



<http://www.droit-technologie.org>

Présente :

**LA CO-REGULATION : UNE PISTE POUR LA REGULATION DE LA
SOCIETE DE L'INFORMATION ?**

Timothy Fenoulhet¹

Commission européenne

Timothy.fenoulhet@cec.eu.int

¹ Administrateur chargé de la politique dans le domaine du commerce électronique à la Commission européenne, direction-générale Société de l'Information, Unité 1 "Analyses, Conception d'Ensemble, eEurope". Les opinions développées dans cet article n'engagent que l'auteur.

Date de mise en ligne : 25 juillet 2002

1. La régulation face à la Société de l'Information

La régulation, sous sa forme traditionnelle, (c'est-à-dire la législation) devient dans bien des cas un instrument moins efficace pour réglementer des nouvelles activités économiques, notamment lorsqu'elle est confrontée à la Société de l'Information. On peut identifier quatre constats paradoxaux à cet égard:

- ◆ L'économie est mondialisée alors que le rayon d'action des lois est limité aux frontières juridictionnelles et nationales ;
- ◆ Le développement technologique est de plus en plus rapide alors que le processus décisionnel et législatif est relativement lent ;
- ◆ L'économie et les marchés comportent de nombreux acteurs différents, y compris une société civile de plus en plus active, alors que la législation a tendance à être élaborée et imposée « top down » (du haut vers le bas);
- ◆ Les technologies numériques rendent de plus en plus floue la distinction entre les secteurs industriels, notamment entre les réseaux (l'infrastructure) et le contenu (les services), alors que dans le passé ces secteurs ont été réglementés de façon distincte et séparée.

L'Internet s'est développé en un médium ouvert, sans frontières et décentralisé, basé sur la libre circulation de l'information et des idées entre utilisateurs et caractérisé par sa structure non-hiérarchique. Ce modèle du cyber-espace se distingue complètement du monde physique avec ses frontières géographiques et ses juridictions nationales. Au fur et à mesure que le nombre d'utilisateurs d'Internet augmente, les gouvernements s'interrogent sur la meilleure voie à suivre pour sa réglementation.

La réglementation est en général nécessaire afin de protéger l'intérêt public et les consommateurs contre les conséquences d'un échec du marché. Il s'agit donc de limiter l'action réglementaire aux domaines où les forces du marché à elles seules ne peuvent aboutir aux résultats souhaités.

En matière de régulation d'Internet, trois visions alternatives sont généralement avancées:

- (a) Une espèce d'anarchie, démunie de lois conventionnelles où l'auto-régulation domine ;

- (b) L'Internet « re-nationalisé », caractérisé par le contrôle des autorités nationales grâce à l'instauration de « passeports numériques » dont chaque utilisateur est titulaire. Les forces de l'ordre ainsi que les technologies (filtrage) garantissent dans la mesure du possible l'application des lois nationales, par exemple dans le domaine fiscal, ou le contenu illicite. Ce type d'approche soulève des questions importantes dans le domaine de la protection des données personnelles et de la vie privée. En effet, son fonctionnement dépendrait de la possibilité pour l'Etat d'avoir accès à des données personnelles que nombreux jugeraient comme portant atteinte à la vie privée;
- (c) L'Internet mondial, ouvert, dont les règles sont souples et reposent essentiellement sur la responsabilité des acteurs (entreprises, gouvernements, consommateurs), notamment via (i) des conventions internationales et une coopération renforcée des gouvernements, (ii) l'auto-régulation mise en oeuvre par l'industrie en collaboration avec les organisations représentant les consommateurs, et (iii) la co-régulation dans les domaines où l'intérêt public est impliqué. Ceux qui soutiennent cette vision estiment que l'absence de législation est préférable à une législation inadaptée. De ce fait, la tentation de légiférer doit être contrôlée dans les intérêts de l'innovation et l'essor de nouvelles activités économiques dont le commerce électronique. Les effets plus larges et indirects d'une telle législation pourraient avoir un impact tout à fait disproportionné en rapport avec leurs objectifs et freiner la croissance de nouveaux services.

