

# **L'Internet est un nouvel espace international au sens du droit international public**

**J.A. Graham**

Professeur à la Faculté Libre de Droit de Monterrey, Mexique

**Extraits de la thèse doctorale**

**« Les aspects internationaux des contrats conclus et exécutés dans l'espace virtuel », sous la direction du Prof. P. Mayer, Université de Paris I Panthéon-Sorbonne, 2001, [www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf](http://www.fldm.edu.mx/graham/obras/thesis.pdf)**

## L'ESPACE VIRTUEL

*Christophe Colomb fut ridiculisé,  
honne, excommunié pendant sept ans,  
pour avoir annoncé un nouveau monde continental ;  
ne dois-je pas m'attendre aux mêmes disgrâces  
en annonçant un nouveau monde social ?*  
Ch. Fourier, Oeuvres complètes

L'espace se définit comme une étendue indéfinie qui contient et entoure les objets<sup>1</sup>. Il s'agit donc d'un contenant qui par définition doit avoir un contenu. Celui-ci peut certes être un ou plusieurs objets, mais il peut aussi s'agir d'une vie sociale. En effet, sociologiquement l'espace humain est celui qui contient un milieu où évoluent les hommes. Si l'on peut prouver qu'une telle vie sociale existe *dans* l'Internet, un premier pas aura été fait vers la conceptualisation de l'espace virtuel (Titre I). Mais ce constat à lui seul n'est guère suffisant ; encore faudra-t-il identifier le statut juridique de cet espace, car le régime légal applicable aux activités virtuelles en découlera, notamment en ce qui concerne la compétence des tribunaux étatiques. La détermination du statut spatial de l'Internet passe par l'étude du droit international public, car si la délimitation des espaces est du ressort exclusif des États, son opposabilité relève du seul *jus gentium*<sup>2</sup> (Titre II).

---

<sup>1</sup> *Le petit Larousse*, 1999.

<sup>2</sup> CIJ, 18 déc. 1951, *affaire des Pêcheries*, Rec., 1951.132.

## TITRE I

### **L'INTERNET EST UN NOUVEL ESPACE**

L'Internet constitue un nouvel univers à côté de celui que nous connaissons, c'est-à-dire le monde matériel. L'espace virtuel est bel et bien un deuxième monde qui a généré son propre milieu social (Chapitre 1). Mais il ne constitue qu'un reflet et ne s'oppose donc pas au premier monde. Au contraire, les deux mondes interagissent l'un sur l'autre formant ainsi une *interconnexion* permanente (Chapitre 2).

## CHAPITRE 1

### LA RÉALITÉ DU DEUXIÈME MONDE<sup>3</sup>

Nous tenterons dans un premier temps de démontrer que l'Internet est bien plus qu'un simple outil de communication (Section 1) et d'en conclure, dans un deuxième temps, qu'il s'agit d'un nouvel espace social au vue de l'existence d'une communauté virtuelle possédant notamment sa propre gouvernance (Section 2).

---

<sup>3</sup> Cammarata, *Quali leggi per il "territorio Internet"*, [www.interlex.com/regole/mcmeta1.htm](http://www.interlex.com/regole/mcmeta1.htm) ; Rowland, *Cyberspace - A contemporary Utopia ?*, [www.law.warwick.ac.uk/jilt/98-3/rowland.html](http://www.law.warwick.ac.uk/jilt/98-3/rowland.html), *Cyberspace - A World apart ?*, [www.bileta.ac.uk/98papers/rowland.html](http://www.bileta.ac.uk/98papers/rowland.html).

## SECTION 1

### L'INTERNET - SIMPLE OUTIL DE COMMUNICATION ?

**23. L'Internet est-il un simple outil de communication ?** La doctrine française dans une quasi-unanimité considère Internet comme un simple outil de communication<sup>4</sup>. Mais comme le souligne un praticien :

« La France est extrêmement en retard, car son élite ne comprend pas ce qui se passe. Elle n'est pas moins intelligente que l'élite américaine, mais, à l'Université, elle n'a pas appris à utiliser le clavier et le courrier électronique »<sup>5</sup>.

Mais pourquoi donc, l'Internet ne serait-il pas seulement un moyen de communication ? Le Web n'est-il pas comparable au concept de « télévision interactive » ; le courrier électronique et l'Usenet au téléphone ? A l'instar du professeur Trudel, nous ne le pensons pas :

« Dans l'espace cybernétique, les coordonnées spatio-temporelles se présentent comme un problème toujours posé. Les lieux et les rôles s'y redéfinissent et se redistribuent en fonction de contraintes et circonstances n'obéissant pas à un modèle prévisible. Ces phénomènes résultent des caractéristiques des environnements électroniques tels que l'immatérialité des situations juridiques et les difficultés de preuve qui en découlent, et le caractère transfrontalier des activités : un contenu considéré comme légal dans un pays mais illégal au Canada peut être envoyé dans un « newsgroup » et être ainsi automatiquement accessible par le biais d'un serveur situé ici. L'environnement-réseau n'est donc pas réductible aux environnements que constituent les médias tels que nous les connaissons<sup>6</sup> ».

---

<sup>4</sup> A l'image du jugement du Tribunal de grande instance de Strasbourg : « Ces dispositions [du Code de la propriété intellectuelle] s'appliquent à la reproduction des articles sur Internet : la communication par réseau présente une spécificité technologique ; le produit n'est pas le même que celui du journal ; il s'agit d'un nouveau moyen de communication » (réf., 3 fév. 1998, *DNA, Gaz. Pal.*, 1998.8, note Moore). Dans le même sens, il a été jugé que « Internet étant un simple moyen de communication, il ne saurait constituer en soi un marché pertinent » au sens du droit de la concurrence (T. com. Nanterre, 4 oct. 2000, *D. aff.*, 2001.1317, note Manara).

Et le rapport de M. Ch. Paul est assez représentatif de cette doctrine : « Le droit positif analyse pour l'heure l'internet comme un service de communication audiovisuelle » (*Du droit et des libertés sur l'internet*, La documentation française, 2000, p. 62).

<sup>5</sup> Entretien avec J.M. Billaut, responsable de la « veille technologique » à la *Compagnie bancaire*, *Le Monde*, 8 juil. 1997, p. 14. A cela s'ajoute le fait qu'en 1998 seul 1 à 2 % des foyers français étaient connectés à l'Internet (*Le Monde*, 10 janv. 1998, p. 28). En mars 2000, 9 millions d'Internautes français étaient connectés à l'Internet, représentant 15% de la population, mais, loin derrière l'Islande (45%), les États-Unis (45%) et la Norvège (50%) - ([www.nua.ie/surveys/how\\_many\\_online/europe.html](http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/europe.html) ; [/america.html](http://www.nua.ie/surveys/how_many_online/america.html)).

<sup>6</sup> *Les enjeux du développement de l'infoculture québécoise*, Mémoire présenté à la Commission de la culture de l'Assemblée nationale, 1996.

La télévision ne permet pas d'engager des *agents électroniques* qui sont des programmes de recherche dans l'Internet et qui ont pour fonction non seulement de retrouver sur les différents sites Web le produit désiré, mais aussi de conclure le contrat d'achat, après avoir vérifié le contenu conventionnel<sup>7</sup>. L'Usenet permet non seulement en quelques secondes d'informer le monde entier<sup>8</sup>, mais encore à tout et chacun d'exprimer son opinion à l'échelle planétaire<sup>9</sup>. En fin de compte, il n'existe aucun « espace téléphonique » ; la conversation téléphonique disparaît une fois que les interlocuteurs raccrochent leur combiné. Au contraire, même si l'internaute débranche son modem, ses messages continuent d'exister :

« C'est justement cette persistance et cette accessibilité des messages électroniques qui créent une sorte de « localisation » faisant des rencontres dans l'espace virtuel une alternative viable aux rencontres dans l'espace physique »<sup>10</sup>.

Certes, l'*American Bar Association* a souligné dans ses travaux que l'Internet n'était pas habité par des personnes, mais par des *bits* et des *bytes*<sup>11</sup>. Faut-il pour autant en conclure qu'il s'agisse pour cela d'un moyen de communication<sup>12</sup> ? Autant que l'on sache, nul n'habite l'océan, qui est constitué d'eau et d'animaux marins. S'il est vrai qu'il constitue avant tout un moyen de communication – naval –, cela n'empêche pas le fait qu'il s'agisse aussi d'un espace. Il n'y a pas lieu de confondre le genre « espace » avec la catégorie « espace humains », comme nous allons le voir à présent.

**24. Le « cyberspace » de William Gibson.** L'espace virtuel constitue la traduction de l'anglais « *cyberspace* », dont la paternité revient au romancier américain William Gibson. Dans son roman *Neuromancer*, il décrit l'espace virtuel comme :

« Une hallucination consensuelle expérimentée quotidiennement par des milliards d'opérateurs légitimes dans chaque nation ; par des enfants à qui l'on a enseigné les concepts mathématiques... Une représentation graphique de données extraites des bases locales de chaque ordinateur se trouvant dans le système humain. Une complexité impensable. Des rayons de lumière rangées dans le non-espace de l'esprit. Des bribes et des constellations de données. Comme les lumières de la ville, s'éloignant... »<sup>13</sup>.

---

<sup>7</sup> Levi & Sporn, « Can programs bind humans to contracts ? », *The National Law Journal*, 13 janv. 1997, [www.ljx.com/internet/0113shrink.html](http://www.ljx.com/internet/0113shrink.html) ; Sycara, « Multi-Agent Interactions », *Bots and Other Internet Beasts*, New-York, Ed. J. Williams, 1996, p. 427.

<sup>8</sup> Voir comme illustration notamment le *Monicagate* (la présumée relation entre le Président américain W. Clinton et Monica Lewinsky) et l'impact de l'Internet : Mulard, « Clinton contre les écrans déchaînés », *Le Monde*, suppl. média, 1 fév. 1998, p. 2.

<sup>9</sup> Ainsi des consommateurs insatisfaits, en s'exprimant sur leur site, ont réussi à faire plier de nombreuses grandes entreprises : « Internet : réseau d'entraide », *Le Monde*, suppl. média, 15 fév. 1998, p. 32.

<sup>10</sup> Hardy, « Electronic Conferences: The Report of an Experiment », *Harvard Journal of Law and Technology*, 1993.232.

<sup>11</sup> *American Bar Association Global Cyberspace Jurisdiction Project*, ABA, 2000, p. 9.

<sup>12</sup> En ce sens de manière contradictoire le rapport de l'ABA : « Cyberspace may be a « place », but it is inhabited by bits and bytes, not by people. It may change how people understand their boundaries, and thus affect their state of mind, but in the end it is a means of communication » (p. 9).

<sup>13</sup> « A consensual hallucination experienced daily by billions of legitimate operators, in every nation, by children being taught mathematical concepts... A graphic representation of data abstracted from the banks of every computer in the human system. Unthinkable complexity. Lines of light ranged in the non-space of the mind, clusters and constellations of data. Like city lights, receding... » (*Neuromancer*, New-York, Berkeley Publications, 1984, p. 67).

Le terme de « cyber » qui dérive du grec « *Kubernao* » ou « *Kybernetes* » a pour sens originaire le verbe « diriger », et constitue en même temps la racine du terme « gouverner »<sup>14</sup>. La connotation sémantique évoque donc d'une part, l'idée de navigation à travers des données électroniques et, d'autre part, la possibilité de « gouverner » grâce au contrôle de ces données. Le « cyberspace » de William Gibson n'est pas un univers de données passives à l'instar d'une bibliothèque<sup>15</sup>. Au contraire, cet espace offre des voies de communication entre ce monde des données et le monde dit « réel ». Il en est ainsi du système dit du *push*.

En effet, jusqu'à présent l'internaute avait pour habitude d'aller sur un site, de sélectionner l'information qui l'intéressait, puis de la charger sur son ordinateur : c'est la méthode dite du *pull*<sup>16</sup>. Or, avec la nouvelle génération de navigateurs, il est possible de sélectionner des sites, qui vont automatiquement envoyer, à intervalles réguliers, l'information vers l'ordinateur : l'on parle du *push*<sup>17</sup>. Il est ainsi possible de recevoir quotidiennement son journal, des émissions de télévision, ou encore son courrier électronique – que l'on n'a plus besoin d'aller « chercher ».

Quant au vocable « espace », il évoque plusieurs idées à la fois. En premier lieu, celle d'étendue dont le contenant ne peut être saisi en une fois – ce qui correspond parfaitement à la nature profonde d'un réseau qui fédère un nombre illimité d'autres réseaux. Deuxièmement, l'espace permet le libre mouvement entre différents lieux – ce qui est l'idée même du protocole *TCP/IP*<sup>18</sup>, qui permet d'aller et venir entre différents ordinateurs, quelque soit le lieu physique où ils se trouvent. Troisièmement, l'espace implique des concepts géométriques telle la distance, la direction et la dimension. C'est cette dernière idée que l'on retrouve dans les techniques de réalités virtuelles qui impliquent la création par ordinateur d'espaces en trois dimensions qui réagissent aux mouvements et aux manipulations de l'utilisateur<sup>19</sup>.

C'est ainsi que déjà en mai 1990, lors de la première conférence sur l'espace virtuel, M. Benedikt avait souligné que le « cyberspace » de la science fiction était en train de devenir réalité grâce à un « réseau global, généré et utilisé au moyen d'ordinateurs créant une réalité multidimensionnelle, artificielle ou encore une réalité virtuelle »<sup>20</sup>, et, dont le résultat le plus tangible aujourd'hui est l'existence d'un nouvel espace social.

---

<sup>14</sup> Wiener, *Cybernetics: or Control and Communication in the Animal and the Machine*, Cambridge, MIT Press, 1948, p. 23.

<sup>15</sup> « Internet n'est qu'une bibliothèque » : position du Gouvernement des États-Unis défendue par le *Deputy Solicitor General* S.P. Waxman dans l'affaire *Reno v. ACLU*, 26 juin 1997, *Légipresse*, 1997.124, note Tuman.

<sup>16</sup> Expression anglaise usuelle pour « tirer » - l'utilisateur tire l'information du site vers l'ordinateur.

<sup>17</sup> Expression anglaise usuelle pour « pousser » - le fournisseur de contenu pousse l'information du site vers l'ordinateur de l'utilisateur.

<sup>18</sup> Voir *supra* n° 3.

<sup>19</sup> Pouvant même recréer, au dire de certains, une ontologie érotique (Heim, *The Metaphysics of Virtual Reality*, New-York, Oxford University Press, 1993, spéc. p. 82 sq).

<sup>20</sup> Cité par Maddox, *Cyberpunk in the '80s and '90s*, [www.cs.uidaho.edu/lal/cyberspace/cyberpunk/docs/Maddox.Essay](http://www.cs.uidaho.edu/lal/cyberspace/cyberpunk/docs/Maddox.Essay). Les premiers travaux sur la réalité virtuelle sont dus à l'Américain I. Sutherland de l'Université d'Utah dans les années soixante ([www.cs.uidaho.edu/lal/cyberspace/VR/docs/vr.primier](http://www.cs.uidaho.edu/lal/cyberspace/VR/docs/vr.primier)).

## SECTION 2

### UN NOUVEL ESPACE SOCIAL

25. **La communauté virtuelle**<sup>21</sup>. L'univers virtuel peut être parfaitement appréhendé par le « Deuxième Monde », site Web mis en place par la chaîne de télévision française *Canal Plus*. Les internautes peuvent y créer un *avatar*, qui n'est que la représentation graphique de l'utilisateur, ainsi qu'une identité<sup>22</sup>, le tout dans une surface graphique représentant Paris en trois dimensions. Ce *Deuxième Monde* a pourtant ses lois et ses agents pour en garantir le respect. L'obligation du respect normatif est compensée par l'application des principes fondamentaux de la démocratie : élections et référendums<sup>23</sup>. Si pour certains il ne s'agit que d'un jeu, sociologiquement il est indéniable que des normes de comportement se sont mises en place pour structurer cette nouvelle communauté, qui n'est qu'une parmi d'autres<sup>24</sup>. L'avènement des jeux électroniques en ligne a ainsi permis la constitution de véritables clans ou tribus<sup>25</sup> organisés avec leurs propres codes et règles. De même, le milieu des *hackers*<sup>26</sup> constitue une société à part avec son propre langage notamment<sup>27</sup>.

Toutefois, la multitude de ces communautés ne fait pas obstacle à l'existence d'une grande communauté fédératrice : la communauté virtuelle. La preuve la plus flagrante en est la création d'un nouveau groupe de discussion dans l'Usenet. Pour le créer, il faut avoir d'une part, l'approbation d'un certain nombre de groupes déjà existants et, d'autre part, l'approbation implicite de ceux qui gèrent les serveurs des groupes, en l'occurrence le plus souvent les fournisseurs d'accès et les universités. En effet, si ces derniers n'approuvent pas ce nouveau groupe, les internautes abonnés à leurs services ne pourront pas consulter les messages du groupe en question. L'approbation ou le refus d'un forum de discussion répond généralement à des critères communs à toutes les communautés virtuelles : des valeurs comme le respect de la liberté et de la démocratie<sup>28</sup>, des attitudes comme l'antiracisme<sup>29</sup> ou encore des normes de comportement<sup>30</sup> interdisant la publicité dans l'Usenet.

---

<sup>21</sup> Rheingold, *The Virtual Community*, New-York, Harper Perennial, 1994.

<sup>22</sup> Johnson, *The Price of Netizenship*, [www.cli.org/pon.html](http://www.cli.org/pon.html).

<sup>23</sup> « Révolution dans Le Deuxième Monde », *Le Monde*, 20 avril 1998, suppl. médias, p. 35.

<sup>24</sup> Il existe ainsi une communauté de juristes américains : <http://prairielaw.com>.

<sup>25</sup> D'ailleurs la grande partie de ces groupes de joueurs se nomment eux mêmes des « clans » ou des « tribus », voir : *Net*, n° 21, 1998, p. 25 sq.

<sup>26</sup> Généralement on traduit le terme par « pirates informatiques ». Si juridiquement, il s'agit dans tous les cas de figure d'intrusion illicites, passibles de peines correctionnelles, sociologiquement il faut nuancer. D'une part, on a les « *crackers* », qui effectivement ne recherchent qu'un but illicite : voler des données pour les revendre ou faire du vandalisme au nom d'une soi-disante bonne cause. D'autre part, les « *hackers* » pénètrent par goût du défi dans les systèmes et, une fois réussi à traverser les systèmes de sécurité, en ressortent sans laisser de traces. Et s'il en laissent, ce n'est que pour dénoncer les trous de sécurité. Toutefois, il est tout aussi vrai que cette distinction – somme toute théorique – n'est pas toujours aussi tranchée dans les faits (voir : Evenson & Quinn, *Outlaws in the Cyberprairie*, [www.al.arizona.edu/~weisband/MIS411/cyberprairie.html](http://www.al.arizona.edu/~weisband/MIS411/cyberprairie.html)). Mais l'avant-projet de loi belge entend consacrer la distinction (voir : Magrez, *Analyse de l'avant-projet de la loi belge portant sur la criminalité informatique*, [www.juriscom.net/droit/espace2/criminfo.htm](http://www.juriscom.net/droit/espace2/criminfo.htm)), à l'instar de la loi luxembourgeoise (Graham, « Le droit pénal luxembourgeois face aux attaques informatiques », *CLB-J*, janvier 2001).

