



Présente :

**Technologies de l'information et de la communication
et « co-régulation » : une nouvelle approche ?**

Par

Yves Poullet

Doyen de la faculté de droit de Namur
Professeur aux facultés de droit de Namur et de Liège
Directeur du Centre de Recherches Informatique et Droit des F.U.N.D.P

Date de mise en ligne : 27 mai 2004

Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ?¹

Yves Poulet

Doyen de la faculté de droit de Namur
Professeur aux facultés de droit de Namur et de Liège
Directeur du Centre de Recherches Informatique et Droit des F.U.N.D.P

Summary :

Apart from the recent Declaration of Principles enacted by the WSIS, the author analyses the model of "Internet Governance" proposed by this text. The co-regulatory approach privileged by this World Summit is compared with recent European texts: at the national level, the term "co-regulation" has been extensively used in France by settling up the well-known "Forum des droits de l'Internet" (the equivalent institution than our "Observatoire des droits de l'Internet"). At the European level, the concept which is used since years and years in the sector related to the protection of the environment receives another significance in the context of the Interinstitutional Agreement between the three legislative E.U. organs which implies a clear partition of the competences of, from one part, the governmental bodies and, from the other part, the private bodies and civil society representatives. A clear delineation line is traced between public regulation, co-regulation and self-regulation.

Beyond these texts, the author, apart from different regulatory systems like the Australian regulatory system about Internet content regulation, the UK trustmark system and definitively the generic domain names⁷ regulation enacted both by ICANN and WIPO, proposes a classification of all co-regulatory methods, suggests certain criteria to judge the legal validity of co-regulatory norms: legitimacy of the authors, conformity of the content and effectiveness of the norms and finally denounces dangers linked to certain methods of co-regulation.

1. La « Déclaration de principes » émise à l'issue de la conférence de Genève, organisée en décembre 2003 par l'Union internationale des télécommunications (UIT) sur le thème de la société de l'information² constitue sans doute une première tentative d'élaboration d'une constitution³ globale⁴ de la société de l'information.

¹ Cet article est une première version de la contribution de l'auteur au Liber Amicorum M. COIPEL qui paraîtra en novembre de cette année dans la collection déditee par KLUWER.

² Le Sommet mondial sur la société de l'information a été organisée par l'U.I.T. (Union Internationale des Télécommunications) en coopération avec l'UNESCO, les 10,11 et 12 décembre 2003 à la demande de l'Assemblée générale des Nations Unies. Il est la première étape d'un processus qui normalement aboutira à Tunis en 2005. Il fut précédé de nombreuses conférences régionales. Le lecteur trouvera le texte complet de la déclaration sur le site de l'U.I.T. (<http://www.itu.org>) de même que le « Plan d'action » décidé par le même Sommet et les premiers suivis de la conférence de Genève.

³ Le langage solennel utilisé par les auteurs de la Déclaration pour l'introduire donne au texte une « allure constitutionnelle » : « Nous représentants des peuples du monde proclamons notre volonté et notre détermination

Parmi les multiples questions abordées par la « Déclaration », un seul retiendra notre attention. Les points 48, 49 et 50 entendent préciser la manière dont la régulation de l'Internet doit être abordée. Le postulat de départ est énoncé comme suit au point 48 : « L'Internet⁵ est devenu une ressource publique mondiale et sa gouvernance devrait être un élément essentiel de la société de l'information ». La gestion internationale de l'Internet devrait s'exercer de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des Etats, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales ».

Les points 49 et 50 tirent les conséquences de ce postulat. Ils invitent d'une part à une claire répartition du rôle de chaque partie citée dans ce mouvement de régulation et réclament la création par le Secrétaire général des Nations-Unies d'un groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet⁶.

Sans préjuger des travaux futurs de ce groupe non encore officiellement créé, on peut dès maintenant affirmer que le texte du Sommet prône clairement la « co-régulation » comme mode de gouvernance de l'Internet, refusant clairement tant les modèles de l'autorégulation ou de la régulation par les seuls organismes privés de régulation technique, que le modèle du tout à l'Etat⁷.

2. Ce concept de «co-régulation » n'est pas nouveau et son utilisation pour « encadrer » la société de l'information avait déjà été prônée dans diverses enceintes internationales. Ainsi, l'OCDE, lors de la conférence interministérielle d'Ottawa en 1998⁸ avait appelé de ses vœux, un « effective mix » d'interventions publique et privée pour réguler le commerce électronique

commune d'édifier une société à dimension humaine, inclusive et privilégiant le développement ... ». Les termes utilisés ne sont pas sans rappeler le préambule de la Constitution des Etats-Unis.

⁴ Le mot « global » est doublement souligné. Le qualificatif se réfère à la dimension *globale* – ou mondiale – des réseaux dont on cherche à encadrer le développement. Il a le mérite en outre de souligner le principal apport de ce texte qui, à l'inverse des approches « parcellaires » qui caractérisent les interventions des organisations internationales dans le domaine, embrasse *globalement* l'ensemble des questions de société (propriété intellectuelle, vie privée, accès aux infrastructures, sécurité des réseaux, contenus des messages, liberté des médias, etc.). Cette « approche globale » des questions nous semble, malgré nos regrets du peu de résultats concrets du Sommet et des timides affirmations de la « Déclaration » en matière de Droits de l'homme, constituer son apport essentiel (sur le sommet, lire nos réflexions in Rev. Dr. Tech. Inform., 2004, p...).

⁵ Sans doute, la référence à « l'Internet », se justifie comme lieu de convergence dans le futur de tous les réseaux de la société de l'information.

⁶ La Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) de Paris a dès janvier 2004 précisé le point de vue du secteur privé en la matière : « Issue Paper on Internet Governance » (document de travail disponible sur le site de l'U.I.T déjà cité)

⁷ ce que Vivant appelle les modèles de régulation moniste jugés, selon cet auteur, inadéquats : « A la vérité, il est nécessaire de dépasser une réponse purement moniste : « hard law » ou « soft law » qui prétend ignorer la réalité des difficultés et au final ne répond pas à celle-ci. C'est à plusieurs sources qu'une efficace, et légitime, régulation du net doit s'abreuver, ce sont plusieurs acteurs qui ont vocation à intervenir » (M. Vivant, Internet et modes de régulation, Rapport au colloque de Namur sur l'Internet, E. Montero (éd.), Cahier du CRID, Bruxelles, Bruylant, 1997, n° 12, p. 215.

⁸ Conférence Ministérielle d'Ottawa, Novembre 1998 : « Un monde sans frontières : réaliser le potentiel du commerce électronique global »,

et l'UNESCO avait endossé lors du « Sommet mondial des régulateurs », le plaidoyer du rapporteur de synthèse, Mr. Bourges en faveur d'une co-régulation des (nouveaux) médias⁹.

La « co-régulation » ainsi prônée semble cependant, à la lecture des textes dédiés à cette mode, un concept normatif pour le moins ambigu, aux facettes multiples et méritant quelques classifications.

3. Pour ce faire, nous nous proposons tout d'abord de rappeler rapidement les critères de la validité juridique d'une norme, critères à l'aune desquels en définitive toute régulation, qu'elle soit autorégulatrice, co-régulatrice ou législative (au sens large du terme) devra satisfaire.

Il s'agira ensuite d'opposer deux modèles d'approche du phénomène par des instances publiques : le premier est celui français qui a précédé à la création en 2001 du « Forum Européen des droits de l'Internet » ; le second se déduit d'un « accord inter-institutionnel européen » adopté en octobre 2003 (signé le 16 décembre 2003) et au contenu fortement inspiré par l'Allemagne. Ce texte au titre évocateur « Mieux légiférer (Better Lawmaking) » n'est certes pas limité au seul problème de la régulation de la société de l'information mais envisage de manière globale une régulation moderne de la société.

A. A la recherche des critères de validité juridique d'une norme

4. Un séminaire interdisciplinaire organisé à Namur les 15 et 16 juin 2001 rassemblait des experts internationaux autour du thème « Gouvernance de la société de l'information ». A cette occasion, Michel Coipel auquel ce modeste propos est dédié consacra quelques pages inspirées sur les relations entre le droit comme phénomène normatif et d'autres modes normatifs de régulation sociale¹⁰ : « Souligner que le droit n'a pas le monopole de la régulation sociale n'exclut nullement de constater que l'Etat, avec les normes qu'il produit, occupe une place prééminente dans cette régulation. Certes, il est soulagé par les régulations produites par divers secteurs de la vie sociale mais il dispose toujours, du pouvoir de se mêler de ces régulations voire de les annihiler »¹¹.

