



HAL
open science

Le principe de libre-circulation de l'information - Recherche sur les fondements juridiques d'Internet

Nicolas Ochoa

► **To cite this version:**

Nicolas Ochoa. Le principe de libre-circulation de l'information - Recherche sur les fondements juridiques d'Internet. 2016. halshs-01531301

HAL Id: halshs-01531301

<https://shs.hal.science/halshs-01531301>

Preprint submitted on 1 Jun 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Le principe de libre-circulation de l'information. Recherche sur les fondements juridiques d'internet.

Par Nicolas Ochoa, Docteur en droit public de l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Pour certains auteurs, « l'Internet est né sans que l'on s'en rende compte »¹. Il y aurait ainsi un « fait Internet » imposant ses contraintes à l'univers juridique, tout en lui étant fondamentalement étranger car d'origine purement technologique². Ce constat n'est que partiellement vrai car, en tant que tel, internet est la résultante contemporaine d'un enchevêtrement de politiques internationales engagées dès le XIX^{ème} siècle. L'internet se définit comme un service global de communications dématérialisées permettant à toute personne connectée d'émettre et de recevoir des données informatiques indépendamment de sa localisation physique. A proprement parler, il ne constitue pas une infrastructure distincte des réseaux nationaux de communication. Il n'advient que du fait de l'interconnexion de ces réseaux nationaux entre eux, ce qui a pu conduire à le définir à juste titre dans le langage courant comme le « réseau des réseaux ». Or, en dépit de son importance fondamentale dans notre quotidien, la question de son fondement juridique n'a, à notre connaissance, pas été posée de manière systématique. La thèse que nous soutenons est qu'internet trouve son fondement juridique dans l'existence d'un principe de libre-circulation de l'information.

En soi, internet ne constitue qu'une conséquence pratique d'une évolution plus globale, connue sous l'expression de « Société de l'information ». Cette dernière expression désigne l'ensemble des bouleversements sociaux nés du développement de la technologie informatique à partir de la seconde guerre mondiale. Ces progrès ont permis l'apparition de nouveaux usages sociaux ou de nouveaux modes d'organisation institutionnels qui, tous, nécessitent l'existence d'une liberté de principe dans le traitement rationnel de l'information. La Société de l'information est une société dans laquelle l'aptitude organisationnelle croît à raison de l'automatisation de l'informatique par le procédé technique de l'ordinateur³. En effet, elle se caractérise par le développement de technologies qui permettent, d'une part, d'automatiser l'opération auparavant purement humaine de traitement rationnel des données, donc de traiter plus d'informations plus rapidement⁴ et, d'autre part, par le détachement de l'information de son support physique⁵, ce qui permet de la faire circuler de plus en plus librement par delà les frontières. A ce titre, la Société de l'information

1 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques, op. cit.*, p. 24: « l'Internet est né sans que l'on s'en rende compte: ce réseau ne résulte pas de la volonté d'un administration décidant de débloquent des fonds pour construire une infrastructure destinée à véhiculer des données dans le cadre d'un réseau créé *ex nihilo*, comme cela a été le cas pour le réseau câblé de la télévision installé dans les villes françaises, par exemple. L'infrastructure de l'Internet a été financée par les organismes qui ont mis en place les réseaux dont ils avaient besoin et qu'ils ont ensuite rattaché à l'Internet ».

2 TÜRK Pauline, « La souveraineté des États à l'épreuve d'internet », *RDP*, 2013, n° 6, pp. 1489-1521, sp. p. 1497.

3 Il ne faut pas confondre ce procédé qu'est l'ordinateur avec l'informatique, comprise comme la « Science du traitement rationnel, notamment par machine informatique, de l'information considérée comme le support des connaissances et des communications dans les domaines technique, économique et social » (arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 625.).

4 Cela permet alors d'opérer la gestion automatisée ou semi-automatisée de phénomènes complexes, permettant ainsi d'accroître la rapidité et la fluidité d'opérations nécessitant le contrôle de l'information. Ainsi, un scan biométrique permet une identification parfaite de manière automatique, là où des recherches manuelles pourraient prendre plusieurs heures voire journées pour le même résultat.

5 C'est essentiellement le cas depuis la généralisation de la numérisation, qui permet de réduire n'importe quelle information à une succession de 0 et de 1.

peut légitimement être conçue, seule⁶ ou en coopération avec d'autres innovations technologiques⁷, comme la troisième révolution industrielle qu'a connu le monde. En effet, « les flux de données numériques sont au XXI^{ème} siècle ce que furent l'électricité ou les chemins de fer pour les siècles précédents: ils irriguent l'ensemble des secteurs de la société, sont garants de sa cohésion, sont vitaux pour son industrie, ses services et son administration »⁸. Peut-on aujourd'hui imaginer de vivre sans ordinateur et/ou sans téléphones portables, procédés impliquant tous deux par principe le traitement rationnel de l'information ?

Le principe de libre-circulation de l'information doit être considéré comme structurant la Société de l'information car, au delà des changements techniques, il traduit un projet politique cohérent : la doctrine américaine du *free flow of information*, mise en œuvre de manière constante depuis la fin de la seconde guerre mondiale⁹. Cette doctrine a initialement une visée militaire, se comprenant dans le cadre de la guerre froide comme une politique de libre circulation mondiale de l'information à des fins de propagande contre le bloc de l'Est. S'y est adjoint très rapidement un intérêt économique aujourd'hui dominant : celui de la libéralisation économique du secteur des services, hier dans le cadre du GATT, aujourd'hui dans celui de l'OMC¹⁰. Cette politique trouve une concrétisation dans l'établissement d'un réseau mondial de communications dématérialisées, ce qui est chose faite à partir du moment où « en 1965, Washington propose aux « pays du monde libre » le premier système de communication à couverture globale: *Intelsat (International Telecommunications Satellite Consortium)* »¹¹. Aujourd'hui, la libre circulation de l'information apparaît comme une politique globale partagée par les institutions internationales poursuivant une finalité de libéralisation économique (OMC), de développement (ONU) et de construction et d'entretien d'une infrastructure mondiale de communications dématérialisées (UIT)¹².

Ce principe de libre circulation de l'information, fondement juridique d'internet, présente donc des enjeux considérables. Pour autant, sa présence autant que sa définition en droit positif est rare, laissant planer le doute sur la réalité de son identité. En effet, ce principe est employé par le droit positif sans être explicitement défini.

Au sortir de la Seconde guerre mondiale, on trouve dans les instruments des Nations Unies des références à des expressions avoisinantes comme celle de « liberté de l'information »¹³. De même, l'idée d'une libre circulation de l'information figure assez tôt en tant que conséquence logique

6 MATTELART Armand, *Histoire de la société de l'information*, 4^{ème} édition, La Découverte, 2009.

7 Voir par exemple : RIFKIN Jérémy, *La troisième révolution industrielle*, Broché, 2012.

8 *La société et l'économie à l'aune de la révolution numérique – Enjeux et perspectives des prochaines décennies (2015-2025)*, Rapport de la commission présidée par Alain BRAVO, Centre d'analyse stratégiques, La Documentation française, 2009, quatrième de couverture.

9 MATTELART Armand, *Histoire de la société de l'information*, La découverte, 2009, 4^{ème} édition, p. 30.

10 MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 36 : « Sur le plan diplomatique, dès la fin de la Seconde Guerre mondiale, le département d'État s'est employé à légitimer auprès des organismes des Nations unies sa doctrine du libre flux de l'information (*free flow of information*), de plus en plus assimilée à celle du libre-échange. Une doctrine qu'il oppose à celle du Kremlin, arrimé à la thèse de la souveraineté nationale et interprétant tout débordement des frontières comme « ingérence » ou « agression » ».

11 MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 36.

12 Pour une analyse de cette évolution non pas en termes juridiques mais en termes sociologiques et politiques, voir MATTELART Armand, *op. cit.*, p. 63 et ss, sp. pp 71-73.

13 Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 59 (I), *Convocation d'une conférence internationale sur la liberté de l'information*, 65^{ème} séance plénière, 14 décembre 1946, deuxième considérant: « La liberté de l'information implique le droit de recueillir, de transmettre et de publier les nouvelles en tous lieux et sans entraves ».

d'une application effective du principe de liberté d'expression¹⁴.

Il faut toutefois attendre les débuts de la télématique¹⁵ pour que l'expression apparaisse en tant que telle dans certains instruments régionaux. Son occurrence est rare car elle apparaît essentiellement dans les instruments techniques de réglementation des traitements de données personnelles¹⁶. Ainsi, à notre connaissance, la première formulation en droit positif du principe de libre circulation de l'information est le fait de la Convention n° 108 du Conseil de l'Europe, en date du 28 janvier 1981, pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel. En effet, son préambule mentionne comme une « valeur fondamentale » celle de « la libre circulation de l'information entre les peuples ». Il convient de noter que l'on retrouve alors, dans les instruments relatifs à l'encadrement des traitements de données personnelles, soit des expressions approchantes mais plus restreintes comme le principe de « libre circulation des données personnelles »¹⁷, soit des expressions plus au contraire plus floues comme celle de « flux transfrontières de données »¹⁸. Enfin, plus récemment, des formules approchantes se trouvent de plus en plus employées par le juge de l'UE, comme celle la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations »¹⁹, la « liberté d'information » ou la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations »²⁰, « la liberté d'information »²¹.

Malgré cette présence de plus en plus sensible dans le droit positif de ce principe de la libre circulation de l'information, ce dernier n'a, à notre connaissance, pas fait l'objet d'une définition en tant que telle. Face à une telle absence, hasardons une hypothèse : dans une acception littérale, la libre circulation de l'information consiste en la liberté de faire transiter sans entraves des informations de toute nature indifféremment des considérations de frontières. Une telle définition n'est pas sans évoquer immédiatement le principe de liberté d'expression, à un degré de similitude tel que se pose légitimement la question : quelle est l'autonomie du principe de libre circulation de l'information face à celui de liberté d'expression ?

14 DUDH, article 19: « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et *celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ». De même, l'article 10,1 de la CESDH dispose dans le même ordre d'idées que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

15 L'expression, aujourd'hui datée, désigne le couplage au tournant de la fin des années 1970 entre les technologies de l'informatique (traitement rationnel de l'information) et des télécommunications. La télématique permet de donner à l'ordinateur une portée qui n'est pas limitée à son seul support physique, ouvrant la voie à l'internet tel que nous le connaissons. Le réseau Minitel en France, aujourd'hui disparu, en est la première application grand public.

16 Pour un aperçu de la fonction réelle de ces instruments, voir OCHOA Nicolas « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue Française de Droit Administratif*, 2015, n° 6, pp. 1157-1173.

17 La consécration de ce principe dans l'ordre communautaire est l'objet même de la Directive 95/46/CE du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JO L 281 du 23/11/1995, p. 31.

18 Protocole additionnel à la Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, concernant les autorités de contrôle et les flux transfrontières de données, STE n° 181, signé le 8 novembre 2001, en vigueur depuis le 1er juillet 2004.

19 CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, §§ 50 et 53.

20 CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, respectivement §§ 50 et 51.

21 CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, respectivement §§ 47 et 55.

Ce qui distingue la libre circulation de l'information du principe de liberté d'expression, c'est qu'il permet juridiquement de fonder la communication de l'information comme moyen, et non comme fin. En effet, dans la liberté d'expression, l'information au public est une fin en soi. Mais elle laisse de côté la communication des informations banales, qui n'ont pas de finalité d'information du public, se contentant de prolonger des intérêts légitimes tiers. Or, c'est le propre de la Société de l'information que de permettre de trouver de nouveaux usages à l'information, notamment à des finalités organisationnelles. A cet égard, le développement des Nouvelles Technologies de l'Information et de la Communication (NTIC) a permis d'accélérer très notablement le phénomène de constitution d'entités multinationales, ainsi que la coopération internationale d'institutions nationales déjà existantes. Tout cela implique un accroissement de la circulation transfrontières d'informations banales, n'ayant aucune visée d'information du public car relatives à l'organisation de ces institutions ou de ces coopérations. A titre d'exemple, la gestion quotidienne d'une multinationale suppose par principe, à des fins élémentaires de coordination, l'existence de flux transfrontières d'informations relatives aux ressources humaines ou à l'exercice du pouvoir hiérarchique de direction.

Le principe de libre-circulation de l'information trouve donc sa raison d'être en ce qu'il permet de traduire sur le plan juridique la globalité de la démarche réalisée dans le cadre des politiques internationales menées pour assurer la Société de l'information. Concrètement, il permet de penser l'idée d'une libre circulation de l'information de manière abstraite et inclusive, sans exclure *a priori* des domaines comme celui des droits de l'homme²² ou celui de la libéralisation économique²³. Il fonde juridiquement la circulation de l'information banale, n'ayant pas pour finalité l'information du public.

La question du fondement de ce principe n'a, à notre connaissance, été esquissée que par un seul auteur spécialisé dans le domaine²⁴, Patrick Thieffry, qui pose la question du double fondement juridique du principe de libre-circulation de l'information. Il identifie ce principe comme une liberté économique facilitant le commerce électronique²⁵ mais il fonde principalement cette liberté sur la liberté d'expression telle que garantie notamment par l'article 10 de la CESDH,

22 Pour un exemple, voir COMBACAU Jean, SUR Serge, *Droit international public*, 8^{ème} édition, Montchrestien, 2008, p. 460, au commencement du chapitre consacré au droit des communications: « On exclura les communications d'ordre intellectuel et culturel, et plus généralement l'ensemble des problèmes liés à la circulation des informations, qui ne relèvent pas à proprement parler d'un régime spatial, mais davantage des droits de l'homme ». À notre connaissance, cet ouvrage de droit international public est le seul qui l'évoque, fût-ce pour l'exclure.

23 BENYKHELF Karim, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, thèse, Thémis – Université de Montréal, 1992, p. 297: « La référence continue au principe de la libre circulation de l'information, en ce qui concerne le secteur des transmissions de données personnelles, relève d'une erreur d'appréciation initiale, pour ne pas dire d'une imposture. On n'a jamais en effet invoqué ce précepte pour ce qui est du télex ou de la correspondance. Là encore, les formidables enjeux économiques dont les technologies de la communication électronique sont porteuses sont à l'origine, croyons-nous, de cette extension, inacceptable au strict plan juridique, du principe de la libre circulation de l'information. La libre circulation est alors mise de l'avant non pas pour assurer le respect des droits fondamentaux, mais bien plutôt pour conforter des intérêts commerciaux. La libre circulation de l'information se confond dès lors avec le libre échange ».

24 Il convient toutefois de signaler que la situation avait été très tôt dépeinte par le professeur Jacqué. Voir ainsi JACQUÉ Jean-Paul, « Droit international public et informatique », in *Émergence du droit de l'informatique*, Actes des deuxièmes entretiens de droit de l'informatique de Nanterre organisés les 11 et 12 mai 1982, Édition des Parques, 1983, p. 127.

25 THIEFFRY Patrick, *Commerce électronique: droit international et européen*, Litec, 2002, p. 85 et pp. 128-138.

en relevant l'importance de cette liberté en matière de protection de l'activité publicitaire. Il se pose néanmoins la question de savoir si l'on ne pourrait pas fonder cette liberté sur une ou plusieurs libertés communautaires²⁶. Une telle démarche est novatrice et n'a, à notre connaissance, été exprimée que très rarement par la doctrine. En effet, hormis l'analyse de ce premier auteur, seul les professeurs Christian Jongen d'une part, Christian Gavalda et Gilbert Parleani ont évoqué la question.

Le premier de ces auteurs limite certes son analyse à la liberté de communication audiovisuelle, mais elle nous semble pouvoir être utilisée pour établir la généalogie du principe général de libre communication. En effet, pour cet auteur, « si l'on tente d'analyser le contenu de la liberté de communication audiovisuelle, on constate qu'elle procède à la fois de la liberté d'expression et de la liberté d'entreprise »²⁷. Il appuie sa démonstration sur la décision *Sacchi* de la CJCE, au terme de laquelle « l'émission de messages télévisés, y compris ceux ayant un caractère publicitaire, relève, en tant que telle, des règles du traité relatives aux prestations de service »²⁸. En se basant sur cette jurisprudence ainsi que sur la décision *ERT* de la CJCE aboutissant à faire découler la liberté publicitaire de la liberté d'expression²⁹, cet auteur met en lumière ce qu'il y aurait d'artificiel à concevoir, aujourd'hui, la libre communication audiovisuelle dans une pure optique d'information du citoyen³⁰.

Les professeurs Gavalda et Parleani rappellent, eux, que le fondement de cette liberté de communication de l'information se trouve dans la jurisprudence de la CJCE telle qu'interprétant l'article 10 dans l'arrêt *ERT* précité, ces deux auteurs considèrent que « cette liberté de communication, il est vrai, transcende chacune des libertés de circulation reconnues par le droit communautaire. Elle concerne la libre circulation des marchandises des marchandises que sont les journaux, les livres, les disques audio et vidéo. Elle s'exerce aussi, et de plus en plus, au moyen de la liberté de prestation de services (télévision, radio, communications électroniques, internet...). La liberté de circulation des personnes (établissement) est, de son côté, une des formes possibles de la liberté de circulation des idées. (...). *On peut même estimer, à l'aube du XXI^{ème} siècle, que la liberté de communication est devenue la présupposée logique (Voraussetzung) de toute relation économique* »³¹.

Adhérant à la position soutenue par ces auteurs, nous soutenons l'idée qu'il existe en droit international un principe de liberté de circulation de l'information dont le fondement est à parts relativement égales la liberté de prestation de service et la liberté d'expression. La raison d'être de

26 THIEFFRY Patrick, *op. cit.*, p. 85 et pp. 129-130.

27 JONGEN François, *La police de l'audiovisuel, Analyse comparée de la régulation de la radio et de la télévision en Europe*, thèse, Bruylant, 1994, p. 24.

28 CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi, prec.*, §6.

29 CJCE, 18 juin 1991, *ERT c/ DEP*, aff. C-260/89, Rec. 1991, p. I-02925.

30 JONGEN François, *op. cit.*, p. 31 : « Concevoir l'audiovisuel en termes d'opinion et d'expression procède en effet d'une fiction qui ne correspond plus à la réalité actuelle. L'évolution est patente : aujourd'hui, nombre de radios et de télévisions ne cherchent plus à véhiculer un message, mais simplement à fournir un programme aussi attractif que possible, de manière à disposer d'une large audience et, partant, d'importantes recettes publicitaires. Et, si ces stations continuent, dans leurs discours officiels, à se revendiquer des grands principes de la liberté d'expression, d'est avant tout pour bénéficier de la protection juridique et de la connotation affective attachées à celle-ci. À côté de l'ancien modèle de l'audiovisuel « d'expression » offrant, en sus des messages véhiculés, du divertissement dont la fonction reste accessoire – attirer le public vers la chaîne et, par là même, donner une audience aux dits messages – , s'est développé un modèle d'audiovisuel de pur divertissement, pour lesquels ce sont avant tout les règles économiques et commerciales qui devraient être appliquées ».

31 GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^{ème} édition, Litec, 2010, p. 49.

l'affirmation progressive d'un principe de libre-circulation de l'information tient à une volonté initiale de ne pas entraver la libéralisation globale des services (I). Ces enjeux fondamentaux ont été relayés par le principe de liberté d'expression, qui a progressivement muté pour accueillir Les enjeux économiques et techniques afférents à la liberté de prestation de services (II).

I/ Un fondement originel: la liberté de prestation de services

Historiquement, la libre circulation de l'information est impliquée par le caractère internationalisé d'une prestation de services particulière: les communications dématérialisées³² (A). Plus récemment, elle est impliquée par la libéralisation internationale du commerce des services (B).

