

La « globalisation » du droit des affaires ?

Geneviève CAMMAS

Maître de Conférences à l'Université
de Toulon-Var

Richard ROUTIER

Maître de Conférences à l'Université
de Toulon-Var

I. Les ancrages	3
A. Régionalisation et dématérialisation.....	4
B. Les acteurs	6
C. La transformation du droit	9
II. Les dérives à éviter.....	12
A. L'importation d'un mauvais modèle	12
B. L'adoption de contraintes excessives	14

Le milieu des affaires évolue dans un environnement qui se mondialise chaque jour un peu plus, et les réseaux, en facilitant la circulation d'informations, y tiennent une place de plus en plus importante. L'observation de cette évolution est particulièrement significative dans les deux pôles majeurs du monde des affaires que constituent l'entreprise et la finance. L'une comme l'autre tendent en effet aujourd'hui à se déstructurer, à se dématérialiser pour intervenir différemment dans leur domaine respectif. La déstructuration des rapports de droits qui en découle, entraînée par un mouvement de dématérialisation, est-elle sans implication pour la norme juridique ? Ce mouvement est la conséquence de l'apparition et de la vulgarisation des progrès technologiques qui ont permis de gommer dans certains cas deux paramètres : l'espace et le temps. La disparition de ces références pour le droit n'est pas neutre. La mutation est peut-être même suffisamment profonde pour permettre d'entrevoir de nouvelles pistes et donner, à côté de la mondialisation, un autre sens à ce phénomène. C'est ce que l'on appellera ici la « globalisation ».

Le législateur et la jurisprudence n'emploient pas ce terme de globalisation (1). C'est en fait la pratique et la doctrine qui l'ont consacré. La globalisation, tout comme la mondialisation, est avant tout l'expression d'un phénomène économique. On parle de globalisation économique mais ce n'est pas encore un concept juridique. L'idée d'un droit « global » transcende le droit assimilé à l'État ; on peut comprendre alors qu'il rencontre

(1) On parle parfois aussi d'intégration, ce qui correspond à la définition anglo-saxonne de la globalisation. F. Chesnais la définit ainsi: "Le terme anglais de globalisation traduit la capacité stratégique d'un grand groupe oligopolistique d'adopter une approche et une conduite globales portant simultanément sur les marchés à demande solvable, les sources d'approvisionnement, la localisation de la production industrielle et les stratégies des principaux concurrents"; *La mondialisation financière, Alternatives économiques*, 1999.

quelques résistances. Les raisons d'une certaine frilosité à cet égard tiennent aussi à la jeunesse et à l'ambivalence du terme qui peut sembler relever du « métalangage ». Dans l'absolu, il est en effet assez difficile de distinguer mondialisation et globalisation (2). Si les deux notions sont proches, il n'y a pas pour autant synonymie : le mondial, ce n'est pas le global. Il existe une interaction entre l'une et l'autre, mais il n'y a pas que cela. La globalisation peut aussi être vue comme un épiphénomène de la mondialisation ayant acquis sa propre autonomie, voire même comme un stade plus avancé : on serait ainsi passé de l'internationalisation à la mondialisation... puis à la globalisation.

La mondialisation s'appuie sur les échanges, le marché. Le moteur de la mondialisation c'est la concurrence, qui, en exerçant également ses effets sur les systèmes juridiques, conduit à une universalisation du droit. La globalisation est née aussi de la concurrence. Mais la concurrence n'en est pas le moteur. Ce qui caractérise, voire vitalise le concept, ce sont les flux (3). La globalisation produit une norme, souvent nationale, destinée à réguler les conséquences juridiques d'un flux. La mondialisation permet de réduire les clivages locaux, la globalisation les dysfonctionnements qu'ils induisent dans la circulation des flux au sein d'un État.

La finance connaît depuis longtemps les flux. Dans le domaine de l'entreprise, c'est plus récent, mais il faut aussi désormais raisonner en terme de flux. Les entreprises sont en effet de plus en plus enclines à se connecter à un réseau, pour commercer bien sûr, mais pas uniquement. Une connexion leur permet également de mieux communiquer — avec leurs actionnaires, leurs fournisseurs ou leurs clients, le public en général —, et partant, de valoriser leur image. Le développement des télécommunications précipite cette tendance : 14% des entreprises françaises étaient connectées à Internet en 1996, 24% en 1997, 48% en 1998 (4).

Certains auteurs ont déjà parlé de la mondialisation du droit (5), mais pratiquement jamais de sa globalisation. Et lorsque c'est exceptionnellement le cas, c'est dans un sens différent

(2) D'autres économistes définissent la globalisation comme l'« *interdépendance des économies nationales dans un marché mondial de production et d'échanges unifié par la stratégie des firmes multinationales et le développement des investissements directs à l'étranger... La stratégie d'une « firme mondiale » qui a une vision mondiale du marché et de la concurrence* » A. GAUTHIER, *L'économie mondiale depuis la fin du XIXe siècle*, Bréal 1995, p. 574

(3) Un auteur a bien vu l'importance des différents flux pour l'analyse de la mondialisation : les flux des hommes, les flux des biens et services, les flux de l'argent, les flux de l'information (P. Moreau-Defarges, *La mondialisation*, PUF, *Que sais-je*, n°1687, 1997). Mais suivant ce critère, il s'agirait moins de mondialisation que de globalisation.

(4) Selon une étude de UFB Locabail, cité par la CCIP et l'AFCCCE (Association Française pour le Commerce et les Échanges Électroniques) in *JCP E* 1999, 1579.

(5) Mireille Delmas-Marty, *La mondialisation du droit : chances et risques*, D. 1999, p. 43.; B. Stern, *Vers la mondialisation juridique ?*, RGDI publ. 1996, p. 4; *Sanctions unilatérales, mondialisation du commerce et ordre juridique international*, sous la dir de H. Gherari et S. Szurek, Montchrestien, 1998; *La mondialisation du droit*, Colloque international CREDIMI, Dijon 13 14 et 15 septembre 1999; *Le droit à l'épreuve de la mondialisation*,

de celui que nous allons retenir (6). Ainsi, pour le Professeur Frison-Roche (7), la structure du marché financier diverge d'une organisation classique en ce sens que les sujets de droits, personnes ou État, seuls capables en principe de donner naissance à des droits ou obligations, sont supplantés par les objets de droit qui deviennent plus ou moins souverains et créateurs de règles. Étant hostile à la personne, le marché financier globalisé est hostile à la notion de volonté même si des contrats sont passés sur un tel marché.. Le marché secrète alors ses règles qui prennent le pas sur le droit des obligations. Cette explication est intéressante et contribue à l'élaboration du droit financier. Cependant cette supériorité de la structure du marché sur les personnes qui y interviennent ne peut expliquer à elle-seule pourquoi le droit financier engendre des normes tirées du droit commun pour les transformer. En matière de finance, comme l'a remarqué le Professeur Germain, "pour lutter contre le faux et appréhender l'avenir", garde-fous indispensables dans un monde virtuel, un changement d'état s'est révélé nécessaire (8). Ce changement est passé en l'occurrence par un phénomène de dématérialisation que les développements de l'informatique ont permis de démultiplier.

Les relations dématérialisées changent la nature du rapport de droit. Il n'y a plus de contrat qui attache à un endroit et à un moment donné, mais un flux qui vient perturber une relation désormais virtuelle. Quelle peut être alors l'emprise du droit sur les flux et réciproquement ? Dans les réseaux fermés comme les réseaux ouverts le législateur et les juges se sont tout naturellement efforcés de chercher certains ancrages (I), ce qui a parfois pu laisser craindre quelques dérives (II).