Ce débat peut se résumer par la fragmentation d'Internet d'une part, et sa mondialisation de l'autre.

2. La réglementation « off-line » confrontée à la réglementation « on-line »

Aujourd'hui, l'Internet met à l'épreuve les règles juridiques. Au fur et à mesure que sa popularité augmente et que le commerce électronique décolle, nous sommes mis au courant d'un nombre croissant d'exemples de gouvernements et de systèmes législatifs aux prises des nouveaux défis posés par l'Internet.

L'application des règles « off-line » au monde « on-line » a souvent été employée comme point de départ pour justifier la nécessité de réglementer une activité sur Internet. Cependant, cette approche est souvent confrontée à des difficultés non-négligeables :

- ◆ Certains persistent à croire que des solutions « off-line » peuvent toujours être appliquées de la même façon dans le cyber-espace. Par exemple, dans le domaine de la juridiction (le choix du tribunal compétent), le fait de permettre au consommateur de faire appel au juge de son pays

d'origine lorsqu'il est impliqué dans un litige transfrontalier survenu sur Internet ne garantit pas que la décision du juge sera mise en oeuvre dans le pays du fournisseur. L'emploi de modes alternatifs de règlement de litiges (MARL) - en particulier les nouveaux services de MARL en-ligne - peuvent à travers une médiation entre des parties résidant dans des pays différents parvenir assez rapidement et à faible coût à un accord ou une décision qui seront mis en oeuvre par le fournisseur dans son pays.

- ◆ Il existe des exemples de problèmes sur Internet qui révèlent une dimension tout à fait nouvelle par rapport aux mêmes problèmes survenus dans le monde physique. De ce fait de nouvelles approches s'avèrent nécessaires. Par exemple, contrairement aux courriers publicitaires que nous recevons par la poste et dont nous pouvons nous débarrasser sans problèmes, les messages électroniques non-sollicités (le « spam ») qui atterrissent dans nos boîtes à messages entraînent des coûts parfois importants, non seulement pour les utilisateurs qui doivent les télécharger sur leurs ordinateurs et payer la communication, mais également pour les intermédiaires, tels que les fournisseurs d'accès à l'Internet, dont les réseaux et serveurs en sont congestionnés. Ainsi, la majorité des coûts entraînés par ces techniques de marketing électronique sont assumés par les destinataires et non pas par les expéditeurs. Par contre, les petites entreprises n'ayant que de faibles budgets à consacrer au marketing dépendent de ces nouvelles méthodes de transmission de messages pour se faire connaître sur Internet et attirer des clients potentiels.

Autre exemple, cette fois-ci dans le domaine des droits d'auteur : un livre classique se laisse lire autant de fois que le souhaitera le lecteur, celui-ci étant également libre de le prêter à ses amis ou à ses proches. Par contre, grâce aux nouvelles techniques de la gestion des droits d'auteur, le jouissement d'un livre numérique (téléchargé et imprimé par l'utilisateur) risque d'être strictement contrôlé par les éditeurs.

- ◆ Une des lois « naturelles » de l'Internet veut que le réseau soit sans frontières nationales ou juridiques. De ce fait, si l'accès à tel ou tel service ou contenu est contraint par une loi dans un pays donné, il n'est pas difficile pour les auteurs de l'activité de contourner cette loi tout en préservant leur clientèle, en se localisant dans un autre pays où les lois sont moins contraignantes ou bien simplement en se déplaçant sur le réseau.
- ◆ L'essor de nouveaux services peut être freiné ou même rendu quasiment impossible par des lois inadaptées ou désuètes. A titre d'exemple, on peut citer les lois régissant les commerces ou bien la vente aux enchères qui s'opposent aux nouvelles techniques de vente du commerce électronique. Ces lois devront être révisées ou bien supprimées.