<sup>27</sup> Kannemyr, « Technology and Pleasure: Considering Hacking Constructive », *First Monday*, vol.4, n° 2, [http://firstmonday.org/issues/issue4\\_2/gisle/index.html](http://firstmonday.org/issues/issue4_2/gisle/index.html).

<sup>28</sup> Ainsi, grâce à la solidarité des internautes du monde entier, des espagnoles ont réussi, au moyen du « *mailbombing* » (il s'agit de bloquer la bande passante – la ligne téléphonique par exemple – d'un

Contrairement au jugement du Tribunal de Grande Instance de Paris, qui a estimé que les utilisateurs dans l'Internet ne sont « nullement liés par une communauté d'intérêts »<sup>31</sup>, il existe bien une communauté d'intérêts même si l'intérêt immédiat n'est pas *a priori* toujours identique. Même si l'on ne peut pas comparer les motivations d'un *hacker* à celui d'un juriste *surfant* dans l'Internet, en revanche l'intérêt *lato sensu* est le même : pouvoir s'exprimer librement à sa manière et vivre sa « vie virtuelle » comme l'on l'entend tout en se comportant comme un *netoyen*<sup>32</sup> responsable<sup>33</sup>. A cela s'ajoute que :

« Un réseau n'existe que moyennant la volonté des parties d'y adhérer ; les volontés de s'y raccorder sont évidemment rendues possibles par l'existence de protocoles techniques mais elles se manifestent généralement en raison des finalités poursuivies par les acteurs. Autrement dit, l'on se raccorde à un réseau afin de bénéficier des avantages résultant d'un tel raccordement. Il y a donc, chez ceux qui participent à l'environnement-réseau, un certain « vouloir communiquer collectif », une sorte de volonté d'interaction qui est l'autre composante de l'environnement-réseau<sup>34</sup> ».

D'ailleurs, depuis octobre 1998, la notion de communauté virtuelle a été consacrée par le nouveau statut de *l'Internet Assigned Numbers Authority*, qui prévoit en son article 4, que l'IANA « opère pour le bénéfice de toute la communauté Internet en son ensemble ». Cette communauté possède aussi sa propre « gouvernance ».

**26. La gouvernance de l'espace virtuel.** L'Internet n'a pas de gouvernement. En fait, « l'Internet est comme une église : il a son conseil des sages, chaque membre a une opinion sur la manière dont devraient fonctionner les choses, et chacun est libre d'en faire partie ou pas. Il n'y a pas d'autorité unique pour l'Internet pris dans son ensemble »<sup>35</sup>. Or, cela n'empêche pas qu'il existe une certaine forme de « gouvernance »<sup>36</sup>, qui, contrairement à un gouvernement qui peut imposer *de plano* ses commandements par la coercition, ne « gouverne » que grâce à une autorité « acceptée » *de facto*. Nous avons ainsi les organismes chargés de définir les normes techniques à l'image de *l'Internet Society (ISOC)*,

---

fournisseur d'accès, en l'émergeant de messages inutiles), à faire fermer un site américain hébergeant les pages du mouvement armé basque ETA (*Le Monde*, « Les Zorros du réseau », suppl. média, 16 nov. 1997, p. 32).

<sup>29</sup> Voir à cet égard, l'exemple cité par MM.Piette-Coudol et Bertrand au sujet d'une tentative de création d'un groupe de discussion portant sur la musique « blanche » (*Internet et la loi, op.cit.*, p. 133).

<sup>30</sup> La Netiquette. Voir *infra* n° 28.

<sup>31</sup> Réf., 30 avr. 1997, *D.*, *som.*, 1998.79, obs. Dupeux.

<sup>32</sup> Remplacement de « cité » du mot citoyen par « net ». D.R. Johnson parle de « *netizenship* » (*The price of Netizenship, op.cit.*) ; *Le Monde* parle du « cybercitoyen » (« A l'attaque des world companies », suppl. Médias, 1 mars 1998, p. 32).

<sup>33</sup> Même si leurs actions sont parfois difficilement justifiables, on peut, d'un point de vue sociologique, considérer que même les hackers ont une déontologie et entendent bien contribuer à la citoyenneté virtuelle.

<sup>34</sup> Trudel, *op.cit.*, p. 6.

<sup>35</sup> Krol, *Le monde Internet*, 2° éd., O'Reilly International Thomson, 1995, p. 16.

<sup>36</sup> « La gouvernance est la somme des diverses manières dont les individus et les institutions, publics ou privés, gèrent leurs affaires communes. C'est un processus continu par lequel les intérêts divergents et conflictuels sont accommodés et l'action coopérative s'organise. Cela inclut des institutions formelles, ainsi que les arrangements informels que les personnes et les institutions ont conclus » (Nations Unies, Commission on Global Gouvernance, *Our Global Neighborhood*, [www.cgg.ch/contents.htm](http://www.cgg.ch/contents.htm)).

fondée notamment par le père de l'Internet Vint Cerf, qui a pour tâche d'assurer la coopération et la coordination internationale. L'ISOC n'a pas pour fonction de réglementer, mais d'amener la communauté virtuelle à suivre des lignes directrices<sup>37</sup>. Aujourd'hui, l'ISOC vit toutefois dans l'ombre de l'ICANN, l'organisme le plus médiatique d'entre tous. L'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) est une organisation sans but lucratif en charge de gérer et de développer l'Internet, notamment en gérant pour le gouvernement américain les protocoles IP et l'attribution des noms de domaine<sup>38</sup>. Le Conseil d'administration se compose de représentants de tous les continents, y compris de la société civile, et qui sont élus démocratiquement par tous les membres de l'ICANN, que ce soit les professionnels de l'Internet ou les personnes privées (« *at-large members* »). Dans sa tâche, l'ICANN est secondé par les organisations intervenant tout au long de la gestion et de l'utilisation des noms de domaines<sup>39</sup>, les organisations en charge de l'adressage<sup>40</sup> et les organisations en charge notamment de la gestion et du développement des protocoles<sup>41</sup> à l'instar de l'IETF<sup>42</sup> qui travaille sur l'évolution des technologies qui sous-tendent l'Internet, de l'Union internationale des télécommunications (UIT), de l'ETSI<sup>43</sup>, ou encore du W3 Consortium, composé du *Massachusetts Institute of Technology* (MIT), de l'Institut national de recherche en informatique et en automatique (INRIA) et du Centre européen de recherche nucléaire (CERN), et qui vise à réaliser le plein potentiel du Web en développant des normes et des logiciels de référence. A côté de ces acteurs, que l'on pourrait presque qualifier d'institutionnels, d'autres organisations et associations privées participent de manière directe ou indirecte à la gouvernance de la toile, à l'instar de l'*Internet Law and Policy Forum* (ILPF) qui s'est fixé pour mission d'établir des normes de comportement dans l'espace virtuel ou l'EFF<sup>44</sup> qui se bat contre les gouvernements étatiques qui veulent imposer la censure sur le réseau. D'autres organismes se contentent d'attribuer des codes de conduites à certaines communautés à l'instar de l'*Interactive Gaming Council* en ce qui concerne les casinos virtuels. Mais au-delà de la communauté virtuelle et de sa gouvernance, l'espace virtuel se caractérise aussi par sa culture et ses règles de comportements.

**27. Sa culture : le *cyberpunk*.** Le phénomène Internet a aussi généré sa propre culture appelée le *cyberpunk*, et qui a son tour a généré des sous-cultures<sup>45</sup>. A l'origine, il s'agissait d'un mouvement littéraire auquel appartenaient des écrivains comme W. Gibson et B. Sterling. Par la suite, certains groupes de personnes se sont senties affiliées à ce mouvement –

<sup>37</sup> Cerf, *Guidelines for Conduct on and Use of Internet*, 14 août 1994, <http://info.isoc.org:80/policy/conduct/cerf-Aug-draft.html>.

<sup>38</sup> Même si certains contestent que l'Internet appartient au gouvernement américain, il est à savoir que d'une part, telle est la position du Secrétaire américain au commerce, et, d'autre part, que les *DNS Root* (c'est-à-dire les serveurs qui font la concordance entre l'adresse IP et le nom de domaine logique) se trouvent tous sans exceptions aux États-Unis.

<sup>39</sup> *Domain Name Supporting Organizations* : les organisations professionnelles, les ONG, les registres, les fournisseurs d'accès, etc...

<sup>40</sup> *Address Supporting Organizations* : il s'agit des organisations qui gèrent au niveau régional les serveurs de concordance entre les adresses IP et les noms de domaine logique comme le RIPE NCC (*Réseaux IP Européens - NetWork Coordination Center*).

<sup>41</sup> *Protocol Supporting Organizations*.

<sup>42</sup> *Internet Engineering Task Force*.

<sup>43</sup> *European Telecommunications Standards Institute*.

<sup>44</sup> *Electronic Frontier Foundation*.

<sup>45</sup> Voir à cet égard, le cours du professeur Clayton de l'Université de Vanderbilt ([www.vanderbilt.edu/Ans/english/Clayton/sch295.htm](http://www.vanderbilt.edu/Ans/english/Clayton/sch295.htm)), ainsi que le site du *Resource Center for Cyberculture Studies*, <http://otal.umd.edu/~rccs>.

pour diverses raisons que nous ne développerons pas ici – et en ont adopté la culture créant ainsi de véritables sous-cultures comme les « *Hackers* », qui s'identifient à de nobles flibustiers des réseaux, ou encore les « *Cypherpunks* », dont la mission est celle de défendre la liberté d'expression, ainsi que le droit à l'anonymat, au moyen de l'utilisation de la cryptographie<sup>46</sup>.

28. **Son *modus vivendi* : la netiquette.** C'est surtout dans l'Usenet qu'un corps de règles s'est développé, connu sous l'appellation de *netiquette*<sup>47</sup>. Afin de faciliter la transmission des messages, une première règle invite les utilisateurs à n'envoyer que des messages courts. De même, en l'absence de contact visuel, les utilisateurs sont priés de faire part de leur sentiment au moyen de signes déterminés<sup>48</sup>. Ainsi le signe « ;- ) » représente une tête renversée à quatre-vingt dix degrés faisant un clin d'œil et signifie que le message est à prendre de manière ironique<sup>49</sup>. De même, un texte intégralement tapé en majuscule est pris comme un message impoli, puisque l'auteur veut imposer son point de vue aux autres. Ce droit mou<sup>50</sup> qui se voit renforcer par la pratique contractuelle des fournisseurs d'accès<sup>51</sup> a même été implicitement reconnu par l'État de Singapour. En effet, celui-ci l'a intégré sur son site officiel en tant que règles de comportement pour ses propres usagers et de manière générale en tant que recommandations pour la navigation sur le Web<sup>52</sup>.

Le non-respect de la netiquette est suivi de sanctions. Dans le cadre d'une liste de discussion, l'auteur irrespectueux sera exclu. Sur un forum, chaque participant envoie au fautif un message stigmatisant son attitude, dénommé *flame*. Et quand l'on sait qu'un forum peut avoir plusieurs centaines de participants, l'on peut se rendre compte de l'efficacité de telles sanctions. La plus sévère d'entre elles est la « peine de mort »<sup>53</sup> au moyen du *mailbombing* : il s'agit de bloquer la bande passante (la ligne téléphonique ou le câble par exemple par lequel les informations circulent) d'un fournisseur d'accès en le submergeant de messages inutiles. Il en résulte une saturation des routeurs et autres ordinateurs entraînant des dysfonctionnements du système. Tel fut le cas pour le cabinet d'avocats Canter & Siegel, qui s'était permis d'envoyer des messages publicitaires dans un groupe de discussion<sup>54</sup> ou du fournisseur d'accès Netcom qui avait été jugé comme ayant en général une attitude trop permissive à l'égard du « *spam* »<sup>55</sup> en refusant de mettre en place des filtres. L'ultime reconnaissance de cette *lex virtualis* nous vient du Canada où en effet un juge a accepté de résilier un contrat d'hébergement au motif que

---

<sup>46</sup> Sterling, *Cyberpunk in the nineties*,  
gopher://gopher.well.sf.ca.us:70/00/Publications/authors/Sterling/interzone/six.txt ; Maddox,  
*Cyberpunk in the '80s and '90s, op.cit.*

<sup>47</sup> Rinaldi, *The Net: User Guidelines and Netiquette*, 1995, www.fau.edu/rinaldi/net/index.html.

<sup>48</sup> Appelés en anglais « *smileys* ».

<sup>49</sup> Pour d'autres exemples, voir le premier rapport de Mme Falque-Pierrotin, *op.cit.*, p. 141.

<sup>50</sup> Terme français pour « *Soft law* ».

<sup>51</sup> Nous pouvons citer à titre d'exemple le contrat *Wanadoo* proposé par le plus grand fournisseur d'accès français *France Télécom* : « La communauté des utilisateurs a développé un code de conduite dont la violation peut avoir pour effet d'exclure le contrevenant de l'accès à Internet » (art. 6). Pour d'autres exemples, voir : Vivant, « Internet et modes de régulation », *op.cit.*, p. 227, note n° 528.

<sup>52</sup> *Rheinische Post online*, [http://rp-online.de/multimedia/oline/netiquette\\_singapour.shtml](http://rp-online.de/multimedia/oline/netiquette_singapour.shtml).

Mais cela n'implique pas qu'il faut aller jusqu'à considérer la netiquette comme des coutumes à l'instar de B. Wittes, « Law in Cyberspace: Witnessing the Birth of a Legal System on the Net », *Legal Time*, 1995.27. Pour la discussion, *infra* n° 138 sq.

<sup>53</sup> En anglais : « *Usenet Death penalty* ».

<sup>54</sup> *New-York Times*, 19 avril 1994, p. D1.

<sup>55</sup> Terme anglais pour désigner l'envoi de milliers de messages publicitaires. Voir : *Le Monde*, 6 fév. 1998, p. 28.

l'hébergé n'avait pas respecté la netiquette auquel s'était référé le contrat<sup>56</sup>. Tous ces éléments font de l'Internet autre chose qu'un nouveau moyen de communication.

29. **L'espace virtuel.** Avec le professeur Trudel, l'on peut conclure que « les multiples connexions entre les réseaux résultent en un lieu dans lequel se passent des événements, des faits et des actes juridiques et ce lieu présente des différences avec l'espace physique<sup>57</sup> ». Le Juge Lebedeff n'a-t-il pas tenu à souligner dans son jugement que, « dans la mesure où Internet est comparable à une localisation géographique, le terme ici est utilisé avec une majuscule<sup>58</sup> » ? Deux enseignements peuvent être tirés de cet *obiter dictum*. D'une part, le Juge Lebedeff rejette l'idée que l'Internet ne soit qu'une multitude de connexions ; d'autre part, l'Internet ne se confond pas avec le territoire géographique. Il s'agit d'autre chose, comme l'a souligné la Cour suprême des États-Unis :

« Pris dans leur ensemble, ces instruments constituent un média unique – connu par ses utilisateurs comme le « cyberspace » - qui n'est localisé dans aucun lieu géographique mais est accessible à tous ceux ayant un accès à Internet, partout dans le monde<sup>59</sup> ».

Quant à l'incidente dans l'affaire *Digital*, elle va dans le même sens. Exprimée sous forme d'un jeu de mots, que la langue française ne permet guère de traduire, elle souligne l'a-territorialité de l'Internet :

« *The Internet has no territorial boundaries. To paraphrase Gertrude Stein, as far as the Internet is concerned, not only is there perhaps "no there there", the "there" is everywhere where there is Internet access* »<sup>60</sup>.

Cette acceptation de l'Internet comme un espace trouve d'ailleurs de plus en plus un écho dans les faits et dans la doctrine<sup>61</sup>. Ainsi par exemple, le directeur exécutif de la Chambre de commerce internationale, E. Allen, a mis sur pied une nouvelle division pour l'étude de la cybercriminalité au motif que : « Toutes les infractions qui sont possibles territorialement, peuvent aussi être perpétrées dans l'espace virtuel »<sup>62,63</sup>. Le juge W.H. Webster, dans son

---

<sup>56</sup> Toronto, 16 juillet 1999, Court File n° C205 46/99 ; pour plus de détails et l'analyse juridique de la netiquette, voir *infra* n° 151.

<sup>57</sup> Trudel, *op.cit.*, p. 5.

<sup>58</sup> Supreme Court of New-York County, *People v. Lipsitz*, 23 juin 1997, 1997 NY Misc. LEXIS 382 (N.Y. Sup. N-Y Cty, 6/23/97).

<sup>59</sup> Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Reno v. ACLU*, 26 juin 1997, 117 S. Ct 2329 (1997).

<sup>60</sup> *Digital Equipment Corp. v. AltaVista Technology Inc.*, 1997 WL 136.437 (D. Mass. 1997).

<sup>61</sup> Mayer, *Recht und Cyberspace*, [www.rewi.hu-berlin.de/HFR/3-1997/Drucktext.html](http://www.rewi.hu-berlin.de/HFR/3-1997/Drucktext.html) ; Pouillet, « Transactions via Internet et protection des consommateurs », *Verkoop op afstand en Telematica*, Namur, Kluwer, 1997. 127, spéc. p. 142.

Comme l'écrit M. Cammarata : « Il est clair qu'Internet n'est pas un sujet, parce que les rapports télématiques ne se font pas "avec" le Réseau, mais se réalisent entre des sujets divers "dans" le Réseau. En conséquence, le Réseau est un "lieu" » (*op.cit.*).

<sup>62</sup> « Tracking Global Cybercrime », *Wired News*, 25 sept. 1998, [www.wired.com](http://www.wired.com).

<sup>63</sup> En ce sens aussi : Lessig, « The Zone of Cyberspace », *Stanford Law Review*, 1996.1403 ; Mayer, *op.cit.* ; Dyson, « A Design for Living in the Digital Age », *Electronic Frontier Foundation*, [www.edventure.com](http://www.edventure.com). J. Attali parle de « septième continent » lors d'une interview du 21 octobre 1997 sur le site [www.club-internet.fr](http://www.club-internet.fr).