I. LES ANCRAGES

Lorsque le droit place au premier plan non pas des sujets ou des objets de droit, mais des flux — ce qui caractérise la globalisation —, les ancrages qui permettront au droit de s'adapter sont d'abord à intégrer dans un contexte de partition du monde en régions, désormais interconnectées à partir d'un processus de dématérialisation. Ils sont ensuite à rapprocher des solutions qui ont déjà été éprouvées sur certains réseaux, lesquelles obligent à redéfinir le rôle des différents acteurs et impliquent parfois une transformation du droit.

séminaire de philosophie du droit 1999-2000 :
<http://www.justice.gouv.fr/actua/ihej1999.htm>

(6) *Rapport "Droit, finance, autorité"*, Laboratoire de sociologie juridique, Université Panthéon-Assas (Paris II), CNRS, septembre 1999.

(7) M.A. Frison-Roche, « Le droit financier entre volontés et informations » in *Prospectives du droit économique*, Mélanges Jeantin D.1999, 11. Pour le professeur Hovasse, la globalisation des marchés financiers est le résultat de la mise en concurrence des systèmes juridiques: *"Les aspects juridiques et fiscaux de la globalisation des marchés financiers"*, *Droit des sociétés*, juillet 2000, p. 7.

(8) M. Germain, *Sociologie de la dématérialisation*, *Archives de philosophie du droit*, tome 42 : l'argent et le droit; Sirey 1998, p. 108

A. REGIONALISATION ET DEMATERIALISATION

Le contexte de la régionalisation. Le système juridique éprouve certaines difficultés à trouver des ancrages dans un univers qui transcende nécessairement les frontières (9). Paradoxalement, la régionalisation qui suppose un certain décloisonnement, a été un support de la globalisation du droit (10). Les États qui sont traversés par des flux qu'ils ne contrôlent pas ont été amenés à coopérer, et plus précisément, à se regrouper au sein d'entités régionales. Ne pouvant maîtriser les flux planétaires, ils ont cherché à les réguler dans des espaces plus contrôlables. Le monde a été divisé de fait en vastes régions de coopération plus ou moins achevées (11). Le marché en constituait la motivation première, mais ces grandes régions économiques de normalisation des échanges ont dû aussi régler les difficultés en termes de flux globaux. Or le processus tend à se poursuivre. L'Union européenne a vocation à s'élargir, les autres régions à se rapprocher (12).

Les effets sur la norme ne sont pas négligeables. La question peut se poser de savoir si le résultat doit aboutir à une unification ou à une harmonisation des normes ; l'unification revenant à adopter des règles identiques, l'harmonisation à rapprocher des systèmes de droit. Il est permis de penser que l'une et l'autre interviendront, même si le droit qui régit les flux est relativement un droit uniforme et un droit sous influence. Un droit uniforme s'impose quand les problèmes se posent en des termes nouveaux et que le consensus dans les régions ne peut être obtenu qu'autour d'un dénominateur commun, ce qui suppose un minimum de valeurs partagées. Mais il reste un droit sous influence, car les droits les plus avancés en la matière servent de paradigme au droit nouveau qu'il s'agit de mettre en place..

Le processus de dématérialisation. La globalisation financière, et à sa suite le droit financier, sont nés du processus de dématérialisation appliqué à deux catégories d'instruments financiers, les titres et les instruments à terme. Si ce processus répond à certaines caractéristiques, il rend possible l'adaptation du droit en passant par une phase de transformation. On constate alors que ce processus se retrouve dans d'autres domaines que celui de la finance.

Toute la difficulté consiste à concilier dématérialisation et sécurité. La généralisation de la dématérialisation, appliquée en tout cas en France à l'ensemble des instruments financiers (13), a placé au cœur du marché financier certaines catégories d'intermédiaires. Ils se sont organisés, parfois sous l'égide du législateur. Il en est résulté une structure de régulation

(9) En « traversant les frontières étatiques, les flux mondiaux brisent la cohésion de l'espace national tout en perturbant l'action régulatrice des États » P. Moreau-Defarges, *La mondialisation, vers la fin des frontières ?*, IFRI-Dunod, 1993

(10) M.A. Frison-Roche, *L'Expansion* 28 septembre - 11 octobre 2000, p. 161: "Les Etats-Unis n'imposeront pas leur droit à la planète entière".

(11) On pense bien sûr à l'Union européenne, mais aussi à l'ASEAN créée en 1967, au groupe Andin en 1969, à l'ALENA en 1994, au MERCOSUR en 1995.

(12) Le sommet de Miami en 1994 a envisagé une zone de libre échange de tout le continent américain en 2005, et l'APEC, formée à l'initiative de l'Australie, regroupe déjà 18 pays dont ceux de l'ALENA et de l'ASEAN.

(13) Art. 94-II de la loi n°81-1160 du 30 décembre 1981 et décret n°83-359 du 2 mai 1983

relativement complexe, apte à prendre en considération les phénomènes de mondialisation et de globalisation qui s'entrechoquent l'un l'autre. Un droit spécial est né de cette régulation à partir de l'appréhension juridique des flux.

Les titres puisent de leur négociabilité une facilité de circulation accentuée par l'effet de la règle de l'inopposabilité des exceptions tirées des rapports fondamentaux. Leur circulation se fait par virement depuis l'instauration de leur dématérialisation. Les instruments à terme sont nés de l'intérêt qu'il y a à prendre une position, dans un sens ou dans l'autre, sur un marché par rapport à un risque lié au cours d'une valeur sous-jacente. Les instruments à terme ne circulent donc pas en principe dans leur version originelle et simplifiée. Ces opérations se font aussi par virement. Dans les deux cas, les intermédiaires financiers sont devenus incontournables. Un instrument financier à terme accroît les possibilités de son détenteur par rapport au risque visé. Il peut céder de manière classique l'instrument représentatif d'une position. Il peut aussi acquérir l'instrument porteur d'une position inversée pour annuler le risque. Par conséquent, l'efficacité de l'instrument dépend de la liquidité du marché. Certains intermédiaires pourront accepter d'animer le marché, la multiplication des transactions contribuant à l'alimentation des flux, et à la liquidité.

Les instruments à terme sont d'une nature spéculative même s'ils sont utilisés en tant qu'instruments de couverture d'un risque généré par l'économie réelle, essentiellement parce qu'ils sont conclus, non dans l'attente d'une livraison, mais dans l'espoir d'obtenir un gain sur l'anticipation faite de la variation d'un cours. Par ailleurs, très vite on a constaté leur effet intégrateur ou globalisant. Un instrument à terme permet à une personne d'intervenir sur un marché auquel elle n'aurait pas eu accès dans un autre contexte, ouvrant ainsi la porte à la mise en concurrence des systèmes juridiques en matière financière, et à leur mondialisation. De ce point de vue, le décloisonnement généré par ces produits peut être une explication de la confusion entre mondialisation et globalisation.

Le recul du rapport de droit personnel est plus prononcé dans le mécanisme des instruments à terme que dans celui des titres même si la dématérialisation a concerné d'abord les seconds. Dans les deux cas, une organisation des intermédiaires est de nature à accentuer la liquidité du marché et sa sécurité. Aussi, très vite fut organisée une centralisation des opérations de nature à favoriser un contrôle visant certaines finalités (14). Cette centralisation a contribué à détacher les flux des personnes titulaires des droits ou obligations nés d'une transaction. Ce processus dépasse les frontières du droit financier pour s'appliquer à l'économie de réseaux construite sur l'immatérialité de flux.