A/ Une liberté initialement impliquée par le service public international des communications dématérialisées

La libre circulation de l'information est la conséquence de l'existence déjà ancienne d'un service public international de communications dématérialisées: le télégraphe, puis le téléphone, puis les communications électroniques. Internet ne constitue ainsi que la forme la plus aboutie d'un service public déjà ancien. Mais considérer du point de vue du droit public les communications dématérialisées pose un premier problème : celui de la définition de la notion même de service public international (1). Passé ce cap, le droit international positif encadrant ces communications apparaît clairement comme organisant un tel service public dans l'ordre international (2).

1) La pertinence de la notion de service public international

La notion de service public international n'est que rarement employée dans le droit positif comme en doctrine. Elle est pourtant pourvue d'une consistance certaine et trouve pleinement à s'appliquer au réseau international de communications dématérialisées. Malgré cela, son emploi contemporain à propos de cette activité particulière est particulièrement rare. Dans les années 1970, il pouvait encore arriver que les services de communication internationale soient qualifiés en doctrine de service public international³³. Mais le recours à cette expression pourtant pertinente n'est plus utilisé depuis que l'intensification quantitative et qualitative des communications internationales du fait de la généralisation de l'usage des NTIC auprès du grand public a eu pour conséquence de placer ce secteur d'activités dans le champ de compétence droit international économique³⁴ et, dans une moindre mesure, dans la politique d'aide au développement encadrée

32 Cette appellation désigne tous les moyens permettant une communication dématérialisée, du télégraphe jusqu'à internet. Elle permet de faire la distinction d'avec les communications nécessitant un support, comme les communications postales.

33 ROUSSEAU Charles, *Droit international public*, Sirey, 1974, Tome II, p. 40: les conventions internationales adoptées à cette époque dans ce domaine constituent « une sorte de territoire commun idéalement affecté aux services publics internationaux ».

34 RUIZ FABRI Hélène, « Immatériel, territorialité et État », *Archives de philosophie du droit*, n° 43, 1999, p. 198: « Simplement, parler à propos de ces communications de services publics internationaux n'est plus un détour que

par l'ONU. La raison essentielle en est que la généralisation des NTIC a conduit à amorcer dans les faits la libéralisation internationale de l'échange des services. Pour ainsi dire, l'intérêt général international à la base de ce service public international a été inclus dans des problématiques plus vastes.

La notion de service public international est issue de l'évolution du droit international public dans le sens d'une ouverture aux thématiques du droit administratif, constatée dès la fin du XIX^{ème} siècle. Elle a fait l'objet d'une théorisation dans le cadre de deux écoles de pensée distinctes mais cohérentes : l'école du droit administratif international dans la première moitié du XX^{ème} siècle, et « l'école objectiviste du droit international fondée par Léon Duguit et portée par George Scelle »³⁵. Seule cette dernière nous intéresse en l'espèce. Le point de départ de l'école du service public international réside dans l'emprunt et l'adaptation par Georges Scelle de la thèse développée par Léon Duguit dans son ouvrage *Les transformations du droit public*³⁶. Ce dernier y définit le service public comme « toute activité dont l'accomplissement doit être réglé, assuré et contrôlé par les gouvernants, parce qu'il est indispensable à la réalisation et au développement de l'interdépendance sociale et qu'il est de telle nature qu'il ne peut être assuré complètement que par l'intervention de la force gouvernante »³⁷. Cet auteur envisage explicitement l'extension de sa conception de l'interdépendance sociale comme fondement du droit dans l'ordre interne³⁸ au droit international³⁹. De la même façon que cette interdépendance exige la création de services publics dans l'ordre interne, l'interdépendance sociale internationale implique la création de services publics internationaux⁴⁰.

Georges Scelle va systématiser cette conception dans le cadre de ses recherches en droit international. Il adopte comme postulat de départ la conception duguiste du droit international fondé sur une solidarité intersociale : « Toutes les sociétés composées, toutes ces collectivités intersociales secrètent, par cela seul qu'elles existent, leurs propres normes juridiques, afin d'assurer le maintien et le développement de la solidarité qui leur sert de base. Insistons sur ce *fondement* du Droit international »⁴¹. Il définit ainsi de manière synthétique la notion de service public international : « Il y a service public international, au sens large, toutes les fois que les gouvernants et agents étatiques collaborent pour donner satisfaction à un besoin de sociabilité de la communauté internationale »⁴². Il distingue ce service public international « proprement dit » de

l'on fait aujourd'hui. Ce n'est pas nécessaire puisqu'on a fait le choix idéologique clair de la libéralisation. Mais cela n'enlève rien au besoin de coordination ».

35 DESINGLY Aurélien, *L'union européenne entrepreneur du service public international*, thèse, L'Harmattan, 2011, p. 25.

36 DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913.

37 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 51.

38 DUGUIT Léon, *L'État, le droit objectif et la loi positive*, Fointemoing, 1901, rééd., Dalloz, 2003, p. 23 et ss.

39 DUGUIT Léon, *Traité de droit constitutionnel*, Tome 1, 3^{ème} édition, de Bocard, 1927, p. 184 et ss, sp. p. 186.

40 DUGUIT Léon, *op. cit.*, pp. 724-725 : « S'il y a une solidarité intersociale, elle exige la création de services publics intersociaux, comme la solidarité intrasociale exige la création de services publics internes. (...). Si l'on étudie en détail le droit international moderne, il serait aisé de montrer que la création et le fonctionnement de services publics internationaux devient l'objet par excellence du droit international moderne. La Société des Nations, qu'a créée le traité de Versailles, n'est en réalité pas autre chose qu'un grand service public de défense commune (...) ».

41 SCHELLE Georges, *Précis de droit des gens*, première partie, Sirey, 1932, p. 30. Voir également p. 29 : « Pas plus que nous ne rencontrons de société entièrement homogène et indifférenciée, pas plus n'en rencontrons nous de totalement étanche et isolée. Le phénomène de solidarité déborde les sociétés étatiques pour former les sociétés internationales ».

42 SCHELLE Georges, *Droit international public, Manuel élémentaire avec les textes essentiels*, Domat-Montchrestien, 1944, p. 443.

l'hypothèse d'une collaboration entre des services publics nationaux afin d'assurer leur continuité réciproque⁴³. Son critère de distinction permet dans le même temps de définir les éléments constitutifs de la notion de service public international : l'existence d'un traité définissant l'objet et les modalités du service et son application par une institution spécialisée⁴⁴. Il définit ce type d'institutions comme des établissements publics internationaux, au delà de leurs appellations variées : « On les désigne d'ordinaire sous le nom d'*Unions*, parfois de *Commissions* ou *Bureaux* »⁴⁵. De manière synthétique, il définit l'ensemble de ces services publics internationaux comme l'expression d'un fédéralisme spécialisé⁴⁶.

Le professeur Chaumont va approfondir cette notion, dans le cadre de ses travaux après la seconde guerre mondiale. Reprenant les postulats des thèses de Léon Duguit et de Georges Scelle⁴⁷, il apporte une première plus-value en justifiant le choix de l'utilisation en droit international d'un concept issu du droit interne⁴⁸. Il définit le service public international par la réunion de deux éléments. Le premier est objectif et concerne l'existence d'un intérêt général international. Le second, qu'il qualifie de subjectif, concerne la perception individuelle par les dirigeants nationaux de cet intérêt général et de son importance pour le développement de la solidarité intersociale⁴⁹. La nécessité de le rendre efficace justifie la création de procédés de gestion⁵⁰. La solution la plus aboutie à cet égard, et la première que le professeur Chaumont envisage, est la solution de l'établissement public international⁵¹. Prolongeant ses travaux, le

43 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 444.

44 SCELLE Georges, *op. cit.*, pp. 444-445.

45 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 444 : « Lorsque l'on parle de *service public international* proprement dit, on se réfère à une *création institutionnelle* des gouvernements de la collectivité internationale intéressée, à un service public *immédiat* directement issu d'une convention ou d'un traité, doté d'une certaine autonomie dans son fonctionnement, disposant d'agents spécialisés et investis de compétences *conventionnellement déterminées*, souvent même d'un « statut » international, même s'ils continuent à être choisis par les gouvernants étatiques. D'une certaine façon, on peut dire qu'il s'agit alors d'*établissements publics internationaux* »

46 SCELLE Georges, *op. cit.*, p. 445.

47 CHAUMONT Charles, « Perspectives d'une théorie du Service public à l'usage du Droit international contemporain », in *La technique et les principes du droit public, Études en l'honneur de Georges Scelle*, Tome 1, LGDJ, 1950, p. 115.

48 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 118 : « L'existence de catégories, dans un ordre juridique déterminé, ne dépend pas uniquement des données de la législation positive de cet ordre : elle est avant tout le fruit de l'évolution sociale et des nécessités de l'adaptation du Droit à cette évolution. C'est dire que, quelles que soient les modalités d'application de telle ou telle catégorie dans un ordre interne, et les caractères originaux que cette application peut revêtir dans cet ordre, on ne doit pas en conclure que cette catégorie ne peut trouver d'application dans un autre ordre. En d'autres termes, une conséquence inévitable du principe de l'identité de technique de tous les ordres juridiques, c'est la possibilité du transfert d'une catégorie d'un ordre juridique à un autre ».

49 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, pp. 120-121.

50 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 123.

51 L'auteur envisage également dans son article précité les solutions de la concession de service public et de l'entreprise d'intérêt général. Ces dernières ne s'appliquant pas au présent sujet, il n'en sera pas fait davantage mention. Mais il convient de relever que, pour cet aspect spécifique de la communication par internet qu'est l'attribution et la gestion des noms de domaines pour tout le réseau, la solution de l'entreprise d'intérêt général a été explicitement choisie. Ainsi, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN)*, société de droit privé californien, est chargée de cette tâche pour l'ensemble du réseau mondial. Elle joue le rôle d'un organisme attributaire et gestionnaire de l'équivalent d'un annuaire pour les adresses des sites internet : sans elle, nous serions contraints d'entrer, en guise d'adresse dans nos navigateurs internet, non pas une adresse renvoyant à une dénomination en lettres et en mots, mais une longue suite de chiffres ne donnant en soi aucune information sur la nature du site. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle le nommage a été explicitement considéré comme un service public par le juge administratif, dans son arrêt CE, 10 juin 2013, *AFNIC*, req. n° 327375. Pour une étude détaillée sur cette question, voir DU MARAIS Bertrand, « Le service public du nommage, consécration et limites », *RFAP*, 2013/2, n° 146, pp. 299-312.

professeur Adam ira jusqu'à définir la notion d'établissement public international comme synonyme de la notion de service public international⁵².

Enfin, le professeur Chemillier-Gendreau remarque dans sa thèse sur *Le principe de continuité du service public international* que le développement des services publics dans l'ordre interne, dû aux progrès technologiques survenus tout au long du XIX^{ème} siècle, est concomitant de celui des services publics intervenant dans l'ordre international, avec toutefois un « léger décalage dans le temps »⁵³. Elle remarque que cette évolution n'a pas conduit à la création immédiate de services publics internationaux, mais à deux étapes bien distinctes. La première est caractérisée par une recherche de coordination des services publics nationaux entre eux par les autorités nationales et s'analyse comme un premier effort de coopération internationale : « A ce stade, les besoins communs restent satisfaits dans chaque pays par des organes nationaux, mais les relations internationales nécessitent une coordination entre ces services ; cela ne se fait pas par le traditionnel canal des relations diplomatiques et par le truchement d'un accord bi-latéral ou multi-latéral, mais par quelque chose de plus, à savoir : par un organe international permanent superposé aux organes nationaux d'exécution. L'institution Internationale coiffe donc les services nationaux, les coordonne mais ne les remplace pas dans les tâches d'exécution, et reste un organe de discussion et non de décision »⁵⁴. Elle donne de la notion de service public international la définition la plus aboutie à ce jour : « On appelle service public international la satisfaction apportée à un besoin d'intérêt général international ressenti par les États et sous un régime juridique spécial par un organisme public mis en place, soit directement par accord intergouvernemental, soit par le truchement d'une Organisation Internationale déjà constituée »⁵⁵.

2) Les communications dématérialisées, service public international

Cette activité est reconnue dans l'ordre interne comme un service public et dans l'ordre de l'UE comme un service universel⁵⁶. Son principe a connu plusieurs déclinaisons techniques : d'abord dans le cadre des communications télégraphiques, puis dans celui des télécommunications et des communications électroniques. La prise en charge juridique de cette activité s'est alors déployée dans le cadre du droit administratif interne et de son concept de service public. Mais par essence même, le secteur des communications est conçu comme un « domaine d'interdépendance » impliquant par principe la relativisation des frontières nationales, à l'instar de la communication postale ou du réseau ferroviaire⁵⁷. En effet, cette activité ne concerne pas seulement le réseau de

52 ADAM Henri Tassin, *Les établissements publics internationaux*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit international, Tome III, 1957, p. 10.

53 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *Le principe de continuité du service public international*, thèse, Nancy, 1965, p. 36.

54 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *op. cit.*, p. 37.

55 CHEMILLIER-GENDREAU Monique, *op. cit.*, pp. 54-55.

56 Directive 2002/22/CE du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »), *JOCE* L 108 du 24 avril 2002, p. 51.

57 RUIZ FABRI Hélène, *op. cit.*, p. 198 : « le secteur des communications est par nature un domaine d'interdépendance et, d'ailleurs, on peut facilement présenter le droit international comme le droit des communications, le *Jus communicationis*. Depuis longtemps, les communications, quelle que soit leur nature, font l'objet de réglementations internationales. Ce fut d'abord vrai des moyens « matériels » de communication comme le chemin de fer, mais aussi les communications postales. Mais, très tôt, la question des communications immatérielles s'est posée avec le télégraphe. D'emblée, on a conçu une réglementation internationale puisqu'il s'agissait d'une question d'intérêt commun ».

communications propre à l'ordre interne mais s'étend à la communication avec d'autres réseaux nationaux. L'interconnexion entre le réseau national français et des réseaux nationaux étrangers constitue une extension internationale de la prestation de service public interne. Elle constitue à ce titre un service public dont les aspects internationaux sont indissociables de leurs aspects internes, sauf à faire perdre une majeure partie de son intérêt au seul réseau interne.

L'interconnexion des premiers réseaux nationaux de communication a nécessité, dès 1865, la constitution de l'Union Internationale des Télégraphes à l'issue de la conférence télégraphique internationale de Paris. Cette convention donne naissance à la première organisation internationale de l'époque moderne en matière administrative, l'Union Internationale des Télégraphes⁵⁸, qui organise ainsi le premier service public international de l'époque contemporaine sous forme d'une union administrative⁵⁹. Cet effort d'interconnexion des réseaux nationaux de communication, quelque soit la technologie employée, a été confirmé peu après, en 1906 à Londres, en matière de radio avec l'instauration d'une Union de la Radio Télégraphie. Dès 1932, ces deux organisations ont fusionné au sein de l'Union Internationale des Télécommunications (UIT), qui devait être intégrée dès 1947 dans l'ONU en tant qu'organisation administrative spécialisée, à l'issue de la conférence des plénipotentiaires tenue à Atlantic City.

Cette rationalisation administrative permet également pour la première fois d'apporter une définition précise de l'objet de l'UIT⁶⁰. En effet, jusqu'en 1947, cet objet n'est défini que de manière allusive par les conventions télégraphiques internationales. Un service public international se trouve ainsi identifié et constitué juridiquement sans que ses objectifs en terme d'intérêt général international n'aient été précisément définis. La Convention de Paris de 1865 demeure jusqu'à la conférence d'Atlantic City de 1947 le texte le plus prolixe sur ce point, ce qui en dit long sur cet état de carence. Ainsi, en guise de préambule, les participants se déclarent « animés du désir d'assurer aux correspondance télégraphiques échangées entre leurs États respectifs les avantages d'un tarif simple et réduit, d'améliorer les conditions actuelles de la télégraphie internationale, et d'établir une entente permanente entre leurs États, tout en conservant leur liberté d'action pour les mesures qui n'intéressent point l'ensemble du service »⁶¹. Cette formulation en termes encore vagues de l'intérêt général international s'attachant à l'interconnexion mondiale des réseaux nationaux de communication s'accompagne de la consécration d'un véritable droit reconnu à « toutes personnes » de « correspondre au moyen des télégraphes internationaux »⁶². Ce droit implique deux obligations principales des États contractants au bénéfice du public. Ils s'engagent ainsi « à prendre toutes les dispositions nécessaires pour assurer le secret des correspondances et leur bonne expédition »⁶³.

La qualification de service public international n'est dans un premier temps que faiblement aidée par le droit positif lui-même. En effet, dans la Convention de Paris, qui constituera le modèle des conventions du genre jusqu'en 1947, l'accent est davantage mis sur les opérations matérielles

58 MOYNIER Gustave, *Les bureaux internationaux des unions universelles*, A. Cherbuliez, 1892, p. 13.

59 Pour une analyse détaillée de l'origine et des moyens de cette première union universelle, voir MOYNIER Gustave, *op. cit.*, pp. 13-36.

60 Pour une présentation générale et systématique de cet organisme, voir ARES Chantal et De CADARAN Anne, « Postes et télécommunications », *Répertoire international Dalloz*, 1998.

61 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), in Documents diplomatiques de la conférence télégraphique internationale de Paris, Paris, Imprimerie impériale, 1865, p. 1.

62 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 4.

63 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 5.

nécessaires à la constitution de ce que son titre premier appelle le « réseau international ». Ces opérations consistent pour l'essentiel en une mise à disposition de la part des États membres de moyens techniques spécifiques et performants⁶⁴, de manière continue⁶⁵ et au moyen d'appareils normalisés⁶⁶.

Un tel effort de définition ne sera faiblement relayé au XIX^{ème} siècle que par la convention issue de la conférence de Saint-Pétersbourg en 1875. Son préambule précise ainsi que les États participants se rencontrent « animés du désir de garantir et de faciliter le service de la télégraphie internationale »⁶⁷. Cette convention semble mettre en avant ce qui constitue selon les plénipotentiaires de l'époque l'intérêt majeur, à savoir le droit reconnu à « toutes personnes » de « correspondre au moyen des télégraphes internationaux » ainsi que l'engagement corrélatif des parties à assurer le secret des correspondances ainsi que leur bon acheminement, en ce qu'elle en fait respectivement les articles 1 et 2 de la convention télégraphique internationale de 1875.

Pour obtenir du droit positif qu'il consacre l'existence d'un service public international en tant que tel, il faut attendre la conférence de Madrid en 1932. Cette dernière présente certes l'intérêt d'unifier le régime général des communications télégraphiques et radio télégraphiques ainsi que de leurs Unions respectives en adoptant un texte commun et en fusionnant leurs organisations au sein de l'Union Internationale des Télécommunications, dont la dénomination demeure à ce jour encore inchangée. Mais elle apporte surtout une précision appréciable quant à la définition de l'objet et des missions de l'UIT, en qualifiant explicitement les activités de télécommunication internationale de service public⁶⁸.

Ce faisant, cette convention semble consacrer une équivalence conceptuelle entre les notions de service public et de service international. Un tel flou est regrettable, au regard de l'unanimité des auteurs au sujet de la qualification de l'UIT et de ses missions comme d'un service public international.

Ainsi, premièrement, Léon Duguit considère que, de pair avec le service public postal international, organisé sur le même modèle que l'UIT⁶⁹, l'activité de communication dématérialisée constitue une activité de service public imposant aux États aussi bien des obligations dans l'ordre interne que dans l'ordre international⁷⁰. Par ailleurs, cet auteur donne un « *critérium* formel pour reconnaître les activités devant servir de support à l'organisation d'un service public » : « il se trouve dans le désordre social produit par la suspension, même pendant un temps très court, de cette activité »⁷¹. Ce critère justifie chez son auteur l'importance du principe de continuité du service public. Or, il est possible de trouver une telle exigence de continuité au sein du droit positif

64 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 1: « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à affecter au service télégraphique international des fils spéciaux, en nombre suffisant pour assurer une rapide transmission des dépêches. Ces fils seront établis dans les meilleures conditions que la pratique du service aura fait connaître. (...) ».