C'est aussi pour cela que nous réfutons le terme d'« autoroutes de l'information », qui conceptuellement envisage Internet uniquement comme une amélioration – certes substantielle – des médias existants. Pour une analyse plus profonde de ces deux manières différentes d'envisager Internet : Electronic Frontier Foundation, « Cyberspace and the American Dream », *Infoways*, 1995, p. 2.

avant-propos de l'étude du *Centre pour les Études Stratégiques et Internationales*, va jusqu'à comparer l'Internet à un État, puisqu'il considère qu'il a sa propre économie et sa propre monnaie virtuelle<sup>64</sup>. Quant au Sénat espagnol, il a défini l'Internet dans sa « Magna Charta des droits du Réseau » comme « un espace libre de rencontre et d'échange, sans frontière ni limites, ouvert et universel »<sup>65</sup>.

Pour nous, l'Internet est incontestablement un nouvel espace qui possède sa propre communauté générant à sa manière un système juridique non-étatique – *ubi societas ibi jus* – dans lequel l'État ne pourra plus jouer le même rôle que celui qu'il a su imposer sur son territoire. L'Internet n'est pas son territoire ! Au contraire, l'État doit faire face à la révolution de l'espace virtuel.

**30. La révolution virtuelle.** Comme l'a écrit un des auteurs fondamentaux en la matière, le professeur David G. Post<sup>66</sup>, codirecteur du *Cyberspace Law Institute* :

« J'ai été considéré comme un utopiste, et je plaide coupable. Le mot « *utopia* » vient du grec « *ou* » (non) et « *topos* » (endroit) – un endroit qui est un « non-endroit ». Peut-être une description intéressante de l'espace virtuel ? »<sup>67</sup>.

C'est pour cela que la question « où » n'a plus aucun sens, à moins de traiter ce non-endroit comme un endroit à part – l'espace virtuel<sup>68</sup>. Certes, l'on pourrait imaginer de résoudre les problèmes liés à la propriété intellectuelle par exemple au moyen des règles régissant le conflit de lois. Mais cette méthode est basée sur la localisation géographique : « où a eu lieu la contrefaçon » et « où a été subi le dommage ». Ces questions sont pourtant sans pertinence dans un environnement de réseaux. Les ordinateurs ont certes des adresses IP<sup>69</sup>, mais celles-ci ne sont pas liées à une localisation géographique<sup>70</sup>. De même, contrairement à une pollution transfrontalière, dans le réseau des réseaux aucune frontière n'est franchie dans la mesure où cette notion y est inconnue. Dès lors, la question vraiment pertinente est plutôt celle de savoir quelles sont les normes les meilleures pour régir cet espace. Et la réponse est : sa propre loi<sup>71</sup>. Nul ne se retrouve par hasard dans cet espace, car l'on traverse sciemment « la frontière électronique » en se connectant à l'Internet. Et l'on se rend dans un lieu où l'on sait que l'on trouvera ses messages, ses sites, ses interlocuteurs, etc... D'ailleurs, la volonté des États-Unis de faire reconnaître par tous les États membres de l'OMC l'Internet comme une zone de libre-échange<sup>72</sup>, constitue un autre indice renforçant l'affirmation que celui-ci est bien un espace distinct des territoires étatiques.

C'est en cela que consiste la révolution virtuelle. L'État devra affronter un nouveau monde, qui ne rentre guère dans les schémas de pensée bien établis, et devra envisager l'adaptation de son

---

<sup>64</sup> *Cybercrime, Cyberterrorism, Cyberwarfare*, Washington, CSIS, 1998.

<sup>65</sup> En date du 10 décembre 1999.

<sup>66</sup> Universités de Georgetown et de Temple.

<sup>67</sup> Post, « The cyberspace revolution », *Computer Policy & Law Conference*, Cornell University, 1997. Adde : « Governing Cyberspace », *Wayne Law Review*, 1997.34 ; « Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace », *Stanford Law Review*, 1996. 1367 ; « The Case of Virtual Junk Mail », *American Lawyer*, 1996.97 ; pour les autres écrits, voir : [www.cli.org/Dpost..](http://www.cli.org/Dpost..)

<sup>68</sup> Post, « Law and Borders... », *op.cit.*, p. 7.

<sup>69</sup> Voir *supra* n° 13.

<sup>70</sup> Post, « The cyberspace Revolution », *op.cit.*, p. 2.

<sup>71</sup> Post, « Law and Borders ... », *op.cit.*, p. 7.

<sup>72</sup> *Le Monde*, 23 fév. 1998, p. 28.

pouvoir face à l'Internet<sup>73</sup> afin d'être en mesure de maîtriser ce monde virtuel, avec lequel il sera en « connexion » permanente.

---

<sup>73</sup> Post, « The Cyberspace Revolution », *op.cit.*, p.6.

## CHAPITRE 2

### **L'INTERCONNEXITÉ**

#### **DU PREMIER ET DU DEUXIÈME MONDE**

L'avènement de ce nouvel espace social qu'est l'Internet a pour conséquence que le monde tel que nous le connaissons se double aujourd'hui d'un nouveau monde virtuel (Section 1) qui n'existe pas seulement *in vacuo* de manière statique à côté du monde matériel. Au contraire, les deux mondes interagissent l'un sur l'autre (Section 2).

## SECTION 1 LE DÉDOUBLEMENT DU MONDE

31. **La thèse de René-Jean Dupuy.** Dans un de ses ultimes articles, le grand juriste français René-Jean Dupuy tentait de faire le point sur l'état des relations trans-étatiques perturbées par l'intrusion des réseaux informatiques :

« D'une part, nous avons le monde des États, qui est celui du cloisonnement. Les pouvoirs s'y répartissent sur des espaces ajustés. Tenu tout à la fois pour un sanctuaire et un enjeu, le territoire donne à l'État une assise protégée par des frontières, dont l'ensemble couvre la terre du quadrillage des souverainetés. Quant au second monde, il est celui qui est ouvert aux communications et aux échanges. Le cybermonde est entouré d'un écheveau communicationnel. L'humanité s'étale désormais sur un champ magnétique sur lequel un matériel de plus en plus sophistiqué permet à chacun de communiquer avec tous les autres. Déjà, pour les techniques radio-visuelles, la fin de l'espace national est un fait acquis »<sup>74</sup>.

La fin de l'espace national dans certains cas de figure, signifie-t-elle pour autant la fin tout du concept d'« État » comme nous le connaissons depuis quelques trois cent ans ?

32. **La fin de l'État ?** Le monde des réseaux oblige les États à une nouvelle mutation, métamorphosant la «souveraineté westphalienne » en «une souveraineté crépusculaire »<sup>75</sup>. Comme l'a écrit un éminent politologue :

« Nous ne sommes pas en présence de la fin de l'État, mais plutôt en face d'une efficacité réduite d'une gouvernance politique et économique enracinée dans la souveraineté géographique et dans la compétence territoriale<sup>76</sup> mutuellement exclusive. Des questions comme, « Où s'est effectuée la transaction ? », « Où se trouve la source du revenu ? », « Où est situé l'établissement financier ? », et, « Les lois de quel État sont applicables ? » vont perdre tout sens »<sup>77</sup>.

La rapport Sacher va dans le même sens en mettant l'accent sur la mutation nécessaire de nos conceptions en matière de souveraineté et de modes de gouvernement<sup>78</sup>, surtout si l'on remémore que le nouvel ordre rhénan établissait l'État comme seul détenteur du pouvoir, ne connaissant de limite que celle de son territoire physique<sup>79</sup>. D'où la conclusion, encore au début de notre siècle, du Juge Holmes que « toute loi est *prima facie* territoriale<sup>80</sup> ». Pourquoi

---

<sup>74</sup> « Le dédoublement du monde », *op.cit.*, p.314.

<sup>75</sup> « La souveraineté crépusculaire est celle des derniers jours d'un système de gouvernance basé sur des États souverains individuels comme les seuls législateurs » (Wriston, *The Twilight of Sovereignty*, 1992, cité par Post, *The Cyberspace Revolution*, *op.cit.*, p. 9).

<sup>76</sup> Au sens américain de « *jurisdiction* ».

<sup>77</sup> Kobrin, « Electronic cash and the End of National Markets », *Foreign Policy*, 1997.74.

<sup>78</sup> OCDE, *Rapport du groupe d'expert du secteur privé sur le commerce électronique*, 1997.

<sup>79</sup> Slaughter, « Interdisciplinary Approaches to International Economic Law », *American Journal of Int'l Law*, 1995.717, spéc. p. 724. Adde : « International Law in a World of Liberal States », *European Journal of Int'l Law*, 1995.503.

<sup>80</sup> *American Banana Co v. United Fruit Co, Rec. US*, 1909, vol. 213, p.347, spéc. p. 357.

une telle position ? Premièrement, légiférer implique que le législateur détienne le pouvoir sur les personnes et les choses situées physiquement sur son territoire afin de pouvoir y exercer la coercition. En second lieu, le but de la loi est avant tout de réglementer les activités et les situations juridiques localisées sur territoire national. En troisième lieu, les défenseurs de la territorialité soulignent que la loi doit être légitime, c'est-à-dire émaner du peuple au bénéfice du peuple. Et pour finir, elle doit être connue et son changement doit être signalé. Retrouve-t-on ces quatre critères dans l'espace virtuel? La réponse est négative<sup>81</sup>. D'abord aucun gouvernement n'a de réel pouvoir de contrainte sur ce nouvel espace. Ensuite, les activités et les situations ne se trouvent pas la plupart du temps sur le territoire, mais dans l'espace virtuel. En troisième lieu, le constat via un écran d'ordinateur en France d'une infraction en matière de publicité commise au moyen d'un site géré en Uruguay par des Uruguayens visant le marché uruguayen ne permet guère de prétendre à une application légitime de la loi pénale française à l'encontre des responsables de ce site. En dernier lieu, même avec les règles de conflit existantes, il est quasiment impossible de pouvoir prévoir quelle loi s'appliquera concrètement à une situation juridique localisée dans ce nouveau environnement électronique.

S'il ne fallait retenir qu'un seul argument pour démontrer l'impuissance de la souveraineté au sens classique, ce serait l'impossibilité totale de contrôler techniquement l'Internet et ce, contrairement à ce que certains prétendent<sup>82</sup>. Certes, l'État peut employer des outils technologiques tels que des filtres sur le routeur principal<sup>83</sup> ou les passerelles nationales afin d'empêcher l'accès à certains sites. Mais comment éviter qu'une personne s'abonne à un fournisseur étranger contournant ainsi la prohibition mise en place ? L'on objectera, que le coût d'une connexion à l'étranger élimine la plupart des utilisateurs potentiels<sup>84</sup> ; mais cela ne change rien au fait que l'État n'est pas en mesure de réguler les quelques « *happy few* » qui ont les moyens financiers de s'offrir Internet dans de telles conditions. D'ailleurs, la généralisation, dans un futur proche, des liaisons satellitaires ne nous donnera certainement pas tort !

De plus, dans les rares cas où l'État conserve une capacité d'intervention, l'exercice de sa souveraineté ne se fait plus de manière exclusive, mais de manière partagée à l'instar de la Haute mer. Cette analogie s'impose. N'ayant pas la possibilité de se l'approprier, l'État a dû apprendre d'une part, à partager sa « souveraineté » avec les autres États – l'exemple de l'instauration d'une autorité des fonds marins en est une illustration – et, d'autre part, à repenser sa « souveraineté ». Celle-ci n'est plus exclusive, mais désormais « fonctionnelle », à l'image de la zone économique maritime. Il en est de même dans l'Internet. L'État est de plus en plus amené à partager son rôle de législateur, non seulement avec les organisations internationales, mais aussi avec des acteurs privés. C'est ainsi que la nouvelle organisation qui gère les noms de domaines génériques n'a pas pu être organisée par les seuls États-Unis, bien que ceux-ci disposent *de facto* d'un monopole<sup>85</sup>. En effet, ils se sont vus contraints de conclure

---

<sup>81</sup> Mefford, *Lex informatica: Foundations of Law on the Internet*, [www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.html](http://www.law.indiana.edu/glsj/vol5/no1/mefford.html).

<sup>82</sup> Wu, « The Internet and the International System », *Harvard Journal of Law and Technology*, 1997.123.  
Rappelons ici aussi qu'après la seconde guerre mondiale, de nombreux auteurs (Oppenheim, Lauterpacht, Guggenheim) ont voulu faire croire que les États étaient en mesure d'asseoir leur pouvoir sur les ondes radiotélégraphiques et y faire respecter leur souveraineté ...théorie qualifiée d'absurde par Quadri (« Le droit international cosmique », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, T. III, p. 507).

<sup>83</sup> Le « *top level router* » en anglais.

<sup>84</sup> Wu, *ibidem*.

<sup>85</sup> Comme l'origine de l'Internet est américaine, le gouvernement des États-Unis avait confié la gestion des adresses IP et des noms de domaines à un organisme privé – *Internet Assigned Number Authority*

un *Memorandum of Understanding* avec d'une part, les Nations Unies et l'Union Internationale des Télécommunications et, d'autre part, les fournisseurs d'accès, les opérateurs de télécoms, *l'Internet Society*, etc...<sup>86</sup>. De plus, le nouveau directoire international qu'est l'ICANN sera composé d'autres acteurs que ceux représentant les États, notamment les associations de fournisseurs d'accès, les représentants de l'industrie informatique et les délégués élus directement par les internautes membres de l'ICANN. Pourtant, cette « souveraineté commune » démontre que l'État n'est pas absent et qu'il a un rôle à jouer dans l'espace virtuel.

---

(IANA) -, qui, par la force des choses était uniquement composé d'Américains. Cet organisme a par la suite délégué la gestion des noms de domaine à un autre organisme américain – *International Network Information Center* – qui, à son tour a délégué la gestion des noms de domaines des différentes zones géographiques à des organismes régionaux (voir *supra* n° 13).

<sup>86</sup> *C't Magazin*, 13/97, p. 126.

## SECTION 2

### L'INTERCONNEXITE ENTRE LES DEUX MONDES

33. **Les deux côtés du miroir.** L'adjectif « virtuel » indique quelque chose de conceptuel, opposé aux réalités physiques. Ainsi, le reflet que nous apercevons dans un miroir est l'exemple type d'une image virtuelle, car bien qu'il soit une expérience concrète de notre cerveau, l'image n'a aucune manifestation physique. D'ailleurs, ne parle-t-on pas d'une illusion ? Toutefois, la personne qui se regarde dans le miroir ainsi que ce dernier peuvent être localisées. Seul le reflet de cette réalité n'est pas localisable. Il se trouve dans un monde virtuel. L'action qui se passe dans le miroir n'est en fin de compte rien d'autre que le reflet de la réalité<sup>87</sup> - une interconnexion entre deux mondes. Il en est de même pour l'Internet et l'affaire des *Internet Black Tigers* en a été une illustration. Ceux-ci, au moyen du *mailbombing*, ont fait « exploser » le serveur de l'ambassade des Etats-Unis au Sri Lanka<sup>88</sup>. L'acte délictueux s'est entièrement produit dans l'espace virtuel, mais son impact s'est réalisé dans le monde réel<sup>89</sup>. De même, les « grèves virtuelles » d'origine espagnole et allemande (constituant d'une part, pour les internautes à ne pas se connecter pendant vingt-quatre heures et d'autre part, pour les sites à n'afficher que des pages blanches), ont eu un réel impact économique, qui s'est traduit par une baisse des tarifs de connexion<sup>90</sup>. La grève s'est déroulée dans le monde virtuel, mais les effets ont été vécus dans le monde matériel.

34. **Conclusion.** L'analogie avec la Haute mer s'impose. D'un côté, nous avons l'espace virtuel : l'océan numérique. D'autre part, chaque internaute, grâce à son ordinateur, son serveur, a son port d'attache dans un État. Si certaines actions se déroulent entièrement dans le Réseau, d'autres n'y prennent que naissance. Mais leurs conséquences touchent directement les territoires étatiques telle une vague se brisant sur la côte – il y a interprénéation de deux mondes. De même, comme le monde des océans, l'espace virtuel tout en appartenant à tous, n'appartient à personne. Or, l'*espacium liberum* triomphera-t-il de l'*espacium clausum*<sup>91</sup> ? En conséquence, pourrait-il être possible de voir en l'espace virtuel un nouvel espace international, ceci d'autant plus, qu'il est déjà qualifié de « système international » par un tribunal américain<sup>92</sup> et que le Sénat espagnol a reconnu unilatéralement que l'Internet était un « espace sans frontières ni limites, ouvert et universel »<sup>93</sup> ?

Il semble toutefois qu'un tel point de vue n'est pas forcément partagé de manière unanime en

---

<sup>87</sup> Pour un développement de la thématique du miroir par rapport à l'espace virtuel: Rowland, « Cyberspace: A world apart ? », Dublin, 13<sup>th</sup> Annual BILETA Conference, Trinity College, 1998.

<sup>88</sup> *Onlinewelt*, Newsflash 20/98, [www.onlinewelt.de](http://www.onlinewelt.de).

<sup>89</sup> Pour une énumération plus complète du cyberterrorisme et la possibilité d'une troisième guerre mondiale virtuelle, on se référera utilement aux avant-propos du Juge Webster sur l'étude du CSIS, *op.cit.*, et à la déclaration présidentielle de W. Clinton en date du 22 janvier 1999 ([www.epig.org/security/infowar/clinton-infowar-199.html](http://www.epig.org/security/infowar/clinton-infowar-199.html)).

<sup>90</sup> « Germans Plan Internet Strike », *Wired News*, 1 oct. 1998, [www.wired.com](http://www.wired.com).

<sup>91</sup> Voir la controverse entre Grotius et Selden au sujet de la Haute mer *in* : Quoc Dinh & Daillier & Pellet, *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1994, n° 694.

<sup>92</sup> *ACLU v. Reno*, US District of Pennsylvania, 1 fév. 1999, [www.aclu.org/court/acluvrenoII\\_pi\\_order.html](http://www.aclu.org/court/acluvrenoII_pi_order.html).

<sup>93</sup> Déclaration en date du 10 décembre 1999.

doctrine. En effet, certains auteurs combattent avec véhémence l'idée d'un Internet – espace<sup>94</sup>. Pourtant, force est de constater qu'ils n'apportent aucune démonstration à leur affirmation qu'ils veulent péremptoire, car en réalité il ne s'agit pas pour eux d'entreprendre une démonstration juridique, mais de bâtir une forteresse purement idéologique. En effet, ils partent du principe qu'un espace international doit nécessairement être un lieu de non-droit, idée qu'ils rejettent d'office<sup>95</sup>. Or, c'est confondre d'une part, le statut juridique de l'Internet et, d'autre part, les conséquences qui en découlent. Et pour autant que l'on sache, ce n'est pas parce qu'un espace est international qu'il doit être nécessairement un lieu de non-droit. Pour notre part, nous essaierons d'éviter un tel amalgame. Ayant démontré que l'Internet était bien un espace, nous essaierons à présent de déterminer son statut en droit.