Élargissement du processus à d'autres domaines que celui de la finance. Les nouvelles formes d'organisation de l'entreprise se traduisent également par une tendance à la dématérialisation rendant difficile l'application de certaines normes. On verra dans ce cadre se développer les relations de sous-traitance, éventuellement le télé-travail pour les PME. La nouvelle organisation des grandes entreprises en est aussi un autre exemple. Le

(14) Fonction de la chambre de compensation dans la loi du 28 mars 1885 sur les marchés à terme

passage de la logistique classique d'entreprise à la gestion en *supply chain* (15), le fonctionnement en *business units* (16) poussent manifestement à la globalisation.

Ce schéma de dématérialisation ressemble peu à celui de la finance. En revanche, les ressemblances sont plus poussées dès lors qu'une entreprise emprunte un réseau pour communiquer, véhiculer son image ou commercer. On pense plus particulièrement à l'optimisation des systèmes d'information des entreprises et au commerce électronique qui font de la société de l'information un enjeu majeur. Dans un cas comme dans l'autre, les actes juridiques sont passés au travers d'un réseau. La prestation elle-même peut consister en un service immatériel, ce qui caractérise les entreprises de la nouvelle économie, mais peut intéresser aussi les entreprises plus classiques dès lors qu'elles sont connectées.

Le législateur, conscient que la réussite d'une organisation immatérielle passe par l'organisation de sa sécurité, intervient ponctuellement, pour conforter certaines pratiques, le mieux étant de pouvoir disposer d'une norme dont la portée dépasse les frontières nationales.

Des mécanismes semblables existent pour réguler les télécommunications, domaine d'autant plus proche de la finance que ce secteur est en position d'en absorber d'autres. C'est un domaine ouvert par excellence à la concurrence, et par conséquent à l'intégration. Mais l'immatérialité des flux justifie le recours à la globalisation qui entraîne la recherche de nouveaux ancrages, ceux du droit commun devenant inadaptés (17). La globalisation impose ainsi de prendre en compte le rôle de ses différents acteurs et l'inévitable transformation de certains concepts.

B. LES ACTEURS

Le droit de la globalisation est le fruit des efforts conjoints d'acteurs publics et privés, parfois en recourant au pouvoir normatif, le plus souvent en procédant par influence. La difficulté juridique à saisir un flux est particulièrement ressentie aujourd'hui avec le développement de l'Internet. Son premier régulateur a été le juge judiciaire (18). D'autres organismes peuvent intervenir dans la régulation des flux dans chacun des domaines qui les concerne. Parfois, il ne s'agit que d'avis ou de recommandation, par nature dénués de tout pouvoir normatif. Mais si certains de ces organismes n'ont pas à proprement parler un pouvoir normatif et ne sont donc pas source de droit, les avis et les recommandations qu'ils émettent ne sont pas sans influence sur le droit. Il existe la plupart du temps une publication de leurs recommandations qui peut de la sorte leur permettre de jouer un rôle quasi-normatif en tant que « magistrature d'influence » (19). Le Conseil national de la

(15) L'activité à lieu en flux tendus sur toute la chaîne : des fournisseurs aux points de vente.

(16) Unités qui ont en charge de gérer toute une ligne de produits pour le monde entier.

(17) G. Cammas, "La traçabilité des télécommunications" Colloque CERANT, Université de Toulon-Var, 19 mai 2000.

(18) I. Falque-Pierrotin, "Quelle régulation pour Internet et les réseaux", *Le Monde*, 27 novembre 1999, p. 17.

(19) Rémy Libchaber, « À propos de l'autorité des recommandations de la Commission des clauses abusives », *Sources du droit en droit interne*, *RTDciv* 1997, 791.

consommation a ainsi pu émettre un avis sur « l'offre d'accès à Internet (20), sur le commerce électronique, l'offre commerciale et la protection du consommateur » (21). La COB lui a emboîté le pas en matière d'informations financières sur Internet (22). L'ART, la CNIL, le CSA dans leurs domaines respectifs veillent aussi sur le réseau avec une capacité variable à produire de la norme.

La norme qui s'applique aux flux vient aussi du rôle structurant de certains pouvoirs privés qui les mettent en œuvre. En réalité, il faut distinguer entre ceux qui ont pour fonction d'organiser le réseau et ceux qui contribuent à son fonctionnement.

Dans le premier cas, on peut citer l'exemple de l'élaboration de règles pour l'attribution de noms de domaine, question qui n'a pas été appréhendée par le législateur (23). Elle a été réglée par divers organismes constitués pour la circonstance à partir d'une organisation internationale (24) qui confie à d'autres entités certaines missions régionales ou nationales (25).

Dernièrement, ce sont encore les grandes entreprises qui sont à l'origine de la norme globale qui se dessine. Le *Global Business Dialogue on electronic commerce* (GBDe) vient en effet de présenter tout une série de propositions de nature à résoudre certaines

(20) BOCCRF, 21 février 1997, 87.

(21) BOCCRF, 9 décembre 1997, 820.

(22) Projet de recommandation sur la diffusion d'informations financières sur Internet, novembre 1998, *Bull Lamy Droit du financement*, janvier 1999, bull. E, p. 1; *JCP E* 1999, 953 n°20 obs. M. Vivant et C. Le Stanc; Recommandation sur « la diffusion sur Internet d'informations financières par les sociétés dont les titres sont admis aux négociations sur un marché réglementé », *Communication, commerce électronique*, n°1 (éd. du Juris-classeur) octobre 1999, p. 4.

(23) CA Paris, 19 décembre 1995 (*Les Echos*, 15 février 1999, 53) considérant le nom de domaine comme "un moyen technique d'exploitation d'une activité commerciale"; TGI Paris, Référé, 25 avril 1997 considérant que l'immobilisation d'un nom ou d'une marque au préjudice de leur titulaire antérieur "outre leurs aspects caractéristiques d'un racket organisé pour une opération parasitaire, constituaient des actes de contrefaçon de marque et d'atteinte à la dénomination...", *JCP E* 1999, 954, n°22 obs. M. Vivant, C. Le Stanc.

(24) L'*Internet Assigned Authority* (IANA), qui impliquait peut être un peu trop le gouvernement américain, vient d'être remplacée par l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN), présenté comme un organisme plus « neutre » et à la composition plus démocratique (Cf. les élections des membres du bureau directeur qui se sont déroulées du 2 au 19 octobre 2000, et qui constituent les premières élections sur Internet).

(25) C'est le cas notamment d'*Internet National Information Center* (INTERNIC) aux États Unis; de l'Association Française pour le Nommage Internet en Coopération (AFNIC). Encore que l'AFNIC est un pouvoir privé particulier : si juridiquement c'est bien une association, ses membres fondateurs restent des personnes publiques (ministère de l'industrie, des télécommunications, de la recherche, Institut National de Recherche en Informatique et Automatique...).

difficultés juridiques liées au commerce électronique (26). Il est ainsi notamment envisagé de favoriser le recours en ligne aux procédures extra-judiciaires, comme la médiation, et de ne recourir au juge qu'après épuisement de ces voies de recours extra-judiciaires ; de promouvoir sur le réseau les codes de bonne conduite protégeant le consommateur ; de reconnaître le principe de la liberté contractuelle entre professionnels dans le choix de la loi applicable et de la juridiction compétente. En France, la CCIP avait déjà proposé un « contrat type de commerce électronique » prenant en compte la protection des consommateurs (27). Mais d'autres acteurs, regroupés en associations, participent aussi au processus (28).