5. Ce « pouvoir du dernier mot », comme le qualifie Jean Dabin¹², permet au droit tant de contrôler de manière interne la validité de sa propre production que, de manière externe, de réceptionner les productions de normes émanant d'autres régulateurs. A propos de cette « réception » de normes non proprement étatiques régulant ou régissant la société dite de

⁹ H. Bourges, Rapport de clôture, Unesco, Sommet mondial des régulateurs, Paris 30 nov. – 1^{er} déc. 1999 disponible en ligne à l'adresse <http://www.unesco.org/webworld/>

¹⁰ L'auteur s'en prend en particulier aux théories du pluralisme juridique, qui érigent les manifestations normatives de certains ordres juridiques privés en un véritable « droit » au sens plein du terme. Sur cette critique, lire en particulier, M. Coipel, Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale, in Gouvernance de la Société de l'Information, Actes du séminaire de Namur, Cahier du CRID, n° 22, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 67 et s. ; à propos de la régulation d'Internet, même réflexion in M. Vivant, Cybermonde : droit et droit des réseaux, JCP, éd. G, 1996, 1, n° 3969.

¹¹ M. Coipel, Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale, in Gouvernance de la Société de l'Information, Actes du séminaire de Namur, Cahier du CRID, n° 22, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 61.

¹² J. Dabin, Théorie générale du droit, Paris, Dalloz, 1969, p..

l'information, nous dégagions¹³ de manière semblable au modèle proposé par Summers¹⁴, trois critères de validité juridique de la norme :

- **le critère de « légitimité »** (test fondé sur la source) souligne l'importance d'une analyse des auteurs de la norme. Le critère répond à la question de la possibilité pour le droit d'accepter une norme élaborée par des acteurs privés en dehors d'une délégation claire par les normes étatiques ?

La légitimité de la norme requerra des qualités de transparence – voire de représentativité des auteurs de celle-ci par rapport aux divers intérêts mis en cause.

En matière d'autorégulation, ce critère pourrait conduire à ne pas reconnaître comme valides juridiquement, les normes édictées par d'obscures associations ou par des compagnies privées cherchant à imposer leurs standards techniques.

- **le critère de la « conformité »** (test fondé sur le contenu de la norme) analyse la conformité de la norme privée vis-à-vis de valeurs de société – non seulement, comme le notent MM. Ost et van de Kerckove¹⁵ celles inscrites dans les textes réglementaires mais au-delà par rapport à des valeurs éthiques à prendre en compte par le système juridique. En matière d'autorégulation y compris des régulations imposées par des normes techniques, l'examen de conformité peut s'avérer difficile. En particulier, la technique si elle peut être une manière de renforcer le droit, a malheureusement également la vertu d'énerver certains principes du droit voire de s'en écarter¹⁶.

- Finalement, **l'examen de « l'effectivité »** du droit mesure les garanties de respect de la norme depuis la question de l'information des destinataires de la norme sur son existence, aux modes de contrôle du respect et aux sanctions prévues en cas de non respect. En d'autres termes, il s'agit de s'interroger sur les facteurs qui stimulent dans la réalité le respect de la norme. Sur ce point, les techniques d'autorégulation¹⁷ comme la labellisation, les systèmes

¹³ Y. Pouillet, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet » : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », Ubiquité, n° 5, juin 2000, p. 55 et s.

¹⁴ R. Summers distingue en effet trois « tests » de la validité juridique d'une norme : le test de la « source » de la of legal validity », in *Rechtstheorie*, 1985, 16, p. 65 et s. Le modèle est proche de celui décrit par F. Ost et M. van de Kerckove dans leur récent et éclairant ouvrage : « De la pyramide au réseau ? », in Publications FUSL, 2002. Les auteurs y distinguent trois critères d'analyse de la norme juridique : le critère formel : la « légalité », le critère axiologique : la « légitimité » et le critère empirique « l'effectivité ». La mise en lumière de ces trois critères est déduite d'un examen des normes produites à l'intérieur d'un système juridique même si les auteurs s'interrogent sur l'intérêt de l'extension du modèle en dehors de la validité du droit étatique (p. 370). Notre propos, tout en s'inspirant du modèle de MM. Ost et van de Kerckove, part de l'examen des autres types de normativité sociale.

¹⁵ L'examen du contenu de la norme renvoie selon les auteurs au critère de « légitimité » qui « entend apprécier la validité des actes et normes juridiques à l'aune de valeurs méta-positives »(p. 337). A noter que cet examen de la validité du contenu est appréhendé ici à travers le critère de conformité (Ost et van de Kerckove parle également de conformité de la règle à des exigences éthiques (eod. loco))

¹⁶ Sur les relations entre « Droit » et « Technologie », lire les réflexions de J. Reidenberg, *The Formulation of Information Policy Rules through Technology*, 76 *Texas Law Rev.*, 1998, 553-593 ; Y. Pouillet, *Technology and Law : From Challenge to Alliance*, in *Proceedings of the St Gallen Seminar*, U. Gasser (ed.), 2004, à paraître, p. 25 à 54.

¹⁷ Pour les diverses techniques d'autorégulation, lire P. Trudel (ed.), *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997. Pour une présentation de différents documents d' autorégulation, lire la recension très complète de MMs

d'Online Dispute Resolution, et mieux encore les dispositifs technologiques¹⁸ constituent des adjuvants importants pour réaliser « l'effectivité » des normes y compris des normes étatiques.

B. La « co-régulation » dans deux textes officiels récents

6. Les premiers textes officiels consacrant la co-régulation comme approche adéquate de la réglementation de l'Internet sont français. Ils justifient la création d'une organisation : le « Forum des droits de l'Internet », société sans but lucratif largement financé par le budget public¹⁹. Le rapport dit « Paul » du nom de son auteur, commandité par le Premier Ministre²⁰, définit la « co-régulation » comme une méthode et non une source normative. Il justifie le recours à cette méthode comme suit :

« Si les institutions démocratiques veulent remplir leur rôle sans se trouver court-circuitées par la réalité, elles doivent être capables de traiter les questions posées avec la rapidité et la pertinence nécessaires. Elles doivent le faire en écoutant davantage en collaborant mieux avec l'ensemble des acteurs et des parties prenantes aux débats. Elles doivent savoir se focaliser sur les sujets dont les enjeux sont essentiels et où leur intervention est décisive, et laisser différentes formes –pas uniquement marchandes- d'autorégulation s'exercer là où elles suffisent à répondre aux attentes sociales. Il s'agit donc, non pas de définir une nouvelle forme de régulation, mais de trouver une méthode adaptée aux temps nouveaux. »

Ainsi, la co-régulation apparaît comme un « lieu » où peut se construire un consensus entre les divers acteurs de la régulation (législateur, juges, entreprises, associations civiles, autorités de régulation). Il s'agit entre eux d'échanger des informations, de se coordonner, (de) constituer une instance de veille, d'information, de concertation, de conseil et de mobilisation²¹. En d'autres termes, la co-régulation apparaît comme un processus « pré-

Berleur et Ewbank, Gouvernance de l'Internet : Réglementation, autorégulation, co-régulation : Inventaire des documents d'autorégulation, in Gouvernance de la société de l'information, op.cit., p. 21 à 41

¹⁸ A propos de PETS (Privacy Enhancing Technologies), IPETS (Intellectual Property Enhancing Technologies), CPETS (Consumer Protection Enhancing Technologies), etc., lire nos réflexions in Technology and Law : From Challenge to Alliance, art.cité.