---

<sup>94</sup> Kronke, « Applicable Law in Torts and Contracts in Cyberspace », *Which Court Decides ? Which Law Applies ?*, sous la dir. de C. Kessedjian et K. Boele-Woelki, La Haye, Kluwer, 1999, p. 65 ; Kaufmann-Kohler, « Internet : mondialisation de la communication – mondialisation de la résolution des litiges ? », *Which Court Decides ...*, *op.cit.*, p. 89. Ce dernier auteur affirme d'abord, en se référant implicitement à nos travaux publiés en Allemagne (Graham, « Der virtueller Raum – sein völkerrechtlicher Status », *JurPC*, 1999, [www.jurpc.de/aufsatz/19990035.htm](http://www.jurpc.de/aufsatz/19990035.htm)), en une seule phrase : « Tout d'abord, il ne s'agit pas d'un espace, d'un lieu ou de lieux, mais d'un moyen de communication » (p.90, *in fine*). Quant à la note de bas de page adjointe à la phrase, elle se contente de préciser que « le régime juridique de la haute mer et l'espace extra-atmosphérique ne nous semblent pas appropriés » (note 3) sans pour autant nous dire le pourquoi d'un tel point de vue.

<sup>95</sup> Kronke, *op.cit.*, p. 66 ; Kaufmann-Kohler, *op.cit.*, p. 91.

## TITRE II

### L'INTERNET EST UN NOUVEL ESPACE INTERNATIONAL<sup>96</sup>

*En citant les Anciens,  
j'ai souvent allégué les propres paroles des Auteurs,  
lors qu'elles me paroissoient avoir une force ou une grace singulière  
Grotius, Le Droit de la guerre et de la paix,  
Discours préliminaire*

Dans la mesure où nous nous situons dans le courant doctrinal qui considère que le droit international est inconditionnellement supérieur au droit national<sup>97</sup>, malgré un développement jurisprudentiel français en sens contraire<sup>98</sup>, il nous semble qu'il appartient à ce dernier de déterminer le statut des espaces. En effet, comme l'on l'a pu écrire :

« Indépendamment de la question de savoir si le droit dérive ou non d'une problématique nature des choses, notamment par le biais des « droits inhérents », il est certain qu'aucun fait ne peut acquérir par lui-même la moindre qualité juridique sans sa saisie par le droit. Le droit international est donc créateur d'espaces qui sont, à des degrés de démiurgie divers, plus ou moins abstraits par rapport à la nature. Le droit vit de fictions et ses espaces sont des catégories juridiques, elles-mêmes génératrices de fictions spatiales »<sup>99</sup>.

L'espace au sens juridique n'est donc qu'une fiction et ne doit pas forcément se confondre avec la nature. C'est pourquoi, il est difficile de suivre M Rojinsky quand celui-ci entend dénier le caractère d'espace à l'Internet en argumentant que la Haute mer par exemple est un « objet naturel » mais que le Réseau n'est qu'un « artefact »<sup>100</sup>. De plus, son argumentation

---

<sup>96</sup> **Les ouvrages suivants seront cités par leur seul nom d'auteur :** Combacau & Sur, *Droit international public*, 4<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1999 ; Daillier & Pellet, *Droit international public*, 6<sup>e</sup> éd., LGDJ, 1999 ; Dupuy (P-M), *Droit international public*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2000 ; Reuter, *Droit international public*, 7<sup>e</sup> éd., Thémis, 1993.

<sup>97</sup> Ceci non en tant qu'objectiviste à l'instar de l'école de Vienne (Verdross) ou de l'école sociologique (Scelle), mais en tant que volontariste. Il n'y a là aucune contradiction dans la mesure où nous considérons que le droit international s'impose objectivement, justement parce que les États l'ont « voulu », comme en témoigne les différentes constitutions nationales. Dans une perspective internationaliste, la solution s'impose suite au *dictum* de la Cour internationale : « Le principe fondamental en droit international est la prééminence de ce droit sur le droit interne » (26 avr. 1988, *Avis sur l'accord de siège de 1947, Rec.*, p. 34).

<sup>98</sup> En effet, depuis l'apparition de la théorie de la « constitution-écran » (Libchaber & Molfessis, « La hiérarchie des normes ressuscitée par le Conseil d'État », *R.T.D. Civ.*, 1999.232), aussi bien le Conseil d'Etat (A.P., 30 oct. 1998, *Sarran, A.J.D.A.*, 1998.1039 ; *D.*, 2000.152, note Aubin) que la Cour de cassation (A.P., 2 juin 2000, *Fraisse, D.*, *I.R.*, 2000. 180, *R.T.D.civ.*, 2000.672, obs. Libchaber) ont clairement opté pour une « position parfaitement dualiste » (Combacau & Sur, p. 196). Cela n'empêche pas que d'une part, il est tout à fait concevable d'avoir une lecture moniste de la Constitution française (Dupuy, n° 435) et, que d'autre part, une lecture restrictive de ce texte expose la France, au moins potentiellement, à l'engagement de sa responsabilité internationale pour non respect dans son ordre interne d'engagements internationaux auxquelles elle demeure tenue dans l'ordre international (*ibid.*).

<sup>99</sup> Alland, « La représentation de l'espace en droit international public », *Archives de philosophie du droit*, 1987.163, p. 171.

<sup>100</sup> « Cyberspace et nouvelles régulations technologiques », *D. aff.*, 2001.844., n° 3 *in fine*.

heurte le droit positif, puisque l'éther est bien considéré comme un espace, même s'il s'agit d'un objet non naturel<sup>101</sup>.

La réglementation spatiale du droit international a donc pour objectif d'attribuer des « espaces » à des entités souveraines que sont les États. Ce partage a pour conséquence que chaque État se voit conférer un pouvoir exclusif, la souveraineté, sur sa part attribuée – le territoire au sens juridique. Corollairement, les territoires (juridiques) déterminent les sphères de validité des compétences de chaque État. Le même raisonnement s'applique à l'Internet. Puisque les espaces se définissent donc par les compétences que les États se sont vus reconnaître, il faudra vérifier si ceux-ci sont en mesure d'exercer leur pouvoir dans l'espace virtuel. Si tel n'est pas le cas, nous ne serons pas en présence d'un espace étatique (Chapitre 1). Dès lors, pourra-t-il s'agir d'un espace international (Chapitre 2) ?

---

<sup>101</sup> Verdross & Simma, *Universelles Völkerrecht*, 3<sup>e</sup> éd., Berlin, Duncker & Humboldt, 1984, n° 1051.

## CHAPITRE 1

### **L'INTERNET N'EST PAS UN ESPACE NATIONAL**

Dans un premier temps, il faudra vérifier l'hypothèse, soutenue surtout par des auteurs américains, que l'Internet n'est ni plus ni moins qu'une entité souveraine, formant en quelque sorte son propre espace national (Section 1). S'il s'avère que cela soit inexacte, nous devons vérifier dans un deuxième temps, si l'Internet peut être divisé en parties, qui constitueraient un prolongement naturel de l'espace étatique (Section 2).

SECTION 1  
L'INTERNET EST-IL UN ESPACE SOUVERAIN ?

35. **Hypothèse d'une entité souveraine non étatique.** Une partie de la doctrine américaine soutient que les États n'ont aucun titre de compétence à intervenir sur le Réseau, et que par conséquent celui-ci est « souverain »<sup>102</sup>. Qu'en est-il ? De prime abord, le droit international ne connaît qu'une seule entité « souveraine » : l'État. Cela voudrait-il dire que l'Internet est un État tel que l'entend le droit international ? La réponse est indubitablement négative<sup>103</sup> ! Selon la définition classique pour constituer un État, il faut un territoire, une population et un gouvernement<sup>104</sup>. L'Internet n'a ni territoire, ni une population identifiée<sup>105</sup>, ni un gouvernement. Certes, le droit international connaît aussi des « entités souveraines » comme le Saint-Siège<sup>106</sup> et l'ordre de Malte<sup>107</sup>, qui sans être de véritables États jouissent d'un statut comparable. L'Internet est-il assimilable à de tels entités ? Nous ne le pensons pas. D'une part, le statut de ces entités s'explique par des considérations historiques, puisqu'au départ, ils avaient des territoires comme assise spatiale, et, d'autre part, à la différence de ce qui se passe dans l'espace virtuel, ils ont une population identifiée et gouvernée par un gouvernement stable et reconnu, leur permettant d'affirmer leur indépendance qui est l'autre face de la

---

<sup>102</sup> Voir p.ex. : Hardy, « The proper Legal Regime for Cyberspace », *University of Pittsburgh Law Review*, 1994.993 ; Reidenberg, « Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace », *Borders in Cyberspace*, New-York, MIT Press, 1996, p. V.

<sup>103</sup> Mais cela n'exclut pas l'existence d'États virtuels à l'instar du *Lizbekistan* dont le territoire est constitué d'un serveur et qui a sa population et son gouvernement (site défunt, qui a pu être consulté sous l'adresse [www.lizbekistan.com](http://www.lizbekistan.com) - *Le Monde*, 4 mars 1999, p. 34).

<sup>104</sup> L'origine de la théorie des trois éléments remonte à l'enseignement de Jellinek (*Allgemeine Staatslehre*, 3<sup>e</sup> éd., 1914, p. 396) et repris par la *Convention de Montévidéo sur les droits et les obligations des États* (art. 1) du 26 décembre 1933.

<sup>105</sup> D'ailleurs, la Cour internationale a rejeté toute idée d'un État « nomade » dans son avis sur le *Sahara occidentale* (16 oct. 1975, in : *Summaries of the ICJ*, New-York, United Nations, 1995, n° 61). Toutefois, Malcolm Shaw va jusqu'à considérer la possibilité pour un peuple d'acquiescer à lui seul sa souveraineté (*International Law*, 4<sup>e</sup> éd, Londres, Cambridge University Press, 1997, p. 337).

<sup>106</sup> Le Saint-Siège ne se confond pas avec l'État du Vatican. C'est ainsi que ce dernier est membre de l'Union postale internationale, pendant que le premier participe aux travaux de l'Agence internationale de l'énergie atomique en tant que représentant religieux (Seidl-Hohenveldern & Stein, *Völkerrecht*, 10<sup>e</sup> éd., Cologne, Heymanns, 2000, n° 773).

<sup>107</sup> Cassazione, 13 mars 1935, *Nanni e Pace c. Sovrano Militare Ordine di Malta*, *Rivista di diritto internazionale*, 1935. 370 : « Malgré la perte de son territoire, l'ordre a maintenu sa souveraineté au moins dans ses aspects formels et dans les rapports avec notre État » ; Cass, 14 juil.1953, *Ordine di Malta c. Soc. An. Commerciale*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und VR*, 1956. 516 ; Tribunale di Roma, 3 nov. 1954, *Sovrano Militare Ordine di Malta c. Caccese*, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und VR*, 1956. 517, où le gouvernement de l'ordre est désigné comme un gouvernement en exil ; l'ordre est un sujet de Droit international : Tribunale di Roma, 27 avr. 1957, *Icarfo c. Sovrano Militare Ordine di Malta* ; Corte d'appello di Roma, 23 janv. 1978, *Piccoli*, *Rivista di diritto internazionale*, 1979.155 : un jugement émanant d'un tribunal de l'ordre est soumis aux mêmes conditions d'accueil qu'un jugement étranger ; Cass., 5/11/1991, *Rivista di diritto internazionale*, 1992.176) : étant un sujet de droit international, l'Ordre n'est pas soumis aux dispositions fiscales italiennes. Toutefois, on peut constater qu'en matière sociale (litiges relatifs aux contrats de travail conclus par l'Ordre), une nouvelle tendance se fait jour ayant pour but d'établir la compétence des tribunaux italiens (p.ex. Cass., 18/2/1989, *Il Foro italiano*, 1989.I.667), sans pour autant pouvoir convaincre la doctrine du bien-fondé de ses divers argumentaires (Conforti, *Diritto internazionale*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Editoriale Scientifica, 1999, p. 30)

souveraineté<sup>108</sup>. Mais, sans pour autant être un État ou bien encore une entité souveraine, l'Internet n'aurait-il pas généré un nouveau concept de la souveraineté ?

36. **Le concept de la souveraineté par l'utilisateur.** Une première théorie défend l'idée d'un Internet souverain en partant du principe que dans le Réseau, tout serait contrat<sup>109</sup>. En effet, le simple fait de visiter une page d'un site est pour les tenants de cette thèse déjà l'objet d'un contrat puisqu'au départ il y aurait un accord entre les deux parties : le responsable du site permettrait de visiter ses pages ; l'internaute accepterait de les visiter. Mais au-delà du fait que tout serait contractuel, cette doctrine considère surtout que tous ces contrats sont, comme nous le verrons ultérieurement<sup>110</sup>, des systèmes juridiques auto-suffisants ayant leur propre mode de sanction. Ainsi, en cas de non-respect du contrat, l'utilisateur pourrait se faire justice lui-même notamment à travers le *flaming*<sup>111</sup>. Mais cette vision est erronée. D'abord, il est permis de douter que le simple fait de visiter un site est générateur d'un accord de volonté<sup>112</sup>. Mais surtout, l'utilisateur n'a aucun moyen de se faire justice lui-même. S'il veut par exemple être remboursé, il doit saisir la justice étatique ! De plus, le « *flaming* » ne fonctionne pas lorsqu'il est pratiqué par une seule personne<sup>113</sup>. Il ne peut être une arme que pour ceux qui forment une communauté comme celles existant dans l'Usenet. Grâce à leur nombre et leur solidarité, ils peuvent effectivement entreprendre des actes de justice isolés<sup>114</sup>. Pourtant cela ne suffit guère à proclamer l'utilisateur, en tant que tel, « souverain » de l'Internet.
37. **Le concept du Réseau souverain.** La seconde thèse est celle de la « souveraineté du réseau »<sup>115</sup>. Non seulement cette vision des choses n'est pas uniforme chez les auteurs<sup>116</sup>, mais en plus, elle est inconsistante. Pour résumer, il s'agirait à nouveau d'une souveraineté basée sur le contrat. Mais à la différence du premier concept, ce modèle contractuel serait construit non sur l'utilisateur mais sur les fournisseurs d'accès, qui agiraient en quelque sorte comme législateurs, du fait qu'ils intègrent dans leurs contrats avec les utilisateurs des dispositions sur la netiquette. A nouveau, il faut souligner l'incohérence du raisonnement, les fournisseurs d'accès étant les premiers à prévoir des clauses de juridiction et de loi applicable à leurs contrats ! Or, la souveraineté signifie l'indépendance – cela ne semble guère être le cas des fournisseurs d'accès, qui sont bien heureux de trouver un juge étatique pour régler leurs litiges. De surcroît, en admettant *de lege ferenda* une éventuelle souveraineté de l'Internet, quel serait le poids d'un législateur qui dans les faits n'a aucun pouvoir ? En effet, prenons l'exemple d'une personne qui met en ligne, grâce son fournisseur d'accès, un site pornographique. Ce dernier, jugeant

---

<sup>108</sup> C.J.P.I., avis, 26 août 1930, *Ville libre de Danzig, Rec.*, série B, n° 18, p.15 ; Sentence *Iles de Palmes*, *infra* n° 38.

<sup>109</sup> Voir p.ex. Hardy, *op.cit.*

<sup>110</sup> *Infra* n° 155 et 156.

<sup>111</sup> Le « *flaming* » consiste à envoyer un grand nombre de messages à l'adresse d'une personne pour stigmatiser son mauvais comportement.

<sup>112</sup> C'est ainsi qu'il a été rappelé dans l'affaire *Ticketmaster*, pour qu'il ait contrat, il faut d'abord un consentement explicite. Le fait de surfer sur un site n'équivaut pas à un consentement d'être lié par un contrat d'« utilisation » (*Ticketmaster Corp. v. Tickets.com, Inc.*, (C.D. Cal., 2000)). *Contra* : *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.* (S.D.N.Y., 2000) - Le fait de se servir d'un moteur de recherche, après avoir dû passer par une page Web où figurait un « contrat d'utilisation » équivaut à l'expression d'un consentement à être lié par les termes de l'accord, même si l'utilisateur n'a pas cliqué sur une icône « j'accepte ».

<sup>113</sup> Même si la dite personne s'employait à envoyer des milliers de messages par jour, il suffirait au destinataire d'employer un filtre pour que le problème soit résolu de son côté.

<sup>114</sup> *Infra* n° 41.

<sup>115</sup> L'article le plus représentatif est celui de J. Reidenberg, *op.cit.*

<sup>116</sup> Pour un aperçu : Vivant, « Internet et modes de régulation », *op.cit.*, p. 215.

que cela contrevient à la « loi de l'Internet » lui coupe son accès. Qu'à cela ne tienne : notre pornographe n'aura qu'à changer de fournisseur. Bel exemple d'impuissance ! A cela s'ajoute le fait que techniquement, l'on n'a même pas besoin de fournisseurs d'accès, à condition d'avoir des ressources financières importantes. L'acquisition de lignes allouées et la mise en place d'un propre réseau transnational se chiffre facilement à plusieurs dizaines de millions de francs, mais un tel investissement peut s'avérer tout à fait rentable dans un domaine comme la pornographie où les bénéfices dépassent souvent les centaines de millions de francs.

L'utilisateur comme le réseau n'étant pas souverains, il faut en conclure que ce sont les États qui y exercent légitimement leur compétence. Cela est d'ailleurs confirmé par les faits, eu égard aux nombreuses législations qui se mettent en place. L'Internet est-il pour autant un espace étatique ?

## SECTION 2

### L'INTERNET N'EST PAS UN ESPACE ÉTATIQUE

L'espace étatique se caractérise par le fait que l'État peut y exercer ses prérogatives parce qu'il est le titulaire de la souveraineté territoriale ou parce qu'il est autorisé à y exercer des compétences territoriales. Il convient donc de vérifier ces deux hypothèses. S'il s'avère qu'il est impossible pour un État d'exercer une souveraineté dans l'espace virtuel (§1) et qu'il ne peut pas non plus y exercer des compétences territoriales (§2), nous aurons démontré que l'Internet n'est pas un espace étatique.

#### §1- L'IMPOSSIBLE SOUVERAINETÉ

La souveraineté peut être appréhendée en terme de territorialité dans le sens où le territoire est l'assise spatiale de la souveraineté (A). Mais l'on peut aussi détacher la notion de souveraineté de toute localisation spatiale et la justifier par rapport à des activités données. En somme, il s'agirait d'une souveraineté fonctionnelle (B).

##### A - La souveraineté territoriale

**38. Le territoire : condition *sine qua non*.** Selon la doctrine classique, seule la souveraineté territoriale permet à un État d'avoir une compétence d'exécution exclusive sur le territoire qui est le sien. De même, elle lui permet d'avoir une compétence exclusive ou concurrente sur les sujets internes que leur rattachement spatial suffit à fonder. A suivre le raisonnement tenu par Max Huber dans sa sentence *Îles de Palmes*<sup>117</sup>, pour pouvoir exercer cette souveraineté, il faut donc d'abord un territoire:

« Il paraît en résulter que pour qu'une partie de la terre soit reconnue comme rentrant dans un État déterminé, la condition juridique nécessaire est que ce territoire se trouve soumis à la souveraineté de l'État. L'on appellera, dans la présente sentence, « souveraineté territoriale » la souveraineté envisagée dans ses rapports avec le territoire.