Dans le second cas, les acteurs privés — qui généralement sont représentés dans les organismes que l'on vient d'évoquer —, constituent la catégorie des intermédiaires. Leur rôle est essentiel dans le cadre d'une globalisation. Tout réseau suppose leur intervention, d'un point de vue technique bien sûr, mais aussi et surtout d'un point de vue juridique. L'exemple des intermédiaires financiers illustre parfaitement le phénomène. En étant au cœur du système, ils devaient bénéficier d'un statut dérogatoire du droit commun. Il est très vite apparu en effet que celui-ci ne correspondait pas aux besoins de liquidité et de sécurité des intervenants, dans la mesure où il était perçu comme rigide et national. Il fallait donc casser les cloisonnements et par là même les catégories juridiques. Les professionnels s'organisèrent selon une méthode éprouvée dans le cadre des relations liées au commerce international, généralisant des comportements, parfois en encourant le risque de voir les conventions passées remises en cause quand elles violaient les dispositions impératives d'un pays. Aujourd'hui, les législateurs ont conforté ces pratiques et consolidé la position des professionnels sur le marché. Ces derniers sont représentés au sein des instances régulatrices citées plus haut et bénéficient de dispositions dérogatoires au droit commun de nature, certes à protéger la sécurité du marché, mais également la leur (29). Ils peuvent alors jouer le rôle dynamisant qu'on attend d'eux sur le marché.

La question de la responsabilité des intermédiaires s'est alors posée en des termes nouveaux. On ne devait pas perdre de vue le rôle qu'ils sont amenés à jouer : Certains fournissent l'information, d'autres ne font que la transporter ou la relayer en restant souvent cantonnés à un rôle purement technique. Une responsabilité ne pouvait donc être envisagée, en l'absence d'obligations spécifiques mises à leur charge par le législateur, que pour autant qu'une défaillance dans leur prestation puisse être constatée. Le législateur n'a pas immédiatement précisé le statut de ces différents intermédiaires (30). C'est d'abord la

(26) Conférence du GDBe, Paris 13 septembre 1999; J. Huet, Commerce électronique : loi applicable et règlement des litiges, Propositions des grandes entreprises (GDBe), *JCP E* 1999, 1601.

(27) *JCP E* 1998, 1579.

(28) On pense au GESTE (Groupement des Éditeurs de Services Télématiques) dont le président a été chargé de conduire un groupe de travail pour élaborer un « code de bonne conduite pour l'autorégulation de l'Internet par les professionnels »; à l'AUI (Association des Utilisateurs d'Internet)...

(29) L'ensemble de ces dispositions est regroupé dans la loi MAF du 2 juillet 1996.

(30) Une recommandation du Conseil de l'Europe a pu reconnaître « la responsabilité première (du fournisseur de contenu) quant au contenu des messages, paroles ou images qu'ils transmettent » : Recommandation du n° R 9719 citée par J-M Coblence et J-P Sala

doctrine qui s'y est intéressée (31), à la suite du juge (32). Puis par touches successives, le 26 juillet 1996, et le 1^{er} août 2000, le législateur est finalement intervenu pour renverser la jurisprudence et mettre en place un régime particulier.

Cette régulation bâtie autour du statut de certains intermédiaires a engendré des concepts issus du droit commun mais transformés pour les besoins du marché dans le sens d'une prise en compte des flux avant les rapports de droit. C'est là le critère de la globalisation telle que nous l'entendons.

Le statut des intermédiaires dans les réseaux est à l'origine de la transformation du droit dans les domaines où ils interviennent

C. LA TRANSFORMATION DU DROIT

Le mécanisme à la base de cette transformation en droit financier est celui de la compensation, non pas celle qui est décrite aux articles 1289 et s. C. civ., mais une compensation originale, qui concerne tous les instruments financiers dès lors que la convention répond à des conditions particulières de nature à conforter la fonction organisatrice des intermédiaires (33). La compensation facilite, en fait, la centralisation des opérations. Elle permet d'assurer la trace des flux et conduit à la transformation de certains concepts.

Les mécanismes de centralisation des flux. Le mécanisme décrit à l'art 52 de la loi MAF (34) autorise une compensation globale au sein du compte ouvert chez un intermédiaire quelle que soit l'origine de l'instrument financier, cela dès le stade de l'engagement. Le compte peut alors traduire les mouvements de flux engendrés par les opérations passées sur ces instruments. Ce mécanisme entraîne une dérogation au droit des procédures collectives de nature à favoriser la liquidité du marché et à conforter la position des intermédiaires. Améliorant la liquidité, il incite les intervenants à conclure leurs opérations avec des intermédiaires ouvrant droit au mécanisme sur des marchés réglementés ou organisés par les professionnels de ce marché. Les comptes tenus par ces intermédiaires sont des points de centralisation de ces opérations.

Le phénomène de centralisation est accentué à un autre étage dans l'organisation du marché par les dispositions spécifiques aux chambres de compensation. Ces dernières ont pour fonction d'assurer la sécurité financière d'un marché financier. Celle-ci est facilitée par une

Martin, « Les responsabilités encourues par les fournisseurs d'espaces publicitaires sur Internet », *JCP E* 1999, 1096.

(31) H. Bitan, « Acteurs et responsabilités sur l'Internet », *Gaz. Pal.* 1998, 1 doctr. 501; P. Le Tourneau, « La responsabilité civile des acteurs de l'Internet », 16^o forum de l'APP, Expertises, janvier 1999; F. Dupuis-Toubol, M-H Tonnelier, Lemarchand, « Responsabilité civile et Internet » : Bull. d'actualité n°87, décembre 1996, 3.

(32) *Infra* n°27.

(33) G. Cammas, *La compensation: instrument de contrôle et de couverture des risques* dans les études coordonnées par J. Spindler *Contrôle des activités bancaires et risques financiers*, p. 297.

(34) L. 96-597 de modernisation des activités financières.

obligation d'enregistrement de toutes les opérations et par la surveillance exercée sur les intermédiaires. Les chambres de compensation sont ainsi en mesure d'apprécier quotidiennement les risques globaux pris sur les marchés financiers. Dans cette configuration où une chambre de compensation s'interpose entre les intervenants, acheteur et vendeur ignorent leurs identités respectives. Cela importe peu dès lors que cela permet d'améliorer la liquidité et la sécurité du marché. Ces chambres sont aujourd'hui gérées par des entreprises de marché aussi bien sur le marché boursier que sur celui des instruments à terme. La loi MAF n'impose plus leur présence sur les marchés réglementés. Mais la sécurité qu'elles confèrent, recherchée par les intervenants, fait qu'on les retrouve aujourd'hui aussi bien sur des marchés réglementés que sur des marchés organisés par des acteurs privés.

Un autre organisme joue un rôle fondamental dans le mécanisme de centralisation. Son existence est bien antérieure au phénomène de globalisation. Il s'agit de la SICOVAM dont les missions portent un coup supplémentaire à la dépersonnalisation du rapport de droit sur le marché financier. Cet organisme créé pour faciliter la circulation des valeurs mobilières n'est pas une chambre de compensation au sens de l'art 47 de la loi MAF. Il n'effectue pas des règlements de capitaux et des livraisons de titres en fonction de positions nettes. C'est d'abord un dépositaire central des titres négociés sur un marché réglementé français et des titres au porteur. Il assure également une mission d'exploitant d'un système de règlement-livraison automatisé. Le système national est lui-même relié à d'autres systèmes internationaux de règlement-livraison (35).

En remplissant sa mission de dépositaire, il ne brise pas le lien entre une valeur mobilière et le détenteur du droit mais il doit assurer une surveillance globale et comptable des titres lui permettant de vérifier l'adéquation entre, d'une part, les titres émis et les titres en circulation, et, d'autre part, les titres en circulation et les sommes détenues par les teneurs de comptes. Les affiliés assurent la comptabilité en partie double des titres (36).