¹⁹ Pour une présentation du Forum, le lecteur se réfèrera au site du Forum. Il est intéressant que le gouvernement belge s'est inspiré de l'exemple français en créant : l'Observatoire des droits de l'Internet (à propos de l'Observatoire, voir le site de celui-ci : <http://www.internet.observatory.be>). On notera que, contrairement à la solution française très respectueuse de l'indépendance de l'observatoire, le système belge crée l'observatoire dans le cadre d'un arrêté royal, le rattache au Ministre des Affaires Economiques et, finalement, confère à cette instance des compétences d'avis et de recommandation (cf. à cet égard les avis de l'Observatoire publiés sur son site).

²⁰ C. Paul, Du droit et des libertés sur l'Internet, Doc. Fr., 2000, p. 75 et s. Ce rapport fait suite au rapport de Madame Falque-Pierrotin, Internet et les réseaux, rapport du Conseil d'Etat, Doc. Fr. 1998.

²¹ I. Falque-Pierrotin, Quelle régulation pour Internet et les réseaux ?, le Monde, 27 nov. 1999, p. 17. Cf. également la définition donnée par B. du Marais, Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux, in Le droit international de l'Internet, G. Chatillon (ed.), Actes du Colloque de Paris, 19-20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 296 : « La co-régulation (ou terme plus explicite en anglais la policy cooperation...) s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les parties prenantes et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques afin de les ériger en recommandations. Ce lieu peut également servir d'instance de médiation. »

normatif». Elle intervient dans la phase préliminaire d'une réglementation qui si elle est prise par l'Etat ou une autre autorité de régulation, verra sa légitimité renforcée et son effectivité mieux assurée par la prise en compte des intérêts de tous les acteurs concernés et leur engagement de respecter le consensus obtenu dans le cadre de ce processus.

7. La notion de co-régulation prend, dans le cadre de l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » conclu en octobre 2003 et signé le 16 décembre 2003 entre la Commission, le Parlement européen et le Conseil²², une toute autre portée. Le point de départ de l'initiative réside notamment en la constatation par le Parlement de l'absence de tout accord inter-institutionnel sur les méthodes alternatives de régulation et qu'en particulier leur développement sans contrôle du Parlement empêche ce dernier de pouvoir jouer son rôle politique²³.

Ces méthodes prônées par le Livre blanc de la Commission sur la gouvernance européenne apparaissent comme la solution appropriée pour remédier aux inconvénients d'une transposition lente des dispositions européennes par les Etats Membres, à la complexité croissante de la réglementation européenne et surtout à l'inadaptation de cette réglementation à répondre à l'évolution rapide de la société et des marchés, et ce dans tous les secteurs.

Dans le cadre de cette réflexion, la co-régulation n'est plus vue comme c'était le cas en France comme une discussion préliminaire à la réglementation, discussion entre tous les acteurs publics et privés intéressés, mais davantage comme un mécanisme de répartition des rôles réglementaires. Certes, la première dimension n'est pas abandonnée. L'Accord fait obligation aux institutions européennes de s'assurer de la participation de toutes les parties intéressées à toutes les étapes du processus réglementaire. Comme le souligne le Livre Blanc : « La qualité, relevance et effectivité des politiques européennes dépendent de la façon dont est assurée une large participation à travers tout le processus depuis la conception jusqu'à l'application. Une participation conduit à plus de confiance dans le résultat final et dans les institutions qui définissent les politiques »²⁴.

Ainsi, le Livre blanc suggère une « more effective and transparent consultation at the heart of EU Policy –shaping » et ce, par de multiples voies : comités d'avis, observatoires, audits, consultations on line, etc.

²² Accord inter-institutionnel « Mieux légiférer », 2003/C 321/01. Ce rapport fait suite à toute une série de travaux de la Commission, On cite le Livre Blanc sur la gouvernance européenne (COM(2001) 428 final et la communication de la Commission de 2002 « Gouvernance européenne : mieux légiférer » (5 juin 2002), COM (2002) 275 final et l'annexe « Plan d'action : simplifier et améliorer l'environnement réglementaire », COM (2002) 278 final.

²³ Parlement européen, Rapport sur la conclusion de l'accord inter-institutionnel « Mieux légiférer » entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, Rapporteur Monica Frassoni (B), A5-0313/2002 final, 25.09.2003, point 1.

²⁴ Livre Blanc, op. cit., p. 10. Lors de ce processus consultatif, le Livre blanc (p. 14) insiste sur le besoin d'impliquer la société civile : « La société civile joue un rôle important en donnant voix aux préoccupations des citoyens et en aidant à la définition de services qui rencontrent les besoins de la population ». A ce propos, lire également, l'opinion du comité économique et social sur « Le rôle et la contribution des organisations de la société civile dans la construction européenne (J.O., C 329, 17.11.99, p. 30 et s.).

9. La « co-régulation » se distingue donc du principe de « participation » à l'élaboration d'actes réglementaires. L'accord déjà mentionné définit ce concept comme suit : « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations) ».

On notera que le même texte²⁵ définit l'autorégulation comme « la possibilité par les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales, d'adopter entre eux²⁶ et pour eux-mêmes des lignes directrices communes au niveau européen ». Sans approfondir cette seconde notion, notons que les critères dégagés ci-dessus²⁷ : conformité, légitimité et effectivité sont soulignés comme condition de reconnaissance de cette méthode de régulation²⁸.

10. Revenons sur les caractéristiques reconnues par l'Accord à la co-régulation. Elle implique une claire répartition des responsabilités, d'une part, de l'Etat, d'autre part des autres acteurs et ce dans le processus de réglementation. Les autorités législatives européennes ont à fixer les objectifs essentiels de la politique réglementaire laissant à la co-régulation le soin d'en déterminer les moyens pour atteindre ces objectifs. Le secteur privé, les associations civiles interviendront en aval et répondront à la question : « Comment atteindre ces objectifs ? ».

Une telle répartition rejoint celle proposée par le Sommet Mondial de la Société de l'Information quand, en écho au principe rappelé en exergue de notre contribution, le point 49 de la déclaration affirme :

« Le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, est le droit souverain des Etats. Ceux-ci ont des droits et des responsabilités en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, qui ont une portée internationale ; »

« Le secteur privé a eu et devrait continuer à jouer un rôle important dans le développement de l'Internet, dans les domaines tant techniques qu'économiques ; »

²⁵ Accord inter-institutionnel, doc. cité, n° 22.

²⁶ Les termes « entre eux » sont ambigus. Désignent-ils l'obligation faite à ces divers acteurs d'entrer en négociation et de conclure faute de quoi il n'y aurait point autorégulation au sens de l'accord ou suffit-il que les représentants d'une catégorie d'intérêts, à l'exclusion des autres concluent un accord ?

²⁷ supra, n° 5.

²⁸ A propos de la conformité, on note « Dans le cadre de ses responsabilités, la Commission examine les pratiques les pratiques d'autorégulation, afin de vérifier leur conformité avec les dispositions du traité CE)). A propos de la légitimité et de l'effectivité, on souligne « La Commission informe le Parlement européen et le Conseil des pratiques d'autorégulation qu'elle considère comme satisfaisantes en matière de représentativité des parties concernées, ... et de valeur ajoutée des engagements pris. Elle examine néanmoins la possibilité de faire une proposition d'acte législatif ... en cas de non respect de ces pratiques ». Sur l'attitude de l' Union européenne à propos de l'autorégulation de la société de l'Information telle qu'elle ressort de textes réglementaires récents et son exigence des trois critères de validité, le lecteur trouvera nos commentaires in Vues de Bruxelles : un droit européen de l'Internet ?, in Le Droit international de l'Internet, G. Chatillon(ed.), Actes du Colloque de Paris, 19-20 novembre 2001, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 166 et s.

*« La société civile a également un rôle important à jouer pour les questions liées à l'Internet, en particulier au niveau communautaire, et devrait continuer à jouer ce rôle. »*²⁹.

De telles déclarations attestent que selon leurs auteurs, les régulations publiques et privées ne sont pas sur le même pied. Il existe une sorte de hiérarchie entre les deux types d'interventions, la co-régulation n'est pas un substitut à la régulation publique mais une méthode d'atteindre les objectifs finaux (choix des moyens) imposés par l'autorité publique. Il n'est pas question non plus, comme semble le plaider la Chambre de Commerce Internationale, de répartir les responsabilités de réglementer suivant les domaines d'intervention mais encore de reconnaître un leadership aux opérateurs économiques³⁰.