La souveraineté, dans les relations entre États, signifie l'indépendance. L'indépendance, relativement à une partie du globe est le droit d'y exercer à l'exclusion de tout autre État, les fonctions étatiques.

[La] souveraineté territoriale appartient toujours à un seul État, ou dans des circonstances exceptionnelles à plusieurs États, à l'exception de tout autre.

Le fait que les fonctions étatiques peuvent être exercées par un État quelconque dans une zone donnée est précisément le trait caractéristique de la situation juridique de ces parties du globe qui, comme la Haute mer ou les territoires sans maître, ne peuvent pas – ou pas encore – former le territoire d'un État.

[Si] un différend s'élève en ce qui concerne la souveraineté sur une partie de territoire, il est d'usage d'examiner lequel des États réclamant la souveraineté possède un titre... il faut aussi démontrer que la souveraineté territoriale a continué à exister... Cette démonstration consiste dans l'exercice réel des activités étatiques, tel qu'il appartient à la seule souveraineté étatique.

[La pratique], aussi bien que la doctrine, reconnaissent – quoique sous des formules juridiques différentes et avec certaines divergences touchant les conditions requises – que l'exercice continu et pacifique de la souveraineté territoriale vaut titre.

[La souveraineté territoriale] a pour corollaire un devoir : l'obligation de protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à

---

<sup>117</sup> 4 avril 1928, R.S.A., vol. II, p. 281

l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre, ainsi que les droits que chaque État peut réclamer pour ses nationaux en territoire étranger.

[Bien] que le droit interne, grâce à son système judiciaire perfectionné, soit en mesure de reconnaître des droits de propriété abstraits existant indépendamment de leur exercice matériel, il n'en a pas moins limité l'effet de ces droits par les principes de la prescription et de la protection de la possession. L'on ne peut présumer que le droit international, dont la structure n'est pas basée sur une organisation super-étatique, réduise un droit tel que la souveraineté territoriale à la catégorie d'un droit abstrait, dépourvue de manifestations ».

Ainsi, selon Huber, un État ne peut proclamer une quelconque souveraineté sur l'Internet s'il s'agit « d'un droit abstrait, dépourvue de manifestations ». En conséquence, il faut qu'un État démontre des activités dans l'espace virtuel et plus précisément des activités qui lui sont réservées à l'exclusion de tout autre État. Si l'on considère maintenant l'espace virtuel dans son ensemble, un État peut proclamer sa souveraineté sur celui-ci à condition d'avoir un titre valide (acquisition, occupation ou cession) et, prouver qu'il est seul à y exercer des activités étatiques. A défaut de titre, il faudra démontrer l'exercice pacifique et continu de la souveraineté territoriale.

39. **Un seul Souverain pour l'Internet ?** Ni l'appropriation, ni l'occupation, ni la cession ne sont envisageables pour l'Internet. Il ne reste donc à l'État que la possibilité d'avoir exercé ses prérogatives afin de pouvoir justifier d'un titre. Pourtant que faut-il entendre par « exercice des fonctions étatiques » ? Dans son avis sur le *Sahara occidental*, la Cour internationale de La Haye précise qu'il s'agit d'actes qui démontrent l'intention et la volonté de l'État d'agir en tant que souverain et l'exercice actuel d'une telle autorité<sup>118</sup>. Plus concrètement, il s'agit de prendre en compte les actes relatifs à l'exercice d'une juridiction<sup>119</sup>, d'une administration, d'une législation<sup>120</sup> et, surtout, d'une organisation capable de faire respecter la dite législation<sup>121</sup>.

Certes dans un réflexe hâtif, l'on pourrait penser aux États-Unis qui ont longtemps eu une « autorité » sur les activités de l'Internet, que ce soit pour les noms de domaine ou les normes techniques. Mais il ne s'agit pas d'« activités étatiques », puisque celles-ci provenaient toutes d'organismes privées. D'ailleurs, les États-Unis n'ont jamais manifesté un quelconque désir d'agir en tant que souverain du réseau, le qualifiant même de « réseau international »<sup>122</sup>. Quant aux lois votées par les États-Unis, activité que l'on peut réellement qualifier d'étatique, nul n'a jamais soutenu qu'elles étaient destinées à régir l'Internet. Certes, il s'agit de réglementer des activités menées par le biais de l'Internet, mais seules sont visées celles dont les conséquences se produisent sur le « territoire » des États-Unis. A cela s'ajoute, toujours selon le *dictum* de la sentence de Huber, que l'activité étatique doit être menée « de manière exclusive ». Cela n'est guère le cas pour l'activité législative prenant en compte l'Internet, puisque la majorité des États légifèrent par rapport à lui. N'est-il pas alors possible que chaque État puisse prétendre à une souveraineté territoriale pour différents secteurs de l'Internet en raison de l'exercice continu de ses prérogatives ?

---

<sup>118</sup> Avis du 16 oct. 1975, in : Harris, *Cases and Materials on International Law*, 5<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1998, p. 207.

<sup>119</sup> Au sens de l'exercice de la justice.

<sup>120</sup> C.I.J., 17 nov. 1953, *Minquiers et Ecrehos*, in : Harris, *op.cit.*, p. 204.

<sup>121</sup> Sentence du Roi Victor Emmanuel III d'Italie, *Ile Clipperton*, 28 janvier 1931, in : Harris, *op.cit.*, p. 200, spéc. p. 202.

<sup>122</sup> Sec. 230 (e)(1) du titre V (CDA) de la loi du 8 fév. 1996 sur les télécommunications in : Falque-Pierreton, *Internet : Enjeux juridiques*, *op.cit.*, p. 104.

40. **Plusieurs Souverains pour l'Internet ?** L'hypothèse serait d'admettre la possibilité de diviser l'espace virtuel en zones nationales, chacune d'entre-elles faisant partie du territoire national. Mais comment réaliser cette hypothèse ? Techniquement, l'Internet est un réseau ouvert qui se sert certes des bandes passantes et des ordinateurs situés sur des territoires nationaux, mais il n'est pas pour autant possible d'en localiser une quelconque partie sur un territoire. L'analogie avec les ondes électro-magnétiques s'impose – encore qu'en ce qui concerne ce dernier exemple, il est assez aisé de localiser les émetteurs et les récepteurs<sup>123</sup>. Par contre, ni les serveurs, ni les internautes n'ont besoin d'être « stabilisés » dans l'espace pour franchir la « frontière électronique » !

Pour parfaire la démonstration de l'impossibilité d'une quelconque souveraineté territoriale, il convient d'opérer par fiction. En l'absence d'un titre préalable, il faut admettre que la France par exemple obtient un titre pour « l'exercice continu et pacifique de la souveraineté territoriale » et qu'elle peut dès lors « contrôler » la « partie française de l'Internet ». Celle-ci pourrait, par exemple, se composer de tous les serveurs situés en France et de tous les sites Web ayant un nom de domaine français <.fr><sup>124</sup>. L'État français pourrait-il prétendre exercer de manière exclusive la souveraineté ? La réponse est négative. Notre preuve sera double. D'une part, s'il existait une souveraineté française sur une partie de l'Internet, aucun autre État ne se permettrait d'y faire des actes d'exécutions<sup>125</sup>. D'autre part, l'État français aurait le monopole de la justice.

41. **L'impossible souveraineté territoriale des États.** En premier lieu, évoquons l'exemple des militaires américains du Pentagone qui envoient à chaque tentative illicite de pénétration du réseau du ministère de la Défense des *applets*<sup>126</sup> hostiles ou l'on recourt à d'autres techniques comme le *Nuken*<sup>127</sup> pour fermer les navigateurs des pirates. Ceci est évidemment réalisé sans distinguer l'origine de l'ordinateur<sup>128</sup>. Il pourrait s'agir par exemple d'un ordinateur et d'un utilisateur tombant sous notre hypothétique souveraineté territoriale française. Or ni les militaires, ni le Département d'État n'ont le sentiment de faire un acte à l' « étranger ». De

---

<sup>123</sup> De même, pour la retransmission télévisuelle par satellite, il est aisé, à défaut de localiser le satellite-émetteur, d'identifier le lieu de réception.

<sup>124</sup> Pour une construction de la compétence juridictionnelle sur un tel raisonnement, voir : LG Düsseldorf, "*epson.de*", 4 avr. 1997, 34 O 191/96.

<sup>125</sup> Certes, on a déjà vu des actes d'exécution sur le territoire d'un autre État (que l'on ne pense qu'à l'affaire américaine *Alvarez Machain* relatif à l'enlèvement d'un citoyen mexicain sur le territoire mexicain par des agents de la lutte anti-drogues américaine (DEA)), mais à chaque fois les États ont pris le plus grand soin de justifier au moins *a posteriori* leur action en invoquant des arguments juridiques, même si cela n'a pas toujours été de manière convaincante.

Mais pour les actes d'exécution dans l'Internet, aucun État n'a jamais songé à recourir à un quelconque argumentaire juridique dans la mesure où il semble inconcevable pour la communauté des États que l'Internet est divisible en « parties souveraines ». Cette situation n'est pas sans rappeler celle de l'espace extra-atmosphérique dans les années cinquante, puisqu'un auteur, pour dénier la souveraineté des États sur l'espace, avait noté l'absence de protestation des États lors du survol des engins cosmiques étrangers au-dessus de leur « territoire » (Probst, *Rechtliche Probleme etc...*, cité par Quadri, « Le droit international cosmique », *Rec. Acad. La Haye*, 1959, V. III, p. 507, spéc. p. 554 note 50).

<sup>126</sup> L'*applet* est un mini-programme qui se transfère du serveur vers l'ordinateur de l'utilisateur au moment de la connexion et qui s'installe ensuite sur son disque dur où il peut effectuer différentes tâches comme par exemple faire un profil à l'instar des cookies ou encore effacer un disque dur.

<sup>127</sup> Le *Nuken* consiste à envoyer des paquets IP spéciaux afin de provoquer un *bug* dans le *Ipstack*, provoquant ainsi un « *blue screen* », c'est-à-dire un écran noir.

<sup>128</sup> Message de la liste de diffusion *Cyberia* : Donelan, « How far can the military go in peace time », 14 oct. 1998, [cyberia-l@listserv.aol.com](mailto:cyberia-l@listserv.aol.com) ; Schwartau, *Cyber-vigilantes hunt down hackers*, [www.cnn.com/TECH/computing/9901/12/cybervigilantes.idg](http://www.cnn.com/TECH/computing/9901/12/cybervigilantes.idg).

même, l'on peut supposer que l'État français n'aurait pas pour idée de protester en arguant une quelconque violation de son territoire.

En second lieu, la France ne peut prétendre à l'exercice du monopole de la Justice sur une partie de l'Internet. Il en est ainsi pour les noms de domaine par exemple. Les tribunaux français ont pris pour habitude d'articuler ceux-ci avec le droit des marques. La jurisprudence récente considère, en règle générale, qu'un nom de domaine est susceptible de porter par lui-même atteinte au droit des marques, c'est-à-dire que le seul fait pour une personne de se faire attribuer un nom de domaine correspondant à une marque dont elle n'est pas propriétaire l'expose à une action en contrefaçon de la part du titulaire. Sur le plan international nous avons d'autre part, la procédure dite administrative de l'OMPI. Dans l'hypothèse d'une revendication par une société française «xy» du nom de domaine générique <xy.com> déjà attribué à une société australienne «yy», la société française «xy» peut obtenir gain de cause devant le juge français parce que celui-ci considère qu'il y a contrefaçon. Mais cette décision française est sans effet, si la société australienne se voit confirmer l'attribution du nom de domaine litigieux durant la procédure d'arbitrage de l'OMPI. En effet, les décisions prises sont immédiatement exécutées par les quelques 80 registres<sup>129</sup> de l'Internet<sup>130</sup>, qui dans notre cas, continueront à maintenir la concordance du nom de domaine <xy.com> avec le serveur de la société australienne. D'ailleurs, l'incapacité de la France à régler ce problème seule a été soulignée dans le rapport du Conseil d'État<sup>131</sup>.

Le corollaire du monopole judiciaire de l'État est que nul n'a le droit de se faire soi-même justice. Pourtant ce principe n'est guère applicable à l'espace virtuel où l'État français n'a aucun moyen technique d'empêcher la justice privée à l'instar de l'*Usenet Death Penalty (UDP)*. La communauté virtuelle a mis sur pied son propre règlement judiciaire pour les cas où la netiquette est enfreinte. Il en va ainsi, lorsqu'une personne par exemple utilise l'Usenet pour transmettre des messages publicitaires. Une fois que le comportement prohibé a été stigmatisé, les internautes le « condamnent » à une « peine de mort » qui consiste soit à saturer un serveur soit à bloquer la bande passante<sup>132</sup>. Dans l'affaire *Canter & Siegel*<sup>133</sup>, les internautes ont envoyé des milliers de messages « bidons »<sup>134</sup> en même temps, ce qui a conduit à une saturation du serveur qui se trouvait dès lors dans l'incapacité de continuer à fonctionner correctement. Dans l'affaire *Netcom*, l'on reprochait au fournisseur d'accès du même nom de ne pas filtrer de manière régulière le *spam*<sup>135</sup>. En conséquence, la « condamnation à mort » consistait à bloquer la bande passante ce qui a conduit à une interruption des activités de ce fournisseur. Dans les deux cas, il s'agissait d'actes de justice privée - sans pour autant en

---

<sup>129</sup> Les registres gèrent les *Domain Name Servers (DNS)*, qui sont d'énormes bases de données qui font la concordance entre les noms physiques et les noms logiques.

<sup>130</sup> En application de l'article 64 du règlement d'arbitrage de l'OMPI, qui prévoit de plus, que la partie perdante n'a aucun droit de recours devant les tribunaux étatiques, sauf si une telle renonciation est prohibée par la loi du tribunal saisi.

<sup>131</sup> Ainsi, il préconise que la régulation des noms de domaine soit confiée à un organisme international, type OMPI, qui disposerait ainsi « d'une sorte de « mandat » international » (*Internet et les réseaux numériques*, La documentation française, 1998, p. 117). De même, dans la *Communication de la Commission au Conseil*, en date du 20 février 1998, la Commission européenne plaide pour un « cadre international » (voir déjà : COM (98)50 final du 4 fév. 1998).

<sup>132</sup> Il s'agit de la ligne téléphonique (ou du câble ou encore de la liaison par satellite) par laquelle l'information circule.

<sup>133</sup> *Supra* n° 28.

<sup>134</sup> Terme français pour « *junkmail* ».

<sup>135</sup> Il s'agit de messages publicitaires non sollicités et envoyés en grandes quantités, au point de submerger les autres messages.

conclure qu'il faille consacrer la doctrine de l' « usager souverain »<sup>136</sup> - avec des conséquences financières graves<sup>137</sup>.

En dernier lieu, rappelons que selon la sentence *Îles de Palmes* pour prétendre à une souveraineté territoriale, il faut que l'État soit en mesure de « protéger à l'intérieur du territoire, les droits des autres États, en particulier leur droit à l'intégrité et à l'inviolabilité en temps de paix et en temps de guerre ». Admettons que sur un site <xxx.fr>, une personne mène une campagne de diffamation contre le Président américain, l'État français serait-il en mesure de faire cesser celle-ci ? Déjà, il devrait pouvoir localiser la machine hôte du site pour le détruire ; or, celle-ci peut se trouver à l'étranger. Ensuite, il devrait pouvoir empêcher la création de sites-miroirs<sup>138</sup>, ce qui est à nouveau impossible puisque ceux-ci peuvent se trouver dans n'importe quel autre pays.

Certains rétorqueront que ce n'est pas parce qu'un État a du mal à contrôler certaines parties de son territoire, que pour autant il ne peut invoquer sa souveraineté territoriale ; que l'on songe par exemple en France au problème corse. Pourtant, il existe une différence notable entre cet exemple et l'espace virtuel. En Corse, l'État est potentiellement en mesure de contrôler les activités, même si cela s'avère difficile : il peut contrôler les allées et venues sur l'île, recenser les personnes résidant sur l'île, surveiller leurs activités, faire appréhender des personnes, etc... La défaillance est réelle, mais la possibilité d'un tel contrôle est toute aussi réelle. Par contre, dans l'espace virtuel, ce contrôle est *intrinsèquement impossible*<sup>139</sup>. Ainsi par exemple, l'État français est dans l'incapacité la plus absolue d'interdire à toute personne se trouvant sur son territoire de lire « Le grand secret », et ceci malgré une ordonnance d'un tribunal français<sup>140</sup>. Il s'agissait en l'occurrence d'un ouvrage écrit par l'ancien médecin personnel de F. Mitterrand, C. Gubler, et interdit de publication pour cause d'atteinte à la vie privée et pour non respect du code de déontologie des médecins. Toutefois, dès l'interdiction de la poursuite de la diffusion connue, un cybercafé de Besançon avait scanné l'ouvrage et l'avait diffusé dans l'Internet. Depuis lors, de nombreux sites-miroirs ont repris le contenu d'un livre<sup>141</sup> pourtant interdit à la diffusion. Il en allait de même, pour l'affaire *Gigastorage*, où malgré le secret de l'instruction, le dossier d'instruction avait été diffusé par un Français sur un site américain<sup>142</sup>.

**42. Conclusion : L'incoercibilité spatiale.** Dans son cours sur le droit international cosmique, présentée à l'Académie de La Haye, Quadri parvenait à la conclusion que la notion de souveraineté territoriale ne pouvait plus être retenue dans son acceptation « spatiale », mais

---

<sup>136</sup> *Supra* n° 36.

<sup>137</sup> A cela, on pourra ajouter par exemple la pratique de l'« affichage » consistant à publier des pages web avec les photos et les coordonnées de pédophiles condamnés.

<sup>138</sup> Le principe des sites-miroirs consiste à installer deux ou plusieurs serveurs dans des endroits différents avec des noms de domaine différents, et de les connecter entre eux afin qu'ils puissent continuellement échanger leurs données. Ainsi, il y aura en permanence le même contenu sur les deux ordinateurs et la destruction du premier site n'empêchera pas le contenu de subsister sur l'autre site.

<sup>139</sup> En ce sens : Frezza, *The Internet and the End of Monetary Sovereignty*, 14<sup>th</sup> annual Conference, Cato Institute, 1997. Pour la même conclusion, mais par d'autres moyens : Lavenue, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », *Droit prospectif*, 1996.811, spéc. p. 827.

<sup>140</sup> T.G.I. Paris, 18 janv. 1996, *J.C.P.*, 1996, II, 22844, note Derieux.