- ◆ Des concepts traditionnels tels que « le lieu d'établissement permanent » dans le domaine de la fiscalité se voient confrontés à de nouveaux défis sur l'Internet. Dans ce cas, par exemple, est-ce le lieu où se trouve le siège de l'entreprise, le lieu du site web ou bien le lieu du serveur, qui constitue pour les autorités fiscales le lieu principal d'établissement ?

Il existe également un certain nombre de risques liés à l'utilisation de ces différents instruments réglementaires. Les lois traditionnelles peuvent avoir des effets nocifs sur le développement du commerce électronique. Parmi les attraits de l'Internet, l'on compte son ouverture, sa structure décentralisée, et sa portée mondiale. Des tentatives inappropriées ou disproportionnées de réglementation seront souvent vouées à l'échec. Non seulement elles n'obtiendront pas les résultats souhaités, mais aussi elles risquent d'effacer les caractéristiques plus attrayantes de l'Internet.

3. La mondialisation et la convergence : le défi d'un monde sans frontières

L'intégration accrue des marchés au niveau mondial, renforcée par la diffusion générale et l'omniprésence des technologies et les réseaux numériques réduisent de façon radicale les distances, effacent les frontières géographiques et rendent floues les distinctions entre les secteurs industriels traditionnels. Ces bouleversements ne sont pas sans conséquences juridiques :

- ◆ L'Internet dépasse les juridictions nationales, alors que (hormis au sein de l'Union européenne) les lois n'ont effet et les juges ne sont compétents que dans le contexte national, comme le démontre par exemple la récente « affaire Yahoo ! Inc. ». Il est donc difficile pour les gouvernements de réglementer ou de taxer les activités sur l'Internet en utilisant des concepts et des instruments traditionnels. Il n'est pas moins difficile de faire appliquer des décisions juridiques – ce qui est un souci important pour le consommateur. Cette question alimente le débat qui oppose l'approche « pays d'origine », selon laquelle l'on favorise la loi et le juge du pays du fournisseur, au régime « pays de destination », c'est-à-dire le pays du consommateur.

Au sein de l'Union européenne, ce débat a abouti à l'adoption du règlement de Bruxelles en décembre 2000 qui favorise la compétence du juge dans le pays du consommateur – un texte vivement contesté par l'industrie. La question sur l'application de cette approche sur l'Internet dans la pratique reste ouverte. Même si le tribunal choisi par le consommateur est compétent, il sera difficile pour le juge de faire appliquer sa décision dans le cas où l'entreprise en question est située à l'étranger, ce qui est relativement commun sur l'Internet. Effectivement, c'est la croissance importante des transactions transfrontalières initiées par des consommateurs qui pose le réel défi.

Pour l'instant, il existe trois éléments de solutions : soit la reconnaissance mutuelle au niveau international des décisions des tribunaux et une coopération renforcée entre les autorités compétentes ; soit la limitation de ses offres sur Internet à un ou plusieurs marchés nationaux sélectionnés par le marchand et indiqués sur son site web ; ou bien un recours accru aux modes alternatifs de règlement de litiges (MARL) en-ligne. Parmi les autres solutions discutées, nous pouvons citer l'accord contractuel signé entre l'entreprise et le consommateur dans lequel la loi applicable et le tribunal compétent sont choisis sur base d'informations transparentes fournies aux consommateurs.