11. Ceci dit, l'Accord inter-institutionnel européen impose certaines limites à l'action du législateur public : « Les trois institutions rappellent que la Communauté ne légifère que dans la mesure nécessaire, conformément au protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Elles reconnaissent l'utilité de recourir, dans les cas appropriés, lorsque le Traité CE n'impose pas spécifiquement le recours à un instrument juridique, à des mécanismes de régulation alternatifs ». Le texte traduit une double signification du principe de subsidiarité³¹. La première est connue. Elle est consacrée par l'article 5 du Traité sur l'Union européenne et signifie que l'Union européenne et ses Institutions ne doivent agir que dans les matières qui ne peuvent être adéquatement réglées à un niveau inférieur³². Cette affirmation laisse entendre que des solutions locales ou nationales sont préférables à des solutions européennes, globales ou internationales même si le niveau européen ou international peut procurer le cadre général dans lequel ces solutions locales interviendront : « Think Global, Act Locally ».

La seconde signification du mot subsidiarité induite par le texte de l'accord institutionnel est révolutionnaire³³. Selon cette seconde acception, le principe imposerait à l'Etat de ne pas légiférer lorsque d'autres moyens d'atteindre les objectifs publics peuvent exister en

²⁹ Le texte du Sommet mondial de la Société de l'information souligne le rôle premier des Etats nationaux dans la réglementation de l'Internet y compris sur des questions à portée internationale et ceci au nom de la souveraineté de ces Etats nationaux. Les organisations intergouvernementales et internationales n'ont un rôle que secondaire : coordonner les approches réglementaires internationales et aider à l'élaboration de normes techniques et de politiques relatives à l'Internet.

³⁰ ICC (en français C.C.I) Issues Paper on Internet Governance, Jan 2004, document préparé par la Commission de la Chambre de Commerce International « on E-Business, IT and Telecoms » (document disponible sur le site de l'UIT). Selon la CCI (Annex – p. 10), l'autorégulation devrait avoir un rôle premier dans certaines matières, la régulation étatique dans d'autres. Tel n'est pourtant pas le message du texte du Sommet Mondial de la Société de l'Information.

³¹ Sur ce principe et ses diverses acceptations en droit, l'ouvrage édité par F. Delpérée, Le principe de subsidiarité, Bib. Faculté de Droit de l'UCL, LDGJ, Bruylant, 2002.

³² Sur le principe de subsidiarité, entre autres, J. Verhoeven, « Analyse du contenu et de la portée du principe de subsidiarité », in F. Delpérée (éd.), op. cit., p. 376 et s.

³³ A cet égard, notre réflexion in Y. Poulet, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet » : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », Ubiquité, n° 5, juin 2000, p. 55 et s.

particulier l'autorégulation³⁴ et le cas échéant de ne légiférer que dans la stricte mesure des exigences posées par la nécessité de fixer de tels objectifs, laissant au secteur privé le soin de décider de la juste manière d'atteindre de tels objectifs : en d'autres termes par la co-régulation. Ainsi, coexistent³⁵ et se trouvent départagés deux modes de régulation : celui du modèle classique traditionnel de la réglementation étatique ; ceux dits « modernes » de l'autorégulation et de la co-régulation³⁶. Le principe de subsidiarité se lit alors : « Everything you can better fix by coregulatory or self-regulatory solutions must be fixed so ». Le plaidoyer pour un modèle décentralisé de régulation³⁷ de l'Internet plus attentif aux dimensions locales et aux particularités sectorielles ou culturelles de la société de l'information et dès lors, fournissant des solutions plus adéquates trouve ici son fondement. Sans cette décentralisation, la régulation se ramènerait à l'énumération de quelques principes à large et vague contenu.

Il est remarquable de constater que cette vision de la subsidiarité se retrouve également présente dans d'autres domaines, ainsi en particulier celui de l'environnement auquel le Livre Blanc « Mieux légiférer » se réfère autant qu'au domaine de la société de l'information.

³⁴ A cet égard, les réflexions de P. Trudel analysant la manière dont s'organisent en réseau les relais entre pôle de la normativité (Traités internationaux, Loi, autorégulation, normalisation technique), L'influence de l'Internet sur la production du Droit, in *Le droit international de l'Internet*, op. cit., p. 91 et s. : « Le réseau se substitue de plus en plus aux institutions hiérarchisées comme lieu de conception et d'énonciation de la normativité...L'émergence de réseaux donne lieu à la mise en place de processus de concertation. Il y a là l'écho d'une impérieuse nécessité d'assurer le relayage des principes, des règles et politiques élaborées dans les forums officiels et les autres lieux de normativité... »

³⁵ Nombre d'auteurs ont mis en évidence cette complémentarité des modèles de régulation de la société de l'information : E. Katsch, *Law in a Digital World*, New York, Oxford Univ. Press, 1995, p. 23 et s. ; M. A. Frison-Roche, in J.M. Chevalier, I. Ekeland, M.A. Frison-Roche et M. Kalika, *Internet et nos fondamentaux*, Paris, PUF, 2000, p. 41 et s. ; A.J. Arnaud, *De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation, Quelques observations critiques*, 1997, *Droit et Société*, 35, p. 11 et s.

³⁶ Sur ce point les réflexions de Timsit (*Les deux corps du Droit – Essai sur la notion de régulation*, Rev. fr. Adm. Pub., 1996, p. 375 et s.) : « Lorsque l'Etat moderne est apparu, il a en effet trouvé sa traduction dans un droit qui conservait des origines historiques de son Auteur : l'Etat, le caractère mystique et abstrait dont celui-ci était paré. C'est ce droit qui a été le premier corps du droit : un droit abstrait général et désincarné que j'appelle le droit-réglementation. ...Abstrait et désincarné, il ne correspond plus aux exigences de la gestion des sociétés post-modernes. Trop complexes pour être gérées aussi généralement, abstraitement et pour ainsi dire d'aussi loin, requièrent un autre droit- actuellement en formation-qui se caractérise, au contraire par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir. Concret, individualisé, contextualisé, c'est un droit que j'appelle de régulation. Le paradoxe est que ces deux corps du droit- de réglementation et de régulation- le second n'a été jusqu'à présent ni connu, ni reconnu. » (art. cité, p. 377)

³⁷ Sur la nécessité d'une décentralisation de la réglementation ou régulation fondée sur l'économie des réseaux de la société de l'information, lire B. du Marais, art. cité, p. 296 et s. et surtout l'article de D. Post et D.R. Johnson, *The new civic Virtue of the Net*, disponible sur le site : http://www.stbr.stanford.edu/STLR/Working_Papers/97_Post1/contents.htm : « The ideal of national debate among wise elected representatives regarding the overall public good may be replaced, online at least, by a new architecture of governance that allows dispensed and complex interactions among groups of individuals taking unilateral actions and seeking more local goods and solutions. Instead of attempting to rely even upon the best of our democratic traditions to create a single set of laws imposed on the net from the top-down ...»

12. Le rapprochement de ces deux domaines³⁸ : « environnement-société de l'environnement » ne surprend pas. Dans les deux cas, il s'agit bien de secteurs où les frontières n'ont plus de sens : une pollution ne s'arrête pas par miracle aux contours géographiques d'un pays de même que le réseau global rend difficile tout exercice isolé de la souveraineté³⁹. La nécessité de parer à des risques fondamentaux physiques, dans le premier cas, à la dignité humaine, dans le second cas, conduit à reconnaître dans les deux hypothèses la nécessité du principe de précaution et met au cœur de la nécessité d'agir le devoir d'assurer un « développement durable »⁴⁰. Enfin, l'ampleur de la tâche exige une responsabilisation de tous les acteurs pour mettre en place les moyens de ce développement durable, en particulier et, au premier chef, des entreprises elles-mêmes, ce que des documents européens récents appellent la « Corporate Social Responsibility », définie comme un « concept par lequel les entreprises intègrent les préoccupations sociales et environnementales dans leurs opérations d'affaires et dans leurs interactions avec les centres intéressés sur une base volontaire... »⁴¹. Ainsi, l'autorégulation contrôlée par la réglementation publique et s'inscrivant dans le cadre de cette dernière devient, comme l'écrit Timsit⁴², l'expression d'une responsabilité collective de l'ensemble des acteurs pour atteindre des objectifs partagés par l'ensemble des acteurs publics et privés. Nous retiendrons sur ce point⁴³.