<sup>141</sup> P.ex. : [www.cs.cmu.edu/afs/cs/user/declan/www/le-secret](http://www.cs.cmu.edu/afs/cs/user/declan/www/le-secret) ; pour d'autres adresses, voir : Lavenue, *op.cit.*, p. 826.

<sup>142</sup> *Le Monde*, 20 avril 1996, p. 10.

devait être appréhendée en termes « fonctionnels ». A cet égard, il écrivait ces lignes qui ne sont pas sans rappeler la situation de l'Internet :

« Non seulement elles [les activités spatiales] sont spatialement incoercibles dans le sens que la vitesse fantastique avec laquelle les engins traversent l'éther empêche leur « localisation », mais aussi elles le sont parce que toute mesure tendant à empêcher les mouvements des engins cosmiques ne pourrait pas avoir de caractère spatial territorial dans le sens de limiter son rayon d'action au seul secteur territorial national et devrait envahir d'autres secteurs territoriaux »<sup>143</sup>.

Le point important est le constat de Quadri qu'un État ne peut avoir de souveraineté territoriale sur des phénomènes<sup>144</sup> qu'il ne peut « contrôler », que ce soit l'éther<sup>145</sup> ou l'espace virtuel. En conséquence, il faut comme le suggère l'éminent auteur italien, recourir au concept de « souveraineté fonctionnelle ». En d'autres termes, si les États peuvent exercer celle-ci sur l'Internet, il faudrait en conclure qu'il s'agit bien d'un espace étatique.

### B - La souveraineté fonctionnelle

43. **Définition.** Comme nous venons de le voir, la souveraineté territoriale a pour postulat que l'État exerce dans un espace ses prérogatives de manière exclusive parce qu'il s'agit de son territoire. Mais il est tout aussi possible de considérer qu'un État peut en un endroit donné y exercer ses compétences de manière exclusive en raison d'un contrôle sur les activités qui y ont lieu sans en être empêché par les autres États<sup>146</sup>. La souveraineté fonctionnelle assure donc une exclusivité du pouvoir gouvernemental<sup>147</sup> sur les activités sociales sans pour autant exiger de l'État qu'il soit en mesure de les contrôler ou de les gouverner concrètement. « Le droit international commun présume que cette capacité existe, parce que l'expérience générale est en ce sens. Des raisons d'ordre pratique et surtout la difficulté de déterminer par rapport à chaque cas concret si cette capacité effective existait ou non, justifie la présomption dont il est question »<sup>148</sup>.

44. **Souveraineté fonctionnelle et l'Internet.** Il serait donc tout à fait possible de prétendre que les États peuvent exercer dans l'Internet une souveraineté fonctionnelle, puisque celle-ci n'exige pas *a priori* un pouvoir de contrôle concret. Or, les prémisses du raisonnement de Quadri ne peuvent s'appliquer aux activités virtuelles. En effet, il s'est basé sur des exemples tel que la mer territoriale. Mais contrairement à l'Internet, le droit international reconnaît effectivement un pouvoir souverain à l'État sur cette mer, peu importe qu'il y ait un contrôle effectif ou non. Par contre, le droit international n'a jusqu'à présent reconnu rien de tel en ce qui concerne la toile. Il faut donc inverser le raisonnement.

Cela nous amène à penser que pour qu'un État puisse prétendre exercer une souveraineté dite fonctionnelle sur l'ensemble de l'Internet ou sur une partie de l'Internet, il faut qu'il soit en

---

<sup>143</sup> *Op.cit.*, p. 561.

<sup>144</sup> La même étude des enseignements de Quadri amène M. Lavenue (*op.cit.*, p. 832 sq) à conclure que l'Internet ne fait pas partie du territoire, mais qu'il est un « patrimoine commun de l'humanité ».

<sup>145</sup> « A la différence de l'espace aérien, l'éther ne fait pas partie du territoire car il n'est pas contrôlable », Verdross & Simma, *op.cit.*, n° 1051.

<sup>146</sup> Quadri, *op.cit.*, p. 558.

<sup>147</sup> La « *potestà di governo nel senso del diritto internazionale* » selon l'expression de Quadri (*idem*, p. 557).

<sup>148</sup> *Idem*, p. 559.

mesure d'y contrôler l'activité de manière exclusive. Or, nous avons démontré que cela n'était pas possible<sup>149</sup>, même si certains auteurs défendent l'idée d'un contrôle sur l'information.

45. **La souveraineté informationnelle.** Se basant implicitement sur le concept de la souveraineté fonctionnelle, Mme L. Bouachera écrit :

« La souveraineté informationnelle comprend le droit de restreindre ou soumettre à certaines conditions l'accès à l'information et sa communication à des pays étrangers... Un État pourra prétendre à la souveraineté dès l'instant où il sera en mesure de contrôler l'ensemble des activités informationnelles se déroulant sur son territoire ou en dehors de ses limites territoriales, du moment qu'il s'agit d'opérations sur des données le concernant<sup>150</sup> ».

Nous devons pourtant constater que le contrôle informationnel est impossible. Qu'en est-il d'un courrier électronique qui est expédié à partir de Londres à destination de Barcelone et qui passe « par hasard » par la France, sans même que les autorités puissent en vérifier le contenu ? Ou d'une interdiction de diffusion pendant vingt-quatre heures prononcée par le CSA à l'encontre d'une radio ne respectant pas les quotas de 40% de chansons françaises ? Pourtant, celle-ci a été facilement contournée par une radio, qui ce jour-là, a continué à diffuser à partir de l'espace virtuel. Le service juridique du CSA a d'ailleurs estimé qu'il n'a aucune compétence pour agir dans l'Internet<sup>151</sup>.

Toutefois, l'on rencontre sur l'échiquier international des espaces étatiques dans lesquels les États exercent de manière exclusive leur pouvoir de gouvernement sans pour autant être titulaires d'une quelconque souveraineté, ni territoriale ni fonctionnelle. S'il se vérifie que les États n'y exercent pas de manière exclusive leurs compétences, l'on aura démontré encore une fois que l'Internet n'est pas un espace étatique.

## §2- L'ABSENCE DE COMPÉTENCES TERRITORIALES

46. **Distinctions entre le territoire et l'espace territorial.** La Pradelle soulignait dans l'affaire des *décrets de nationalités* que :

« [Le] territoire est ni un objet ni une substance ; il s'agit d'un cadre. Quel type de cadre ? Le cadre dans lequel le pouvoir public est exercée. Le territoire ne doit pas être considéré en tant que tel, mais en tant qu'un signe ostensible d'une sphère dans laquelle le pouvoir public d'un État peut être exercé »<sup>152</sup>.

Le territoire est donc le théâtre où se met en scène le pouvoir public d'un État. Or, la doctrine dominante confond ce pouvoir avec la souveraineté territoriale. Ainsi M. Ruzié enseigne que « la compétence territoriale est le pouvoir juridique d'un État d'agir dans l'espace qui constitue

---

<sup>149</sup> *Supra* n° 41.

<sup>150</sup> *Le Monde*, 1 fév. 1996, cité par Lavenue, *op.cit.*, p. 833.

<sup>151</sup> *Le Monde*, 16 oct. 1998, p. 29.

Le même cas de figure s'est produit notamment au Chili, où un juge a interdit la diffusion d'un journal pour cause de « violations réitérées du secret d'instruction » ; mais le journal a continué sa diffusion sur un serveur situé aux États-Unis (*Le Monde*, 3 juil. 1998, p. 28).

<sup>152</sup> C.P.J.I., Avis, 7 fév. 1923, *Décrets de nationalités en Tunisie et au Maroc, série B*, n° 4, cité par Harris, *op.cit.*, p. 198.

son territoire. L'État tire un titre de compétence de son territoire (souveraineté territoriale)<sup>153</sup> ». Cependant, cette doctrine s'oppose aussi bien aux enseignements classiques qu'aux faits.

**47. La doctrine classique.** Grotius avait déjà de son temps constaté :

« On acquiert quelquefois la juridiction et la propriété tout ensemble, par un seul et même acte. Mais ces deux choses ne laissent pas pour cela d'être distinctes. Et de là vient que la propriété peut être transférée non seulement à des sujets de l'État mais encore à des étrangers, sans préjudice de la juridiction du Souverain du pays »<sup>154</sup>.

Le terme de «juridiction» devant être pris comme synonyme de celui de «compétence territoriale», il est donc possible d'avoir un État «A» possédant la souveraineté sur un territoire donné tout en ayant un État «B» y exerçant la compétence territoriale. Dans les faits, ce constat doctrinal n'a jamais été démenti.

**48. La vérification factuelle.** Nous mentionnerons ainsi le traité de Berlin du 13 juillet 1878, selon lequel l'empire austro-hongrois avait le droit d'occuper et d'administrer - la compétence territoriale -, sans limite dans le temps, les provinces de Bosnie et d'Herzégovine. Mais lorsque la double monarchie a proclamé unilatéralement la souveraineté sur ces territoires en 1908, les protestations des autres États étaient unanimes. Ce n'est qu'en vertu d'un traité dit de «cession de souveraineté» que l'empire austro-hongrois a pu acquérir la souveraineté<sup>155</sup>.

De même, en vertu du traité de *Hay-Varilla*, du 18 novembre 1903, il y avait d'une part un souverain territorial du canal de Panama et de sa «Zone» qui était la République du Panama et, d'autre part, les États-Unis d'Amérique qui pouvaient y exercer, selon les termes du traité, la «compétence territoriale»<sup>156</sup> comme s'ils étaient le souverain du territoire [...]. et ceci à l'entière exclusion de l'exercice de tels droits, pouvoirs ou autorité de la part de Panama »<sup>157</sup>. Ce n'est qu'en 1977, que «le territoire panaméen dans lequel se trouve le canal retournera sous la compétence territoriale de la République du Panama »<sup>158</sup>. En conséquence, la Cour suprême de la Zone a décidé en 1907 que la constitution des États-Unis ne pouvait pas s'appliquer, car il ne s'agissait pas d'un territoire américain<sup>159</sup>. Le corollaire en était que la zone aérienne demeurait sous la compétence territoriale du Panama puisqu'elle était partie intégrante de son territoire<sup>160</sup>. Cet état de fait a fait dire au professeur O'Connell :

---

<sup>153</sup> *Droit international public*, 11<sup>e</sup> éd., 1994, p. 70 ; Dupuy, n° 69 ; Reuter, p.188. *Contra* : Daillier & Pellet, n° 302.

<sup>154</sup> *De jure ad bellum ac pacis*, II, III§IV.3 dans la traduction de Barbeyrac, publiée par l'Université de Caen, 1984.

Si les Romains prenaient les territoires tout en laissant subsister la compétence territoriale nationale, on assiste de nos jours à la même logique mais renversée. Aujourd'hui, on laisse subsister la souveraineté territoriale, mais on prive les nationaux de la compétence territoriale. Il suffit de se référer à l'affaire du canal de Panama, ou plus récemment, à la zone d'exclusion aérienne irakienne ou encore au statut provisoire de Sarajevo au moment de la guerre en ex-Yougoslavie.

<sup>155</sup> Tous ces exemples sont extraits de : Verdross & Simma, *op.cit.*, p. 656 sq.

<sup>156</sup> Terme que nous utilisons pour la notion américaine de « *jurisdiction* ».

<sup>157</sup> Art.3 *in* : Martens, *Nouveau Recueil général*, 3<sup>e</sup> série, vol. 31, p. 599, cité par Verdross & Simma, *op.cit.*, p. 657, note 16.

<sup>158</sup> Traité du 7 février 1975, *A.J.I.L.*, 1974.516.

<sup>159</sup> *Canal Zone v. Coulson*, *in* : Hudson, *Cases on International Law*, 1929, p. 397.

<sup>160</sup> *Re Cia de transportes de Gelabert*, *Ann. Dig.*, 1938-40, n° 45

« Bien qu'il s'agisse d'une concession à perpétuité et qu'elle soit pleine d'incidence sur la souveraineté, il ne s'agit pas d'une concession de souveraineté tel que l'on le voit à l'occasion d'une cession et, en conséquence, les États-Unis ne peuvent transférer la Zone à un autre État »<sup>161</sup>.

De nombreux autres exemples peuvent être cités comme le traité de paix du 5 juin 1945 entre les Alliés et l'Allemagne défaite ou le traité de paix entre les États-Unis et le Japon du 8 septembre 1951, aux termes duquel le Japon avait concédé aux Américains la compétence territoriale et ce, tout en restant le souverain territorial de l'île d'Okinawa. En dernier lieu, nous mentionnerons l'exemple contemporain du tribunal chargé de juger les accusés dans l'affaire de Lockerby, puisque selon la loi votée par le Parlement néerlandais, il s'agit d'un tribunal sous juridiction écossaise situé sur le territoire des Pays-Bas<sup>162</sup>. Il s'agit donc non d'un privilège d'immunité comme nous le rencontrons au sujet des bâtiments abritant le corps diplomatique, mais d'une véritable extraterritorialité dans le sens où les Pays-Bas, tout en gardant les droits souverains sur le territoire où se trouve le tribunal, y abandonnent les compétences territoriales au profit de l'Écosse.

Cette distinction est d'ailleurs consacrée depuis fort longtemps à l'étranger, que ce soit en Allemagne où l'on distingue la « *territoriale Souveränität* » et la « *Gebietshoheit* »<sup>163</sup> ou aux États-Unis, où la « *sovereignty* » est bien distinguée de la « *jurisdiction* ».

Il s'en suit donc que nous devons distinguer d'une part le territoire, assise spatiale de la souveraineté territoriale, et d'autre part, l'espace territorial qui sert de base pour l'exercice des compétences territoriales. L'Internet n'est pas un territoire ; est-il pour autant un espace territorial ?

**49. L'Internet est-il un espace territorial ?** Une fois encore, il faut avouer notre échec dans la détermination du statut de l'Internet ! En effet là aussi, il ne peut pas s'agir d'un espace territorial dans la mesure où nous rencontrons les mêmes difficultés que pour la souveraineté territoriale. D'abord, il n'y a aucune possibilité de délimiter les espaces. Ensuite, à nouveau tout comme pour la souveraineté territoriale, la compétence territoriale exige un exercice exclusif – ce qui n'est pas le cas dans l'espace virtuel, comme nous l'avons déjà démontré.

Quel est donc le statut de cet espace virtuel s'il n'est ni un territoire ni un espace territorial ?

---

<sup>161</sup> *International Law*, New-York, Dobbs Ferry, 1965, p. 356.

<sup>162</sup> *Le Monde*, 22 mars 1999, p. 3.

<sup>163</sup> Un des représentants les plus importants de cette doctrine est Verdross : « *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit* » *jus gentium*, 1949, « *Territoriale Souveränität und Gebietshoheit. Zur völkerrechtlichen Lage des Oder-Neisse-Gebiete* », 1980, cités par Verdross & Simma, *op.cit.*, p. 659, note 25.

*Adde* : Suy, « *Réflexions sur la distinction entre la souveraineté et la compétence territoriale* », *Mélanges Verdross*, 1971, p. 493 ; Verosta, « *Gebietshoheit und Gebietserwerb im VR* », *Ö.J.Z.*, 1954.241.

## CHAPITRE 2

### L'INTERNET EST UN ESPACE INTERNATIONAL<sup>164</sup>

A côté du territoire et de l'espace territorial un troisième type d'espace peut être identifié : l'espace - étendue, qui se caractérise par le fait d'être un espace international inappropriable par les États (Section 1). Si cette approche permet d'identifier l'espace virtuel, nous pourrions prétendre que l'Internet est un nouvel espace international. Pourtant une difficulté majeure subsistera. Tous les espaces internationaux existants aujourd'hui tirent leur statut de la volonté des États à travers le droit conventionnel. Pour autant, n'est-il pas possible d'avoir un espace international non conventionnel (Section 2) ?

---

<sup>164</sup> Graham, Der virtueller Raum..., *op.cit.*

## SECTION 1

### LA THÉORIE DE L'ESPACE-ÉTENDUE

**50. L'espace-étendue.** Une distinction fondamentale pourrait nous venir en aide afin de mieux cerner l'espace virtuel. Si pour la doctrine moderne, l'espace n'a pour seule fonction la constitution d'un titre à exercer les compétences souveraines, la doctrine patrimoniale permet une autre approche. Selon celle-ci, l'espace peut d'abord être une «étendue superficielle et limitée, un intervalle d'un point à un autre»<sup>165</sup>, c'est-à-dire un « espace-chose » considérée comme « un objet concret, fait de matière et sur lequel peuvent être constitués des pouvoirs « réels », ceux qu'exerce un sujet de droit sur une chose, qui en font un bien »<sup>166</sup> – le *dominium*<sup>167</sup>. Mais l'espace peut aussi être une « étendue indéfinie qui contient et entoure tous les objets »<sup>168</sup> – un « espace-étendue » dont la substance matérielle est indifférente<sup>169</sup> mais qui détermine « en quels lieux un État peut, et en quels lieux il ne peut pas, employer sur une personne, un objet, une situation..., des pouvoirs dont la base légale se trouve non dans un rattachement spatial, mais bien dans une compétence sur le site de l'être qu'il veut soumettre à ses normes ou à qui il entend les appliquer – *l'imperium* »<sup>170</sup>.

L'exemple le plus probant de cet espace immatériel qui, tout comme l'espace-chose a pour objectif de délimiter la sphère de validité d'un droit applicable, est celui du Saint-Siège<sup>171</sup>. En effet, celui-ci est incontestablement dissocié de toute assise territoriale<sup>172</sup> et ne peut invoquer un quelconque titre sur un espace-chose. Il s'agit non seulement d'un véritable espace juridique dans le sens où il sert à délimiter la sphère de validité du droit canonique, mais encore d'un espace religieux puisque le Saint-Siège est une entité souveraine<sup>173</sup>. En effet, ses lois sont tant des règles religieuses que disciplinaires<sup>174</sup>. Le rattachement ici ne s'opère pas par le territoire mais par *l'imperium*, c'est-à-dire en raison de l'appartenance à l'église catholique<sup>175</sup>. Il en va de même pour l'ordre de Malte.

---

<sup>165</sup> *Le grand Larousse*, T.4, 1961, p. 678.

<sup>166</sup> Combacau & Sur, p. 395

<sup>167</sup> *Ibidem*.

<sup>168</sup> *Le petit Larousse*, 1999, p. 397.

<sup>169</sup> Combacau & Sur, p. 394.

<sup>170</sup> Combacau & Sur, p. 395.

<sup>171</sup> Le Saint-siège ne se confond pas avec l'État du Vatican, qui lui a une assise territoriale.