Cette fonction centralisatrice en a fait un exploitant naturel d'un système automatisé de règlement-livraison assimilé à un système de règlement interbancaire tels qu'ils sont décrits à l'art 93-1 de la loi bancaire modifiée par la loi du 2 juillet 1998 (37). Il faut alors lui appliquer les règles dérogatoires du droit commun, notamment quant à l'irrévocabilité des paiements et des instructions, tout paiement ou instruction enregistrés ne pouvant rétroactivement être remis en cause en raison notamment de l'ouverture d'une procédure collective jusqu'à l'expiration du jour où est rendu le jugement d'ouverture de la procédure.

Il n'y a rien de tel pour l'entreprise connectée à un réseau, mais, s'il n'y a pas véritablement d'ordinateur de compensation, il existe des « entrepôts électroniques » — les bases de données — et des serveurs tampons — les serveurs *proxy* —, qui permettent aussi de

(35) Les systèmes de règlement-livraison sont eux aussi confrontés au mouvement de concentration, la SICOVAM ayant dernièrement fusionné avec Euroclear.

(36) Les affiliés tiennent un compte-titre par investisseur et enregistrent les mouvements valeur par valeur. Mais ils tiennent aussi un compte de contrepartie qui est le reflet de leurs relations avec la SICOVAM. Cette dernière ouvre un compte à chaque affilié pour chaque catégorie de valeurs.

(37) Loi n°98-546 portant sur diverses dispositions d'ordre économique et financier.

réduire les distances et de gagner du temps. Les échanges ont ici encore pour support des réseaux de télécommunications ou informatiques. L'offre est présente partout et à tout moment. Mais pour y accéder, il faut se connecter au réseau. La rencontre entre l'offre et la demande a lieu en temps réel. L'acte de volonté du sujet de droit est réduit à sa plus simple expression. On peut se demander même si le sujet de droit ne va pas disparaître dans des procédures automatisées. Ainsi dans la grande distribution, la collecte lors du passage en caisse des données concernant les produits et les clients — par le biais des codes-barres et des cartes de fidélité — va permettre à l'entreprise de s'approvisionner en un flux continu et d'avoir un stock minimum. Les données sont en effet acheminées de la caisse vers les entrepôts électroniques et exploitées par des logiciels qui passent directement les commandes auprès des fournisseurs (38). Le commerce électronique est également confronté à la difficulté de déterminer la réalité d'un consentement, le moment et le lieu de ce consentement. Ces tampons centralisateurs n'ont pas atteint le stade institutionnel des chambres de compensation qui assurent une véritable mission de sécurité sur les marchés financiers, les entreprises de marché chargées de leur gestion devant être des établissements de crédit.

Le mécanisme de la dématérialisation a ainsi permis au droit financier de se constituer par la généralisation du processus de compensation particulier à cette branche du droit. Il a permis aussi le développement de concepts tirés du droit commun mais transformés pour les besoins de la cause, montrant ainsi la voie au droit des réseaux.

Conséquences sur les concepts juridiques. L'exemple le plus significatif concerne le concept de propriété, défini, dans sa conception classique, comme un rapport de droit entre une personne et un objet de droit (39). En droit financier, ce concept a dû s'adapter à l'immatérialité des flux, et par conséquent à la fluidité des ancrages.

Un concept de propriété temporaire ou de propriété-garantie s'est développé rendant plus incertain le rapport entre un bien et une personne déterminée. L'idée est née de la pratique. Puis elle a été reconnue à différentes reprises par le législateur. C'est le cas en particulier dans la loi MAF où le législateur met à la charge des prestataires de services d'investissement l'obligation de respecter le droit de propriété des donneurs d'ordres. Mais en même temps, il facilite les techniques de garantie qui consolideront la position financière de l'intermédiaire dans le système financier, sans que les droits objet de la garantie soient soumis aux contraintes du droit des sûretés ou à l'emprise des créanciers de l'intermédiaire (40). Ces facilités récentes peuvent être une explication au fait qu'en 1988,

(38) R. Routier, "La traçabilité et l'entreprise", Colloque CERANT Université de Toulon-Var, 19 mai 2000.

(39) La notion a évolué dès lors que la propriété a concerné aussi des biens incorporels. Ainsi, pour M. Ginossar, la propriété peut viser aussi une créance. Elle désignerait l'appartenance d'un bien, chose ou droit, à une personne déterminée (*Droit réel, propriété et créance, élaboration d'un système rationnel des droits patrimoniaux*, LGDJ 1960). Mais l'ancrage à une personne juridique déterminée demeure.

(40) C'est ainsi que sur les marchés réglementés, les dépôts de couverture et les valeurs remises à l'intermédiaire dans le cadre des appels de marge le sont en pleine propriété. Sur les marchés de gré à gré, les remises faites à titre de garantie sont soumises au mécanisme de compensation de l'art 52 de la loi MAF.

le législateur s'était placé dans une situation inconfortable en légalisant sous certaines conditions la titrisation. Celle-ci reposait alors sur la création d'un fonds commun de créances, sans personnalité juridique, mais pouvant émettre des valeurs mobilières. En 1999, c'est un autre instrument de titrisation qui était proposé au marché, et le législateur n'a pas craint cette fois de doter l'organisme émetteur de la personnalité juridique (41). La transformation du concept de propriété, tout comme la prudence du législateur hésitant à se référer à des définitions classiques, sont des concrétisations de la prise en compte de la globalisation par le droit.

Cela étant, l'équilibre reste difficile à établir entre mondialisation et globalisation et certaines dérives sont à éviter.

II. LES DERIVES A EVITER

Les ancrages nationaux, qui résultent de la prise en compte de la globalisation par le droit, permettent la circulation des flux, tout en conciliant la tendance à la mondialisation et à l'universalisation du droit avec le maintien de l'homogénéité d'un système juridique national. Mais le système repose sur un équilibre instable. Il peut être en effet compromis par l'importation d'un "mauvais modèle", et perverti par l'adoption de contraintes excessives.

A. L'IMPORTATION D'UN MAUVAIS MODELE

Le droit objectif français ne doit pas naturellement absorber sans mesure un droit étranger, sous prétexte qu'il est dominant, *a fortiori* quand notre droit dispose déjà de ses propres règles en la matière. La loi 78/17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés a permis très tôt de prendre en compte les risques qu'impliquaient les traitements informatiques. Son article premier résume d'ailleurs parfaitement la situation : « *L'informatique doit être au service de chaque citoyen. Son développement doit s'opérer dans le cadre de la coopération internationale. Elle ne doit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertés individuelles ou publiques* ». Même s'il a été conçu à l'époque pour les fichiers résidents, l'application de ce principe aux réseaux Intranet de l'entreprise ainsi qu'à l'Internet peut déjà guider le juge. La loi a vieilli (42), et l'enjeu de « la protection des données à l'heure d'Internet » (43) ainsi que celui des « flux transfrontières » (44) commande de revoir la matière, mais pas d'abandonner l'esprit de ce texte. L'uniformisation du droit sur le modèle hégémonique américain, par exemple, conduirait au contraire à promouvoir une autorégulation mise en place par les entreprises commerciales elles-mêmes, ce qui pourrait être source d'abus. On

(41) Modernisation du régime juridique des obligations foncières par la loi n°99-532 du 25 juin 1999 relative à l'épargne et à la sécurité financière.

(42) Indépendamment du fait que la CNIL, autorité de régulation, a montré à différentes reprises sa capacité à percevoir les problèmes liés au développement des technologies de l'information.

(43) CNIL, Rapp d'activité pour 1997, *La documentation française*, 1998, 83 et s. La même préoccupation peut être relevée dans son dernier rapport.