13. L'accord inter-institutionnel prévoit deux exceptions « Ces mécanismes ne sont pas applicables si les droits fondamentaux, ou des choix politiques importants sont en jeu ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans les Etats membres ».

La seconde exception qui témoigne de la crainte que la co-régulation n'aboutisse à créer des distorsions à l'intérieur du marché européen. Ainsi, simple exemple, on pourrait imaginer en matière d'On Line Dispute Resolution Mechanism (ODR) que certains mécanismes nationaux de co-régulation ne prévoient l'agrément par une autorité mixte publique et privé des différents systèmes d'ODR alors que d'autres pays ne laissent le développement de ces mécanismes totalement libre, ce qui pourrait provoquer des difficultés de reconnaissance réciproque des médiations intervenues. Si le souci est réel, on peut cependant craindre qu'il

³⁸ A cet égard, lire la contribution de B. Jadot, Le pouvoir de gérer les questions d'environnement : faire confiance au privé ou au public, in F. Delpérée (ed.), Le principe de subsidiarité, op. cit., p. 212 et s. où l'auteur étudie les diverses manières de co-réguler le secteur de l'environnement.

³⁹ Sur cette considération, J. Reidenberg, States and Internet Enforcement, 1 Univ. Ottawa L & Techn. J (2004), disponible sur le site : <http://www.ssrn.com/abstract=487965>; et nos réflexions iun Pour une justification des articles 25 et 26 de la directive européenne 95/46/CE en matière de flux transfrontières et de protection des données, J.CL. Communication Commerce électronique, 2003, n°12, p.19.

⁴⁰ Sur cette notion inscrite à l'article 2 du Traité de l'Union européenne, X. Thunis, Le développement durable, une seconde nature, Amén. Env., 2000, n° spécial, p. 9 et s. et les nombreuses références en particulier celle à Bergson.

⁴¹ Cf. la définition donnée par le Livre Vert, « Promouvoir un cadre européen pour la responsabilité sociale des entreprises » COM(2001)366. Ce livre vert a été suivi d'une Communication de la Commission publiée le 2 juillet 2002 COM(2002) 347 final). A noter l'affirmation suivant laquelle la CSR (Corporate Social Responsibility) est un « instrument utile pour prolonger les politiques communautaires ». On retrouve dans le texte de la Communication les différentes méthodes d'autorégulation (codes de conduite, labellisation, auto-certification ,...) par lesquelles s'exprime cette responsabilisation.

⁴² G. Timsit, Les deux corps de droit, Essai sur la notion de régulation, Rev. Fr. Adm.Publ., 1996, p. 375 et s.

⁴³ infra, n°

ne serve de prétexte à des interventions multipliées et détaillées de la part du législateur européen⁴⁴ alors que l'objectif d'harmonisation peut être atteint autrement⁴⁵.

La première exception citée est également à mettre en doute. Certes, on peut concevoir qu'en matière de libertés fondamentales, les atteintes doivent être basées sur une loi, en d'autres termes, exigent une intervention réglementaire publique, selon le prescrit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Mais, une telle assertion n'interdit pas l'intervention auto-réglementaire ou la co-régulation bien au contraire, elle lui assigne une portée peut-être plus limitée mais loin d'être négligeable. Ainsi, récemment, pour combattre les contenus dommageables et illicites sur Internet indiscutablement une question d'ordre public et une limite à la liberté d'expression, la déclaration du Conseil européen relative à la liberté de communication sur Internet adoptée le 26 mai 2003⁴⁶ presse les Etats membres d'encourager les initiatives d'auto ou de co-régulation en matière de contenu d'Internet⁴⁷.

En matière de vie privée, c'est la directive 95/47 elle-même qui promeut l'autorégulation⁴⁸ et il est clair que l'autorégulation et les mesures technologiques offre chacun des solutions bien plus efficaces que celles apportées par des textes législatifs, à condition qu'elles soient conformes aux requis législatifs⁴⁹.

14. D'autres remarques peuvent être déduites du texte. Les trois critères de validité juridique d'une norme sont à cet égard approfondies comme suit :

⁴⁴ Sur cette tendance, nos réflexions in *Vues de Bruxelles : Un droit européen de l'Internet ?*, op.cit., p. 152.

⁴⁵ A cet égard mais appliqué au secteur de l'environnement, K. Leenaerts, *The principle of subsidiarity and the Environment in the E.U. : Keeping the Balance of Federation*, *Fordham International Law Review*, 1994, p. 846 et s.; en matière de commerce électronique et de protection des consommateurs, l'article de M. van Huffel, *Protection des consommateurs et commerce électronique : quelques réflexions au départ du droit de la concurrence*, *Rev. Ubiquité*, n°5, 2000, p. 119 et s. et les réflexions plus générales de V.L. Benabou, *Faut-il une harmonisation minimale du droit ?*, *Le droit international de l'Internet*, op. cit., p. 177 et s.

⁴⁶ Ainsi par l'obligation des auteurs de la co-régulation ou de l'auto-régulation d'informer régulièrement la Commission des initiatives prises, permettant à cette dernière d'intervenir le cas échéant « Ces mesures peuvent prévoir, par exemple, la fourniture régulière d'Information par la Commission à l'autorité législative sur le suivi de l'application ou plaider pour une clause de révision sur base de laquelle la Commission se devra d'émettre un rapport au terme d'une période spécifique

⁴⁷ Le 26 mai 2003, le Conseil européen décida (eSafe programme 2003- 2004) de prolonger de deux ans la décision n° 276/1999/CE du 25 janvier 1999 portant adoption d'un plan pluriannuel communautaire pour promouvoir une utilisation plus sûre de l'Internet en combattant les contenus illicites et dommageable sur les réseaux globaux. On note en particulier , la coopération en matière d'autorégulation, le « benchmarking » des logiciels et services de filtrage, l'échange de « Best practices » et l'adoption de systèmes d'auto certification.

⁴⁸ Cf. à cet égard l'article 27 1 de la directive 95/46 du 24 octobre 1995 relative à la protection des données : « la Commission et les Etats-membres encouragent l'élaboration de codes de conduite destinées à contribuer en fonction de la spécificité des secteurs à la bonne application des dispositions nationales prises en application de la directive.

⁴⁹ A cet égard, voir le principe dit de l'added-value » mis en évidence par les travaux de l' « e-confidence Forum », sur ces travaux voir le site du Forum : <http://www.econfidence.jrc.it/default/htm>.

- en ce qui concerne le critère de légitimité des acteurs : le texte inter-institutionnel réclame avec force à la fois la représentativité des divers intérêts, la représentativité des parties impliquées dans le processus de co-régulation et la transparence de celui-ci.

- en ce qui concerne le caractère de conformité du contenu, le principe de la valeur ajoutée est répété. Les mécanismes de co-régulation doivent être utilisés dans le cadre et sur base des principes développés dans le texte législatif. S'il s'agit par la co-régulation de combattre la rigidité des solutions législatives et de répondre au besoin de mécanismes souples aptes à assurer l'adaptation continue de la réglementation aux problèmes rencontrés par les secteurs, il n'empêche que la conformité des solutions apportées par ces mécanismes dont faire l'objet de contrôles, selon l'accord inter-institutionnel, par le biais de notifications voire de rapports réguliers.

- enfin l'effectivité des mécanismes d'auto-régulation ou co-régulation est soulignée. Le texte souligne que la co-régulation – permet une meilleure sensibilisation des acteurs concernés par la norme, mais également de meilleurs sanctions et contrôles⁵⁰.

C. La « co-régulation : un concept à géométrie très variable »

15. L'approche européenne de la co-régulation est fondamentalement une approche « top-down » et non une approche « bottom up » suivant la distinction proposée par le rapport « Mandelkern »⁵¹ écrit pour le Ministère allemand de l'intérieur qui outre le fait qu'il a inspiré la loi allemande sur l'amélioration du processus de réglementation⁵² a servi de base aux réflexions européennes sur le même thème⁵³.