- ◆ Par ailleurs, il est difficile de légiférer dans un secteur industriel donné de façon exclusive. Dans certains cas, notamment les secteurs de l'audiovisuel et des médias, les technologies numériques interactives (« point-to-point ») dépassent les limites du cadre réglementaire de l'audiovisuel (« point-to-multipoint »). A titre d'exemple, comment définir « le web-casting », le téléchargement de musique sous format MP3, la téléphonie et les vidéo-conférences via le web ? Quelles lois s'appliquent à ces nouveaux services ? Les cadres réglementaires traditionnels peuvent ainsi créer de l'insécurité juridique pour les nouveaux fournisseurs, ce qui peut freiner l'innovation et le développement rapide de nouveaux secteurs comme la production de contenu multimédia et mettre en danger la création de nouveaux emplois ;

Comment répondre à ces défis complexes ? Quelques ébauches de solutions existent mais sont parfois vivement contestées :

- ◆ **Une harmonisation accrue des lois nationales ou l'instauration de lois universelles.** Ceci est un modèle déjà bien développé au sein de l'Union européenne mais semble être un objectif bien trop ambitieux à l'échelle mondiale ;
- ◆ **La multiplication des traités ou des conventions internationales** (ou bien l'adoption d'une « charte internationale sur l'Internet »², comportant des règles et des principes de base communs sur lesquels de nombreux pays pourraient s'accorder. Il existe déjà un certain nombre de tentatives dans ce domaine : la loi modèle de CNUDCI³ ; les traités de l'OMPI⁴ sur la protection des droits d'auteur ; la Convention du Conseil de l'Europe sur la « cyber-criminalité » (en préparation) et dans le domaine de la juridiction, la Convention de la Haye (en préparation) ;

² Telle que proposée dans la Communication COM (98) 50 de la Commission européenne « Mondialisation et la Société de l'Information » adoptée en février 1998

³ Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International

⁴ Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle

- ◆ **La « co-responsabilité » ou « l'entreprise citoyenne »**, ce qui signifie le respect par les acteurs économiques concernés de principes ou de normes régissant leur comportement commercial en matière de protection sociale, des consommateurs et de l'environnement. Ces normes sont approuvées ou certifiées par les autorités publiques. L'OCDE a adopté des lignes directrices qui vont dans ce sens⁵.

L'auto-régulation et la co-régulation sont généralement élaborées et mises en oeuvre plus rapidement que les lois conventionnelles. Autre atout : elles sont en général plus souples, ce qui leur permet d'évoluer de paire avec les technologies et d'être appliquées plus facilement au-delà des frontières nationales.

Le grand défi de ce type de régime est le contrôle et le respect à la lettre de ces règles par les entreprises. Cependant, certains prétendent que l'Internet lui-même peut sanctionner les entreprises qui font défaut. C'est dans l'intérêt des entreprises désireuses de défendre leur image de marque face à la concurrence virulente qui opère sur Internet de se montrer respectueuses envers des consommateurs et des normes environnementales et déontologiques. Une des dures réalités de l'Internet est que construire la réputation d'une entreprise nécessite de grands investissements et beaucoup de patience. Cependant, elle est très vulnérable car la distribution massive d'une information négative à son égard peut non seulement détruire la réputation de l'entreprise, mais aussi mettre fin à son existence commerciale. Un exemple relativement récent est fourni par Yahoo ! Inc. qui, à la suite de la décision d'un juge en France, a décidé de retirer de leur site des informations sur des marchandises nazies.

Ce type d'approche pourrait être développé par des organisations représentant les leaders économiques du secteur comme le « Global Business Dialogue on electronic commerce (GBDe) »⁶.

4. La technologie : source de défis et de solutions

L'évolution rapide et accélérée des technologies et des marchés qu'elles créent, dépasse largement la vitesse du processus législatif. Au sein de l'Union européenne, l'adoption et la transposition par les 15 Etats membres d'une Directive peuvent prendre au moins trois voire quatre ans, sinon plus. Entretemps, le paysage technologique et économique peuvent évoluer considérablement, ce qui rendra la législation quasiment obsolète avant son entrée en vigueur. Pire encore, inadaptée au nouveau paysage, elle

⁵ <http://www.oecd.org/daf/investment/guidelines/indexf.htm>

⁶ www.gbde.org

freinera son développement. La législation doit demeurer pertinente dans le temps.