(44) CNIL, Rapp. précité, 119 et s.

pense au détournement de l'information, et notamment à l'utilisation du « *spamming* » (45), au harcèlement du consommateur dont on aurait dressé le profil utilisateur, aux logiciels et aux nouvelles générations de microprocesseurs qui laissent tout le loisir de remonter la trace des internautes (46). La norme globale ne saurait en fait anéantir les droits nationaux car les grands principes doivent être respectés, comme l'ordre public défendu par chaque État, quitte parfois, sous la pression de la concurrence à cantonner la règle nationale aux nationaux (47). En d'autres termes, le réseau n'est pas un brevet d'exonération et ce qui est prohibé dans les rapports réels le reste dans les rapports virtuels (48). Le réseau est un nouvel espace mais ce n'est pas un espace sans droit (49). Il peut y avoir superposition ou adaptation de la norme, mais non substitution (50). Cela étant, il ne faut pas se cacher que l'idée même de globalisation pousse au dépassement des sources normatives traditionnelles. Il n'est pas possible de faire totalement abstraction des régulations mises en place sur le réseau, d'autant que l'intérêt bien compris de celui-ci est de permettre la communication, qu'il s'agisse des initiés sur les réseaux fermés, ou du plus grand nombre sur les réseaux ouverts. Toute la difficulté du droit appliqué aux flux sera finalement de préserver ses valeurs, en particulier celles qui justifient un ordre public de protection, sans jamais être restrictif au point d'entraver une quelconque portion du réseau.

Si on prend l'exemple des travaux menés par la conférence du GDBe déjà citée (51), on s'aperçoit que toutes les propositions faites ne sont pas importables, ni même concevables dans notre droit. C'est le cas pour celles voulant qu'entre professionnel et consommateur, dans le silence du contrat, la loi applicable et la juridiction compétente soient celles du pays d'établissement du professionnel, alors que notre tradition juridique et les traités internationaux conduisent à distinguer : elles imposent de reconnaître la loi du consommateur lorsqu'il a fait l'objet d'une sollicitation dans son pays (52), et à faire prévaloir la juridiction du lieu de l'exécution de l'obligation (53). La même réserve peut être faite pour le choix du tribunal compétent laissé à la discrétion du défendeur en matière de responsabilité extra-contractuelle. En France, la juridiction compétente est celle dans le ressort de laquelle sont reçus les services (54), c'est-à-dire dans le ressort du lieu où

(45) L'envoi de *spams*, c'est-à-dire de messages électroniques publicitaires non sollicités, ne semble toutefois pas devoir prospérer en Europe, *Communication, commerce électronique*, précité, p. 4. En tout cas, pas sans certaines limitations (Article 7 Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000).

(46) Ces pratiques ont été dénoncées par la CNIL, le 11 octobre 1999, au siège de l'OCDE (*01 Informatique*, 13 octobre 1999), mais le danger est loin d'être écarté (Colloque CERANT sur la "traçabilité", Université de Toulon-Var, 19 mai 2000).

(47) H. Hovasse, *op.cit.*

(48) « L'Internet serait-il un no man's land juridique » ? *Lamy droit de l'informatique*, n°81 mai 1996, p. 1; P-Y. Gautier, « Du droit applicable dans le village planétaire, au titre de l'usage immatériel des œuvres », *D.* 1996, 131.

(49) *Internet et les réseaux numériques*, Rapp. CE, juillet 1998, p. 14.

(50) Rappr. Mireille Delmas-Marty, *op. cit.*, p. 46

(51) *Supra*, n°13.

(52) Article 5-2 Convention de Rome de 1980.

(53) Article 5-1 Convention de Bruxelles de 1968.

(54) TGI Paris, 12 février 1999, (Sté Chaumet International c/ Sté Pujol Chaumet), *JCP E* 1999, 695.

l'internaute s'est connecté. La convention de Bruxelles retient la juridiction du lieu où s'est produit le dommage (55), ce qui est interprété comme la juridiction du domicile de la victime. Si une harmonisation doit intervenir en la matière, la sagesse commande de rechercher le consensus à partir de celui qui a le cas échéant déjà été obtenu dans les traités internationaux, et de ne jamais perdre de vue la protection des parties faibles.

B. L'ADOPTION DE CONTRAINTES EXCESSIVES

Mettre en avant les systèmes juridiques nationaux ne signifie pas une volonté de réinstaurer des protectionnismes incompatibles avec nos économies ouvertes. On a pu relever des tentatives en ce sens, mais la pression des réalités universelles a fini par s'imposer. Après les hésitations du législateur, aujourd'hui se pose la question de la régulation qu'il s'agit de mettre en place.

Les hésitations du législateur. Deux exemples nous ont été fournis à propos de la responsabilité des intermédiaires et des modifications à apporter à la réglementation sur la cryptologie.

S'agissant de la responsabilité des intermédiaires sur les réseaux ouverts, et plus précisément sur l'Internet, les premiers intermédiaires, les intermédiaires centralisateurs, sont les fournisseurs d'accès et les fournisseurs d'hébergement. En retenant pour la première fois la responsabilité civile d'un fournisseur d'hébergement pour le contenu d'un site qu'il mettait à la disposition du public, l'arrêt de la Cour d'appel de Paris, le 10 février 1999 (56), a créé la surprise. Dans une situation assez voisine, en effet, la cour de cassation avait déjà pu considérer que le directeur d'un centre serveur minitel, qui « héberge souvent des dizaines de services », ne pouvait assurer « une responsabilité quelconque quant au contenu des messages » (57). L'arrêt de la Cour de Paris, tout en créant un certain émoi dans la communauté des internautes, a fait prendre conscience de la nécessité de légiférer en la matière. Une exonération légale du fournisseur d'hébergement ne peut toutefois se concevoir de manière absolue. Il paraît en effet raisonnable d'attendre de l'hébergeur un minimum de collaboration, en l'obligeant par exemple à cesser *a posteriori* et à titre conservatoire une diffusion sur simple réclamation d'une victime atteinte dans ses droits, le temps que le litige soit tranché par le juge. Autrement dit, on ne saurait laisser l'hébergeur de site sans obligation de diligence et de rectification pour réserver provisoirement la protection des droits des tiers (58). C'est en tout cas le droit qui vient d'être adopté pour les intermédiaires, en matière de commerce électronique dans l'Union européenne, et de copyright aux USA.

(55) Article 5-3 Convention de Bruxelles de 1968.

(56) *JCP E* 1999, 495, n°12.

(57) *Cass. crim.* 15 novembre 1990, *Bull. crim* n° 388.

(58) Ces obligations préventives et rectificatives ont été retenues par la CA de Versailles le 8 juin 2000, *JCP E* 2000, 1067.

La directive du 8 juin 2000 "sur le commerce électronique" (59), reprenant la proposition présentée par la Commission le 23 décembre 1998 (60), vient en effet apporter plusieurs précisions quant au rôle des intermédiaires. D'une manière générale, on observera liminairement que « les divergences existantes et émergentes entre les législations et les jurisprudences des États membres dans le domaine de la responsabilité des prestataires de services agissant en qualité d'intermédiaires empêchent le bon fonctionnement du marché intérieur... » ; que la directive doit constituer la « base adéquate pour l'élaboration de mécanismes rapides et fiables permettant de retirer les informations illicites et de rendre l'accès à celles-ci impossible... » ; qu'il ne faut « pas faire obstacle au développement et à la mise en œuvre effective, par les différentes parties concernées, de systèmes techniques de protection et d'identification » (61).