Il appert donc que les trois dernières hypothèses peuvent difficilement rentrer dans la définition européenne trop stricte de la co-régulation. Elles sont cependant extrêmement présentes lorsqu'on étudie la régulation de l'Internet. Elles doivent être considérées comme « des approches coopératives de la régulation » (cooperative approaches to regulation) selon l'expression utilisée par le groupe PUMA de l'OCDE⁵⁴. Notre propos est

⁵⁰ Le Livre vert définit ainsi les conditions d'utilisation de la méthode « co-régulation », : « Co-regulation implies that a framework of overall objectives, basic rights, enforcement and appeal mechanisms , and conditions for monitoring compliance is set in the legislation. **It should only be used where it clearly adds value and serves the general interest...Equally, the organisations participating must be representative, accountable and capable of following open procedures in formulating and applying agreed rules. This will be a key factor in deciding the added value of a co-regulatory approach in a given case.**”(White Paper, p. 22)

⁵¹ A ce propos, les caractéristiques de la corégulation telle que définie par T. Fenoulhet, La co-régulation : une piste pour la régulation de la société de l'information ? Dossier Droit et Nouvelles technologies 25.07.02 disponible à <http://www.droit-technologie.org>, p. 9

⁵² Rapport Mandelkern, Modern Staat – Moderne Verwaltung. Auf dem Weg zu besseren Gesetzen, disponible sur le site : http://www.staat-modern.de/Anlage/original_548848/

⁵³ Comme le note le Livre Blanc (White Paper, op.cit., p. 7)

⁵⁴ Cooperative approaches to regulation, PUMA (Public Management), Occasional papers, OECD, 1997, disponible sur le site de l'OCDE, Le papier analyse différents cas de coopération des organes publics et privés (dans les secteurs chimiques, environnementaux et alimentaires). Ce texte témoigne une fois de plus que le phénomène de co-régulation est loin d'être propre au secteur de la société de l'information.

de montrer à travers quelques exemples pointés dans des domaines divers de la régulation d'Internet, combien ces figures y sont présentes.

L'approche « top down » considère, comme l'accord institutionnel le préconise, que les objectifs essentiels, les mécanismes fondamentaux de « mise en œuvre » de ces objectifs et de leur contrôle soient réglementés par les autorités publiques et dans toute la mesure du possible par le législateur.

L'approche « bottom-up »⁵⁵ désigne à l'inverse le processus par lequel des mécanismes d'autoréglementation du marché développés spontanément par celui-ci se trouvent à un moment donné consacrés, pris en compte avec ou sans modification fondamentale ou non par les autorités publiques.

L'étude de Schulz et Held⁵⁶ considère que les deux approches de la co-régulation peuvent se décliner autour de quatre cas :

- un texte législatif ou gouvernemental prévoit l'existence de mécanismes de co-régulation et encourage les acteurs du secteur privé concerné à transposer par autorégulation les objectifs que ce texte a lui-même définis : ou reconnaître aisément l'approche de l'accord inter-institutionnel européen que nous venons de décrire. Ce cas représente une approche « top down » ;
- des mécanismes d'auto-réglementation librement développés sont surveillés et contrôlés soit au cas par cas par l'Etat soit par un mécanisme d'agrément. L'approche ici est « bottom to top » ;
- des mécanismes d'auto-réglementation au départ développés lors de toute intervention de l'Etat sont intégrés par la suite dans un texte législatif. L'approche reste « bottom to top ». Elle se différencie de la précédente par le fait que le législateur reprend à son compte totalement ou partiellement l'initiative privée;
- enfin, on peut concevoir que dès le départ, les acteurs publics et privés à travers divers accords de coopération cherchent à donner à certaines règles une meilleure effectivité à travers leurs interventions respectives, chacune d'elles, qu'elle soit publique ou privée, étant placée sur un pied d'égalité. Cette quatrième hypothèse illustre également une approche « bottom to top », fondée non sur une hiérarchie des normes mais bien sur une coexistence égalitaire de celles-ci.

16. L'approche réglementaire australienne⁵⁷ des questions liées au contenu de l'Internet est souvent citée comme un modèle de co-régulation. Dans un premier temps, l'Australie a laissé

⁵⁵ C. Palzer, La corégulation en Europe : conditions générales de mise en œuvre des cadres co-régulateurs en Europe, IRIS plus, 2002-6 ; White Paper, op. cit., p. 9

⁵⁶ W. Schulz-T. Held, Regulierte Selbstregulierung als Form modernen Regierens, H. Bredow-Institut für Mediensforschung, Hamburg, Oct. 2001, disponible à : <http://www.rez.uni-hamburg.de/hans-bredow-institut/publikationen/apapiere/8selfreg.pdf>.

⁵⁷ Sur l'histoire de la solution australienne et sa description, l'article très complet de G. Grainger, Liberté d'expression et réglementation de l'information dans le cyberspace : perspectives et principes d'une

se développer librement un certain nombre de « produits » d'autorégulation : codes de conduite, logiciels de filtrage et labels divers. Leur développement anarchique, leur absence d'adéquation aux besoins de la population australienne a conduit le gouvernement australien à rassembler auprès de l'Australian Broadcasting Authority, les acteurs dits intéressés : les associations culturelles et de libertés civiles, les milieux éducatifs, les autorités judiciaires et de police, les fournisseurs d'accès et l'industrie de l'Internet. Cette approche « bottom to top » a conduit en définitive à une révision de la loi sur l'Audiovisuel⁵⁸ par l'addition de quelques articles en matière de régulation des contenus de l'Internet.

Cette législation renvoie amplement à une autorégulation contrôlée par l'Etat ou plutôt par une autorité administrative indépendante : l'Australian Broadcasting Authority (ABA). Ainsi, la loi

- autorise l'Industrie du contenu et les fournisseurs d'accès à adopter des codes de conduite « agréé » par l'ABA qui se doit de veiller à une approche responsable et équilibrée des questions posées par le contenu de l'Internet,
- établit un système de plaintes ouvert à toute personne localisée en Australie qui se plaint d'un contenu on line offensant,
- met sur pied une procédure d'investigation suivant laquelle l'ABA reçoit compétence pour enquête, prendre une décision et donner notification de sa décision aux hébergeurs du site incriminé, de même qu'aux personnes responsables des logiciels de filtrage,
- prévoit des sanctions en cas de non respect des codes ou des décisions de l'ABA,
- constitue une procédure d'agrément volontaire des logiciels de filtrage,
- enfin, institue un observatoire « Net Alert » dont le rôle est de veiller à l'information du public.

Ce système de « co-régulation », selon les termes mêmes utilisés par les auteurs australiens s'oppose aux systèmes d'autorégulation prônés dans un premier temps par la Commission européenne à l'instar des Etats-Unis⁵⁹, il apparaît bien comme l'encadrement fort et contrôlé d'une autorégulation. Si le marché reste libre de développer des solutions originales, celles-ci sont soumises à des règles d'origine législative qui renvoient elles-mêmes à des procédures administratives de contrôle et d'agrément qui permettent d'assurer l'objectif poursuivi.

17. En matière de labellisation des sites web, la solution britannique dite « Trust UK⁶⁰ » apparaît comme une formule plus respectueuse des lois du marché. Pour faire bref⁶¹, la

coopération internationale dans ce domaine, Les dimensions internationales du droit du cyberspace, Ed. UNESCO, Economica, Paris, p. 89 et s.

⁵⁸ Voir le « Broadcasting Services Amendent Act 1999, n°90 « amendant la législation de 1992 sur l'Audiovisuel. Texte disponible à l'adresse suivante : <http://www.scaleplus.law.gov.au/>

⁵⁹ Sur une comparaison des différentes approches de la régulation des contenus sur Internet, lire M. d'Udekem-Gevers et Y. Pouillet, Internet Content Regulation : Concerns from a User Empowerment perspective, CL&SR, 2001, p. 371 et s.