65 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 2: « Entre les villes importantes des États contractants, le service est autant que possible permanent, le jour et la nuit, sans aucune interruption. (...) ».

66 Convention télégraphique internationale de Paris (1865), préc., art 3.

67 Convention télégraphique internationale de Saint-Pétersbourg et Règlement et tarifs y annexés (1875), in Documents de la Conférence télégraphique internationale de Saint-Pétersbourg, Bureau international des administrations télégraphiques, Berne, Imprimerie Rieder & Simmen, 1876, p. 3.

68 Convention internationale des télécommunications de Madrid (1932), Berne, Bureau international de l'union télégraphique, 1933, art 22 intitulé « La télécommunication service public ».

69 Il constitue l'objet de l'Union générale des postes, créée en 1874. Depuis 1878, elle est connue sous le nom d'Union postale universelle et constitue désormais institution spécialisée de l'ONU. Sur la question, voir BOISSON Antoine, « L'union postale universelle et l'évolution de sa structure », *AFDI*, 1959, n°5, pp. 591-604.

70 DUGUIT Léon, *Les Transformations du droit public*, Armand Colin, 1913, pp. 48-49.

71 DUGUIT Léon, *op. cit.*, p. 51.

des communications, et ce dès la Convention de Paris de 1865⁷².

Dans le même esprit, Georges Scelle donne des exemples des services publics internationaux selon lui les plus importants dans trois domaines. Dans celui des relations et des transports, il cite : l'union postale universelle créée en 1874, l'Union télégraphique, l'Union des transports internationaux par chemins de fer de 1890, les diverses Commissions fluviales existantes ainsi que l'Organisation internationale de navigation aérienne. Dans le domaine économique, il mentionne les unions douanières et/ou monétaires, mais centre son analyse sur les Unions pour la protection de la propriété littéraire et artistique et pour la protection de la propriété industrielle. Enfin, dans le domaine de la santé publique, il évoque l'Office international d'hygiène public. L'auteur dénombre, « aux alentours de 1920, 110 Unions et organisations internationales susceptibles d'être assimilées à des services publics internationaux, au moins embryonnaires »⁷³.

Enfin, l'ancêtre de l'Union internationale des télécommunications, l'Union internationale des télégraphes, est ainsi explicitement qualifiée par le professeur Charles Chaumont d'établissement public international⁷⁴. De même, le Bureau International des Administrations Télégraphiques au sein de l'UIT constitue le tout premier exemple que donne le professeur Chemillier-Gendreau dans sa thèse de la première phase d'élaboration des services publics internationaux par voie de coopération internationale entre les États.

Après la seconde guerre mondiale, la convention adoptée par la conférence des plénipotentiaires d'Atlantic City en 1947 précise et élargit les enjeux du service international des télécommunications. Elle précise ses enjeux en introduisant dans la Convention un article 3 relatif à son objet et aux missions de base qui en découlent⁷⁵. Cette précision ne conduit pas en elle-même à ajouter de nouvelles fonctions à la charge de l'UIT, mais elle a le mérite d'en dresser une liste précise et synthétique. Le seul élargissement des enjeux du service international des télécommunications dans cette convention n'est qu'implicite, en ce qu'il affirme le rattachement de l'UIT au système des Nations-Unies⁷⁶.

Les conventions suivantes de Montreux en 1965⁷⁷ et de Malaga-Torremolinos en 1973⁷⁸ ne modifieront pas la définition des objectifs et fonctions de l'UIT, le rôle de cette dernière demeurant

72 Son article 2 précité affirme un principe de continuité du service qui est « autant que possible permanent, le jour et la nuit, sans aucune interruption ». La continuité de ce service public international se retrouve également au sein de l'article 14 de la même convention, qui énonce que « Lorsqu'il se produit, au cours de la transmission d'une dépêche, une interruption dans les communications télégraphiques, le bureau à partir duquel l'interruption s'est produite expédie immédiatement la dépêche par la poste, ou par un moyen de transport plus rapide, s'il en dispose. - Il l'adresse, suivant les circonstances, soit au premier bureau télégraphique en mesure de la réexpédier par le télégraphe, soit au bureau de destination, soit au destinataire même. Dès que la communication est rétablie, la dépêche est de nouveau transmise par la voie télégraphique, à moins qu'il n'en ait été précédemment accusé réception ».

73 SCALLE Georges, *op. cit.*, p. 448.

74 CHAUMONT Charles, *op. cit.*, p. 132.

75 Convention internationale des télécommunications d'Atlantic City (1947), Berne, Bureau de l'Union internationale des télécommunications, 1947, article 3: «1. L'Union a pour objet: a) de maintenir et d'étendre la coopération internationale pour l'amélioration et l'emploi rationnel des télécommunications de toutes sortes; b) de favoriser le développement de moyens techniques et leur exploitation la plus efficace, en vue d'augmenter le rendement des services de télécommunication, d'accroître leur emploi et de généraliser, le plus possible, leur utilisation par le public; e) d'harmoniser les efforts des nations vers ces fins communes. (...)».

76 Convention internationale des télécommunications d'Atlantic City (1947), *préc.*, article 1^{er} de l'Annexe 5 intitulée « Accord entre l'Organisation des Nations-Unies et l'Union internationale des télécommunications ».

77 Convention internationale des télécommunications de Montreux (1965), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

78 Convention internationale des télécommunications de Malaga-Torremolinos (1973), Secrétariat de l'Union internationale des télécommunications, Genève.

uniquement « d'établir un ensemble cohérent de règles internationales en vue d'assurer des systèmes de communications efficaces entre les différentes nations du monde »⁷⁹.

B/ Une libre circulation de l'information systématisée dans le cadre de la libéralisation du commerce international des services

La liberté de circulation de l'information apparaît fondée en premier lieu sur le développement d'un service public international des télécommunications. Cette première étape consiste en la coordination des réseaux nationaux dans le but de permettre une communication dématérialisée transfrontières. L'accroissement des possibilités de communication apparaît alors comme une fin en soi, un intérêt général international assuré par l'UIT et les États parties à ses traités. Mais à partir du début des années 1980, la poursuite de cet intérêt va se voir intégrer dans la politique de libéralisation économique des services menée sous l'égide du GATT. La raison de cette intégration est que les communications dématérialisées transfrontières constituent un préalable nécessaire à toute libéralisation effective dans ce domaine. On assiste alors progressivement à une fusion entre les intérêts de la libéralisation de ce secteur et l'intérêt du développement des communications internationales (1). Cette première formalisation politique de la libre circulation de l'information va entraîner, par le contact avec les premières réglementations relatives aux traitements de données personnelles, une première cristallisation en droit du principe de libre-circulation de l'information (2).

1) L'émergence d'une problématique commune à l'UIT et à l'OMC

Le titre de l'article d'un auteur nord-américain résume de manière particulièrement pertinente cette étape de la formation de la Société de l'information: « *Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms* »⁸⁰. Cette étape essentielle consiste en la symbiose progressive entre les instruments juridiques relatifs au service public international des communications et ceux relatifs au développement économique global. D'un point de vue institutionnel, elle consiste en une coordination et une collaboration de l'UIT, de l'ONU et de l'OMC en vue de développer les communications globales. La promotion d'un service public international de télécommunications puis de communications électroniques ne constitue plus alors uniquement un but en soi (ce qu'elle était initialement avec l'UIT), mais l'instrument préalable à une politique plus générale soit de développement économique international (ONU), soit de libéralisation économique (OMC).

Cette symbiose se traduit concrètement par le fait que les réseaux de télécommunications ne servent plus uniquement à la fourniture du service de communication, mais constituent également le support croissant d'offres de services distincts aussi divers que variés⁸¹. Cette évolution a abouti

79 DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, « De l'U.I.T. À l'O.M.C.: les mutations du droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, Bruylant, 1999/1, p. 272.

80 REIDENBERG R. Joël, « Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms », *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, Spring Issue, 1993, pp. 287-305.

81 POULLET Yves, DINANT Jean-Marc et DE TERWANGNE Cécile, *L'autodétermination informationnelle à l'ère de l'Internet*, Rapport sur l'application des principes de protection des données aux réseaux mondiaux de

à un tel degré qu'aujourd'hui, l'utilisation de moyens de communications électroniques a le plus souvent un but étranger à la seule communication ou à l'échange d'informations. L'utilisation d'internet pour la communication et, paradoxalement, des téléphones portables de nouvelle génération, tend alors à être motivée dans une proportion croissante par la recherche d'une prestation de service distincte de celle de la communication. Pour le dire autrement, nous tendons à utiliser de plus en plus nos téléphones portables pour nous informer, nous distraire, nous cultiver, plutôt que pour communiquer.

Cette symbiose constitue ainsi l'essentiel de la dynamique juridique aboutissant à la formation de ce que nous appelons société de l'information. Reposant sur l'idée d'une libre circulation globale de l'information, cette dynamique s'oppose frontalement depuis l'origine à l'édiction de mesures nationales de protection des données personnelles, considérées alors mécaniquement comme des barrières non tarifaires au sens du droit international économique.

La formalisation de cette union est palpable dès les années 1980, quand la dénomination de ce que nous appelons aujourd'hui l'Internet passe d'une appellation technique -la télématique- à une appellation technico-économique: le Réseau Numérique avec Intégration de Service (RNIS). Elle passe par deux étapes distinctes d'un point de vue logique mais qui se sont déroulées de manière quasi simultanée dans le temps. La première de ces étapes consiste en la conceptualisation du rapport logique unissant le développement des communications au développement économique global (a). La seconde consiste en la formalisation de cette politique globale au sein d'instruments juridiques spécifiques ainsi que par l'établissement de coopérations institutionnelles (b).

a) Les communications comme préalable au développement international économique

Cette conceptualisation est passée par la prise en considération, au tournant des années 1980, du rôle clef de l'information en tant que matière première d'une possibilité de développement économique mise alors en lumière dans le secteur des services. La doctrine anglophone en général et nord-américaine en particulier a joué un rôle nettement précurseur dans cette prise de conscience⁸². Cette avance se justifie par la volonté marquée des États-Unis d'Amérique d'inclure, dans le tournant des années 1980, le secteur des services au sein du domaine de compétence du GATT⁸³. Rétrospectivement, une telle entreprise se justifie au regard de l'ampleur du secteur des services en tant que source de création des richesses des pays développés⁸⁴.

Il n'a toutefois pas échappé à cette même doctrine que l'intégration de ce nouveau champ dans

télécommunications, Conseil de l'Europe, 2004, p.7: « Avant 1990, pour la plupart des gens, les réseaux de télécommunication se résumaient à deux usages : le téléphone, voire le télécopieur. De nombreux usages n'étaient pas liés à l'utilisation d'un réseau de télécommunication téléphonique, et notamment: lire un journal, commander un bien ou un service, écouter la radio, regarder la télévision, placer une petite annonce, consulter un annuaire ou des petites annonces, effectuer un paiement, ouvrir une porte, envoyer ou recevoir du courrier, etc ».

82 EGER M. John, « Emerging restrictions on transnational data flows: privacy protection or non tariff trade barriers? », *Law and Policy in International Business*, Vol. 10, Issue 4 (1978), p. 1061.

83 BERG G. Terrence, « Trade in Services: Toward a « Development Round » of GATT Negotiations Benefiting Both Developing and Industrialized States », *Harvard International Law Journal*, Vol. 28, Number 1, Winter 1987, p. 2: « A central goal of United States trade policy during the 1980s has been to bring trade in services under the free trade umbrella of the GATT ».

84 CACHARD Olivier, *Droit du commerce international*, LGDJ, 2008, p. 153: « en 2005, les services représentaient plus de 70% du produit national brut de l'Union européenne. Le commerce des services alimente aujourd'hui plus du tiers des échanges mondiaux ».

le processus de libéralisation internationale des échanges s'avérait particulièrement difficile, en raison de l'érosion mécanique de la souveraineté nationale auquel il conduisait⁸⁵. En effet, la difficulté principale dans cette opération réside en ce que « contrairement à une vente de marchandises, la fourniture internationale de services ne constitue pas une opération unique, sèche, qui s'épuise en elle-même. Autrement dit, elle n'est pas autonome. Dès lors, pour se réaliser concrètement, la libre prestation internationale de services a besoin de la présence concomitante d'autres libertés économiques qui en assureront le support »⁸⁶. Dépendant ainsi d'un bouquet de libertés complémentaires pour s'épanouir, telles la libre-circulation et le libre établissement des personnes, la liberté des paiements internationaux et la liberté des investissements⁸⁷, sa mise en œuvre effective conduit à remettre en cause un nombre particulièrement important de mesures nationales, dont un certain nombre relève *a priori* du seul exercice de la souveraineté nationale.

Cette politique d'origine nord-américaine a trouvé un écho institutionnel favorable au sein de la CEE qui, dans son Livre vert de 1987 sur le développement du Marché commun des services et équipements des télécommunications a sobrement résumé et formalisé cette nouvelle problématique de la façon suivante: « des infrastructures et des services de télécommunication appropriés sont une condition *sine qua non* pour garantir la libre circulation de l'information dans la Communauté de l'avenir. Les infrastructures de réseaux et les services de télécommunications seront le conduit par lequel circulera l'information. La fourniture de services d'informations et un libre marché du contenu de l'information sont indispensables pour assurer la meilleure utilisation possible des infrastructures de réseaux et des télécommunications »⁸⁸.

Or, les télécommunications jouent à l'égard du commerce des services un rôle clef, en ce qu'ils en constituent l'infrastructure de base. Une libéralisation des services implique donc en priorité d'une part, de trouver une solution aux barrières non tarifaires susceptibles de grever le développement de ce secteur, afin de rendre les réseaux de communication interopérables et, ce faisant, de rendre possible le commerce des services. Une libéralisation de ce secteur implique, d'autre part, d'éradiquer les obstacles non tarifaires de fait que constituent l'appropriation par certaines personnes publiques ou privées d'infrastructures ou de sociétés ou de technologies clefs. Il s'agit pour ainsi dire de rendre accessible à tous les facilités essentielles du secteur, au sens du droit de la concurrence⁸⁹. Dans le secteur des télécommunications, cela implique deux évolutions. La première est l'adoption d'une normalisation internationalement reconnue pour permettre l'interopérabilité des différents réseaux nationaux de télécommunications. Cette mission était déjà traditionnellement dévolue à l'UIT. Le caractère indispensable d'une telle mesure pour une réelle libéralisation des services explique la collaboration croissante entre l'UIT et l'OMC au cours des années 1990. La seconde est la fin des monopoles nationaux relatifs aux télécommunications qui, bien souvent, favorisaient l'utilisation nationale de standards et de procédures non interopérables.

Dans ces conditions, les réunions relatives à la libéralisation des services dans le domaine des

85 BIGELOW Robert, « Transborder data flow barriers », *Jurimetrics Journal*, Vol.20, Issue 1 (Fall 1979), p. 8: « A nation's right to control the flow of information across its borders has become more controversial as computers have married telecommunications and the cost of electronic data processing has become more distance independent. The right to control information reaching one's citizens have long been a prerequisite of national sovereignty ».

86 CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *Droit international économique*, 4^{ème} édition, Dalloz, 2010, p. 296.

87 CARREAU Dominique et JUILLARD Patrick, *op. cit.*, p. 297. Voir également CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 157.

88 Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final, p. 138.

89 GAVALDA Christian et PARLEANI Gilbert, *Droit des affaires de l'Union européenne*, 6^{ème} édition, Litec, 2010, p. 381.

télécommunications au sein des négociations de l'Uruguay Round ont du prendre en considération dès l'origine les questions relatives aux instruments nationaux relatifs au droit des données personnelles⁹⁰.

b) Les communications comme objet du développement international économique

La libéralisation internationale de l'échange des services a entraîné l'entrée des télécommunications dans le domaine du droit international économique à deux titres: en tant qu'activité de service d'une part⁹¹ (b-1), en tant qu'activité nécessaire à la libéralisation des prestations de services d'autre part⁹² (b-2).

b-1) Les communications, objets et moyens de la prestation de service

On retrouve encore aujourd'hui, y compris dans des ouvrages juridiques, une définition d'internet le plus souvent purement technique. Dans cette acception, internet y est défini en tant que réseau de réseaux constitué par des protocoles de communications à vocation mondiale⁹³. Une telle approche technique est nécessaire mais doit être dépassée dans le cadre d'une analyse juridique.

La télématique est conçue dans sa définition même comme une prestation ou un ensemble de prestations de services⁹⁴, soit de manière autonome, soit de pair avec les services audiovisuels⁹⁵. Ce terme désigne l'union de l'informatique et du téléphone, ainsi que l'ensemble des prestations de service induites par cette union⁹⁶. Elle ne se réduit pas à une prestation de service particulière comme la communication audiovisuelle car l'ensemble des activités permises par les communications électroniques ne s'y réduit pas⁹⁷. Du reste, les activités liées à la communication

90 GATT, Working group on telecommunication service – Note on the Meeting of 10-12 september 1990, MTN.GNS/TEL/3, 12 octobre 1990.

91 RAPP Lucien, « Les accords du GATT et les activités de télécommunications », SFDI, Colloque de Nice, *La réorganisation mondiale des échanges*, Pedone, 1996, p. 156: à l'exception des activités de fabrication des équipements terminaux, « les activités de télécommunications sont par nature des activités de services ».

92 RAPP Lucien, *op. cit.*, p. 155: « les télécommunications sont appelées à prendre une place essentielle dans l'économie de demain, de telle sorte que non seulement leur développement ne doit pas être entravé mais encore que le régime qui leur est applicable, ne doit pas être un obstacle à l'expansion du commerce des services ».

93 BENSOUSSAN Alain (dir.), *Internet, aspects juridiques, op. cit.*, p. 13.

94 Pour une telle qualification explicite, voir par exemple la Directive 2002/58/CE du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive «vie privée et communications électroniques»), JOUE du 31 juillet 2002, p. 42, dont l'article 3,1) intitulé « services concernés » énonce que: « La présente directive s'applique au traitement des données à caractère personnel dans le cadre de la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public sur les réseaux publics de communications dans la Communauté ».

95 Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 626: « Ensemble des services de nature ou d'origine informatiques pouvant être fournis à travers un réseau de télécommunications ».

96 MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, « La loi du 29 juillet 1982 sur l'audiovisuel et ses effets sur la télématique », *in Télématique et communication : un nouveau droit?*, Actes des Troisièmes Entretiens de Nanterre de Droit de l'Informatique organisés le 20 octobre 1983 par l'Université de Paris X, Economica, 1985, p. 4: « On notera à cet égard d'abord que le terme « télématique » n'est pas repris, mais incontestablement la loi inclut le couplage de l'informatique et de la télévision ou du téléphone avec tous les services nouveaux que ce couplage engendre ».

97 *Contra*, mais à une époque où internet tel que nous le connaissons aujourd'hui ne constituait alors qu'une chimère:

audiovisuelle ne constituent juridiquement qu'une variété de prestation de services⁹⁸.

Le premier rapport officiel commandé par le gouvernement français sur les enjeux de l'internet, après une présentation sommaire de l'architecture technique, détaille directement les « types de services offerts par le réseau »⁹⁹. Ces services englobent la messagerie électronique, les forums de discussion, des services audiovisuels et des services de commerce électronique¹⁰⁰. Il paraît toutefois difficile de les caractériser plus précisément en raison de leur réversibilité et de leur polyvalence¹⁰¹.