Outre les défis posés par les nouvelles technologies, elles peuvent également contribuer elles-mêmes à la résolution des problèmes qu'elles soulèvent, notamment grâce aux techniques d'authentification (les signatures électroniques), de cryptage, des filigranes électroniques (« watermarking » - pour protéger les droits d'auteur), ainsi que les nouvelles méthodes de règlement alternatif des litiges (médiation en ligne) qui permettent de résoudre plus aisément les litiges transfrontaliers sans être confrontées aux problèmes de compétence judiciaire.

5. La société en réseau

L'économie d'aujourd'hui est composée de multiples acteurs économiques et se caractérise par un degré de complexité bien plus prononcé que celui pour lequel les approches législatives d'origine ont été établies. Une grande partie de l'économie est passée du secteur public au secteur privé via le processus de libéralisation et de privatisation, et la concurrence qui en découle fait que de nombreuses entités nouvelles ont vu le jour. L'on observe également la montée en puissance de la « société civile » qui devient de mieux en mieux organisée et présente grâce à la « mise en réseau » de la société et l'utilisation de l'Internet. L'Internet et les médias en général permettent également aux citoyens d'être de mieux en mieux informés et d'avoir plus de contact direct avec les pouvoirs publics.

Par conséquent, aujourd'hui il est de plus en plus difficile d'introduire une nouvelle politique ou un projet de loi sans consulter ces différents groupes au moment de leur élaboration et d'encourager leur participation et leur engagement dans la mise en oeuvre. La « transparence » et le « consensus » sont ainsi devenus les mots d'ordre.

Le processus législatif doit se montrer moins « top-down » (centralisé) et plus « bottom-up » (décentralisé). Il doit s'appuyer davantage sur la nécessité d'un consensus entre les parties intéressées. Il s'agit d'un système participatif.

6. Conclusions : la co-régulation – la troisième voie ?

La co-régulation (régulation coopérative) est à la fois un modèle plus souple et plus participatif pour l'élaboration des règles. La co-régulation n'est pas imposée par les gouvernements. Il s'agit d'un accord entre les pouvoirs publics et les parties intéressées (les « stakeholders »), que ce soit les entreprises, les consommateurs, les administrations publiques, la société civile.

La co-régulation peut surtout s'avérer utile dans les domaines touchant l'intérêt public là où l'auto-régulation, faute de sanctions efficaces, se montrerait insuffisante, et où une approche législative classique risquerait d'être trop rigide et contraignante, et la mise en oeuvre trop lente par rapport à la vitesse d'évolution du marché et des technologies.

Il n'existe aucune définition arrêtée de la co-régulation. Les divergences d'interprétations selon les expériences pratiques, les pays et les cultures sont assez importantes. Cependant, il existe quelques caractéristiques communes sur lesquelles il y a une certaine concordance. La co-régulation :

- ◆ est basée sur un accord conclu entre les parties intéressées (« le consensus »)
- ◆ engage les différentes parties intéressées qui bénéficient du soutien de leurs secteurs respectifs (« la représentativité »)
- ◆ est motivée par le souci de répondre à des objectifs politiques précis (élaborés en général par les pouvoirs publics)
- ◆ bénéficie d'une validation par les pouvoirs publics ou d'un encadrement législatif (l'accord est approuvé par les pouvoirs publics via une recommandation ou bien une loi-cadre)
- ◆ favorise la réalisation des résultats et non pas les moyens employés pour arriver aux résultats
- ◆ comporte une activité de surveillance et de contrôle de la mise en oeuvre, en général exécutée par un organisme indépendant (partenariat public-privé).