⁶⁰ Voir le site de trust UK : <http://www.trustuk.co.uk>

⁶¹ Pour un exposé plus complet, le lecteur se référera aux développements de R. de Bruin, Consumer trust in electronic Commerce, Time for Best Practices, Kluwer Law Int., Vol. 17, The Hague, 2002, p. 146 et s.

multiplication des labels a provoqué au Royaume-Uni une confusion sur la qualité des différents labels. Afin de faire face, le gouvernement britannique a pris l'initiative, après consultation des parties intéressées : les associations de consommateurs et les représentants des entreprises, demander à ces dernières de constituer une « joint-venture ». Celle-ci a pour mission, après avoir défini un code de pratique définissant les qualités minimales d'un label, d'agréeer les labels qui volontairement déclarent suivre les exigences de ce code. On ajoutera que cette association a également mis sur pied un système de traitements de plainte des consommateurs en cas de conflit persistant entre lui-même et un fournisseur de services web labellisé.

On note que ce schéma de co-régulation où l'intervention publique se résume à l'initiative de départ a été suggéré par le livre blanc « Modern Markets : Confident consumers » émis par le Gouvernement lui-même et ce, comme alternative à une initiative législative⁶². Cette alternative revient à une responsabilisation complète du secteur privé qui porte la lourde charge d'exécuter l'objectif de création de la confiance pour les internautes, objectif décidé par les autorités publiques après consultation de toutes les parties intéressées. On ajoute qu'en cas de faillite du système mis en place, l'autorité publique estime qu'il sera de son devoir de reprendre son rôle réglementaire.

La co-régulation sert ici à désigner un système d'autorégulation voulu par les autorités publiques et dont les caractéristiques ont été négociées par ces dernières avec les représentants des intérêts privés. Ce système est soumis à un contrôle de ses résultats et à une sanction le retour, en cas d'échec de cette forme plus libérale de co-régulation, imposé par le gouvernement à une co-régulation « top down ».

18. La régulation des noms de domaines génériques laisse apparaître des formes plus critiquables. Sans analyser l'ensemble des aspects de cette régulation, quelques faits saillants peuvent être relevés en ce qui concerne deux points précis.

La rédaction des règles uniformes de procédure en matière de noms de domaine⁶³ constitue, ce qu'un auteur américain, M. Froomkin⁶⁴ a appelé, un « semi private process », qu'il définit comme un effort commun entre une autorité publique et des intérêts privés pour créer un

⁶² Le Livre Blanc britannique est accessible sur le site : <http://www.dti.gov.uk/consumer/white paper>

⁶³ Il est certain que l'adoption des règles uniformes a été la conséquence du Livre Blanc du Department of Commerce américain adopté au début 98 et intitulé « Statement of Policy on Management of Internet Names and Adresses ». L' Organisation mondiale de la Propriété intellectuelle répondit favorablement à la demande qui lui était adressée par l'ICANN et lança une procédure qui amena à des propositions de recommandations sur certains problèmes de propriété intellectuelle en lien avec l'attribution de noms de domaines (First Internet Domain Name Process : Compatibility between trademarks and Domain Names (du 8 juillet 98 au 30 avril 99). Une deuxième procédure fut alors lancée (terme : sept. 2001) à propos des questions de choix de noms(Second Internet domain name Process : Compatibility between certain names and domain names). Il est intéressant e noter que durant cette procédure l'OMPI adopta certaines méthodes typiques des procédures des organes privés de régulation technique (ICANN IETF, W3C), tels les Request for Comments (R.F.C.) et quedes organisations publiques (particulièrement la Commission européenne- voir l'EU Commissio Reply du 29 octobre 1998) intervinrent dans le cadre de cette procédure « sui generis ». Sur ces règles, leur genèse et l'analyse de leur contenu, lire entre autres A. Cruquenaire,

⁶⁴ M. Froomkin, Semi-private international rule making, in *Regulating the Global Information Society*, C.T Marsden (ed.), Frontledge, London, NewYork, 2000, p. 211 et s.; du même aiateur, *Wrong turn in Cyberspace: Using ICANN, to route around APA and the Constitution*, 50 *Duke Law Journal*, 2000, p.17 et plus réccemment *Form and Substance in Cyberspace*, 6 *The Journal of Small and Emerging Business Law*, 2002, 1, p.93 et s.

corps de règles mis en force par des mécanismes autres que ceux liés à la promulgation du texte par l'autorité publique⁶⁵ en matière de noms de domaine constitue, ce qu'un auteur américain, M. Froomkin⁶⁶ a appelé, un « semi private process » qu'il définit comme un effort commun entre une autorité publique et des intérêts privés pour créer un corps de règles mis en vigueur par des mécanismes autres que ceux liés à la promulgation du texte par l'autorité publique⁶⁷. L'auteur cité décrit la rédaction des règles uniformes par l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle (OMPI) ayant agi non en tant qu'organisation internationale dotée d'une compétence réglementaire mais comme une sorte de consultant privé dont le travail est soumis à l'approbation finale de l'ICANN, une organisation privée américaine. Sans entrer dans tous les détails du processus original développé entre ces deux acteurs, on peut, me semble-t-il, à propos de cette forme de co-régulation, souligner avec Froomkin la critique fondamentale suivante :

« A semi-private process led by a public body (like the WIPO Internet Domain Process) risks combining some of the worst features of both traditional regulation and private ordering : opaque decision-making is easy. In some cases, the process may be managed by a body acting outside its jurisdiction. The public-private blind may also insulate the process from judicial review since it falls outside the categories that courts would tend to think of a litigation within their purview. »

18. Le statut et le fonctionnement de l'ICANN n'échappent pas aux mêmes critiques. L'ICANN⁶⁸ qui assume la tâche essentielle de « gouvernance de l'Internet », en particulier l'adressage sur Internet et la gestion des nœuds du réseau et des noms de domaines. L'origine de l'ICANN révèle clairement le lien profond entre le gouvernement américain et cette instance privée dite « indépendante », simple « non profit organization » du droit californien⁶⁹.

Ce contrôle discret du gouvernement américain est toujours présent même si notamment, sous la pression européenne, une méthode de régulation et de décision plus transparente a été mise

⁶⁵ L'auteur compare le processus d'élaboration des règles en matière de noms de domaine générique et celle suivie par les agences gouvernementales. Il montre que conformément au

⁶⁶ M Froomkin, Semi-private international rule making, in *Regulating the Global Information Society*, C.T Marsden (ed.), Frontledge, London, NewYork, 2000, p. 211 et s. du même auteur, Wrong turn in Cyberspace: Using ICANN, to route around APA and the Constitution, 50 *Duke Law Journal*, 2000, p.17 et s.

⁶⁷ Selon Froomkin, un processus « semi private rule making » ne doit pas être confondu ni avec une régulation négociée par laquelle une administration publique ou une « agence gouvernementale » rencontrent des représentants des groupes qui seront affectés par la réglementation et cherchent à conclure un accord qui sera promulgué et mis en vigueur par le Gouvernement. Par ailleurs, la « semi private rule making » s'oppose à l'autorégulation qui exclut toute participation d'une autorité publique.

⁶⁸ Internet Corporation for Assigned Names and Numbers. A propos de cette organisation, le lecteur se réfèrera à son site: <http://www.icann.org>

⁶⁹ Cf. P. Mounier, les maîtres du monde, *Homo Numericus*, March 2000, available at : http://www.homo-numericus.bonidoo.net/article.php3?id_article=138; O. Iteanu, l'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? *Homo Numericus*, May 2002, available on the *Homo Numericus* website, article 154; M. Froomkin, Form and substance in Cyberspace, 6 *The Journal of Small and Emerging Business Law* (2002), 1, 93 et s. citant S. LYNN, ICANN President : "Each of ICANN's accomplishments to date have all depended in one way or another, on government support, particularly from the United States". R. Delmas, Internet, une gouvernance imparfaite, in *Le droit international de l'Internet*, op.cit., p. 279 et s.

en place⁷⁰. L'utilisation des technologies de l'information et de la communication, par la création de forums de discussions « on line », par l'appel à commentaires des projets de textes publiés sur le site, apparaît comme un moyen de donner aux textes finalement adoptés une certaine légitimité. L'ouverture via Internet des débats et la transparence des diverses étapes d'adoption d'une réglementation permettant de compenser la difficulté d'organiser, au sein des structures de l'ICANN, une véritable représentation des multiples intérêts en cause⁷¹.