Pourtant, l'auteur du rapport en conclut à ce que « la qualification des services est importante puisqu'elle va déterminer le régime juridique applicable des services et partant des acteurs de l'Internet »¹⁰². L'auteur essaie ainsi de segmenter les activités sur Internet selon qu'il est utilisé comme un « service audiovisuel utilisant un réseau de communication » ou en tant que « service dont la nature est de la correspondance privée »¹⁰³.

L'organisation technique d'internet incline à considérer que la circulation des informations y est libre, en raison des difficultés propres à sa régulation *a priori*¹⁰⁴. Le choix du mode de régulation des activités de services sur internet s'est donc porté sur un régime libéral dans lequel tout est par principe autorisé sauf ce qui est expressément interdit, et dans lequel l'intervention *a priori* d'une autorité de police administrative est normalement absente¹⁰⁵. Les activités sur internet sont donc libres par principe¹⁰⁶. Il en résulte que si le régime de droit commun des services en ligne est libéral *a posteriori*, alors celui des traitements de données personnelles, qui sont indissociables de ces prestations, l'est également.

Dans le premier rapport français sur *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, la télématique y est définie comme un ensemble de services, que les auteurs classent en trois catégories: la « fourniture d'une information », la « réalisation d'une transaction » dans le cadre d'un contrat de vente à distance ou la « réalisation d'une opération », c'est à dire dans le cas où « l'information peut ne pas être l'objet immédiat du service, mais son moyen d'exécution, lorsque

MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, *op. cit.*, p. 4.

98 Directive 89/552/CEE du Conseil, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298 du 17 10 1989, p. 23.

99 *Internet, enjeux juridiques*, Rapport au ministre délégué à la Poste, aux Télécommunications et à l'Espace et au ministre de la Culture, Mission interministérielle sur l'Internet présidée par Isabelle Falque-Pierrotin, La Document française, Rapport officiel, 1997, p. 21.

100 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, pp. 21-22.

101 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, p. 35: « Il ressort de cette analyse que les critères légaux, réglementaires et jurisprudentiels rendront difficiles une segmentation a priori des services offerts sur Internet en deux blocs: communication audiovisuelle et correspondance privée ; la plupart des services sont hybrides et l'on passe indifféremment de l'une à l'autre ; en outre un même service (*e-mail* par exemple) peut être public ou privé selon les circonstances ».

102 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, p. 35.

103 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, pp. 35-39.

104 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, p. 76: « Par sa structure d'interconnexion de plus de 70000 réseaux et son mode de fonctionnement actuel, Internet semble difficilement s'inscrire dans un schéma de contrôle administré de type contrôle *a priori*: aucune autorité unique ne gère les flux de données, chacun peut à tout moment et de sa propre initiative être émetteur et récepteur d'informations ; celles-ci enfin ne connaissent pas les frontières. On voit mal, dans ces conditions, une réglementation contraignante d'autorisations et d'obligations de contenus se mettre en place, comme il en existe, au nom de la rareté des fréquences, pour la télévision ».

105 *Internet, enjeux juridiques, op. cit.*, p. 76.

106 MAISL Herbert et IMHAUS Patrick, *op. cit.*, p. 5: « Deuxième observation préalable: la loi inscrit donc le développement de la télématique dans un contexte de liberté ».

le but est la télécopie, la télécomposition, la télémaintenance, etc... »¹⁰⁷. En fait, ces trois domaines peuvent se réduire à deux: liberté de prestation de service et liberté d'administration.

Cette activité de libre prestation de service exercée par le biais de moyens de communications dématérialisées implique la liberté de circulation de l'information, y compris personnelle. Le traitement de données personnelles paraît consubstantiel à l'immense majorité des prestations de service. Il l'est tant pour la fourniture du service que pour sa facturation¹⁰⁸. Plus encore, certains types de services spécifiques comme les services financiers impliquent par principe une libre circulation des données, y compris personnelles, dans le cadre de transactions financières internationales, c'est à dire pour la réalisation même de leur objet¹⁰⁹.

b-2) Les communications, support de la prestation de service

La liberté de prestation de services est une liberté complexe qui dépend pour sa réalisation pleine et effective du respect concomitant d'un certain nombre de libertés annexes comme la liberté de circulation des capitaux¹¹⁰ et une certaine liberté contractuelle¹¹¹. La libre circulation de l'information, telle qu'impliquée initialement par le service public international des communications dématérialisées, en fait partie depuis les débuts de la libéralisation internationale du commerce des services au cours des années 1980.

L'entrée des télécommunications dans le domaine du droit international économique est formalisée par l'accord de Marrakech de 1994 instituant l'OMC, en tant que ce traité a pour objectif de poursuivre les efforts de libéralisation internationale des échanges économiques mis en place dans le cadre du GATT, en en corrigeant les carences tant institutionnelles que matérielles. A cet égard, l'inclusion du secteur des services dans le domaine de compétence de l'OMC tend à corriger une carence initiale du GATT, à savoir sa focalisation quasi-exclusive sur le commerce des marchandises. Une telle carence n'est apparue que progressivement, à mesure précisément du développement d'un marché international des services à raison des progrès technologiques en matière de TIC d'abord, de NTIC ensuite.

Ce développement du commerce international des services à raison de l'amélioration de l'infrastructure communicationnelle internationale a eu pour effet d'intégrer l'effort de coopération juridique internationale en vue de promouvoir cette dernière au sein du droit de

107DE LAMBERTERIE Isabelle et HUET Jérôme (dir.), *Les conséquences juridiques de l'informatisation*, Rapport au Conseil de la Recherche du Ministère de la Justice, Paris, LGDJ, 1987, p. 185.

108RIGAUX François, Libre circulation des données et protection de la vie privée dans l'espace européen, in TABATONI Pierre (dir.), *La protection de la vie privée dans la société d'information*, tome 2, PUF, cahier des sciences morales et politiques, 2000, p. 32, à propos de l'article 7b) de la directive 95/46, qui permet de se dispenser du consentement dès lors que le traitement « est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci »: « Outre le contrat de travail, toute une gamme d'obligations contractuelles peut être envisagée: banque, assurance, transports, achat à crédit, emprunt, etc. Le concept de « nécessité » est, dans ce contexte, ambigu, car de tels contrats se sont, jusqu'à une époque récente, conclus et exécutés sans recours à un traitement informatisé, mais celui-ci est dorénavant requis par les techniques contemporaines de gestion des contrats. On conçoit malaisément que le client d'une banque ou d'une compagnie d'assurance, que le voyageur acquérant un billet d'avion exigent de leur cocontractant que toutes les informations relatives à ces opérations soient soustraites à un procédé d'enregistrement informatique. C'est en ce sens que le traitement de données à caractère personnel n'est pas seulement nécessaire, il est inéluctable, car celui qui prétendrait s'y soustraire se placerait en dehors de la vie sociale telle qu'elle est aujourd'hui organisée ».

109CARREAU Dominique, *Services, Répertoire international Dalloz*, 1998, §§ 25, 32 à 35.

110CARREAU Dominique, *op. cit.*, §16.

111CARREAU Dominique, *op. cit.*, §29.

l'OMC. Cette évolution a été très tôt décelée par la doctrine, pour laquelle « l'introduction du commerce des services dans les négociations de l'Uruguay Round constitue certainement le changement le plus important dans la réglementation internationale des télécommunications depuis plusieurs décennies »¹¹². Plus concrètement, cela passe par l'évolution d'un encadrement juridique international, visant initialement à établir une interconnexion technique dans un but d'intérêt général global, à une nouvelle démarche visant à contraindre les États membres de l'OMC à permettre l'accès aux réseaux nationaux de communication à tous les ressortissants des autres États membres dans la mesure où ces derniers fournissent un service. Le sens de cette démarche est donc d'attribuer une finalité claire, explicite et assortie de sanctions juridiques, à une dynamique initialement assez floue de coopération internationale¹¹³.

L'annexe de l'AGCS relative aux télécommunications reprend cette vision du développement international des communications interétatiques comme revêtant un intérêt général global. Son premier article intitulé « objectifs » justifie ainsi l'adoption d'un texte spécifique aux communications au sein du droit international économique par les « spécificités du secteur des services de télécommunication et, en particulier, le double rôle qu'il joue en tant que secteur d'activité économique distinct et en tant que moyen de transport fondamental pour d'autres activités économiques ». La portée de cette annexe est large, dans la mesure où elle s'applique « à toutes les mesures d'un Membre qui affectent l'accès et le recours aux réseaux et services publics de transport des télécommunications »¹¹⁴. Son article 5 impose aux États membres de l'OMC de permettre l'accès dans des conditions non discriminatoires et dans des modalités raisonnables des fournisseurs des pays tiers aux réseaux nationaux de communication¹¹⁵. Le point c) de cet article impose comme corollaire à cette liberté d'accès aux réseaux nationaux de télécommunication la liberté de transit des informations nécessaires à la fourniture de ces services sur les réseaux nationaux de télécommunication ainsi que l'accès aux informations pertinentes disponibles sur le territoire de l'État membre considéré¹¹⁶. Cet article oblige chaque membre à faire en sorte que tous les fournisseurs de services cherchant à profiter des engagements prévus, se voient accorder l'accès aux réseaux et services publics de télécommunication de base ainsi que l'usage de ces réseaux et services, suivant des modalités et à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

Toutefois, cet effort de précision et de juridicisation de l'intérêt général global attaché au développement d'un service public international des communications¹¹⁷ ne pouvait constituer

112 DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, *op. cit.*, p. 298.

113 COHEN-JONATHAN Gérard, « Liberté de circulation des informations et souveraineté des États », Société française pour le droit international, actes du colloque de la SFDI sur le thème « La circulation des informations et le droit international », Strasbourg, juin 1977, Pedone, Paris, 1978, pp. 30-31.

114 Article 2, a.

115 Articles 5, a et 5, b.

116 Article 5, c: « Chaque Membre fera en sorte que les fournisseurs de services de tout autre Membre puissent recourir aux réseaux et services publics de transport des télécommunications pour assurer le transport d'informations, y compris les communications internes des sociétés de ces fournisseurs de services, à l'intérieur des frontières et au-delà, et pour accéder aux informations contenues dans des bases de données ou autrement stockées sous forme exploitable par machine sur le territoire de tout Membre ».

117 Effort essentiellement perçu et systématisé par la doctrine nord-américaine. Voir à cet égard YARBROUGH L. Tanya, « Connecting the World: the Development of a Global Information Structure », *53 Fed. Comm. L.J.*, 2000-2001, p. 318: « To keep pace with the growing world market, the development of the Global Information Infrastructure ("GII") must occur so that every person in every nation has access to telecommunications services and information technology. The ultimate goal is universal access to basic telephone and Internet services, as well as access to the information superhighway's cyber-market. Only by developing and completing the GIIL can the global community achieve this goal ».

qu'une première étape et non un aboutissement. En effet, « ces adaptations n'ont toutefois pas suffi. Le marché exige une plus grande sécurité juridique. Il ne suffit plus d'harmoniser les standards, il faut aussi se soucier du cadre réglementaire déterminant certaines conditions essentielles de l'accès au marché »¹¹⁸. Une approche globale, dépassant les problématiques liées aux domaines de compétence de l'UIT et de l'OMC, est alors nécessaire. Cette approche globale prend la forme d'un projet politique mondial plus connu sous le nom de « société de l'information ».

En effet, au delà de la réalité factuelle du phénomène, l'expression désigne également un projet politique formalisé au niveau global à l'occasion des SMSI¹¹⁹. Dans cette optique, l'accent est mis sur le développement de l'infrastructure de l'information et de la communication¹²⁰.

2) La cristallisation juridique du principe de libre-circulation de l'information au contact des réglementations relatives aux traitements de données personnelles

Le développement de la part du secteur des services dans le commerce mondial à partir de la fin des années 1970 ainsi que le succès du droit international économique dans l'érosion des barrières en matière de commerce des marchandises ont conduit le GATT à étendre ses activités en direction de ce secteur économique. Cette extension de compétence, à l'étude à partir de la fin des années 1970, a très tôt conduit à établir comme principe cardinal de cette expansion la place stratégique de l'information dans le processus économique du commerce des services et, corrélativement, la reconnaissance du principe de libre circulation de l'information. En effet, le contrôle de l'information est conçu assez tôt comme revêtant pour le commerce international des services le même caractère stratégique que le contrôle des marchandises pour le commerce international des biens¹²¹. Cette importance est soulignée par l'adoption dans le cadre de l'OCDE d'instruments non contraignants relatifs aux flux transfrontières de données¹²².

118DEHOUSSE Franck et ZGAJEWSKI Tania, *op. cit.*, p. 325.

119A l'initiative de ces sommets se trouve la Résolution n° 73 annexée aux actes adoptés à l'issue de la conférence des plénipotentiaires de 1998 à Minneapolis : Instruments d'amendement à la Constitution et à la Convention de l'Union internationale des télécommunications (Genève, 1992) telles qu'amendées par la Conférence de plénipotentiaires (Kyoto, 1994), in Actes finals de la conférence des plénipotentiaires de Minneapolis (1998), UIT, 1999, Résolution n° 73 « Sommet mondial sur la société de l'information ». Voir également TCHIKAYA Blaise, « La première conférence mondiale pour le développement des télécommunications – La transcription juridique du développement au sein de l'U.I.T. », *RGDIP*, 1995, n°5, pp. 77-93.

120Plan d'action de Genève, adopté à l'issue du SMSI de Genève le 12 mai 2004, WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F, point n° 9: « L'infrastructure est essentielle pour concrétiser l'objectif d'inclusion numérique, si l'on veut que l'accès aux TIC soit universel, durable, ubiquiste et financièrement abordable, compte tenu des solutions appropriées déjà en place dans certains pays en développement et dans certains pays à économie en transition, pour assurer connectivité et accès durables aux zones reculées et marginalisées aux niveaux national et régional ».

121BOTHE Michael, « Transborder data flows: do we mean freedom or business? », *Michigan Journal of International Law*, Vol. 10, Issue 2 (Spring 1989), p. 333: « The much-heralded « information society » and its service-oriented economy amount, at some level, simply to the buying, selling, and managing of information. The regulation of information as it travels (as « data ») will impact the economy as directly as did control of commodities in the past ».

122Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE le 11 avril 1985: « Les développements technologiques rapides dans le domaine de l'information, de l'informatique et des communications ont entraîné des changements structurels significatifs dans les économies des pays Membres. Les flux de données et d'informations automatisées sont une conséquence importante des progrès technologiques et jouent un rôle accru dans les économies nationales. Du fait de l'interdépendance économique croissante des

Une telle importance a conduit à établir une cartographie précise des éventuels obstacles tarifaires et non tarifaires s'opposant à la libéralisation du commerce international des services. Au milieu des années 1980, à l'occasion des débats du GATT concernant l'inclusion des services dans son champ de compétence, deux problèmes principaux ont été alors identifiés: ceux liés à l'existence de barrières commerciales et celles liées à la propriété publique et/ou monopolistique des infrastructures, biens et prestations essentielles¹²³. De manière générale, la doctrine a relevé la prédominance dans ce secteur de barrières non-tarifaires plutôt que de barrières tarifaires classiques¹²⁴.

Dans cette optique, les premiers instruments nationaux et internationaux relatifs aux traitements données personnelles ont été très tôt considérés comme des barrières non tarifaires aux échanges, et ce d'autant plus que la convention n° 108 du Conseil de l'Europe est très vite devenue pour les pays signataires une base juridique permettant implicitement de restreindre les flux transfrontières de données pour des raisons de protection des données personnelles¹²⁵. Considéré dans l'ordre interne français et européen comme une réglementation visant à assurer un équilibre entre les intérêts liés à l'usage de l'informatique et la nécessaire protection des droits et libertés des personnes fichées¹²⁶, le droit des données personnelles se trouve appréhendé et filtré par les catégories du GATT comme un obstacle aux échanges, une barrière non tarifaire. L'adoption de la Convention n°108 du Conseil de l'Europe figure ainsi dans les documents de travail de l'institution dans la rubrique consacrée au domaine des services¹²⁷ et non au sein d'une hypothétique rubrique consacrée aux droits fondamentaux. Cette vision du problème est reprise par la Commission européenne qui, dans le cadre de son Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, a fait figurer les instruments nationaux relatifs aux données personnelles en tête des entraves juridiques à éliminer dans ce domaine¹²⁸.

De manière caricaturale, une partie de la doctrine américaine a d'ailleurs très tôt considéré que l'adoption d'instruments nationaux relatifs aux données personnelles par un certain nombre de pays européens relevait essentiellement d'une logique protectionniste, par anticipation de la libéralisation annoncée du commerce des services¹²⁹. Pourtant, la question appelle nécessairement

pays Membres, ces flux, connus sous le vocable de flux transfrontières de données, ont acquis une dimension internationale. Il est, en conséquence, approprié pour l'OCDE de porter attention aux questions de politique liées aux flux transfrontières de données ».

123BERG G. Terrence, *op. cit.*, p. 9.

124BOTHE Michael, *op. cit.*, p. 339.

125REIDENBERG R. Joël, « The privacy obstacle course: hurdling barriers to transnational financial services », *Fordham Law Review*, 1991-1992, Vol. 60, p. 162: « By allowing restrictions on trans-shipment of data to nonsignatory countries, the treaty implicitly allows restrictions on all direct transborder data flows to non-signatory countries. National laws address this problem directly. In addition, the failure of the European Convention to define equivalent protection for sensitive data flows to signatory countries opens the door to restrictions that may hamper credit and health insurance services ».

126OCHOA Nicolas, « Pour en finir avec l'idée d'un droit de propriété sur ses données personnelles : ce que cache véritablement le principe de libre disposition », *Revue Française de Droit Administratif*, 2015, n° 6, pp. 1157-1173, sp. pp. 1158-1159.

127GATT, *Activities of other organisations in the field of services*, CG.18/W/63 du 15 octobre 1981, §3.

128Livre vert sur le développement du marché commun des services et équipements des télécommunications, 30 juin 1987, COM (87) 290 final, pp. 140-141.

129McGUIRE P. Richard, « The information age: an introduction to transborder data flow », *Jurimetrics Journal*, Vol.20, Issue 1 (Fall 1979), p. 3: « Though most nations are espousing that privacy or « data protection » is the impetus behind the enactment of restrictive transborder data flow regulations, these nations are in greater numbers

une réponse plus équilibrée en ce qu'elle oppose alors deux politiques publiques *a priori* non hiérarchisables entre elles en termes de légitimité: la libéralisation internationale des échanges d'une part, la protection nationale des droits et libertés fondamentaux d'autre part¹³⁰. Cette problématique alors nouvelle en droit international et réduite à un domaine très spécifique n'a depuis cessé de prendre de l'ampleur, pour devenir une problématique plus générale entre la poursuite de la libéralisation économique des services et le respect des droits de l'homme¹³¹.

La raison d'une telle considération des instruments relatifs aux traitements de données personnelles comme des barrières non tarifaires tient à ce que par nature, ils imposent des restrictions dans la liberté d'usage et, donc, de circulation, des données personnelles¹³². Une application strictement entendue des dispositions relatives à la protection des données personnelles devrait alors logiquement conduire à soumettre tout échange d'information à un contrôle préalable en vue d'effectuer le tri entre les informations non personnelles pouvant circuler librement et les autres. Aujourd'hui, tel n'est pas le cas et les instruments français et européen en la matière n'imposent qu'un contrôle particulièrement lâche, dans l'optique précisément de ne pas brider le développement des services de la société de l'information. Mais au début des années 1980, à la suite de l'adoption des premières réglementations nationales sur la question, la question se posait légitimement.