Pour ce qui concerne plus particulièrement la fourniture d'un service d'hébergement, l'article 14 de la directive prévoit que la responsabilité du prestataire ne peut être engagée pour les « informations stockées à la demande d'un destinataire du service... », cela, sous réserve qu'il « n'ait pas effectivement connaissance de l'activité ou de l'information illicites et, en ce qui concerne une demande en dommages et intérêts, n'ait pas connaissance de faits ou de circonstances selon lesquels l'activité illicite est apparente... » d'une part, et qu'il « agisse promptement pour retirer les informations ou rendre l'accès à celles-ci impossible » dès qu'il a connaissance de leur caractère illicite, d'autre part. L'article 15 prévoit quant à lui que les États membres ne peuvent imposer aux prestataires de tels services « une obligation générale de surveiller les informations qu'ils transmettent ou stockent, ou une obligation générale de rechercher activement des faits ou circonstances indiquant des activités illicites ».

Les solutions dégagées ne visent pas le strict cadre du commerce électronique : d'abord parce que la directive a pour vocation première de s'appliquer aux « services de la société de l'information » ; ensuite, parce que l'adverbe notamment employé dans son titre à propos du commerce électronique permet d'envisager d'autres hypothèses. Il n'est donc pas interdit de penser qu'elles puissent se généraliser aux autres activités des intermédiaires qui agissent sur l'Internet. Ainsi a-t-il été proposé que « l'opérateur, quel qu'il soit », puisse voir sa responsabilité engagée à la triple condition « qu'il ait la faculté technique d'intervenir ; qu'il ait eu connaissance du « message » critiquable ; qu'il ait choisi de ne rien faire » (62). On signalera enfin une disposition prise dans le même esprit en droit américain. Le *Digital Millennium Copyright Act* du 28 octobre 1998 exonère en effet le fournisseur d'hébergement de toute responsabilité dès lors qu'après une mise en demeure de la personne qui s'estime lésée dans ses droits, il interdit l'accès au site litigieux.

(59) Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000, relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *JOCE* L. 178/1 du 17 juillet 2000.

(60) *JOCE* C30/4 5 février 1999.

(61) Quarantième considérant.

(62) M. Vivant, C. Le Stanc *et alii*, Lamy Informatique et réseaux, éd. 1998, nos 2408 et s.; *JCP E* 1999, 953.

C'est un peu dans le même esprit que l'amendement "Bloche" avait été adopté par l'assemblée nationale le 27 mai 1999. La responsabilité n'était en effet encourue aux termes de ce texte que si le fournisseur avait lui-même contribué à la création ou à la production du contenu ou si, ayant été saisi par une autorité judiciaire, il n'avait pas agi promptement pour empêcher l'accès au contenu contesté. Il devait, en outre, transmettre à l'autorité judiciaire les éléments d'identification ainsi que les éléments techniques en sa possession de nature à localiser le véritable responsable (63). La très récente loi du 1^{er} août 2000 (64) confirme et complète ce dispositif en exonérant désormais les personnes qui assurent « le stockage direct et permanent pour mise à disposition du public de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature », et en mettant à leur charge l'obligation de « détenir et de conserver les données de nature à permettre l'identification de toute personne ayant contribué à la création du contenu ». Cette solution semble donc pouvoir être étendue aux autres intermédiaires tels que les conseils en création de site ou les tiers de confiance (65) — encore appelés « prestataires de services de certification » —, qui, en dehors de leurs obligations spécifiques (66), n'ont pas vocation à assumer une responsabilité générale. On observera que la loi du 1^{er} août précitée avait, outre le manquement à l'obligation d'agir promptement pour empêcher l'accès au contenu litigieux, tenté d'introduire un deuxième cas de responsabilité, le cas échéant pénale : lorsque le prestataire en question, saisi par un tiers estimant que le contenu hébergé est illicite ou lui cause préjudice, ne procède pas aux « diligences appropriées ». Mais cette disposition a été censurée par le conseil constitutionnel (67), ce qui peut laisser penser que la loi du 1^{er} août 2000 n'est sans doute pas l'épilogue législatif de cette question.

La cryptologie est un autre exemple des hésitations sur la solution juridique à retenir et de la relativité des limites nationales. Elle a d'abord connu en France une réglementation très stricte (68), passablement libéralisée en 1996 (69). Le décret 98-206 prévoyait ainsi une possibilité de chiffrement plafonnée à 40 bits soit 2^{40} , ce qui marginalisait les utilisateurs français dans un domaine où l'évolution de la technique rendait déjà obsolète la mesure, et illusoire la sécurité attendue. La raison avancée de la lutte contre le banditisme justifiait-elle un tel encadrement ? En réalité, ce qui est critiquable dans toute nouvelle technique, ce n'est pas tant ce qu'elle permet mais son détournement à des fins pénalement répréhensibles; en d'autres termes, c'est moins la cryptologie elle-même que l'utilisation que l'on en fait qui doit retenir l'attention. Dans le domaine de l'entreprise et des

(63) Art. 43-6-1 à 43-6-3 de la loi du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication.

(64) Loi 2000-719 modifiant la loi 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, (JO du 2 août, 11903)

(65) Loi du 26 juillet 1996.

(66) Garantir la confidentialité d'une information par l'usage de clés privées de chiffrement transmises à l'utilisateur, et le cas échéant à l'autorité judiciaire.

(67) Décision n° 2000-433 DC du 27 juillet 2000.

(68) Loi 90-1170 du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications; décret 92-1358 du 28 décembre 1992;.

(69) Loi du 26 juillet 1996, *JCP E* 1997, I 657, 25; Décrets n° 98-101 et 98-102 du 24 février 1998, *JO* du 25 février, p.2911 et 2915; Décrets n° 98-206 et 98-207 du 23 mars 1998, *JO* 25 mars, p. 4448 et 4449; Arrêté 13 mars 1998, *JO* 15 mars, p. 3886; *JCP E* 1998, 851 n°35 obs. M. Vivant et C. Le Stanc.

paiements, où la sécurité des transactions est essentielle, la cryptologie ne doit pas être condamnée *a priori*. Si l'on peut se féliciter que les décrets du 17 mars 1999 (70) aient pu assouplir la réglementation de la cryptologie (71) — toute opération de cryptage destinée à garantir la confidentialité de données étant désormais admise, sous réserve qu'un tiers dit de confiance soit détenteur des clés secrètes —, il reste que le législateur aurait pu faire l'économie de telles palinodies. Aujourd'hui, son effort porte plus simplement sur le statut des prestataires de services de certification (72), et la prise en compte juridique des flux semble abandonnée à des mécanismes de coopération entre les différents acteurs. Le statut des intermédiaires est un ancrage essentiel, mais l'est-il au point d'envisager la participation de certains d'entre eux à un système organique de régulation ? C'est toute la question de la nature de la régulation à mettre en place.

La question de la régulation. La régulation des flux étant généralement perçue comme une nécessité pour le fonctionnement même des réseaux, la question s'est posée de savoir quel type de régulation il fallait instituer. Faut-il faire appel aux acteurs eux-mêmes au sein desquels se trouvent de véritables pouvoirs privés, ou aux pouvoirs publics ? Sur ce point les opinions divergent.

La principale objection à une autorité de régulation dotée d'un pouvoir de sanction tient à l'inutilité de la chose — le juge veille déjà (73) —, et à la crainte de voir la régulation servir de prétexte à une instrumentalisation du droit au service d'autres fins. L'entreprise connectée sur le réseau Internet ne doit ainsi pas pouvoir faire l'objet de filtrage (74) ou d'étiquetage *a priori*. Il en va de même pour le client de l'entreprise. L'aspect multiculturel d'Internet, la liberté de commerce et d'industrie, la concurrence même commandent une certaine réserve des pouvoirs publics en la matière. Le conseil constitutionnel, devait ainsi censurer la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications qui prévoyait dans sa version initiale, la mise en place d'un « comité supérieur de la télématique » doté de différentes prérogatives (75). De telles dispositions (76) ont été jugées contraires à la

(70) Décrets n° 99-199 et 99-200, *JO* du 19, p. 4050 et 4051; *JCP E* 1999, 545 et 956.