<sup>172</sup> Can. 12§1 : « *Legibus universalibus tenentur ubique terrarum omnes pro quibus latae sunt* » (*Codex juris canonici*). Comme le souligne un auteur italien : « L'ordre canonique s'applique à tous les fidèles, dans n'importe quelle partie du monde, sans distinction de nationalités, de race, de langue, de condition sociale. Les autres ordres juridiques en revanche sont exclusivement applicables sur le territoire des États qui y ont institué leur ordre » (Tanzi, *Manuale di diritto canonico*, 2° éd., Rome, Concorsi x Tutti, 1995, p. 10).

<sup>173</sup> Même si une éminente doctrine le considère plutôt comme un « service public international » (Daillier & Pellet, n° 293).

<sup>174</sup> Arellano García, *Derecho internacional público*, 2° éd., Mexico, Porrúa, p. 352.

<sup>175</sup> Ainsi par exemple l'ensemble des territoires des États ne forment pas un « territoire postal unique », comme le prévoient les traités de l'Union Postale Universelle, ni d'ailleurs un « territoire par détermination de la loi », comme le soutenait Rousseau (*Droit international public*, T III, Sirey, 1977, n° 6), mais bien un espace-étendue.

Mais l'exemple le plus connu est sans conteste celui de la Haute mer, puisque, les États ne peuvent pas proclamer sur cet espace une quelconque souveraineté territoriale. Cela n'exclut pas pour autant l'exercice de compétences étatiques de leur part. Simplement, celles-ci ne se fondent pas sur un titre territorial, mais se justifient en raison de la nationalité ou d'autres rattachements.

Le cas de l'espace virtuel ne peut-il pas être appréhendé de façon similaire ? Le Réseau n'ayant pas sa propre souveraineté et les États ne pouvant justifier sur celui-ci ni d'une quelconque souveraineté territoriale, ni d'une compétence territoriale, il ne peut s'agir que d'un espace-étendue. N'étant pas sous l'autorité d'une seule entité comme c'est le cas pour le Saint-Siège, mais sous celles de tous les États, il faudra considérer que ceux-ci ne peuvent établir dans l'espace virtuel que des compétences autres que territoriales. Dès lors, tout comme la Haute mer, ne se peut-il pas que l'espace virtuel soit un nouvel espace international ?

## SECTION 2

### LA THÈSE D'UN ESPACE INTERNATIONAL NON CONVENTIONNEL

**51. L'espace international conventionnel.** Tous les espaces internationaux connus puisent leur existence dans des conventions internationales à l'instar de la Haute mer, régie par les Conventions de Genève du 29 avril 1958 et de Montego Bay du 10 décembre 1982, et de l'espace aérien international à surplombant, lui aussi réglementé par les conventions sur le droit de la mer. De même, le statut international s'applique à l'Antarctique en vertu de la Convention du 1<sup>er</sup> décembre 1958<sup>176</sup>, et à l'espace extra-atmosphérique en vertu du Traité du 27 janvier 1967 sur les principes régissant les activités des États en matière d'exploration et d'utilisation de cet espace.

Certes, les différents régimes applicables pourraient faire douter de l'homogénéité de la catégorie « espace international ». Pourtant tel n'est pas le cas si l'on veut bien se remémorer la définition de l'espace international :

« Lieu de compétences concurrentes, il est allergique à la souveraineté, qui est une compétence exclusive, de même qu'à l'appropriation privée, dans la mesure où elle serait capable de s'y installer »<sup>177</sup>.

Tous les espaces internationaux conventionnels sont caractérisés par ces deux termes : impossibilité d'appropriation<sup>178</sup> et un *imperium* des États fondé sur le rattachement personnel des sujets internes qui cherchent à agir dans l'espace en cause ou sur un rattachement matériel des objets s'y trouvant<sup>179,180</sup>.

---

<sup>176</sup> La doctrine cite en général quatre espaces internationaux (la mer, l'espace aérien, l'espace extra-atmosphérique et l'Antarctique). Toutefois, il nous semble qu'il en existe bien plus, à commencer par les fonds marins et leur sous-sol au-delà des limites de la juridiction nationale, désignés par le vocable de « La Zone » (*Montego Bay*, art. 1§1.1<sup>o</sup>, Combacau et Sur, p. 403) ou encore l'éther.

<sup>177</sup> La Pradelle, « Notions de territoire et d'espace », *Rec. Acad. La Haye*, 1977, V. 157, p. 423, spéc. p. 427.

<sup>178</sup> Genève (art. 2) ; Montego Bay (art. 89) ; Convention de 1959 (art. IV) ; Convention de 1967 (art. II).

<sup>179</sup> Genève (art. 6) ; Montego Bay (art. 92) ; Convention de 1959 (art. VIII) ; Convention de 1967 (art. VIII).

<sup>180</sup> Certes MM. Daillier et Pellet soulignent que « le « régime des espaces » apparaît surtout comme la juxtaposition de régimes juridiques très divers » (n° 662) et préfèrent, conceptuellement, parler d'une « approche fonctionnelle » (*ibid.*) caractérisée par le fait que ces « régimes » tentent « d'organiser – en les limitant – les compétences étatiques pouvant s'y exercer en fonction des activités qui y sont menées » (*ibidem*). Toutefois, cette approche ne dément en aucune manière celle que nous avons adoptée puisque les auteurs reprennent les deux termes – non appropriabilité et compétences non territoriales. Il s'agit, selon nous, seulement d'une différence d'approche et non d'une différence théorique.

De même, certains juges de la Cour suprême des États-Unis considèrent tous ces régimes comme analogues : « L'Antarctique est juste un des trois espaces sans souveraineté où la négligence des agents fédéraux a pu être à l'origine de blessures physiques ou mortelles. La négligence alléguée en l'espèce aurait sûrement eu ses parallèles dans l'espace extra-atmosphérique... » (Opinion dissidente du Juge Stevens, *Smith v. US*, 1993, 507 US 197).

Dès lors, dans l'hypothèse où il serait possible de retrouver ces deux termes dans un espace qui n'a pas encore été l'objet d'un traité, ne s'agirait-il pas d'un espace international non conventionnel ?

**52. Possibilité d'un espace international non conventionnel.** Nous pensons avoir démontré que l'Internet n'est ni un territoire ni un espace territorial, peu importe que l'on se place dans l'optique de la théorie du territoire-objet ou dans celle du territoire-limite. Si l'on suit la doctrine patrimoniale, la réponse à la question du statut de l'Internet s'impose toute seule :

« On appelle « espaces internationaux » les espaces sur lesquels aucun État ne dispose d'un *dominium* mais dans lesquels des États disposent sur les sujets internes un *imperium*, exclusif ou concurrent, qui doit être fondé sur un rattachement personnel ou matériel »<sup>181</sup>.

Mais si l'on adhère à la deuxième théorie dite du territoire-limite, il semble *a priori* impossible de définir un statut pour l'espace virtuel, puisque seul un territoire ou une convention internationale peuvent fournir un titre justifiant l'exercice de compétences étatiques. Toutefois, il nous semble quand même possible de trouver une solution afin de cerner la nature juridique de ce nouvel espace électronique. En effet, un des préceptes, même s'il est très discuté, du droit est que tout ordre juridique est complet<sup>182</sup>, y compris celui du *jus*

---

<sup>181</sup> Combacau & Sur, p. 397.

<sup>182</sup> Mayer, *Droit international privé*, 5<sup>e</sup> éd., Montchrestien, 1994, n° 84 ; Quadri, *Diritto internazionale pubblico*, 5<sup>e</sup> éd., Naples, Liguori Editore, 1968, p. 212 ; Donah, *Il problema delle lacune dell'ordinamento giuridico*, Rome, 1910, p. 35 sq. *Contra* : Heuzé, *La réglementation française des contrats français*, GLN, 1990, n° 28 sq.

Si aucune règle explicite n'existe au moment du litige relatif à une situation donnée, cela veut-il dire pour autant qu'il n'est pas possible de créer une nouvelle règle pour combler la lacune ? La discussion est la suivante : imaginons qu'aucune source de droit (ni la loi, ni la jurisprudence, ni une coutume) ne précise que la présence au foyer d'un enfant légitime entraîne la nullité d'une adoption. Le juge, devant lequel un plaideur invoque pourtant cette nullité, en tirera la conclusion que l'État accepte la présence d'un enfant adopté à côté de l'enfant légitime – il existe ainsi une règle implicite. Mais il se peut aussi que le juge considère que l'adoption est nulle créant ainsi une nouvelle règle (exemple de M. Mayer). A cela M. Heuzé répond : « Or cette règle d'indépendance (l'adoption est légitime) qui résultait du silence de toutes les sources du droit, était, par voie de conséquence, une règle implicitement posée par le législateur lui-même. On ne voit pas dès lors comment, en l'état du principe de la hiérarchie des règles de droit, la jurisprudence, subordonnée à la loi, pourrait modifier une règle consacrée par celle-ci » (n° 31). Pourtant, il est à remarquer qu'aussi bien M. Mayer que M. Heuzé utilisent l'expression « sources de droit », ce qui englobent la jurisprudence pour les deux auteurs. Dès lors, l'affirmation de M. Heuzé nous semble discutable. En effet, si la règle d'indépendance résulte de manière négative du silence des sources de droit, cela n'implique pas que le législateur l'a affirmé de manière positive. Ce n'est pas pour rien que M. Mayer écrit que c'est une « règle implicite consacrée par l'État » et non par le législateur, comme le soutient M. Heuzé. En conséquence, un juge peut donc modifier cette règle d'indépendance sans mettre en péril l'autorité de la loi *stricto sensu*.

Mais au-delà de cette discussion abstraite, il faut voir la question sous l'angle concret : un arbitre est désigné pour trancher un litige portant sur une question « A » selon le droit « B ». Mais il ne trouve dans ce droit ni une loi, ni un règlement ni une jurisprudence sur la question. Que faire ? Dire que le droit « B » est lacunaire et recourir à un autre droit ou à la *lex mercatoria* comme l'a fait Lord Asquith of Bishopstone dans le différend *Petroleum Development contre le Cheik d'Abu Dhabi (I.L.R., 1951. 144)* ? Se mettre à la place du juge national de l'État « B » ? Celui-ci refuserait-il d'appliquer sa

*gentium*. Et dans cette quête du statut de l'Internet, ce n'est pas la nouveauté d'un phénomène qui doit impressionner<sup>183</sup>. Pour remédier à ce vide, il suffit de procéder par analogie.

Quadri enseignait que pour appliquer un raisonnement analogique à une situation nouvelle, encore faut-il que la situation soit analogue. En d'autres termes, la situation connue et la nouvelle situation inconnue doivent avoir des traits communs et une série de caractères divergents, mais à condition que les traits divergents soient non pertinents au regard de la norme applicable par analogie<sup>184</sup>. Est-ce le cas de l'Internet par rapport aux autres espaces internationaux positifs ? Une réponse affirmative s'impose lors d'une comparaison avec l'espace extra-atmosphérique. Si celui-ci peut hypothétiquement être délimité en différentes souverainetés nationales (l'on pourrait par exemple imaginer que tout ce qui se trouve au dessus d'un territoire étatique tombe sous sa souveraineté<sup>185</sup>), aucun satellite régi par la force centrifuge ne serait toutefois en mesure de s'arrêter devant une frontière « cosmique » si l'État lui refusait le survol. Quant à l'envoi d'un courrier électronique de Lyon à Paris, les logiciels cherchent automatiquement les lignes les moins encombrées pour transférer les données. S'il le faut, ils les feront passer par exemple par le réseau espagnol sans se soucier d'un éventuel « douanier » espagnol. A cela s'ajoute le second *genus commune*, qui est l'impossibilité de toute approche territoriale du problème. Que ce soit pour l'espace extra-atmosphérique ou la Haute mer, seul l'exercice de compétences non territoriales est envisageable<sup>186</sup>.

Quant à l'objection volontariste, selon laquelle « en cas de doute la limitation de la souveraineté ne se présume pas »<sup>187</sup>, elle ne peut être utilement invoquée dans le droit international positif, qui lui est assurément aujourd'hui de plus en plus objectif<sup>188</sup>. Le *jus cogens* n'est-il pas sorti de son cadre positif – la *Convention de Vienne* – pour devenir

---

loi au prétexte qu'il n'y trouve pas de règles ? La réponse est assurément non. Il y trouvera une règle : soit une règle implicite, soit une analogie, soit un raisonnement *a contrario*, etc... Et c'est en ce sens qu'aucun ordre juridique n'est lacunaire (voir aussi : Gaillard, « Trente ans de Lex Mercatoria », *J.D.I.*, 1995, 5, spéc. p. 13).

<sup>183</sup> Comme l'écrivait Quadri : « Personne ne doit être impressionné par la « nouveauté » des phénomènes (radiotélégraphie, navigation aérienne, exploration cosmique par rapport à la souveraineté territoriale) » (*op.cit.*, p. 213).

<sup>184</sup> *Op.cit.*, p. 214.

<sup>185</sup> La souveraineté *usque ad sidera* - ce qui constitue pour certains une souveraineté *usque ad absurdum*.

<sup>186</sup> Ce qui explique en partie le statut de « patrimoine commun de l'humanité » pour les longueurs d'ondes : Dupuy (R-J), *La Communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Economica/Unesco, 1986, p. 14.

<sup>187</sup> Sentence, 4 nov. 1931, *Bulgarie contre Grèce*.

<sup>188</sup> « Il est à peine besoin de souligner que la physionomie de la société internationale contemporaine est sensiblement différente [de celle de l'affaire du Lotus]. En dépit de la percée encore limitée du « supranationalisme », on ne saurait nier les progrès enregistrés au niveau de l'institutionnalisation, voire de l'intégration et de la « mondialisation » de la société internationale. On en verra pour preuve la multiplication des organisations internationales, la substitution progressive d'un droit international de coopération au droit international classique de la coexistence, l'émergence d'une « communauté internationale » et les tentatives parfois couronnées de succès de subjectivisation de cette dernière. De tout cela, on peut trouver le témoignage dans la place que le droit international accorde désormais à des concepts tels que d'obligations erga omnes, de règles de jus cogens ou de patrimoine commun de l'humanité. A l'approche résolument positiviste, volontariste du droit international qui prévalait encore au début du siècle s'est substituée une conception objective du droit international » (§13 de la déclaration du Président Bedjaoui dans l'avis consultatif de la C.I.J. *sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, en date du 8 juillet 1996).

lentement, mais sûrement une notion générale du droit international<sup>189</sup> au point de se confondre avec l'ordre public international<sup>190</sup> ? De même, la Cour internationale de Justice ne se réfère-t-elle pas à des principes inexistant dans le droit positif tel que l' « humanité »<sup>191</sup> ? Toujours dans le même ordre d'idées, il est à remarquer que l'espace international de l'Antarctique n'est pas non plus strictement un espace « conventionnel », mais plutôt un « système » :

« Cette Convention est partie intégrante du système conventionnel de l'Antarctique, comprenant le Traité de l'Antarctique, les mesures prises en fonction du Traité, et les instruments légaux pris séparément mais y associés »<sup>192</sup>.

Certes la Convention n'emploie pas explicitement le terme d'opposabilité *erga omnes*. En effet, elle ne dispose pas expressément que le statut de l'Antarctique est opposable aux tiers non signataires du traité. Cependant, son régime est tel, qu'il est tout à fait envisageable de le considérer comme un régime objectif, valide *per se*, et imposant des droits et obligations aux États tiers, non parties au Traité<sup>193</sup>. Ainsi, à l'origine, l'internationalité de cet espace n'est pas conventionnelle mais coutumière. Il en est de même pour la Convention de 1967 sur l'espace

---

<sup>189</sup> « Une règle coutumière qui est en conflit avec une norme de *jus cogens* ne peut continuer à exister ou être subséquentement créé » (Jennings & Watts, *Oppenheim's International Law*, I, 9<sup>e</sup> éd., Londres, Harlow, 1992, p. 8) malgré l'objection théorique selon laquelle une convention ne peut par nature imposer des règles – même impératives – qu'à l'égard des États parties (art. 34 de la *Convention de Vienne*). Un éminent internationaliste s'exprimait ainsi à ce sujet : « La consécration du *jus cogens* marque la déconfiture du positivisme volontariste » (Abi-Saab, « Cours général de droit international public », *Rec. Acad. La Haye*, V. 207, 1987. 427).

<sup>190</sup> « Il est à remarquer que dans tout ordre juridique il existe des normes fondamentales qui appartiennent à l'ordre public et forment ainsi leur *jus cogens* » (Verdross, *Völkerrecht*, 5<sup>e</sup> éd., Vienne, Springer Verlag, 1964, p. 130).

Il faut rendre compte d'une pratique qui veut que le *jus cogens* devienne une norme du droit international général, qui, par ailleurs, avait déjà une existence avant sa codification sous l'expression du respect des bonnes mœurs (voir les exemples par Daillier & Pellet, p. 200). Aujourd'hui, la Cour internationale accepte *l'actio popularis* pour les obligations *erga omnes* (5 fév. 1970, *Barcelona Traction*, *Rec.* p. 32). Pour un tribunal arbitral, « du point de vue du droit des traités, le *jus cogens* est simplement la caractéristique propre à certaines normes juridiques de ne pas être susceptibles de dérogation par voie conventionnelle » (sentence dans l'affaire de la *délimitation de la frontière maritime Guinée-Bissau/Sénégal*, 31 juil. 1989, *R.G.D.I.P.*, 1990.234). La Commission d'arbitrage pour la paix en Yougoslavie a insisté sur le fait qu'en cas de succession d'États « les normes impératives du droit international général s'imposent à toutes les parties prenantes à la succession » (avis n° 1, 29 nov. 1991, *R.G.D.I.P.*, 1992.591) et que la reconnaissance d'États est un acte discrétionnaire « sous la seule réserve du respect dû aux normes impératives du droit international général » (avis n° 10, 4 juil. 1992, *R.G.D.I.P.*, 1993.594). Il est vrai que la Cour internationale a esquivé la question dans l'avis rendu sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (avis du 8 juil. 1996, § 83). Pour l'intégralité de la problématique, voir : Daillier & Pellet, n° 125.

<sup>191</sup> Par exemple : « Certains principes généraux et bien connus, tels que des considérations élémentaires d'humanité, plus absolues encore en temps de paix qu'en temps de guerre... » (C.I.J., *Détroit de Corfou*, 9 avril 1949, *Rec.*, p. 22) ; « il est impératif que la Cour tienne compte des caractéristiques uniques de l'arme nucléaire, et en particulier de sa puissance destructrice, de sa capacité d'infliger des souffrances indicibles à l'homme, ainsi que de son pouvoir de causer des dommages aux générations à venir » (§36, Avis sur la *licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, 8 juil. 1996).

<sup>192</sup> Convention de 1988, art. 2.11.

<sup>193</sup> Watts, *International Law and the Antarctic Treaty System*, p. 295.

extra-atmosphérique qui énonce des valeurs coutumières<sup>194</sup>. En fin de compte, quoi qu'en dise, la liberté de la Haute mer existait déjà bien longtemps avant que Grotius en prenne la défense<sup>195</sup>.