La réponse juridique à cette question a consisté dans l'adoption d'instruments internationaux consacrant formellement le principe de libre circulation de l'information d'une part, la légitimité de la protection des données personnelles comme barrière non tarifaire d'autre part. Dès le début des années 1980, la prise en considération possible des instruments nationaux relatifs aux données personnelles comme des barrières non tarifaires a suscité des initiatives internationales afin de dépasser le problème et d'assurer par anticipation la sécurité juridique de la libéralisation des services. Ces initiatives sont le fait de l'OCDE et du Conseil de l'Europe qui, malgré leur différence de philosophie de base, ont tous deux adopté des instruments proposant une première version similaire du principe de libre-circulation de l'information¹³³.

beginning to acknowledge that protection of national sovereignty through the control of economic information is their primary concern. The real issue is not whether privacy or data protection legislation will evolve internationally, but whether such laws (or in the alternative data taxes or tariffs) will be implemented under the guise of human rights and administered to weave national data curtains blocking the flow of information ». Pour un point de vue moins caricatural, voir EGER M. John, « Emerging restrictions on transnational data flows: privacy protection or non tariff trade barriers? », *Law and Policy in International Business*, Vol. 10, Issue 4 (1978), p. 1065.

130ZIMMERMAN A. Jane, « Transborder data flow: Problems with the Council of Europe Convention, or protecting states from protectionism », *Northwestern Journal of International Law & Business*, Vol. 4, Issue 2 (Autumn 1982), p. 603: « The difficulty in formulating set standards for transborder data flow results from the need to balance two equally important, though competing, interests. The first interest is the economic necessity for free access to information in order to engage in trade or business activities profitably. In opposition to this interest, however, is the fundamental right of individuals to preserve their privacy by limiting the release of any information which personally concerns them »; REIDENBERG R. Joël, « Rules of the road for global electronic highways: merging the trade and technical paradigms », *Harvard Journal of Law & Technology*, Volume 6, Spring Issue, 1993, p. 289: « Rules for data processing must resolve an inherent tension between the desire for free flows of information and the concern over human rights. Under the trade theory, economic progress and trade competitiveness depend on free flows of information across borders ».

131Rappelant la nécessaire conciliation à opérer entre ces deux enjeux, voir ONU – Conseil économique et social, *Libéralisation du commerce des services et droits de l'homme*, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 juin 2002.

132Voir par exemple l'article 25 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995, qui subordonne la communication de ces données hors des frontières de l'UE au fait que « le pays tiers en question assure un niveau de protection adéquat ».

133Constat opéré par la doctrine de l'époque: voir à cet égard BING Jon, « The Council of Europe Convention and the

Les *Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, adoptées le 23 septembre 1980, traduisent un consensus international sur les orientations générales concernant le recueil et la gestion d'informations de caractère personnel. Complétées peu de temps après par la *Déclaration sur les flux transfrontières de données* en 1985 et la *Déclaration relative à la protection de la vie privée sur les réseaux* en 1988, puis par une Recommandation du Conseil de l'OCDE de 2001, elles énoncent à la charge des États membres deux obligations générales: « obligation de protection de la vie privée et des libertés individuelles, et obligation d'assurer la libre circulation des données »¹³⁴. En effet, l'OCDE postule que « les flux transfrontières de données de caractère personnel contribuent au développement économique et social »¹³⁵. Les lignes directrices de l'OCDE visent par conséquent à faciliter la réalisation de ces flux internationaux ; la libre-circulation des données revêt donc une importance centrale dans cet instrument.

Si l'on compare les trois principes qui unissent les pays membres de l'OCDE¹³⁶ avec les deux obligations générales imposées aux États membres et qui sont la traduction de ces principes, on constate qu'en réalité les lignes directrices ne concilient que deux intérêts dont l'un est la protection des données personnelles et l'autre un ensemble composite, à savoir le principe de libre circulation de l'information. En effet, ce dernier est, comme évoqué plus haut, commun aux trois principes évoqués: la libre circulation de l'information est un élément nécessaire au maintien d'une « démocratie pluraliste » et au respect « des droits de la personne humaine » en tant qu'elle protège la liberté d'expression comme élément d'épanouissement de l'individu, ainsi qu' au développement de l' « économie de marché ».

Au sein de ces instruments, l'objectif consiste à assurer *in fine* la libéralisation des échanges, impliquant la libre-circulation des données personnelles, en instrumentalisant la protection des droits fondamentaux. Ainsi, il est notamment énoncé qu'un « pays Membre devrait s'abstenir de limiter les flux transfrontières de données de caractère personnel entre son territoire et celui d'un autre pays membre »¹³⁷. Dans cette optique, les États doivent non seulement éliminer toute entrave à la libre circulation des informations mais doivent également, de manière active, favoriser cette libre circulation en garantissant que les flux transfrontières « aient lieu sans interruption et en toute sécurité »¹³⁸. La liaison entre l'impératif de protection homogène des droits fondamentaux et la libre circulation de l'information s'affirme également en négatif dans les motifs reconnus comme légitimes d'interruption des flux. A cet égard, les lignes directrices admettent qu'un État puisse « restreindre les transferts de données effectués vers un autre État membre ne se conformant pas encore pour l'essentiel aux [...] Lignes directrices »¹³⁹. De même, lorsqu'un État prévoit une protection spécifique pour « certaines catégories de données de caractère

OECD Guidelines on Data Protection », *Mich. YBI Legal Stud.* , vol. 5, 1984, pp. 272 -273: « It would be expected, given the different natures of the two organizations which drafted them, that the two instruments would differ, the Convention focusing on the human rights aspects of the traditional privacy concept, and the Guidelines focusing on data protection and its impact on international trade and economic cooperation. There are, however, remarkable similarities in the orientation of the two instruments. Each clearly recognizes as a basic issue the conflict between the ideal of data protection and the ideal of free flow of informations between countries ».

134Rapport Braibant, précité, p. 48.

135Recommandation du Conseil de l'OCDE précité, §3.

136*Lignes directrices de l'OCDE sur la protection de la vie privée et les flux transfrontières des données de caractère personnel*, OCDE, 2001, p 7 : à savoir « la démocratie pluraliste, le respect des droits de la personne humaine et l'économie de marché ».

137Lignes directrices, §17.

138*Ibid.*, §16.

139*Ibid.*, §17.

personnel », il peut légitimement encadrer le transfert de ces données vers des États membres n'offrant pas une protection équivalente¹⁴⁰.

Cette première formulation du principe de libre circulation des données personnelles demeure toutefois encore assez implicite car, si les deux termes coexistent et sont employés comme des équivalents¹⁴¹, l'expression de flux transfrontières lui est préférée dans l'essentiel des instruments et écrits doctrinaux en la matière¹⁴².

La Convention n° 108 du Conseil de l'Europe laisse à voir une consécration tout aussi implicite du principe de libre circulation de l'information mais plus aboutie que dans le cadre des lignes directrices de l'OCDE. En effet, si son article 1^{er} énonce comme objet de ce texte la protection des droits fondamentaux à l'égard des traitements informatisés sur le territoire des États-parties¹⁴³, le principal apport de cette convention n'est pas une meilleure protection des droits fondamentaux mais bien l'affirmation implicite d'un principe de libre-circulation des données personnelles se traduisant par l'impossibilité pour les États signataires de restreindre les flux de données transfrontières au motif de la protection des données personnelles¹⁴⁴. Cette recherche d'une libre circulation des données personnelles ne s'inscrit pas, à la différence des lignes directrices de l'OCDE, dans le cadre d'une volonté de sécuriser la libéralisation des services, mais elle aboutit au même résultat. En effet, le Conseil de l'Europe cherche avec cet instrument à protéger le principe de libre-circulation de l'information¹⁴⁵, dont le principe de libre-circulation des données personnelles n'est qu'un sous-produit. Cela explique dans le rapport annexé à la Convention des considérations *a priori* surprenantes car relatives à l'élimination des obstacles au commerce dans un instrument relatif aux droits fondamentaux¹⁴⁶.

140*Ibid.*, §17.

141Lignes directrices régissant la question de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel du 23 septembre 1980, 1, c): « par « flux transfrontières de données de caractère personnel », on entend la circulation de données de caractère personnel à travers les frontières nationales ».

142La notion de liberté n'est pas inconnue: ainsi, le titre de la troisième partie de ces lignes est assez explicite, étant consacré aux « Principes fondamentaux applicables au plan international: libre circulation et restrictions légitimes ». Mais l'expression de flux transfrontières lui est nettement préférée, comme l'atteste la déclaration complémentaire de ces lignes spécialement dédiée aux transferts internationaux de données personnelles et intitulée: *Déclaration sur les flux transfrontières de données adoptée par le gouvernement des pays membres de l'OCDE* le 11 avril 1985.

143Convention 108, article 1: «Le but de la présente Convention est de garantir, sur le territoire de chaque Partie, à toute personne physique, quelles que soient sa nationalité ou sa résidence, le respect de ses droits et de ses libertés fondamentales, et notamment de son droit à la vie privée, à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel la concernant («protection des données») ».

144Convention 108, article 12, 2: « Une Partie ne peut pas, aux seules fins de la protection de la vie privée, interdire ou soumettre à une autorisation spéciale les flux transfrontières de données à caractère personnel à destination du territoire d'une autre Partie ».

145Voir le rapport explicatif annexé à cette convention dans son point 9: « la protection des personnes perd en efficacité lorsque l'aire géographique s'élargit. On craint notamment que les utilisateurs ne soient tentés d'éviter les contrôles imposés par la protection des données en déplaçant leurs opérations, en totalité ou en partie vers des «paradis de données», c'est-à-dire dans des pays ayant des lois sur la protection des données moins strictes, voire sans lois. Afin de pallier ce risque, certains États ont institué dans leur droit interne des contrôles spéciaux sous forme, par exemple, d'autorisations d'exportation. Cependant de tels contrôles pourraient entraver la libre circulation internationale des informations qui constitue un principe d'importance fondamentale tant pour les individus que pour les peuples. Une formule devait donc être trouvée afin de garantir que la protection des données au plan international ne porte pas préjudice à ce principe » (nous soulignons).

146Voir le point 25 de ce même rapport explicatif: « Il est souligné également que la Convention ne doit pas être interprétée comme un moyen d'ériger des barrières non tarifaires au commerce international ou de restreindre les échanges d'informations scientifiques et culturelles ».

Sans que ne soit formellement employé l'expression de libre-circulation de l'information, une telle conception des choses est également consacrée dans le traité de Marrakech. En effet, en droit de l'OMC, le motif légitime de restriction des échanges pour cause de protection des données personnelles est formalisé dans les instruments adoptés en matière de libéralisation des services, plus particulièrement l'AGCS¹⁴⁷ et le mémorandum d'accord sur les engagements relatifs aux services financiers¹⁴⁸. Si l'adoption d'un instrument spécifique aux données personnelles a pu être envisagé, l'échec du sommet de Doha a conduit à l'impossibilité à moyen terme de dépasser ce stade de la consécration en droit de l'OMC.

Il ressort de ce qui précède que la libre communication de l'information constitue un élément essentiel à la liberté de prestation de service. À ce titre, la première se trouve impliquée mécaniquement par la seconde. Dans la mesure où la libre communication de l'information ne distingue pas selon la nature personnelle ou non des données communiquées, elle implique la liberté de traitement des données personnelles. Cette liberté de traitement se matérialise, plus précisément, par une liberté de circulation de ces données, phénomène davantage connu sous le terme imprécis de « flux transfrontières de données ».

Pour autant, si la liberté de prestation de service constitue le socle de la libre circulation de l'information, elle ne la détermine pas complètement. Le succès dans la réalisation d'une telle liberté internationale trouve son origine dans la symbiose qu'elle réalise avec le principe de liberté d'expression.

147Son article 14 relatif aux exceptions générales dispose ainsi notamment que : « Sous réserve que ces mesures ne soient pas appliquées de façon à constituer soit un moyen de discrimination arbitraire ou injustifiable entre les pays où des conditions similaires existent, soit une restriction déguisée au commerce des services, aucune disposition du présent accord ne sera interprétée comme empêchant l'adoption ou l'application par tout Membre de mesures: [...] c) nécessaires pour assurer le respect des lois ou réglementations qui ne sont pas incompatibles avec les dispositions du présent accord, y compris celles qui se rapportent: [...] ii) à la protection de la vie privée des personnes pour ce qui est du traitement et de la dissémination de données personnelles, ainsi qu'à la protection du caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels ».

148Son point n° 8 relatif aux transferts et au traitement des informations dispose ainsi qu'« aucun Membre ne prendra de mesures qui empêchent les transferts d'informations ou le traitement d'informations financières, y compris les transferts de données par des moyens électroniques, ou qui, sous réserve des règles d'importation conformes aux accords internationaux, empêchent les transferts d'équipement, dans les cas où de tels transferts d'informations, un tel traitement d'informations financières ou de tels transferts d'équipement sont nécessaires à un fournisseur de services financiers pour la conduite de ses affaires courantes. Aucune disposition du présent paragraphe ne restreint le droit d'un Membre de protéger les données personnelles, la vie privée et le caractère confidentiel des dossiers et comptes personnels pour autant que ce droit ne soit pas utilisé pour tourner les dispositions de l'Accord ».

II/ Un fondement complémentaire : une conception renouvelée de la liberté d'expression

A partir du début des années 1980, la libre-circulation de l'information commence à faire son apparition en droit positif à raison de l'ouverture anticipée du secteur des services à la libéralisation internationale. Un petit nombre d'auteurs se saisit de la question de son fondement et, assez spontanément, l'envisage par rapport au principe de liberté d'expression. Ces premiers débats doctrinaux marquent les débuts d'une conception renouvelée du principe de liberté d'expression (A).

Ce n'est qu'à partir du début des années 1990 que le droit positif révèle l'évolution du principe de liberté d'expression, évolution qui a permis d'accueillir en son sein le principe de libre circulation de l'information via l'absorption d'une partie de la liberté de prestation de services (B).

A/ L'existence d'une conception restrictive de la liberté d'expression ne permettant pas de fonder la libre circulation de l'information

Le principe de libre-circulation de l'information constitue un principe plus large qu'une conception datée de la liberté d'expression (1). Conception qui, du reste, a commencé à muter dès le début des années 1980 pour élargir sa portée (2).

1) La libre-circulation de l'information suppose une liberté dans la communication banale d'informations

La libre-circulation de l'information constitue un principe distinct et plus large que celui de liberté d'expression, et non sa conséquence ou un quelconque démembrement¹⁴⁹. En effet, si la liberté d'expression consiste en la liberté dans la production, l'émission et la réception d'information à destination d'un public, la libre circulation de l'information n'implique qu'une liberté de communication de l'information, quelles qu'en soient la nature de l'information, la finalité de la transmission et le type de destinataire. L'information y est alors conçue comme un moyen, et non comme une fin en soi.

Le caractère indéterminé de ces échanges d'informations permet ainsi de considérer le principe de libre circulation de l'information comme un principe matriciel de libertés plus réduites. Ainsi, la liberté d'expression apparaît comme déjà plus restreinte car elle postule un but informatif à destination d'un public¹⁵⁰. Dans le même ordre d'idée, la liberté de correspondance pourrait être

149Une telle différence entre les deux n'est d'ailleurs explicitée qu'assez récemment en droit positif. Ainsi, le considérant n° 2 de la Directive 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 relative au respect des droits de propriété intellectuelle, *Journal officiel* n° L 157 du 30/04/2004 p. 45 – 86 énonce que: « La protection de la propriété intellectuelle devrait permettre à l'inventeur ou au créateur de retirer un profit légitime de son invention ou de sa création. Elle devrait également permettre la diffusion la plus large possible des œuvres, des idées et des savoir-faire nouveaux. Dans le même temps, la protection de la propriété intellectuelle ne devrait pas faire obstacle à la liberté d'expression ni à la libre circulation de l'information et à la protection des données personnelles, y compris sur l'Internet ».

150Et ce quand bien même serait-elle entendue très largement, comme c'est le cas dans la jurisprudence du juge de Strasbourg. Voir SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} édition, PUF, 2011, p.

conçue comme impliquée par la libre circulation de l'information, dans la mesure où elle est restreinte à un but de communication exclusive à destination d'une personne privée.

Une telle conception de la libre circulation de l'information découle d'une lecture littérale de son intitulé. Elle implique de ne retenir qu'une définition neutre de l'information, considérée en tant qu'objet et en tant qu'action d'informer. L'information en tant qu'objet est alors définie indépendamment de son contenu et de son destinataire. L'information en tant qu'action est alors définie comme toute action visant à communiquer à autrui un fait ou une idée, indépendamment de la finalité de l'action ou de son type de destinataire.

Cette précision préalable se justifie d'autant plus qu'au sein des instruments consacrant le principe de libre circulation de l'information, une telle restriction ne figure pas. Au contraire, d'un point de vue littéral, l'expression même de libre circulation de l'information invite à concevoir cette dernière comme un objet et non comme une action. L'information se conçoit alors comme « un élément de connaissance susceptible d'être représenté à l'aide de conventions pour être conservé, traité ou communiqué »¹⁵¹. Une telle conception est d'ailleurs nettement encouragée par l'emploi au sein des instruments relatifs aux droits de l'homme d'une conception *a priori* très large de la liberté d'expression, qui se traduit par un énoncé non pas réduit à la seule information au public mais à la réception et à la communication d'informations ou d'idées, indépendamment de leur nature ou de leur destination¹⁵².

Ce recentrage préliminaire de la notion se justifie afin d'éviter les contresens apportés par une approche restrictive de la liberté d'expression. Cette conception se trouve unanimement consacrée au sein des travaux des auteurs français en date des années 1980. Elle conduit à assimiler la libre circulation de l'information à une conception très restreinte de la liberté d'expression. Cette assimilation empêche de considérer qu'un traitement de données personnelles puisse être impliqué ou même concerné par la libre circulation de l'information.

Cette assimilation se retrouve au sein des premiers manuels français de « droit de l'information »¹⁵³ qui, dans les faits, étaient relatifs non pas à l'action neutre d'informer, mais à celle déjà plus restreinte d'informer le public. Dans cette acception, le « droit de l'information » ne traite alors pas de la réglementation générale de l'information en droit, mais de la seule réglementation des médias. Cette dénomination équivoque tend d'ailleurs à être abandonnée pour ce type d'ouvrages au profit d'intitulés plus précis, soient qu'ils se trouvent relatifs non pas à

586 : « La liberté d'information sur le plan européen dépasse donc les bornes du domaine habituel de la liberté d'expression (discours politique, philosophique ou religieux) : elle ne se définit pas par le contenu de l'information, sa qualité ou son importance (...) mais par le mode de formulation de celle-ci et est en jeu dès lors que l'information, même si elle est de nature économique, professionnelle ou artistique, emprunte un support destiné à la rendre publique ».

151 Arrêté du ministre de l'industrie et du ministre de l'éducation nationale sur l'enrichissement du vocabulaire de l'informatique du 22 décembre 1981, JORF du 17 janvier 1982, p. 624. Pour une définition assez similaire en droit positif, voir également la loi n° 82-652 du 29 juillet 1982, au terme de laquelle l'information se définit comme des « sons, (des) images, (des) documents, (des) données ou messages de toute nature ». Cette dernière définition sera d'ailleurs reprise dans l'article 2 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, article 2.

152 Voir notamment la formulation de l'article 10, 1) de la CESDH, qui énonce que : « Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière. (...) ».