(71) Un chiffrement à 128 bits est désormais possible alors que c'était encore naguère interdit. Voir M. Alberganti, La France renonce à contrôler les communications à Internet, *Le Monde*, 21 janvier 1999, p. 16.

(72) En complément de la loi n°2000-230 du 13 mars 2000 portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique. Ces prestataires de services de certification peuvent librement exercer leur activité, sans avoir à demander une quelconque autorisation préalable, mais doivent déclarer leur activité en application de la loi du 29 décembre 1990 sur la réglementation des télécommunications. Ils seront soumis à un contrôle *a posteriori* confié à la direction centrale de la sécurité des systèmes d'information. Ils pourront, s'ils le souhaitent, se faire accréditer pour pouvoir obtenir d'un organisme tiers un certificat garantissant des exigences de qualité.

(73) Le TGI de Paris a ainsi pu tout récemment obliger « Yahoo! » à interdire en France, sous astreinte de 100.000 francs par jour, l'accès à des ventes aux enchères d'objets nazis (*Challenges*, janvier 2001, p. 32).

(74) Filtrage d'adresse IP, d'adresse DNS ou blocage logiciel d'URL par mots clefs.

(75) Lui permettant notamment de donner un avis susceptible de déclencher d'éventuelles poursuites pénales, d'interpréter la loi pénale...

(76) Décision 96-378 DC du 23 juillet 1996, (*JO* 24 juillet).

« liberté de communication » (77), ainsi qu'aux objectifs de valeur constitutionnelle que sont le « respect de la liberté d'autrui » et la « préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels » (78). Il faut faire confiance au juge, d'autant qu'un même principe s'applique en matière de délit et de liberté : ce qui est interdit ou ne peut être limité dans la société réelle, le reste sur les réseaux.

Mais le souci de préserver les libertés peut aboutir à des aberrations (79) et on peut comprendre que le législateur puisse estimer que l'autorégulation ne soit pas idéale pour lutter contre les comportements les plus déviants. Au surplus, l'autorégulation va surtout servir la cause des acteurs dominants du marché (80). La solution est peut-être alors dans une troisième voie. Entre autorégulation et régulation étatique, il y a la « multirégulation » (81) ou corégulation consistant à associer acteurs privés et publics.

La corégulation est utile à deux égards. Quand il s'agit de favoriser l'harmonisation ou l'unification du droit, elle offre des mécanismes de coopération permettant de franchir les obstacles liés aux cloisonnements. Elle se manifeste déjà à partir des mécanismes de coopération existant entre différents pays. Mais on la retrouve aussi dans les liens unissant des autorités régulatrices sectorielles comme dans la concertation entre autorités régulatrices, juge judiciaire et pouvoirs publics (82). La corégulation permet de contribuer au rapprochement d'intérêts divergents, qu'ils soient d'origine privée ou publique. Elle facilite la conciliation entre concurrence et service public, ainsi que la liberté de

(77) Telle qu'elle résulte de l'article 11 de la déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

(78) Parmi les dispositions censurées figurait celle prévoyant la mise en jeu éventuelle de la responsabilité pénale des personnes offrant un service de connexion, pour le contenu des messages diffusés, si n'était pas proposé à leurs clients « un moyen technique leur permettant de restreindre l'accès à certains services ou de les sélectionner ». L'obligation du fournisseur d'accès de proposer un moyen restreignant l'accès à certains services ou de les sélectionner subsiste dans la loi du 26 juillet 1996, mais la responsabilité d'emprunt qui l'assortissait a disparu.

(79) On pense à la jurisprudence américaine, qui, dernièrement, a pu considérer qu'une loi de l'État du Michigan qui sanctionnait pénalement l'utilisation d'Internet à des fins pornographiques à l'adresse des mineurs était inconstitutionnelle au regard de la liberté d'expression découlant du premier amendement et de la clause de commerce insérée dans la Constitution. Cour fédérale de District, 29 juillet 1999, (*Cyberspace Communications Inc. v. Engler*) n°99 cv 73150, cité in *Communication, commerce électronique*, octobre 1999, p. 6 n°18.

(80) I. Falque-Pierrotin, *op. cit.* p. 17.

(81) M. Vivant, « Internet et les nouveaux services, Rapport de synthèse, Sommet mondial des Régulateurs », Paris, UNESCO, 30 novembre et 1^{er} décembre 1999, *Actes du Colloque; Cahiers Lamy Informatique et Réseaux*, janvier 2000 p. 1.

(82) Les autorités régulatrices en charge des réseaux sont nombreuses. Le seul droit financier mobilise un grand nombre d'autorités de nature différente au sein d'une architecture complexe, rejetant l'idée d'une hiérarchie mais multipliant les mécanismes de coopération et de concertation. Sur le seul réseau des télécommunications, interviennent, l'ART qui partage ses prérogatives avec le ministre des télécommunications, la CNIL, le Conseil de la Concurrence, le CSA.

communiquer avec une possibilité de confidentialité dans le cadre autorisé par l'État. Ce dernier doit en effet pouvoir maîtriser les ancrages juridiques qui lui permettront d'appliquer son droit des contrats, son droit pénal, son droit fiscal, son droit international privé...(83). Ceci justifie des interventions législatives pour faciliter l'adaptation du droit commun aux données immatérielles, portant par exemple sur l'existence d'un statut pour certains intermédiaires, notamment celui des certificateurs de nom, celui de ceux qui attribuent des clés, sur la réforme de la CNIL, celle de l'audiovisuel, celle de la cryptologie, et l'élaboration du canevas juridique sur lequel doit reposer la société de l'information. Comme la dématérialisation des titres a conduit à une refonte du cadre juridique du marché financier, la dématérialisation des télécommunications doit déboucher sur le même processus avec des points communs quant aux finalités à respecter, au premier rang desquelles figure la sécurité des réseaux. Les propositions au Premier Ministre vont dans le sens d'une corégulation de ce type (84)

Pour répondre à notre interrogation du départ, une certaine « globalisation » du droit des affaires en réseau est déjà perceptible. Cette globalisation du droit suscite à la vérité plus de crainte qu'elle ne devrait en inspirer. Les nouvelles technologies, et notamment les réseaux, sont moins une menace pour le droit qu'une occasion pour ses sujets de se rapprocher et de nouer d'autres rapports. Cette évolution des liens sociaux a tendance, certes, à favoriser la sécrétion du droit. La plupart des difficultés pratiques peuvent cependant être résolues si l'on n'agit que pour repenser en terme de flux une mise en œuvre fonctionnelle du droit, et non le droit lui-même ou ses valeurs.

(83) Avec le danger toutefois que des observateurs privilégiés soient placés dans des situations stratégiques et profitent indûment de cet avantage.

(84) Rapport de M. C. Paul, remis au Premier Ministre sous l'intitulé "Du droit et des libertés sur l'Internet: la corégulation, contribution française pour une régulation mondiale », mai 2000. Selon ce texte, le droit s'applique sur l'Internet mais il doit parfois être redéfini. Ainsi la régulation de la communication audiovisuelle ne doit pas être appliquées à l'Internet. Des mécanismes de coopération doivent être utilisés à titre de méthode. Une instance nouvelle faciliterait la concertation et renoverait la méthode. Pour un commentaire de ce rapport : M. Vivant, *JCP E* 2000, 1856.