Ainsi nous pensons pouvoir conclure que l'Internet est un espace international *per se* dans l'optique de la doctrine territoire-objet ou, dans la théorie du territoire-titre par analogie aux espaces internationaux existants. Pourtant, nous concevons que des volontaristes farouches, que sont normalement les États pour des raisons qui sont aisément compréhensibles, aient encore quelques scrupules pour sauter le pas. Pourtant, au-delà du recours à l'analogie, nous pensons qu'une obligation internationale existe pour tous les États d'internationaliser l'espace virtuel.

**53. Obligation *bona fide* d'internationaliser l'espace virtuel.** Rien ne s'oppose donc à considérer *de facto* l'Internet comme un espace international. Mais ce *sein* n'est-il pas en même temps un *sollen*? En d'autres termes, les États n'ont-ils pas l'obligation d'internationaliser l'espace virtuel au nom du principe de la bonne foi basé sur l'adage *sic uteri tuo ut alienum non laedas*? En effet, la situation du Net n'est pas sans rappeler celle du voisinage<sup>196</sup> et plus spécialement celle des lacs et des cours d'eau. Si un État modifie un cours d'eau, le volume et la qualité de l'eau du lac peuvent en être affectés, ce qui est éventuellement préjudiciable pour les autres États riverains. De même, si un État décide d'intervenir dans l'espace virtuel, des conséquences peuvent en résulter pour d'autres. Il en est ainsi lorsque par exemple un gouvernement autorise ses services publics à protéger ses serveurs en envoyant des *applets* hostiles vers le serveur d'où provient l'attaque et d'y détruire tout le disque dur. Or, ce serveur peut appartenir à un service public étranger sans pour autant que celui-ci soit impliqué dans l'attaque. Il en est ainsi le plus souvent des universités dont les serveurs sont régulièrement utilisés de manière frauduleuse comme retransmetteurs pour acheminer des attaques.

Cette hypothèse n'est pas sans rappeler celle qui fut l'objet du contentieux franco-espagnol au sujet du Lac Lanoux.

**54. L'affaire du Lac Lanoux<sup>197</sup>.** La France avait manifesté son intention de dévier une partie des eaux du lac Lanoux vers l'Ariège, fleuve faisant partie du bassin de la Garonne, pour profiter de la dénivellation considérable (780 m.) permettant la production d'énergie électrique. A terme, une quantité équivalente d'eau prélevée de l'Ariège, devait être conduite par un tunnel vers le Carol avant que celui-ci ne passe en Espagne. Tout en concédant qu'elle continuerait à recevoir la même quantité d'eau que par le passé, et de qualité identique, l'Espagne estimait qu'elle serait lésée du fait que l'eau de substitution viendrait d'un bassin autre que celui du Carol et que la restitution, effectuée par des moyens artificiels dépendant de la volonté de l'homme, pourrait être interrompue par cette même volonté. Ceci aurait pour

---

<sup>194</sup> Combacau & Sur, p. 403.

<sup>195</sup> Puisque les Romains la considéraient déjà comme « ouverte à tous » (Beckert & Breuer, *Öffentliches Seerecht*, Berlin, WdeG, 1991, p. 6).

<sup>196</sup> Cette idée est brièvement esquissée chez C. Rojinsky, *op.cit.*, n° 9.

<sup>197</sup> 16 novembre 1957, *R.S.A.*, vol. XII, p. 307. *Adde* : Caflish, « Règles générales du droit des cours d'eau internationaux », *Rec. Acad. La Haye*, 1989, T. VII, p. 9, spéc. p. 52.

effet de placer l'Espagne dans une situation plus qu'incertaine.

Les plaideurs français mis en cause par l'Espagne, concédaient déjà dans leur mémoire que la France avait une obligation de ne pas porter préjudice aux intérêts d'un État voisin<sup>198</sup>. Reuter, en rendant la sentence<sup>199</sup>, estimait que l'État qui exécute des ouvrages sur une partie d'un cours d'eau doit prendre en considération les intérêts des autres États concernés, *même si ces intérêts n'ont pas la qualité de droits*. C'est pourquoi les États riverains constituent des « communautés de droits et intérêts entre les États riverains »<sup>200</sup>, qui ont dès lors l'obligation de négocier des accords internationaux pour préserver les intérêts de chacun<sup>201</sup> :

« L'État d'amont a, d'après les règles de bonne foi, l'obligation de prendre en considération les différents intérêts en présence, de chercher à leur donner toutes les satisfactions compatibles avec la poursuite de ses propres intérêts et de montrer qu'il a à ce sujet un souci réel de concilier les intérêts de l'autre riverain avec les siens propres »<sup>202</sup>.

Cet extrait de la sentence, fut commenté par celui qui l'a rendue de la manière suivante :

« Si l'on ne se trouve pas dans cette affaire en présence d'une obligation formelle de négocier, mais plutôt d'une obligation de consultation et de conciliation, le Tribunal a employé le terme de « négociations » [plusieurs fois dans la sentence]... L'idée qui apparaît ici est celle d'une obligation particulière à cette « négociation » : celle de rechercher le respect d'un équilibre d'intérêts, équilibre dont la définition est facilitée par le fait qu'il était réalisé dans la situation antérieure »<sup>203</sup>.

**55. Le voisinage dans l'Internet : source d'obligations.** Encore faut-il que l'espace virtuel soit considéré comme une communauté d'intérêts. A cet effet, il est nécessaire de se

---

<sup>198</sup> Caflish, *op.cit.*, p. 56 note n° 99.

<sup>199</sup> *I.L.R.*, 1957.101.

<sup>200</sup> Par analogie à l'affaire de la *Commission internationale de l'Oder* (C.P.J.I., avis du 10 sept. 1929, *série B*, n° 23) qui confirme une idée admise depuis 1815. Dans le même sens, on peut citer le concept de « ressources partagées » développé par M. Schwebel dans ses rapports de la C.D.I. sur le *droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation* (Ann. C.D.I. 1979-1982). Déjà Rousseau avait observé que « le voisinage n'est pas seulement en effet un état de fait. Il tend de plus en plus à devenir un état de droit, générateur comme tel de compétences et d'obligations au profit ou à la charge des États limitrophes » (*Droit international public*, Sirey, 1953, n° 313).

Certes les fins connaisseurs du droit international fluvial pourront objecter que notre analogie ne vaut guère dans la mesure où nous considérons l'Internet comme un espace international et que justement cette approche n'a jamais été vraiment consacrée pour les cours d'eau internationaux. Mais c'est oublier qu'analogie ne signifie pas identité. En effet, il est possible d'exercer une souveraineté sur une partie d'un fleuve dans la mesure où l'État y peut exercer une maîtrise, ce qui n'est pas le cas pour l'Internet. Par contre, le *genus commune* est qu'un État ne peut intervenir dans l'espace virtuel sans que cela puisse avoir des répercussions dans un autre État. En quelque sorte, tous les États sont des « États riverains » dans l'espace virtuel.

<sup>201</sup> *Contra* : Verdross & Simmler, *op.cit.*, § 1031.

<sup>202</sup> Affaire du *Lac Lanoux*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 315.

<sup>203</sup> Reuter, « De l'obligation de négocier », *Il processo internazionale – Studie in onore di G. Morelli*, Milan, Giuffrè, 1975, p. 711, spéc. p. 725.

remémorer le *dictum* de la Cour de La Haye :

« L'un des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale, surtout à l'époque où, dans bien des domaines, cette coopération est de plus en plus indispensable »<sup>204</sup>.

En d'autres termes, le voisinage est source d'obligations pour les États riverains qui doivent les exécuter de bonne foi ainsi que le prévoit d'ailleurs le préambule de la Charte des Nations Unies et que l'a mis en exergue le Conseil fédéral suisse dans l'affaire *Rheinau*<sup>205</sup>. Et dans l'Internet, tous les États sont voisins ! Ceux qui continueraient à vouloir soutenir, contre toute logique, qu'il existe bien des souverainetés territoriales dans cet espace virtuel devraient à la longue consentir quand même à internationaliser l'espace virtuel puisque la souveraineté fléchit devant les obligations internationales<sup>206</sup>. Certes, ils pourront intervenir unilatéralement dans l'espace virtuel, mais à condition que cela n'ait aucune répercussion pour les autres États. Au cas contraire, ce qui est l'hypothèse la plus répandue, ils devront préserver les intérêts des États tiers notamment par voie de négociation. Si un État A décide d'incriminer le fait de présenter sur un site des photos représentant des personnes nues, tous les autres États en seront affectés. En effet, le simple constat fait en France via un écran d'ordinateur qu'un site dirigé par des Suédois diffuse ce type de photos, permettra aux juridictions françaises de condamner ces personnes. Or, si ces activités sont licites en Suède, l'on peut légitimement considérer que la loi française porte atteinte à la souveraineté suédoise. En effet, tous les citoyens suédois poursuivant pourtant une activité licite en Suède se verront condamner en France<sup>207</sup>. L'on voit donc comment un simple acte national telle qu'une incrimination pénale peut affecter tous les autres États dans l'Internet. Vu la structure du Réseau, cela devrait avoir pour conséquence un état permanent de négociation, conduisant rapidement à la conclusion d'un ou plusieurs accords multilatéraux.

En conclusion, l'Internet est bien un espace international, que ce soit par nature, par analogie ou encore en vertu d'une obligation internationale de préserver les intérêts des autres États<sup>208</sup>. Cette conclusion rejoint donc la doctrine qui plaide pour l'internationalisation de l'Internet : que ce soit sous forme de patrimoine de l'humanité<sup>209</sup> ou comme « méta-territoire » devant être régi par une convention internationale<sup>210</sup>. Mais elle reprend surtout la construction de Verdross au sujet de l'éther : il s'agit d'un espace international car inappropriable et

---

<sup>204</sup> C.I.J., *Essais nucléaires*, 20 déc. 1974, *Rec*, p. 268.

<sup>205</sup> « Le principe des rapports de bon voisinage [est] une règle positive du droit international général... » (cité par Verdross & Simmler, *loc.cit.*, § 1025). Dans le même sens, M. Costanza soutient que le droit du voisinage est un élément du droit international général avec un contenu coutumier reposant sur des principes généraux comme *sic uteri tuo* (*Gli Stati contermini nel diritto internazionale*, Palerme, 1975, spéc. p. 48 sq).

<sup>206</sup> « La souveraineté territoriale joue à la manière d'une présomption. Elle doit fléchir devant toutes les obligations internationales, quelle que soit la source... », Sentence du *Lac Lanoux, R.S.A.*, p. 301.

<sup>207</sup> Cf T.G.I. Paris, réf., 22 mai 2000, *Yahoo*.

<sup>208</sup> Ce qui dément l'affirmation de M. Chaissang, selon qui « Internet n'existe pas juridiquement » (« L'Internet et le droit pénal », *D.*, 1996.329, spéc. p. 332).

<sup>209</sup> Lavenue, *op.cit.*, p. 836.

<sup>210</sup> Cammarata, *op.cit.*; CSIS, *Cyber Threats and Information Security Meeting the 21st Century Challenge*, Washington, 2000, p. IV.

insaisissable en terme de souveraineté<sup>211</sup>. Trente ans après l'éther, c'est au tour de l'Internet d'être qualifié d'espace international.

Toutefois, le seul constat que l'Internet est un espace international ne nous satisfait pas pleinement. Ne pourrait-on pas franchir un pas de plus au delà d'un statut international passif ?

**56. Vers une internationalisation positive ?** Les espaces internationaux existants ont en commun une « internationalité » négative dans le sens où leur statut ne fait qu'interdire, notamment l'appropriation. Par contre, le concept d'internationalité positive permet :

« De confier à un organe représentant les intérêts de l'humanité, comme symbolisation de la communauté transtemporelle des peuples et des États, les pouvoirs nécessaires à la gestion de l'espace et des ressources qu'il contient. Il s'agit de tirer parti des avantages de l'affectation patrimoniale sans subir les inconvénients d'un accaparement individualiste »<sup>212</sup>.

La souveraineté nationale ne serait pas de nature à être affectée par cette internationalisation. Tout incident se déroulant sur le territoire d'un État ou affectant celui-ci tombera toujours sous le coup du droit national à l'instar de la réglementation portuaire par rapport au statut de la Haute mer.

Cette gestion internationale de la toile permettrait à tous les États de participer à ce nouvel espace tout en assurant entre autres la liberté de communication et d'information<sup>213</sup>, la liberté de pensée, la liberté du commerce, sans pour autant être une zone de non-droit<sup>214</sup>. Certes, l'on n'en est pas encore là, dans la mesure où les propositions de la Commission européenne plaçant pour une coordination internationale excluent pour le moment l'établissement d'une quelconque « autorité internationale ». Ceci étant, elle réclame déjà en matière de noms de domaines une gestion dans un « cadre international »<sup>215</sup> et plus globalement une « charte internationale » à statut non contraignant<sup>216</sup>. A cela s'ajoutent des considérations pratiques et techniques. Seul un statut international peut permettre une coopération sans faille, capable d'affronter les nouveaux défis tels les virus « mondiaux »<sup>217,218</sup>. C'est en ce sens qu'il faut saluer l'initiative du Conseil de l'Europe de

---

<sup>211</sup> Verdross & Simma, *Op.cit.*, § 1051.

<sup>212</sup> Dupuy, n° 676. Un tel modèle existe d'ailleurs déjà en ce qui concerne la Zone des fonds de mer dans le régime de la *Convention de Montego Bay*.

<sup>213</sup> Cette dernière est d'ailleurs protégée en tant que coutume internationale : Pinto, « La liberté d'information et d'opinion et le droit international », *J.D.I.*, 1981.459.

<sup>214</sup> Conclusions déjà dans le même sens : Lavenue, *op.cit.*, p. 834.

<sup>215</sup> COM (98) 50fin., 4 fév. 1998.

<sup>216</sup> *La mondialisation et la société de l'information, La nécessité de renforcer la coordination internationale*, Communication de la Commission, 1998.

D'ailleurs il existe d'ores et déjà une intense activité de consultation internationale en ce qui concerne la société d'information au vue des nombreux sommets dans les diverses instances internationales comme par exemple : G7 (1995), U.E. (1996), CNUDCI (1996), U.E. (1997), U.I.T. (1997), ISO (1997), O.C.D.E. (1997), T.A.B.D. (1997), Conseil de l'Europe (1997), APEC (1997), les sommets U.E.-U.S.A. (1997) et U.E.-Japon (1998), etc...

<sup>217</sup> Voir le « Pirate de Noël », qui prétendait avoir réussi à loger un virus dans l'annuaire *Yahoo*, utilisé par

préparer un projet de convention sur les crimes et délits dans l'espace virtuel, auquel se sont non seulement associés les États membres du Conseil, mais aussi les États-Unis, le Japon et l'Afrique du Sud<sup>219</sup>.

Mais en fin de compte, la réelle et seule justification n'est-elle pas d'ordre social ? Ainsi Cavaré avait-il souligné au sujet de la Haute mer :

« On n'a pu rejeter le principe de la liberté de la Haute mer qu'en faisant valoir de mauvaises raisons. Ni la découverte, ni l'attribution pontificale... ni la géographie ne peuvent empêcher les peuples de communiquer entre eux. Il y a là, en effet, un droit humain essentiel. [C'est] là l'argument social fondamental que l'on peut invoquer en faveur de la liberté des mers. [II] faut donc se placer sur le terrain social et non sur le terrain juridique pour justifier le principe de la liberté des mers »<sup>220</sup> ...

... ou celle de l'espace virtuel. N'oublions pas que le fait de permettre à un État de pouvoir unilatéralement rendre plus difficile l'accès au réseau – et non de l'interdire puisque cela est techniquement impossible – crée de nouvelles inégalités entre les hommes. Est-ce vraiment le but à rechercher ?

**57. Conclusion.** En attendant l'institutionnalisation d'une éventuelle gestion internationale de l'espace virtuel, rien n'empêche les États de modifier leurs droits positifs respectifs en prenant unilatéralement en considération le caractère international de l'espace virtuel. Le fait que celui-ci ne soit ni leur territoire, ni leur espace territorial ne leur interdit pas d'y réglementer les activités aux termes de la jurisprudence du *Lotus* de la Cour permanente de Justice internationale<sup>221</sup>. Selon le raisonnement de la Cour, tout État a une compétence législative illimitée et une compétence d'exécution limitée par les territoires des autres États. Il ne faudrait pas pour autant en conclure que la compétence d'exécution se limite à son territoire. Au contraire, cette dernière peut être exercée partout sauf sur le territoire d'un autre État<sup>222</sup>. Cette distinction est pourtant mal perçue en doctrine, surtout chez les auteurs de droit privé, qui pense qu'un statut d'espace international de l'Internet aurait pour conséquence de faire échapper celui-ci à tout contrôle étatique<sup>223</sup>. Et que ne l'on ne vienne pas prétendre que du fait de son internationalité, l'Internet ne pourrait être gouverné que par une seule loi « universelle »<sup>224</sup>, car, rappelons-le, la Haute mer a bien été régie par les lois étatiques durant

---

quelque 17 millions d'utilisateurs, tous potentiellement susceptibles d'être infectés ( *Le Monde*, 15 déc. 1997, p. 1), ou plus récemment les dégâts causés par le virus *IloveYou* (*Handelsblatt*, 12/5/2000, p. 8).

<sup>218</sup> En même temps, cela irait dans le sens du projet de code de conduite de l'O.C.D.E. sur le transfert de technologie qui prévoyait que « tous les peuples ont droit de profiter des perfectionnements et innovations de la science et de la technologie pour améliorer leur niveau de vie », in : Dupuy, *La Communauté...*, *op.cit.*, p. 129.

<sup>219</sup> Projet n° 25 sur la cyber-criminalité, 09/01/2001, <http://conventions.coe.int/treaty/FR/cadreprojets.htm>.

<sup>220</sup> Cavaré par Queuneud, *Droit international public positif*, 3° éd., Pédone, 1969, p. 6.

<sup>221</sup> C.P.J.I., *Lotus*, 7 sept. 1927, Série A, n° 9.

<sup>222</sup> Voir dans le même sens la position de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire dite du *Hamilton*, 207 U.S. 398 (1907).

<sup>223</sup> Rojinsky, *op.cit.*, n° 4.

<sup>224</sup> *Idem*.

quelques 300 ans, sans pour autant dénier le caractère d'espace international, avant qu'une convention internationale vienne mettre en œuvre une réglementation matérielle. Certes, cette dernière est souhaitable, mais certainement pas obligatoire. L'internationalité de l'espace virtuel neutralise le *dominium* de l'État, mais certainement pas son *imperium*.

En attendant l'avènement d'une « loi » propre à l'Internet, il n'y a donc aucun obstacle à ce que les États réglementent les activités dans l'espace virtuel.