153 AUBY Jean-Marie et DUCOS-ADER Robert, *Droit de l'information*, 2^{ème} édition, Dalloz, 1982, p. 1 : « On entendra ainsi par information l'action consistant à porter à la connaissance d'un public, certains faits ou opinions à l'aide de procédés visuels ou auditifs comportant des messages intelligibles pour ce public : l'information est également le résultat de cette action sur ses destinataires ». Voir également DUMAS Roland, *Le droit de l'information*, 1^{ère} édition, PUF, 1981, p. 21.

l'information en tant qu'objet mais en tant qu'action, au sein des manuels relatifs à la communication¹⁵⁴, soit qu'ils se limitent à un domaine spécifique comme les *medias*¹⁵⁵ ou la communication numérique¹⁵⁶.

Un auteur canadien déjà évoqué, le professeur Karim Benyekhlef, estime que le principe de libre circulation de l'information n'est fondé que sur la liberté d'expression¹⁵⁷, et non sur d'autres considérations, éventuellement économiques. Dans ces conditions, lier la question du principe de libre circulation de l'information avec la libéralisation économique, et notamment des services, constituerait pour cet auteur un amalgame non pertinent¹⁵⁸. Ce faisant, l'auteur considère que le principe de libre circulation de l'information ne constitue qu'un aspect plus réduit de la liberté d'expression et, qu'à ce titre, les flux transfrontières de données personnelles ne peuvent en être la conséquence dans la mesure où ils n'ont majoritairement pas pour objet d'informer le public mais concernent pour l'essentiel, selon lui, la gestion d'entreprise¹⁵⁹. Cet auteur estime ainsi, à propos du principe de libre circulation de l'information tel qu'il est consacré dans la convention n° 108 du Conseil de l'Europe ainsi que dans les lignes directrices de l'OCDE, qu'il constitue une interprétation artificielle et forcée de ce qu'il devrait vouloir dire, s'il était réduit à la seule liberté d'expression. Cet auteur dénonce notamment comme étant à l'origine de cette perversion du sens de la liberté d'expression une prise en compte hors de proportion des enjeux économiques sous-jacents aux traitements de données personnelles¹⁶⁰. Dans cette critique, cet auteur ne fait que systématiser une première position de principe défendue en droit français par le Professeur Roger Pinto. Ce dernier considère en effet que les traitements de données personnelles ne peuvent être fondés ou impliqués par le principe de libre circulation de l'information. Il justifie cette opinion en considérant que, dans la mesure où ils ne visent pas en soi à une action d'information du public, ils ne peuvent relever d'un principe qu'il considère comme directement dérivé de la liberté d'expression¹⁶¹.

154DEBBASCH Charles, ISAR Hervé, AGOSTINELLI Xavier, *Droit de la communication*, 1^{ère} édition, Dalloz, 2002 ; DE BELLESCIZE Diane, FRANCESCHINI Laurence, *Droit de la communication*, 2^{ème} édition, PUF, 2011.

155DEBBASCH Charles (dir.), *Droit des médias*, Dalloz, 2002 ; DERIEUX Emmanuel, GRANCHET Agnès, *Droit des médias*, 6^{ème} édition, LGDJ, 2010.

156HUET Jérôme et DREYER Emmanuel, *Droit de la communication numérique*, LGDJ, 2011.

157BENYEKHFLEF Karim, *op. cit.*, p. 283: « La libre-circulation de l'information est une composante du droit à l'information. Le droit à l'information (« freedom of information ») n'est certes pas une notion aisée à circonscrire. Le droit à l'information, sommairement, découle d'une évolution juridico-historique de la liberté de la presse et de la liberté d'expression ».

158BENYEKHFLEF Karim, *op. cit.*, p. 287 et ss.

159BENYEKHFLEF Karim, *op. cit.*, pp. 296-297: « la liberté d'expression suppose, en principe, un grand nombre de récepteurs, essentiellement le public. (...). Or, les flux transfrontières de données à caractère personnel ne sont pas destinés à alimenter, d'une manière ou d'une autre, le débat public, au sens très large du terme. Ils ont pour destinataires une clientèle réduite, privée, et ne servent, en grande partie, que des objets de nature administrative ou économique. Personne n'a jamais prétendu que la communication de notes écrites relatives à la gestion d'une entreprise relevait de la liberté d'expression. (...). Par conséquent, la nature non informative, au sens des objectifs que sous-tend la liberté d'expression, des données transmises et le caractère finalement privé de leur communication (destinataires réduits) font que les flux transfrontières de données nominatives ne constituent pas une activité protégée. L'essence du principe de la libre circulation de l'information est de permettre aux émetteurs de faire connaître leur message au plus grand nombre d'auditeurs et aux citoyens de bénéficier d'informations susceptibles de les aider dans leur prise de décision sociale, économique et politique ou de satisfaire leurs besoins intellectuels ».

160BENYEKHFLEF Karim, *op. cit.*, pp. 299-300.

161PINTO Roger, *La liberté d'information et d'opinion en droit international*, Economica, 1984, p. 24: « Dans ce contexte, l'informatique doit être distinguée de l'information. Plus précisément la liberté de fabrication et d'interconnexion de fichiers informatisés ne peut être revendiquée au nom de la liberté d'expression, d'information

Si le principe de libre circulation de l'information était considéré comme un élément à part entière de cette conception datée de la liberté d'expression, sa portée serait considérablement limitée. En effet, dans cette acception, la libre-circulation de l'information serait réduite à la seule liberté de diffuser et d'accéder à des informations publiées dans un but social, culturel, politique. Dans cette acception, les informations d'ordre privé et de nature triviale ou simplement professionnelle ne pourraient être incluses dans la notion, excluant ainsi à titre d'exemple la communication de données dans le cadre de la gestion d'entreprises multinationales ou de prestations de service transfrontières. Or, les occasions dans lesquelles un flux transfrontières de données – personnelles ou non - a valeur informative pour le public sont relativement peu fréquentes. A titre d'exemple, tel serait le cas de la révélation par voie de presse de données personnelles portant sur la situation fiscale de contribuables nommément identifiés¹⁶². Une telle conception est donc exagérément restrictive, notamment au regard des évolutions contemporaines du principe de liberté d'expression.

2) Une liberté d'expression s'ouvrant progressivement à la communication banale d'informations

En droit français, l'expression de liberté d'expression a pendant longtemps renvoyé dans son acception commune à l'idée d'« une liberté solitaire, ou presque, dans un état de nature idéalisé: liberté de l'écrivain s'adressant à des lecteurs isolés, liberté de l'orateur au public réduit à ceux qui pouvaient l'entendre »¹⁶³. Une telle conception bénéficie en effet en droit français d'une audience particulière en raison de la formulation restrictive de l'article 11 de la DDHC¹⁶⁴, renforcée implicitement par la formulation lapidaire de l'article 1^{er} de la loi du 29 juillet 1881¹⁶⁵. Cette conception restrictive ne peut être blâmée en soi dans la mesure où elle s'avère directement tributaire des préoccupations de l'époque qui les a vu naître¹⁶⁶.

Or, les préoccupations de l'époque actuelle ont changé, du moins dans l'ordre juridique français. Le combat contre la censure et pour la liberté d'expression en tant que liberté de s'exprimer librement n'en constitue plus désormais le seul enjeu. En effet, cette liberté est désormais également envisagée non plus du seul point de vue de l'émetteur mais également du point de vue du récepteur de l'information. Ce faisant, l'accent est alors mis sur une formulation plus objective,

et d'opinion. Le fichier automatisé n'est pas destiné au public. Il ne participe pas à la libre circulation de l'information. Sa réglementation ne constitue donc pas une restriction à la liberté d'information. Face au droit au respect de la vie privée, il ne s'oppose pas comme une valeur également fondamentale. La confusion n'est pas innocente ». Voir également la note n° 24, même page: il considère que lorsque les lignes directrices de l'OCDE en 1980 et la Convention n° 108 de 81 affichent comme objet la volonté de concilier « la vie privée et la libre circulation de l'information », « En réalité, la constitution de fichiers informatisés concentrant des données sur des personnes privées ne relève pas de la libre circulation de l'information ». Mais l'auteur se contente d'affirmer sans pour autant apporter le moindre élément de démonstration.

162 Illustrant une telle hypothèse, voir CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuoja- ja valtuutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy*, aff. C-73/07, Rec. 2008, p. I-09831.

163 MORANGE Jean, *La liberté d'expression*, Bruylant, 2009, p. 83.

164 Lequel énonce que « La libre communication des pensées et des opinions est l'un des droits les plus précieux de l'homme ; tout citoyen peut donc parler, écrire, imprimer librement sauf à répondre de l'abus de cette liberté dans les cas déterminés par la loi ».

165 Lequel dispose sobrement que « L'imprimerie et la librairie sont libres ».

166 MASCLET Jean-Claude, « La loi sur les entreprises de presse », *AJDA*, 1984, p. 657.

« liberté de communication »¹⁶⁷ ou « liberté de l'information »¹⁶⁸, qui inclut la liberté d'expression au sens classique en tant que liberté de l'émetteur sans toutefois omettre désormais la liberté du récepteur. Ce faisant, il n'y a pas là création d'un nouvel aspect de la liberté d'expression mais simplement redécouverte et systématisation d'une de ses facettes consacrées de longue date en droit international, mais que la pratique, l'état de l'art et le caractère restrictif de certaines appellations nationales rendaient peu visibles¹⁶⁹.

Ce rééquilibrage de la considération de la liberté d'expression comme liberté de communication ou liberté de l'information a été opéré tant en droit constitutionnel français qu'en droit européen. Ainsi, le Conseil constitutionnel a-t-il explicitement opéré une rupture avec la conception française classique de la liberté d'expression centrée sur la liberté de l'émetteur pour l'étendre, dans sa décision *Entreprises de presse* des 10 et 11 octobre 1984, en considérant que l'article 11 de la DDHC garantit également la liberté d'expression en tant que « liberté des lecteurs »¹⁷⁰.

Pour autant, c'est véritablement en droit européen que ce rééquilibrage de la notion de liberté d'expression a pu susciter un phénomène de symbiose avec la liberté des activités économiques¹⁷¹. Ce phénomène a été souligné par certains auteurs, qui ont pu considérer que la liberté d'expression constituait une nouvelle pierre angulaire du libéralisme économique. Tel est le cas pour le professeur Jean-Baptiste Racine qui considère que les droits de l'homme constituent les « piliers de l'ordre concurrentiel ». Plus précisément, il distingue un « pilier principal: la propriété privée » et « un pilier secondaire: la liberté d'expression »¹⁷². Ce droit et cette liberté sont selon lui nécessaires à l'avènement et au maintien d'une économie de marché. Dès lors, il est plausible d'envisager que toute extension concomitante de ce droit et de cette liberté à un nouvel objet tend potentiellement à l'insérer dans la sphère des échanges marchands.

Pour cet auteur, les deux facettes de la liberté d'expression, à savoir l'information passive et l'expression active, seraient les « vecteurs de la concurrence »¹⁷³. Il fonde cette affirmation sur l'observation de la jurisprudence de la CEDH en matière de liberté d'expression appliquée à la matière économique. Cette conception extensive s'étend en effet à la matière économique en tant que la liberté d'expression implique la liberté de diffuser des informations ainsi que la liberté¹⁷⁴ du

167MORANGE Jean, *op. cit.*, p. 84.

168Résolution de l'Assemblée des Nations-Unies n° 59 (I), *Convocation d'une conférence internationale sur la liberté de l'information*, 65^{ème} séance plénière, 14 décembre 1946, deuxième considérant: « La liberté de l'information implique le droit de recueillir, de transmettre et de publier les nouvelles en tous lieux et sans entraves ».

169Ainsi, cet aspect n'est pas méconnu dans le texte de la DUDH, son article 19 disposant que: « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiété pour ses opinions et *celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit* ». De même, l'article 10,1 de la CESDH dispose dans le même ordre d'idées que le droit à la liberté d'expression « comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ».

170Décision n° 84-141 DC, 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78, considérant n° 41. Cette position de principe est confortée par la référence aux considérants n° 38 et 43 de la liberté de choix des lecteurs. Pour une mise en lumière par la doctrine de cette conception nouvelle en droit français, voir notamment MASCLET Jean-Claude, *op. cit.*, p. 657, et BIENVENU Jean-Jacques, note sous Décision n° 84-181 DC des 10-11 octobre 1984 *Entreprises de presse*, *AJDA*, 1984, p. 691: « Cette grande décision est donc moins celle de la liberté de la presse que de celle de son tempérament par l'intervention du droit à l'information ».

171DUMAS Romain, *Essai sur la fondamentalisation du droit des affaires*, thèse, L'Harmattan, 2008, pp. 252-259.

172RACINE Jean-Baptiste, l'ordre concurrentiel et les droits de l'homme, in *L'ordre concurrentiel, Mélanges en l'honneur d'Antoine Pirovano*, éditions Frison-Roche, 2003, p. 423.

173RACINE Jean-Baptiste, *op. cit.*, p. 427.

174Liberté qui peut dans certains cas être qualifiée de droit à l'information du public: voir CEDH, 8 juillet 1986, *Lingens*

public de les recevoir¹⁷⁵. Cette double liberté s'applique sans qu'il n'ait lieu de la faire dépendre de la nature des informations véhiculées, et notamment de leur teneur réelle en contenus informatifs, que ce soit de la « musique légère » ou « des annonces publicitaires »¹⁷⁶. L'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE distingue d'ailleurs tant dans son titre qu'en son contenu la liberté d'expression de la liberté de communication, sans toutefois opérer une distinction vraiment tranchée entre les deux¹⁷⁷. Cela explique ainsi que la liberté d'expression protège également la publicité en tant que telle, et ce tant en droit européen¹⁷⁸, qu'en droit communautaire¹⁷⁹ ou en droit interne¹⁸⁰.

Dès lors, en ce qui concerne l'article 10 de la CESDH, droits fondamentaux et préoccupations économiques peuvent entretenir des relations symbiotiques en droit positif, même si cette évolution s'avère très critiquée en doctrine¹⁸¹. Cette symbiose partielle de la liberté d'expression avec la liberté d'exercer des activités économiques explique son renfort des instruments internationaux destinés à promouvoir la libre circulation de l'information à des fins économiques. Ainsi, par exemple, dans le livre vert « Télévision sans frontières », la Commission a souligné l'importance de l'article 10 de la CESDH pour le développement d'un marché commun de l'information et des idées¹⁸².

Mais cette extension du contenu de la liberté d'expression à ses usages économiques ne constitue qu'un premier aspect de sa conception moderne. Plus récemment, la liberté d'expression a vu sa portée s'élargir encore davantage, jusqu'à en devenir indistincte avec le service public international qu'est Internet et la libre prestation de services.

B/ L'évolution de la liberté d'expression pour accueillir la libre-circulation de l'information

Aujourd'hui, la liberté d'expression n'est plus seulement, et ce depuis longtemps, une liberté d'informer le public dans les domaines politique, social ou culturel. Bien au contraire, son domaine tend à s'élargir de plus en plus. Elle constitue ainsi le véhicule commun de l'extension du service public international des télécommunications naguère, des communications électroniques depuis

c/ Autriche, série A, n° 103.

175CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c/ Royaume Uni*, série A n° 30, §65.

176CEDH, 28 mars 1990, *Groppera Radio AG et autres c/ Suisse*, n° 10890/84, série A n° 173, § 54 et 55.

177Charte des droits fondamentaux de l'UE, article 11 « Liberté d'expression et d'information »: « 1. Toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontières. 2. La liberté des médias et leur pluralisme sont respectés ».

178CEDH, 20 novembre 1989, *Markt Intern Verlag GmbH et Klaus Beermann c/ Allemagne*, Série A, n° 165, §26 : « des informations de caractère commercial ne sauraient être exclues du domaine de l'article 10§1, lequel ne s'applique pas seulement à certaines catégories de renseignements, d'idées ou de modes d'expression ».

179CJCE, gr. ch., 16 décembre 2008, *Tietosuojavaltutettu c/ Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, préc.*, §§ 56 et 59.

180Cass. Crim. 19 novembre 1997, n° 96-82.625, Bull. Crim. n° 393, à propos de l'interdiction de la publicité pour le tabac.

181Pour un exposé synthétique de cette controverse doctrinale, voir MARINO Laure, « Plaidoyer pour la liberté d'expression, droit fondamental de l'entreprise », *RTDCom*, janvier/mars 2011, pp. 1-10.

182Livre vert sur l'établissement du marché commun de la radiodiffusion, notamment par satellite et par câble, COM (84) 300, 14 juin 1984, *sp. p.* 171.

(1), tout autant que de la libéralisation économique dans le secteur des services (2).

1) Une liberté étendue à ses garanties techniques nouvelles

La liberté d'expression a subi, comme l'ensemble des droits et libertés garantis en droit international et en droit interne, une influence en vue d'une plus grande effectivité. Or, cette dernière question implique de considérer un droit ou une liberté non pas *in abstracto*, mais également au regard de ses modalités concrètes de réalisation. La rencontre entre cette dynamique globale et le principe de liberté d'expression laisse observer une évolution en deux temps : dans une approche subjectiviste, la liberté d'expression tend à recouvrir de sa protection cette garantie concrète de réalisation qu'est internet (a) ; dans une approche plus objectiviste, la liberté d'expression tend à être considérée comme un fondement du service public international qu'est internet (b).

a) Une extension justifiée par un souci de concrétisation de cette liberté

Par cette expression de concrétisation, on entend désigner un processus par lequel les garanties matérielles de la liberté d'expression tendent à être protégées au même titre que le droit fondamental éponyme. Un tel phénomène de concrétisation s'explique par une recherche d'effectivité à son égard. Ce « souci d'effectivité »¹⁸³ qui nimbe de plus en plus l'action des Cours chargées plus spécialement de la protection des droits et libertés fondamentales doit être compris comme la recherche d'une « correspondance entre l'énoncé abstrait de la norme et le développement des potentialités que cette dernière recèle »¹⁸⁴. Ce mouvement trouve son inspiration dans la jurisprudence de la CEDH. En effet, « le juge européen entend (...) fournir à l'individu les conditions matérielles à l'exercice effectif de ses droits »¹⁸⁵, ce qui se traduit par exemple par l'énoncé d'obligations positives imposant aux États parties de prendre des mesures concrètes pour rendre effectif le droit d'accès aux tribunaux¹⁸⁶. En effet, « les garanties d'exercice des droits fondamentaux ne se réduisent pas aux garanties juridictionnelles » mais « recouvrent l'ensemble des techniques, procédés ou moyens par lesquels les droits fondamentaux se prêtent à une jouissance effective de leurs titulaires » ; dans ces conditions, « assurer la jouissance effective des droits fondamentaux passe souvent par l'édition d'une réglementation (...) [ou peut] prendre la forme de fourniture de prestations matérielles »¹⁸⁷. Dans le cas particulier de la liberté d'expression, ce souci s'est traduit par l'extension de son régime protecteur aux moyens concrets de son effectivité.

L'extension d'une telle conception concrète des droits et libertés fondamentales à la liberté d'expression se justifie à raison du caractère stratégique de cette dernière. Cette dimension essentielle de la liberté d'expression s'explique par le fait que « son exercice est une condition de

183Et notamment la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Voir à cet égard l'article de BARANES William et FRISON-ROCHE Marie-Anne, « Le souci de l'effectivité du droit », *Rec. Dalloz*, 1996, 35^{ème} cahier, chronique, pp. 301-303.

184VIDAL-NAQUET Ariane, *Les « garanties légales des exigences constitutionnelles » dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, thèse, Panthéon-Assas, 2007, p. 249.

185SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 10^{ème} édition, PUF, 2011, p. 254.

186CEDH, 9 octobre 1979, *Airey c/ Irlande*, série A n° 32.