Au-delà, on souligne qu'une des modifications essentielles réclamées par l'Union européenne dans la structure de l'ICANN a été la création d'un Comité consultatif gouvernemental (G.A.C.), chargé de défendre auprès des instances de l'ICANN les intérêts publics fondamentaux de la société (par ex. vie privée, concurrence, fracture numérique). Cette création témoigne combien la co-régulation peut conduire à un renversement de la hiérarchie traditionnelle dans la mesure où l'autorité publique ne dispose que d'une voix consultative dans le processus d'adoption d'une décision. Très (trop ?) sévèrement C. Albert⁷² affirme :

« this ultimately means we are left with a self-regulatory organization managing core resources of the Internet, directly controlled neither by the governments of this world, nor by the users of the virtual world. Instead at the end of the day ICANN is controlled by the industry protecting their profitable monopolies and to make everybody outside the US even more concerned about the future of self-regulation by representatives of the unilateralist US Administration »

Conclusions

19. Les critiques adressées aux modes de régulation déployés par l'ICANN mettent en lumière les dangers liés à certains schémas de co-régulation. Une crainte essentielle est certes ce que les économistes appellent la « regulatory capture »⁷³, le fait que le pouvoir de régulation est en réalité pris par certains acteurs privés et ce de manière non transparente. Certes, le phénomène n'est pas neuf et peut se concevoir dans un système réglementaire traditionnel où une législation ne traduit finalement que les intérêts d'un groupe d'acteurs⁷⁴. On note cependant que dans la mesure où la co-régulation jette une certaine confusion sur la répartition des compétences entre autorités publiques et privées, cette crainte est d'autant plus

⁷⁰ « The centrality of the US government's support to ICANN is easily demonstrated » A.M. Froomkin, Form and substance in Cyberspace, art.cité, p. 105. L'auteur commente notamment le Memorandum of Understanding qui lie le gouvernement américain et l' ICANN.

⁷¹ A ce propos, le débat entre Palfrey, Cheng, Hwang et Eisenkraft, Public Participation in ICANN, d'une part et Mc Laughlin, The virtues of deliberative Policymaking : A response to « Public Participation in ICANN », disponible sur le site : <http://www>.

⁷² C. Albert, From Global Elections to Self-regulation without the Public : How ICANN fails to fulfill its basic promise, disponible sur le site du PCMPL, Self-Regulation Review, Ocy. 2003, disponible sur le site : <http://www.selfregulation.info>

⁷³ A cet égard, E. Brousseau, Régulation de l'Internet: l'autorégulation nécessite-t-elle un cadre institutionnel ? Revue économique, n° hors série : Economie de l'Internet, E. Brousseau and N. Curien (ed), Oct. 2001 ; M. Mueller, The « Governance » Debacle, How the ideal of internetworking Got Buried by Politics, available at : <http://www.open-rsc.org/essays/mueller/govdec/>

⁷⁴ Ainsi, pour reprendre un exemple non européen certains auteurs voient dans l'adoption du DMCA en 1998 américain le résultat des pressions du groupe de l'industrie informatique et des sociétés d'auteurs.

fondée. La « regulatory capture » risque de voir le processus de réglementation et son résultat final profondément influencé par les intérêts d'un groupe d'acteurs : ce que les auteurs appellent les « spillover effects ». Il est donc utile que tous ceux dont la conduite risque d'être affectée directement ou indirectement par la réglementation ou régulation projetée disposent de la même voix dans la détermination du contenu de la règle⁷⁵.

Au-delà, il est utile qu'à tout le moins soit organisé le contrôle du contenu des règles obtenues à l'issue du processus de co-régulation lorsque le dernier mot est laissé aux acteurs privés fasse l'objet d'un contrôle du respect des objectifs d'intérêt général et d'une balance minimale entre les intérêts des divers acteurs⁷⁶. A cet égard, des organes comme les observatoires français et belge de l'Internet peuvent être utiles⁷⁷. Cette fois c'est du côté de la conformité du contenu des règles de co-régulation à des objectifs publics que l'attention se portera.

Si la participation de tous les intéressés ou de leurs représentants à l'élaboration de la règle est souhaitée voire requis sur base du critère de « légitimité » des auteurs de la norme⁷⁸, les méthodes d'assurer celle-ci peuvent être variées. On soulignera l'intérêt d'une transparence du processus de création de la norme et le bénéfice susceptible d'être retiré des technologies de l'information et de la communication pour assurer le dialogue entre les auteurs de la norme et leurs destinataires⁷⁹. On ajoutera enfin que l'intervention dans certains mécanismes de co-régulation d'autorités publiques intervenant peuvent créer une fausse apparence de légitimité de la norme, ce qui constitue un risque additionnel.

Enfin, que dire de l'effectivité des règles, première vertu dont se targuent les partisans de la co-régulation ou de l'autorégulation. Là, également, on craindra tant la « sur-effectivité » qui lorsque la norme de co-régulation sert un intérêt particulier, peut s'avérer dangereuse que le manque d'effectivité qui ôte à la norme de co-régulation tout son sens. La co-régulation doit être, comme le notait d'emblée l'OCDE, cet « effective mix » qui se sert tant du bras de l'état que des forces du marché pour garantir de manière proportionnée le respect des principes établis.

20. Ainsi, entre l'autorégulation et l'approche traditionnelle par la réglementation publique, existe bien une troisième voie qui se décline en des modes variés tantôt plus proches du pôle de l'autorégulation, tantôt confinant à un pure interventionnisme étatique. Cette troisième

⁷⁵ « Those who are affected by conduct that is the subject of certain rules must have some voice in determine the content of their rules »: D.Post et D.J Johnson, *New Civic Virtue of the Net*, art. Déjà cité, p.5. des mêmes auteurs, *Chaos prevailing on very Continent : A new Theory of decentralized Decision-Making in complex system*, 73 *Chicago-Kent Law Rev.*, 1999, 1055 et s.. A noter la présence dans certaines institutions publiques de normalisation technique de représentants des utilisateurs, tant résidentiels que professionnels, ainsi les statuts de l'ETSI (European Telecommunications Standard Institute) prévoient cette représentation des différents intérêts.

⁷⁶ D. Post et D. Johnson dans l'article cité à la note précédente insistent sur cette absolue nécessité de contrôler les effets de l'autorégulation prise par un groupe d'intérêts sur les autres catégories d'intérêts.

⁷⁷ Sur ces observatoires, comme formes officiellement reconnues de co-régulation, voir supra n° 6

⁷⁸ supra n° 18 à propos de l'utilisation par l'ICANN des technologies de la communication pour asseoir sa légitimité.

⁷⁹ Voir chez Froomkin (Habermas@discourse.net: *Toward a critical theory of Cyberspace*, 116 *Harv. Law Rev.*, 2003, p. 800 et s.), les références constantes à l'éthique de la procédure développée par Habermas comme la seule manière de résoudre le problème de légitimation des instruments mis sur pied par ces approches nouvelles de la régulation. Même référence chez Maesschalk et Dedeurwaerdere, *Autorégulation, Ethique procédurale et gouvernance de la société de l'information*, in *Gouvernance de la société de l'information*, op.cit., p. 77et s.

voie n'est pas propre à la régulation de la société de l'information. Elle trouve ses racines en particulier dans la régulation du monde du travail avec les anciennes conventions collectives et le monde de l'environnement a reconnu un parallèle à celui du secteur de la société de l'information, les bienfaits de cette troisième voie de régulation, dont les formes se déclinent au pluriel.

Sans doute, le modèle prôné par la récente conférence mondiale de la société de l'information et par l'Union européenne fondée sur une hiérarchie des interventions publiques et privées et imposant une répartition des compétences entre ces dernières a le mérite de la transparence et garantit adéquatement les soucis de légitimité et de conformité des normes ainsi créées. Répondra-t-il à suffisance aux besoins reconnus d'une décentralisation des responsabilités et de la définition par chaque communauté, dont les frontières ne sont plus géographiques, de son propre système de normes, normes adaptées à ses besoins ? Nous pensons résolument que toutes les formes de co-régulation ont leur place à condition qu'elles respectent les trois critères fondamentaux de validité juridique de la norme, légitimité, conformité et effectivité. C'est à l'aune du respect de ces critères que doit être jugée toute norme de co-régulation.