-résolution (à savoir la mise au point des outils logiciels permettant d'apporter les garanties indispensables) ont été suivies de très près par différentes équipes européennes dont le CECOJI.

Aujourd'hui en France, avec un certain décalage, l'intérêt pour cette nouvelle forme de régulation se manifeste dans tous les secteurs. C'est un terrain d'investigation très riche pour les chercheurs en Science du droit la grande difficulté rencontrée étant de savoir quelle est la place du droit dans l'organisation du conflit et sa gestion comme dans la solution apportée. C'est dans le cadre d'un programme européen (ECODIR) que le CRDP et le CECOJI (avec le CRID de Namur et une équipe internationale) ont étudié toutes les facettes de la mise en place d'une plate-forme européenne pour promouvoir les modes alternatifs de règlements des conflits (MARC ou MARDifférends) dans le commerce électronique, au service des consommateurs.

En France, le travail de recherche se prolonge aujourd'hui au sein du Forum des droits sur l'internet.

Les contrats

Dès la publication des premières versions de la directive sur le commerce électronique nous avons eu l'opportunité de travailler ensemble sur les enjeux de cette directive et son application aux contrats du commerce électronique. Comment créer la confiance ? Comment se répartissent les responsabilités ? Comment protéger le cocontractant en position de faiblesse ? Ces questions ne sont pas nouvelles. Et pourtant leur approche est aujourd'hui renouvelée car les juristes sont invités à considérer leur cadre juridique et les fondements de celui-ci pour apprécier s'il permet de répondre à ces nouvelles situations.

Prenons l'exemple de l'obligation d'information, elle ne peut plus être traitée sans tenir compte du destinataire et de sa capacité à apprécier l'information. Mais il faut que ce destinataire se fasse connaître, s'identifie pour que l'on puisse personnaliser l'information. Nous sommes loin de la vitrine du marchand ou du catalogue de vente par correspondance.

La valeur probatoire des supports électroniques : L'invitation à la neutralité technologique

Sujet sur lequel nous avons beaucoup appris à travers les études menées par les uns et les autres. Le Québec a introduit dans sa législation, bien avant les autres Etats, une loi suivant laquelle les documents électroniques pouvaient être un mode de preuve. Toutefois, du fait de leur statut spécifique - à côté des écrits traditionnels - et de leur place dans la hiérarchie des preuves, ces preuves électroniques ne pouvaient à l'époque jouer le même rôle que les écrits sur support papier. Toutes les réflexions menées sur ce sujet ont été très utiles pour étudier en France la question de la valeur probatoire des supports électronique. C'est aussi autour du principe de neutralité technologique défendu et reflété par la nouvelle législation québécoise sur la Société de l'Information que les réflexions communes invitent les juristes français à apprécier si les nouveaux textes réglementaires sont ou non totalement neutres.

Le droit d'auteur dans la Société de l'information est aujourd'hui au cœur d'une intense activité législative. Les risques de contrefaçon multipliés par les nouveaux modes de circulation de l'information ont eu dans un premier temps pour conséquence de focaliser les efforts sur les protections techniques. On a pu voir que ce type de protection n'était pas toujours la panacée ! Et même être illusoire. Faut-il encourager un système dans lequel il y aurait des droits d'exploitation exclusive pour tous types de productions intellectuelles ? Aujourd'hui, de nouvelles questions se posent. Y a-t-il une place pour un domaine public ? Comment gérer les questions de l'accès aux produits culturels ? Faut-il pour certains types d'utilisation prévoir de possibles exceptions ? Comment les encadrer ? Quelles seront les contreparties ? Ce ne sont pas des questions théoriques dans la recherche et l'enseignement où chacun de nous est à la fois producteur et usager. Ce sont des choix de société qui se posent à nous. Feront-ils l'objet de vrais débats ? Qui prendra les décisions ?

Quelques enseignements de notre réflexion commune et comparative

Les traditions de recherche en droit sont fortement imprégnées des catégories découlant des systèmes juridiques étatiques. Très souvent, les démarches de recherches juridiques à caractère international visent, explicitement ou implicitement, à produire des données à caractère comparatif sur les lois ou concepts juridiques d'une pluralité d'ordres juridiques nationaux.

Mais la généralisation des environnements de réseaux requiert de plus en plus des démarches à caractère méthodologique susceptibles de contribuer à « penser » la régulation dans des espaces qui transcendent les repères nationaux. Ainsi, la cyberjustice se conçoit comme un objet à l'égard duquel on ne peut pas appliquer le droit d'un seul État. Le défi est de s'appuyer sur une compréhension solide des paradigmes fondateurs des systèmes juridiques de nos pays afin d'en déduire les principes communs ou en identifier ce qui constitue le commun dénominateur. Cette tâche permet ensuite de rendre compte des processus par lesquels les normativités sont relayées dans divers relais qui sont caractéristiques des environnements en réseaux comme Internet.

De même la normativité technique interagit de plus en plus avec les logiques juridiques. Un trait commun de la mise en œuvre des règles juridiques de la société de l'information est la place prise par la normativité technique. Ce phénomène s'illustre avec une particulière acuité par le recours croissant, dans les textes visant à procurer la sécurité juridique, à des références ou des normes techniques. Par exemple, les lois récentes en France et au Québec sur le cadre juridique des transactions et de la preuve accordent une grande place aux normes techniques. Ce questionnement a été au cœur du séminaire sur le thème « Sécurité juridique et sécurité technique : indépendance ou métissage » tenu le 30 septembre à Montréal. À cette occasion, les chercheurs des deux équipes ont pu échanger des hypothèses et approches à partir de réflexions menées dans le cadre de l'un et l'autre des systèmes juridiques.

Les révisions de paradigmes qu'induisent les tendances vers l'interconnexion semblent particulièrement visibles au regard des approches afin de protéger la vie privée dans les réseaux. Le séminaire « Vie privée et interconnexions : vers un changement de paradigme ? » tenu en juin 2003 a permis de s'interroger sur les représentations sociales qui viennent sans cesse réinterpréter les fondements de la vie privée, et corrélativement sur l'effectivité de leur formalisation juridique et, enfin, sur la qualité des nouveaux moyens

juridiques, techniques et administratifs destinés à les transposer aux situations de fait.

La société de l'information ouvre de nouveaux territoires au droit et à la recherche juridique. Le programme de recherche « Normativités, droit et technologie dans la société de l'information » a permis d'explorer des pistes afin de développer des stratégies de recherche conséquentes avec les phénomènes de la société de l'information. La recherche est menée de façon transversale, prenant appui sur les paradigmes des deux systèmes juridiques, elle produit des résultats qui se veulent pertinents dans les deux systèmes juridiques. Enfin, elle permet de renforcer la formation des étudiants en favorisant l'extension des cadres de références.