187LYON-CAEN Antoine, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 95.

la démocratie et l'une des garanties du respect des autres droits et libertés »¹⁸⁸. En effet, cette liberté est autant inséparable de l'existence d'autres droits que de la théorie générale des libertés¹⁸⁹. Elle peut être ainsi considérée comme étant à la base d'une conception libérale de la démocratie, tel que le considère tant la doctrine¹⁹⁰ que la CEDH dans sa jurisprudence. En effet, cette dernière énonce ainsi que « la liberté d'expression constitue l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun »¹⁹¹. Ce caractère éminent de la fonction collective et politique de la liberté d'expression a impliqué dans les années 1980 une attention particulière à l'égard des conditions permettant d'en assurer une application concrète.

De manière plus générale, le constat a pu être posé selon lequel « les technologies de l'information et de la communication débouchent sur un accroissement des libertés individuelles ou collectives. Elles peuvent même leur donner un contenu plus complet. Ainsi, des espaces numériques de liberté viennent compléter ceux qui existent déjà et plusieurs libertés semblent valorisées: la liberté de s'informer ou d'informer et la liberté de communiquer »¹⁹². Une telle concrétisation constitutionnelle de la liberté d'expression comme impliquant en droit positif l'accès à internet apparaît certes comme une extension du travail entamé en 1984 par le Conseil constitutionnel dans sa décision précitée *Entreprises de presse*, mais aussi comme une réception de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

En effet, une telle position était déjà adoptée de longue date explicitement par le Conseil de l'Europe et implicitement dans la CESDH. Ce caractère précurseur des sources européennes s'explique par la formulation de l'article 10 de cette Convention, au terme duquel la jouissance de la liberté d'expression est reconnue à tous sans considération de frontières¹⁹³. Cette absence de considération de frontières a incité le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe à effectuer dès 1982 le lien logique entre le développement de la liberté d'expression et celui des technologies permettant de la concrétiser¹⁹⁴. Cette extension à la dimension technique s'est également par le

188 Décision n° 2011-131 QPC, 20 mai 2011, *Mme Térésa C. et autre*, JORF 20 mai 2011, p. 8890, (@ 83).

189 MORANGE Jean, *op. cit.*, p. 65.

190 LECLERCQ Claude, *Libertés publiques*, 5^{ème} édition, Litec, 2003, p. 4.

191 CEDH, 30 mars 2004, *Radio France et autres c/ France*, n° 53984/00, CEDH 2003-X, § 32.

192 OBERDORFF Henri, *La Démocratie à l'ère numérique*, PUG, 2010, p. 25.

193 SUDRE Frédéric, *op. cit.*, p. 587 : « la liberté d'information est le seul droit proclamé à devoir être exercé « sans considération de frontières » (Com., déc. 2 mai 1978, *Bertrand Russel Peace Foundation c/ Royaume Uni, D. et R.*, 14, p. 117) ; il en résulte que pèsent sur les États non seulement une obligation d'abstention (ne pas entraver la liberté de recevoir et de communiquer des informations), mais aussi une obligation d'action (assurer la libre circulation des informations) ».

194 Déclaration sur la liberté d'expression et d'information adoptée par le Comité des Ministres le 29 avril 1982, lors de sa 70^{ème} Session : « 4. Considérant que la liberté d'expression et d'information est nécessaire pour le développement social, économique, culturel et politique de tout être humain, et constitue une condition pour le progrès harmonieux des groupes sociaux et culturels, des nations et de la communauté internationale ; 5. Persuadés que le développement continu de la technologie de l'information et de la communication devrait servir à promouvoir le droit, sans considération de frontières, d'exprimer, de rechercher, de recevoir et de communiquer des informations et des idées, quelle que soit leur source ; (...); 8. Conscients que la libre circulation et la large diffusion d'informations de toute nature à travers les frontières constituent un facteur important pour la compréhension internationale, le rapprochement des peuples et l'enrichissement mutuel des cultures, (...) II. Déclarent que dans le domaine de l'information et des moyens de communication de masse, ils poursuivent les objectifs suivants : (...) f. l'intensification de la coopération et de l'assistance internationales, par des canaux publics et privés, en vue de favoriser la libre circulation de l'information et d'améliorer les infrastructures et les compétences en matière de communication ; (...) III. Décident d'intensifier leur coopération afin : c. de favoriser la libre circulation de l'information, contribuant ainsi à la compréhension internationale, à une meilleure

même coup étendue au projet social global que cette dimension technique du développement international des télécommunications était alors en train d'acquérir au début des années 1980. C'est la raison pour laquelle le Conseil de l'Europe a mis si tôt en avant l'intérêt général attaché à l'extension technologique du principe de liberté d'expression. Mais, dans le même temps, il adopte la position de principe selon laquelle la liberté de communiquer par internet constitue une conséquence logique de la liberté d'expression garantie par l'article 10 de la CESDH, position qui n'a reçu l'attention que de très rares auteurs¹⁹⁵. Ainsi, pour le Conseil de l'Europe, les systèmes informatiques offrent un moyen sans précédent de promotion de la liberté d'expression et de communication dans le monde entier¹⁹⁶. Dans le même ordre d'idée, la déclaration sur la liberté de la Communication sur l'Internet, adoptée par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le 28 mai 2003 indique que « le contrôle *a priori* des communications sur l'Internet, sans considération de frontières, devrait rester une exception » et que « la liberté de fournir des services via l'Internet contribuera à garantir le droit des usagers d'accéder à des contenus pluralistes provenant de multiples sources nationales et étrangères ».

Ces évolutions française et européenne de la conception de la liberté d'expression en tant que base juridique de l'accès libre à internet convergent ainsi avec la conception nord-américaine de cette liberté¹⁹⁷. En effet, les autorités américaines ont très tôt considéré que le premier amendement de leur Constitution impliquait la libre circulation des données sur le réseau internet. Cette déclaration politique de l'Exécutif des États-Unis, énoncée dans un document de la présidence américaine intitulé « A Framework for Global Electronic Commerce »¹⁹⁸, a été relayée la même année par un arrêt de la Cour suprême *Reno v. American Civil Liberties Union*. Au terme de ce dernier, la Cour juge inconstitutionnelles deux dispositions relatives à la lutte contre la pornographie sur internet en considérant que des restrictions dans l'accès et l'usage au réseau

connaissance des convictions et des traditions, au respect de la diversité des opinions et à l'enrichissement mutuel des cultures ».

195AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, « Concrétisation et aménagement de la liberté d'expression sur internet en droit européen », in *Libertés, justice, tolérance*, Mélanges en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN, Volume 1, Bruylant, 2004, p. 99: « La nature transfrontalière de la liberté d'expression, proclamée par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme, n'a longtemps trouvé qu'une traduction limitée dans la pratique. Outre les obstacles juridiques que les États érigeaient, parfois, à la communication internationale des idées et des informations, les moyens techniques ainsi que les barrières linguistiques et culturelles ont bridé cette liberté. *La communication en ligne et, plus spécialement, Internet, lui donnent un nouvel essor aujourd'hui* ».

196Préambule du Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité, relatif à l'incrimination d'acte de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques, Strasbourg, 28 janvier 2003.

197POULLET Yves, « Vers la confiance: vues de Bruxelles: un droit européen de l'internet? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », in *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 141, pour qui « L'Europe comme les États-Unis reconnaissent la liberté d'expression comme une valeur fondamentale du réseau Internet ».

198« L'opposition est donc frappante entre l'approche européenne et la position américaine, que l'on trouve notamment exprimée dans le document de la Présidence intitulé " A Framework for Global Electronic Commerce " (1997). Selon ce document, qui contient un chapitre sur la vie privée, le premier amendement à la Constitution exige que la liberté de circulation de l'information soit protégée, et qu'un équilibre soit trouvée entre cette liberté et la protection des droits individuels. La directive européenne y est expressément citée comme " conduisant à des politiques disparates, susceptibles d'entraîner une interruption des flux transfrontières ". Les États-Unis affirment leur attachement à une politique fondée sur l'autorégulation et la discipline du marché, et leur volonté de continuer les discussions avec leurs partenaires européens afin d'accroître leur compréhension de l'approche américaine de la protection de la vie privée ", avec pour objectif de garantir que les critères utilisés pour apprécier le caractère adéquat du niveau de protection " sont suffisamment flexibles " pour s'adapter à l'approche américaine » (Rapport Braibant précité, p. 94).

étaient contraires au premier amendement de la Constitution américaine protégeant la liberté d'expression. Or, la jurisprudence de cette même Cour avait déjà énoncé clairement la présomption d'invalidité dont était revêtue par principe toute mesure restreignant *a priori* la liberté d'expression¹⁹⁹. Pour employer l'expression imagée d'un membre de la doctrine, cet arrêt *Reno* représenterait ainsi le « « certificat de naissance » d'Internet »²⁰⁰. Sans aller jusque là, il est possible d'en conclure plus sobrement que la liberté d'expression constitue un des fondements juridiques essentiels de l'existence du réseau Internet, ce que corroborent, l'approche retenue sur cette question par le Conseil constitutionnel français, la CEDH et la CJUE.

À cet égard, le Conseil constitutionnel a, de manière précoce, inclus dans le régime constitutionnel de protection de la liberté d'expression les conditions matérielles de son effectivité. Ces conditions matérielles concernent tant les conditions d'organisation économique du secteur de la presse²⁰¹ que les modalités techniques d'exercice de la liberté d'expression. Plus récemment et, dans l'esprit de cette première décision, le Conseil a adopté une attitude particulièrement progressiste en considérant dans sa décision *Création sur internet* de 2009 que la libre communication des pensées et des opinions au sens de l'article 11 de la DDHC, « en l'état actuel des moyens de communication et eu égard au développement généralisé des services de communication au public en ligne ainsi qu'à l'importance prise par ces services pour la participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions, (...) implique la liberté d'accéder à ces services »²⁰².

Le sens de cette décision novatrice a été expressément²⁰³ retenu par la CEDH dans son arrêt *Ahmet Yildirim c/ Turquie* du 18 décembre 2012. Dans cette affaire, le requérant se plaignait « de l'impossibilité d'accéder à son site Internet résultant d'une mesure ordonnée dans le cadre d'une affaire pénale qui n'avait aucun rapport avec son site. Il voi[yait] dans cette mesure une atteinte à son droit à la liberté de recevoir et de communiquer des informations et des idées garanti par l'article 10 de la Convention »²⁰⁴. En effet, un tribunal turc avait adopté, sur la base d'une loi mémorielle locale, une décision de blocage de l'accès à un site de *Google Sites* en vue de prévenir une atteinte à la mémoire d'Atatürk. L'organe administratif chargé d'appliquer cette décision n'a pas juste procédé au blocage de ce site particulier, mais à celui du site-mère, *Google Sites* en l'espèce. Le requérant devant la Cour de Strasbourg ne pouvait alors plus, du fait du caractère disproportionné de cette décision de blocage, accéder à son site hébergé sur ce site-mère. La Cour a considéré que « de telles restrictions préalables ne sont pas, *a priori*, incompatibles avec la Convention. Pour autant, elles doivent s'inscrire dans un cadre légal particulièrement strict quant à la délimitation de l'interdiction et efficace quant au contrôle juridictionnel contre les éventuels abus (*Association Ekin c. France*, n° 39288/98, § 58, CEDH 2001-VIII, (...)) »²⁰⁵. Partant, la Cour condamne la Turquie à raison de l'absence de prévisibilité de la loi mémorielle ayant fondé la décision de blocage, considérant de manière incidente que « la disposition en cause semble

199 *Banatan Books, Inc. v. Sullivan*, 372 U.S. 58 (1963) : « Any system of prior restraints of expression comes to this Court bearing a heavy presumption against its constitutional validity ».

200 KLEBES-PELISSIER Anne, « Internet et la liberté d'expression – A propos de l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis *Reno v. American Civil Liberties Union (A.C.L.U.)* du 26 juin 1997 », *RUDH*, 1998, pp. 393-401, sp. p. 394.

201 Décision n° 84-141 DC, 10-11 octobre 1984, *Entreprises de presse*, Rec. p. 78.

202 Décision n° 2009-580 DC du 10 juin 2009, *Loi favorisant la diffusion et la protection de la création sur internet*, Journal officiel du 13 juin 2009, Recueil, p. 9675 (@ 3), 12^{ème} considérant.

203 La décision création sur Internet précitée du Conseil constitutionnel est d'ailleurs la première citée au titre de l'examen par le juge de Strasbourg de l'état du droit comparé sur cette question.

204 CEDH, 18 décembre 2012, *Ahmet Yildirim c/ Turquie*, n° 3111/10, CEDH 2012, §38.

205 *Ibid.*, §64.

heurter de front le libellé même du paragraphe 1 de l'article 10 de la Convention, en vertu duquel les droits reconnus dans cet article valent « sans considération de frontière »²⁰⁶. Depuis, la Cour a pu systématiser sa position, comme dans la décision *Delfi AS c/ Estonie* du 16 juin 2015, dans laquelle elle considère de manière liminaire à son propos « que la possibilité pour les individus de s'exprimer sur Internet constitue un outil sans précédent d'exercice de la liberté d'expression. C'est là un fait incontesté »²⁰⁷.

Enfin, une telle conception est également partagée par les juridictions de l'UE. En effet, leurs jurisprudences relatives au blocage des sites internet dans l'optique du respect de la propriété intellectuelle²⁰⁸ achoppent toutes sur un point : une telle mesure de blocage constitue une atteinte au principe de liberté d'expression, tel que protégé par l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE. Dans toutes ces affaires, le litige oppose une société de gestion des droits d'auteurs à un fournisseur de « services de la société de l'information », comme l'accès à internet ou l'hébergement de sites ou de blogs, le premier reprochant au second le détournement de sa prestation de service par des internautes dans le cadre d'activités de téléchargement illicite. Ces contentieux naissent alors de la requête, formulée par ces sociétés de gestion devant une juridiction nationale, enjoignant à ces fournisseurs de services de mettre en place des mesures de surveillance ou de filtrage du réseau en vue de faire cesser ces activités illicites.

Le droit positif de l'UE, et plus précisément la directive 2000/31, ne s'oppose pas par principe à ce que les États membres prévoient dans leur droit de telles obligations de surveillance. La seule condition imposée *a priori* est qu'une telle surveillance ne peut être générale mais doit répondre à une finalité bien précise²⁰⁹. En l'absence de toute autre précision utile, il est revenu au juge de l'Union de compléter ces dispositions. Pour résumer, dans les trois affaires précitées, le juge a rappelé l'obligation, pour les autorités nationales autorisant la mise en œuvre de mesures de surveillance, blocage ou filtrage d'internet pour des fins de sauvegarde du droit de propriété intellectuelle, d'atteindre un équilibre réel dans la poursuite de cet objectif avec la protection effective de la liberté d'entreprise, leur droit à la protection des données personnelles et, surtout, la liberté d'expression des internautes²¹⁰. Dans ces trois affaires, la CJUE conclut à l'atteinte de cette dernière par une mesure de filtrage, de surveillance ou de blocage d'un site internet, les internautes ne pouvant alors plus accéder par principe et librement aux informations disponibles sur le réseau. Le fondement juridique qu'elle invoque, soit l'article 11 de la Charte des droits

206Ibid., §67.

207CEDH, 16 juin 2015, *Delfi AS c/ Estonie*, n°64569/09, §110.

208Soit respectivement, pour les décisions essentielles : CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)* ; CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV* ; CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*.

209Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JOUE n° L 178 du 17/07/2000 p. 0001 – 0016, Aux termes de l'article 15 de la directive 2000/31, art. 15.

210CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, §53 : « Par conséquent, il convient de constater que, en adoptant l'injonction obligeant le FAI à mettre en place le système de filtrage litigieux, la juridiction nationale concernée ne respecterait pas l'exigence d'assurer un juste équilibre entre le droit de propriété intellectuelle, d'une part, et la liberté d'entreprise, le droit à la protection des données à caractère personnel et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations, d'autre part ». Pour des formulations voisines ou similaires, voir également ; CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, §51 ; CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, §47.

fondamentaux de l'UE, présente l'utilité de distinguer une double formulation entre liberté d'expression et liberté d'information. Or, c'est bien cette dernière formulation qui est retenue en l'espèce : la décision *Scarlet* n'évoque que la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations »²¹¹, la décision *SABAM* évoque la « liberté d'information » ou la « liberté de recevoir ou de communiquer des informations »²¹², la décision *Telekabel* « la liberté d'information des utilisateurs d'Internet, dont la protection est assurée par l'article 11 de la Charte » ou le « le droit fondamental des utilisateurs d'Internet à la liberté d'information »²¹³.

b) La liberté d'expression, fondement nouveau d'un service public de l'internet

Qu'internet constitue un service public international, cela découle à notre sens des textes organisant dans l'ordre international l'interconnexion des réseaux de communication dématérialisée. Ce qui est nouveau, c'est la volonté croissante de la doctrine autant que des autorités publiques de donner à internet un fondement juridique plus stable et plus clair.

Un tel phénomène est particulièrement perceptible dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe. En effet, au sein de cette institution, les services transfrontaliers à caractère interactif, diffusés en ligne par les nouveaux moyens de communication électroniques voient leur importance mise en exergue à raison de leur concours au progrès économique, social et culturel²¹⁴. Ainsi, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe réaffirme en 2001 que « la liberté d'expression et d'information est nécessaire pour le développement social, économique, culturel et politique de tout être humain et constitue une condition pour le progrès harmonieux des groupes sociaux et culturels, des nations et de la communauté internationale »²¹⁵.

Plus récemment, le Conseil de l'Europe a prolongé ce constat de départ, en considérant que la liberté d'expression telle que garantie par l'article 10 de la CESDH constitue le fondement potentiel du service public de l'internet. Si un tel régime de service public commence depuis quelques années à être dessiné en France²¹⁶, ce n'est que plus récemment que le projet a été formé de sceller la dynamique de la Société de l'Information en donnant explicitement valeur de service public à l'accès à Internet.

A cet égard, l'œuvre du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe est constante depuis le début du nouveau millénaire. Ainsi, la Déclaration du Comité des Ministres du 28 mai 2003 sur la

211CJUE, 24 novembre 2011, affaire C-70/10, *Scarlet Extended SA contre Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, §§ 50 et 53.

212CJUE, 16 février 2012, C-360/10, *Belgische Vereniging van Auteurs, Componisten en Uitgevers CVBA (SABAM) contre Netlog NV*, respectivement §§ 50 et 51.

213CJUE, 27 mars 2014, affaire C-314/12, *UPC Telekabel Wien GmbH contre Constantin Film Verleih GmbH, Wega Filmproduktionsgesellschaft GmbH*, respectivement §§ 47 et 55.

214Préambule de la Convention sur l'information et la coopération juridique concernant les « services de la société de l'information », Moscou, 4 octobre 2001.

215Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur l'autorégulation des cyber-contenus, 5 septembre 2001, Rec (1001), point 8.

216Et ce au moins en tant que service public local depuis la loi précitée pour la confiance en l'économie numérique du 21 juin 2004, qui a donné aux collectivités locales la possibilité de compenser la carence de l'initiative privée à mettre en œuvre des services de télécommunications et d'accès à internet sur leur territoire. Pour une analyse de ces dispositions et une première qualification de service public local, au moins à titre émergent, voir ALLEMAND Roselyne, « L'intervention des collectivités territoriales dans le domaine des télécommunications », *AJDA*, 2004, pp. 2025-2030, sp. p. 2028.

liberté de la communication sur l'Internet souligne que les autorités publiques ne devraient pas, au moyen de mesures générales de blocage ou de filtrage, refuser l'accès du public à l'information et autres communications sur l'Internet. Cette position de principe tire ainsi explicitement les conséquences ultimes de la formulation de la liberté d'expression à l'article 10 de la CESDH, qui précise que cette liberté doit s'exercer « sans considérations de frontières ». Un cap est franchi avec la Recommandation Rec(2007)16 du Comité des Ministres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public d'Internet qui lie la conception classique de l'article 10 de la CEDH à ses modalités concrètes de mise en œuvre. Mais si cette recommandation lance l'idée de la reconnaissance d'un statut de service public pour l'Internet, ce n'est que très récemment que le Conseil de l'Europe a formulé un projet de régime de service public en la matière dans deux instruments²¹⁷.

Dans la Recommandation du Comité des ministres du 21 septembre 2011, le Conseil de l'Europe pose un principe: « la protection de la liberté d'expression et de l'accès à l'information sur l'Internet, ainsi que la promotion de la valeur de service public de l'Internet relèvent de préoccupations plus générales sur la manière de garantir l'universalité, l'intégrité et l'ouverture de l'Internet »²¹⁸. Elle en déduit une nécessité pressante pour les États membres, entre autres, « de protéger et de promouvoir l'universalité, l'intégrité et l'ouverture de l'Internet en respectant les principes et l'engagement figurant dans la présente recommandation, et de veiller à ce qu'ils soient reflétés dans la pratique et le droit »²¹⁹. Ce premier instrument, déclaratoire, est complété par une déclaration de portée plus pratique, ébauchant un embryon²²⁰ de régime de service public pour l'Internet impliquant notamment son universalité, son intégrité et sa continuité ainsi que sa neutralité en terme d'accès²²¹.

La question de la neutralité de l'Internet est d'ailleurs topique, car elle illustre bien, au delà de la différence de langage entre les juristes de droit interne et ceux de droit international, à quel point un objet commun est appréhendé. Si l'on emploie volontiers le terme de neutralité du net²²², la réalité de ce qu'il désigne ne renvoie ni plus ni moins qu'à celui de l'égalité d'accès à un service

217Recommandation CM/ Rec (2011)8 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection et la promotion de l'universalité, de l'intégrité et de l'ouverture de l'Internet, adoptée par le Comité des ministres le 21 septembre 2011 et Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011.

218Recommandation CM/ Rec (2011)8 préc., §7.

219Recommandation CM/ Rec (2011)8 préc., §12.

220NORODOM Anne-Thida, « Internet et le droit international : défi ou opportunité ? », in SFDI, *Internet et le droit international*, Pédone, 2014, pp. 20-23, où l'auteur adopte une position nuancée pour reconnaître que s'il existe des éléments permettant de conclure à la qualification d'Internet comme d'un service public international, ils sont en nombre insuffisants pour justifier à son sens une telle qualification.

221Déclaration du Comité des Ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet adoptée par le Comité des Ministres le 21 septembre 2011, §5: « Les politiques relatives à l'Internet devraient reconnaître le caractère mondial de l'Internet et l'objectif d'accès universel. Elles ne devraient pas entraver le flux libre du trafic Internet transfrontalier » ; §6: « La sécurité, la stabilité, la solidité, la résilience et la capacité à évoluer de l'Internet devraient être les principaux objectifs de sa gouvernance. Il est essentiel de promouvoir la coopération multiacteurs au niveau national et international pour préserver l'intégrité et le fonctionnement continu de l'infrastructure de l'Internet ainsi que la confiance que lui accordent les usagers » ; §9: « Les usagers devraient avoir le plus large accès possible à tout contenu, application et service de leur choix sur l'Internet, qu'ils leur soient offerts ou non à titre gratuit, en utilisant les appareils appropriés de leur choix. Toute mesure de gestion du trafic qui a un impact sur l'exercice des droits et libertés fondamentaux, et particulièrement le droit à la liberté d'expression et le droit à recevoir et transmettre des informations sans considération de frontières, ainsi que le droit au respect de la vie privée, doit être conforme aux dispositions du droit international relatives à la protection de la liberté d'expression et d'accès à l'information et du droit au respect de la vie privée ».

222Expression popularisée par un auteur nord-américain : WU Tim, « *Network Neutrality, Broadband Discrimination* », *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 141.

public international. En effet, le principe de neutralité renvoie à une circulation sans discrimination des informations sur internet²²³, donc à un égal accès à ce service public.

Cette question, posée officiellement dans le cadre des travaux du Conseil de l'Europe, rejoint une réflexion doctrinale naissante, suscitée en France pour l'essentiel par le sens de la décision précitée *Création sur internet* du Conseil constitutionnel, aboutissant à déduire de la liberté d'expression le droit d'accéder aux services en ligne.

Une tendance minoritaire en doctrine tend à reconnaître le droit d'accès à internet comme un droit fondamental. Ainsi, le professeur Marino déduit que ce droit d'accès à internet constitue, fût-ce indirectement, un droit fondamental en tant que modalité concrète d'exercice de la liberté d'expression²²⁴.

Une tendance majoritaire dénie un tel qualificatif au droit à l'accès à internet. Ainsi, pour Willy Duhén, la reconnaissance d'un tel « droit fondamental d'accès à Internet paraît inopportune à raison du caractère accessoire de l'accès à internet²²⁵. En effet, il constate « l'absence de fondamentalité dans la valeur de l'accès à Internet », qui se fonde sur la nature de l'accès à Internet. Cette dernière réside uniquement « dans une relation contractuelle entre la personne proposant un accès et celle souhaitant en bénéficier ». Il en déduit que « la connexion à Internet est donc déjà une réalisation de l'autonomie obligationnelle naturelle de tout homme libre »²²⁶. Bref, il ne lui reconnaît pas de valeur fondamentale en soi, mais seulement comme élément de concrétisation soit de la liberté contractuelle, soit de la liberté d'expression²²⁷. Dans une conception plus didactique et à notre sens plus convaincante, Michael Bardin considère que « le droit d'accès à internet n'est ni « *un droit de l'Homme* » ni un « *droit fondamental* » en lui-même. Il n'est et n'existe que comme moyen de concrétisation de la liberté d'expression et de communication. En définitive, le droit d'accès à internet vient prendre sa juste place dans les moyens déjà connus et protégés que sont la presse, la radio ou encore la télévision »²²⁸.

Dans un cas comme dans l'autre, ce processus de convergence entre les concepts de service public et de droit fondamental s'avère cohérent avec une évolution générale relevée par le professeur Boyer-Cappelle dans sa thèse. En effet, cet auteur conclut au terme de son étude que « le service public trouve à garantir les « droits-créances » et à intervenir en leur faveur. Il

223C'est du reste ce qui a été décidé dans le cadre de la refonte du « paquet télécommunications », dans le cadre de l'article 3 du Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un internet ouvert et modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques et le règlement (UE) no 531/2012 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de communications mobiles à l'intérieur de l'Union, JO L 310, 26.11.2015. Un tel principe de « neutralité de l'internet » figure explicitement dans le projet de loi pour une République numérique, actuellement en discussion au Parlement français (*Projet de loi, adopté, par l'Assemblée nationale après engagement de la procédure accélérée, pour une République numérique*, n° 325, déposé le 26 janvier 2016 et renvoyé à la commission des lois constitutionnelles, de législation, du suffrage universel, du règlement et d'administration générale, article 19).

224MARINO Laure, « Le droit d'accès à internet, nouveau droit fondamental », *Rec. Dalloz*, 2009, n° 30, pp. 2045-2046.

225DUHEN Willy, *La responsabilité extra-contractuelle du fournisseur d'accès à internet*, thèse, PUAM, 2013, p. 486 et ss.

226DUHEN Willy, *op. cit.*, p. 487.

227DUHEN Willy, *op. cit.*, p. 488 : « La fonction de l'accès à Internet est de permettre d'accéder à des services de communication au public en ligne, sujet reconnu de la liberté de communication dont il n'est pas nécessaire de faire état à nouveau. L'accès permet également de diffuser ses idées et d'en recevoir, exercice paroxystique de la liberté d'expression ».

228BARDIN Michaël, « Le droit d'accès à internet : entre « choix de société » et protection des droits existants », *RLDI*, n° 91, mars 2013, p. 83.

concrétise ces exigences et fait écho à la dimension égalitaire portée par ces dernières, en permettant que tous puissent bénéficier de prestations considérées comme essentielles à la protection ou au développement de l'individu. Au-delà de ces créances classiquement consacrées, il est même apparu que certaines exigences nouvelles tendaient aujourd'hui à être accueillies en droit positif à travers le sort qui leur était réservé au sein des services publics traditionnellement chargés de les satisfaire. La logique portée par les « droits-créances » et mise en œuvre par le service public est en cela une logique dynamique, qui trouve à rejaillir sur les libertés »²²⁹. Cet auteur précise enfin que « la fonction de garantie du service public, longtemps laissée dans l'ombre, ressurgit aujourd'hui sous cette dimension particulière. Un champ d'intervention lui est accordé, justifié non plus sur le fondement d'un intérêt général largement entendu et abstraitement défini, mais sur celui plus ciblé, d'une mission de défense des droits et libertés »²³⁰. Cette évolution, retracée par cet auteur pour l'essentiel en droit français, est convergente avec celle que l'on peut observer dans la jurisprudence constitutionnelle allemande, italienne et espagnole. En effet, dans ces « ordres juridiques qui reconnaissent les droits fondamentaux de la personne, l'intervention publique à l'égard d'activités qualifiées en France de service public a comme justification la garantie d'exercice ou de jouissance de ces droits fondamentaux »²³¹. Il est alors possible d'en déduire que ce n'est pas un hasard si des interrogations apparaissent en même temps, de la part du Conseil de l'Europe et de la doctrine, respectivement sur la qualification de l'accès à internet comme un service public d'une part, comme un droit fondamental d'autre part. Ces deux qualifications protègent, chacun à leur façon, l'existence et l'effectivité d'une même liberté, la liberté d'expression, qui implique aujourd'hui la libre circulation de l'information.

2) Le caractère difficilement dissociable de la liberté d'expression et de la liberté de prestation de services

Pour l'essentiel en droit de l'Union européenne, il est aujourd'hui possible d'observer une véritable osmose entre la liberté d'expression et le principe de libre prestation de services. Ce processus renforce l'intégration, au sein d'une conception très élargie du principe de liberté d'expression, de la libre-circulation de l'information.

S'il existe des précédents²³², la directive 98/84/CE du 20 novembre 1998 concernant la protection juridique des services à accès conditionnel et des services d'accès conditionnel s'impose

229BOYER-CAPELLE Camille, *Le service public et la garantie des droits et libertés*, thèse, Limoges, 2009, pp. 669-670.

230BOYER-CAPELLE Camille, *op. cit.*, p. 671.

231LYON-CAEN Antoine, « Propositions pour une justification de l'action publique au niveau communautaire », in LYON-CAEN Antoine et CHAMPEIL-DESPLATS Véronique (dir.), *Services publics et droits fondamentaux dans la construction européenne*, Dalloz, 2001, p. 90.

232Constitue ainsi un acte précurseur la Directive 89/552/CEE du Conseil, visant la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle, JOCE L 298 du 17 10 1989, p. 23. Plus précisément, ces considérants 7 et 8 énoncent que: « Considérant que le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération, sans exclusion liée à leur contenu culturel ou autre et sans restriction à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pas de la Communauté autre que celui du destinataire du service ; Considérant que ce droit appliqué à la diffusion et à la contribution de services de télévision est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression telle qu'elle est consacrée par l'article 10 paragraphe 1 de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ratifiée par tous les États membres ; que, pour cette raison, l'adoption de directives concernant l'activité de diffusion et de distribution de programmes de télévision doit assurer le libre exercice de cette activité à la lumière dudit article, sous réserve des seules limites prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 86 paragraphe 1 du traité ».

comme un modèle de clarté dans la mise en évidence d'une telle symbiose. En effet, elle dispose dans son deuxième considérant que : « la fourniture transfrontières des services de radiodiffusion et des services de la société de l'information peut contribuer, sur le plan individuel, à la pleine efficacité de la liberté d'expression en tant que droit fondamental et, sur le plan collectif, à la réalisation des objectifs fixés dans le traité ». Dans le considérant suivant, le législateur communautaire en déduit que « le traité prévoit la libre circulation de tous les services fournis normalement contre rémunération; *que ce droit, appliqué aux services de radiodiffusion et à ceux de la société de l'information, est aussi une manifestation spécifique, en droit communautaire, d'un principe plus général, à savoir la liberté d'expression* telle qu'elle est consacrée par l'article 10 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; que cet article reconnaît explicitement la *liberté des citoyens de recevoir et de communiquer des informations sans considération de frontières* ». Plus récemment, cette osmose se concrétise dans l'adoption d'un principe spécifique au sein de la directive cadre de 2000 relative aux communications électroniques: la libre circulation des services de la société de l'information²³³.

Une telle conception a été ensuite perçue et consacrée par un très petit nombre d'auteurs en doctrine. Pour certains, cette dernière directive « contribue à la concrétisation de la liberté d'expression du fait qu'elle promeut le marché intérieur de la communication en ligne et encourage l'extension de la connectivité Internet en Europe avec le souci de lutter contre l'exclusion numérique »²³⁴. De manière encore plus imagée, les mêmes considèrent que c'est cette directive spécifiquement « qui donne corps à la liberté d'expression »²³⁵. Réciproquement, dans cette conception, « le libre établissement et la libre prestation de services en matière de commerce électronique peuvent refléter la liberté d'expression. Dès lors, la liberté d'expression ne saurait être invoquée par les États pour déroger au principe de la libre circulation des services de la société de l'information posé à l'article 1 de la directive. Bien au contraire, le respect des libertés fondamentales du Traité s'impose avec d'autant plus de force que celles-ci mettent en œuvre un droit fondamental de l'Union »²³⁶.

Ainsi, en droit de l'Union européenne, les activités de commerce électronique apparaissent-elles aujourd'hui comme reposant sur un double fondement juridique : la liberté d'expression et la libre prestation de services. Plus précisément, pour le professeur Olivier Cachard, ces activités relèvent de la « libre prestation de service passive »²³⁷, dans la conception dégagée par le CJCE²³⁸. Cette notion a été établie en droit communautaire par la Cour en vue d'assouplir la condition de déplacement physique de l'opérateur ou du consommateur et de le remplacer pour ainsi dire par

233 Directive 2000/31/CE précitée, considérant n° 9: « Dans bien des cas, la libre circulation des services de la société de l'information peut refléter spécifiquement, dans la législation communautaire, un principe plus général, à savoir la liberté d'expression, consacrée par l'article 10, paragraphe 1, de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui a été ratifiée par tous les États membres. Pour cette raison, les directives couvrant la fourniture de services de la société de l'information doivent assurer que cette activité peut être exercée librement en vertu de l'article précité, sous réserve uniquement des restrictions prévues au paragraphe 2 du même article et à l'article 46, paragraphe 1, du traité. La présente directive n'entend pas porter atteinte aux règles et principes fondamentaux nationaux en matière de liberté d'expression ».

234 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, p. 105.

235 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, pp. 105-106.

236 AUVRET Patrick et AUVRET-FINCK Josiane, *op. cit.*, pp. 110-111.

237 CACHARD Olivier, *La régulation internationale du marché électronique*, thèse, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, Tome 365, 2002, p. 94.

238 Voir notamment CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments c/ Ministrer van Financiën*, aff. C-384/93, Rec. 1995, I, p. 01141.

le déplacement de l'objet de la prestation de l'ordinateur du prestataire à celui du destinataire. C'est d'ailleurs la conception retenue par la directive relative au commerce électronique. Ainsi, constitue un service de la société de l'information « tout service presté, normalement contre rémunération, à distance par voie électronique et à la demande individuelle d'un destinataire de service ». Les « services de la société de l'information désignent à la fois les activités de certains intermédiaires techniques qui exercent « les nouveaux métiers de l'internet » et les activités traditionnelles mises en réseau par les opérateurs désireux d'étendre leur « zone de chalandise » »²³⁹. Les premiers jouissent de la liberté d'accès à ces activités sans autorisation. Les opérateurs traditionnels peuvent se livrer à leur activité habituelle sans demander d'autorisation supplémentaire, la directive relative au commerce électronique étant neutre à leur égard. Ces deux principes de liberté et de neutralité constituent les deux éléments de la « liberté de prestation des « services de la société de l'information » »²⁴⁰.

Il existe donc bel et bien une symbiose entre liberté d'expression et liberté de prestation de services, et ce dans le but explicite de fonder en droit internet et les activités qui y sont liées.

Conclusion

La libre-circulation de l'information constitue le fondement juridique d'internet. En effet, elle implique la liberté internationale de circulation de toute information, indépendamment de son contenu ou de sa fonction ; liberté de flux informationnels strictement nécessaire à l'existence d'un réseau international de communications dématérialisées.

Ce principe trouve son origine dans une symbiose progressive des principes de liberté de prestation de service et de liberté d'expression. Ce nouveau principe n'est donc pas réductible à la liberté de prestation de services ni, surtout, à la liberté d'expression. En effet, il existe une différence fondamentale entre la libre circulation de l'information dans un objectif indifférencié et celle dans un objectif déterminé, qu'il soit politique, social et culturel. L'intérêt de cette distinction est de mettre en lumière l'existence d'un principe de libre circulation de l'information distinct du principe de liberté d'expression et revêtant une portée considérablement plus large. A cet égard, il ne peut apparaître comme un hasard que la Charte des droits fondamentaux de l'UE, dans son article 11, distingue entre les libertés expression et d'information. Au surplus, une telle distinction présente un intérêt non négligeable dans le cadre actuel des négociations relatives au traité transatlantique de libre-échange entre l'UE et les États-Unis dans la mesure où elle devrait permettre, si le principe de l'exception culturelle à la française était retenu, la cohabitation entre une libre circulation des données à des fins triviales et une restriction de la communication audiovisuelle.

Ce processus, issu d'une approche subjectiviste en termes de droits et de libertés fondamentales de la personne humaine, cherche aujourd'hui à s'inscrire dans une approche objectiviste, davantage orientée vers l'intérêt général international. Une telle approche se traduit par la reconnaissance progressive d'internet comme d'un service public international, ce dont atteste d'ailleurs la vivacité des débats en matière de neutralité du réseau, passés au Parlement européen et actuels devant le Parlement français.

239CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 97.

240CACHARD Olivier, *op. cit.*, p. 97.

Table des matières

I/ Un fondement originel: la liberté de prestation de services.....	6
A/ Une liberté initialement impliquée par le service public international des communications dématérialisées.....	6
1) La pertinence de la notion de service public international.....	6
2) Les communications dématérialisées, service public international	9
B/ Une libre circulation de l'information systématisée dans le cadre de la libéralisation du commerce international des services.....	13
1) L'émergence d'une problématique commune à l'UIT et à l'OMC.....	13
a) Les communications comme préalable au développement international économique....	14
b) Les communications comme objet du développement international économique.....	16
b-1) Les communications, objets et moyens de la prestation de service.....	16
b-2) Les communications, support de la prestation de service.....	18
2) La cristallisation juridique du principe de libre-circulation de l'information au contact des réglementations relatives aux traitements de données personnelles.....	20
II/ Un fondement complémentaire : une conception renouvelée de la liberté d'expression.....	26
A/ L'existence d'une conception restrictive de la liberté d'expression ne permettant pas de fonder la libre circulation de l'information.....	26
1) La libre-circulation de l'information suppose une liberté dans la communication banale d'informations.....	26
2) Une liberté d'expression s'ouvrant progressivement à la communication banale d'informations.....	29
B/ L'évolution de la liberté d'expression pour accueillir la libre-circulation de l'information.....	31
1) Une liberté étendue à ses garanties techniques nouvelles.....	32
a) Une extension justifiée par un souci de concrétisation de cette liberté.....	32
b) La liberté d'expression, fondement nouveau d'un service public de l'internet.....	37
2) Le caractère difficilement dissociable de la liberté d'expression et de la liberté de prestation de services.....	40
Conclusion	42