En ce qui concerne la Société de l'Information et l'Internet, la co-régulation pourrait être envisagée dans de nombreux domaines et en particulier là où la coopération des principaux acteurs privés et des consommateurs s'avère indispensable pour obtenir des résultats à la fois efficaces et souples. A titre d'exemple :

- ◆ l'élaboration d'un code de bonnes pratiques commerciales pour inspirer la confiance du consommateur sur l'Internet ;
- ◆ la mise en place et l'encadrement des systèmes de médiation en ligne pour régler les litiges sur l'Internet ;
- ◆ la mise en place et l'encadrement de procédures permettant aux utilisateurs de refuser la réception de courriers électroniques non-sollicités (« le spam ») ;

- ◆ l'introduction de procédures pratiques de notification et de suppression du contenu illicite (diffamation, pédophilie, xénophobie, etc.) sur leurs sites web ou transmis à travers leurs réseaux ;
- ◆ la définition de codes déontologiques dans le domaine du contenu illégal et indésirable ;
- ◆ l'élaboration et la mise en oeuvre de codes de bonnes pratiques dans le domaine de la protection des données personnelles et de la vie privée.

Au coeur du concept de la co-régulation repose un équilibre indispensable entre l'existence d'objectifs politiques clairs et précis et leur mise en oeuvre souple et efficace (le coût économique et social doit être strictement proportionnel aux objectifs) sans mettre en danger l'intérêt public. Le choix des moyens d'arriver aux résultats souhaités est du ressort du secteur privé. Les pouvoirs publics doivent garder leurs distances par rapport au déroulement du processus lui-même et éviter de manifester des a priori sur les intérêts ou les positions des participants.

Au risque de trop simplifier cette approche, la co-régulation se résume en deux éléments essentiels :

- ◆ **la définition des objectifs politiques** par les pouvoirs publics. Ces objectifs sont ensuite traduits en règles ou « lignes directrices » par les parties intéressées en mettant l'accent sur les résultats souhaités. Ces règles sont alors « encadrées » par un instrument législatif (par exemple, une directive européenne) ou bien validées par les pouvoirs publics à travers de simples recommandations;
- ◆ **la mise en oeuvre et le contrôle** assumés par soit les parties intéressées elles-mêmes à travers un organisme établi à cet effet, soit par un organisme indépendant de type partenariat public-privé. Dans les deux cas, l'organisme peut lui-même sanctionner le non-respect des règles ou bien, dans des cas extrêmes, déclencher une procédure juridique en faisant appel à la loi et aux autorités.

A titre d'exemple, les pouvoirs publics pourraient inviter un groupe bien défini et représentant les intérêts des secteurs impliqués à parvenir à un accord entre eux dans un délai donné et le cas échéant avec l'aide d'un médiateur indépendant. Le résultat (des « lignes directrices ») serait ensuite intégré dans une loi (ou une directive) dont la mise en oeuvre serait contrôlée par un organisme indépendant.

Au niveau européen, cette approche a déjà été employée dans des domaines tels que le dialogue social et la normalisation (télécommunications, environnement, les directives « Nouvelle Approche »). A l'étranger, il existe également des exemples au Canada (protection des

données personnelles⁷) et aux Etats-Unis (droits d'auteur⁸). Au sein de l'Union européenne, le « Forum des Droits sur l'Internet »⁹ a été créé en France en mai 2001 comme organisme de la co-régulation sur l'Internet.

Malgré ces réflexions et ces différentes expériences, quelques questions importantes restent ouvertes quant à la mise en oeuvre plus générale de ce type d'approche au niveau européen :

- ◆ la nécessité d'une volonté politique en faveur de la co-régulation par les institutions européennes ;
- ◆ la définition de règles et de procédures pour le déroulement efficace du processus de co-régulation ;
- ◆ le rôle des institutions européennes dans la définition des objectifs et la validation du résultat ;
- ◆ les critères que doivent satisfaire les parties intéressées pour participer au processus – est-ce qu'ils peuvent véritablement prétendre représenter fidèlement les intérêts d'un secteur donné ?
- ◆ est-ce que les accords conclus par les parties intéressées respectent les règles de la concurrence ? N'y a-t-il pas un risque d'oligopole ?
- ◆ la définition de critères qui devront être suivis pour l'emploi de la co-régulation.

La co-régulation n'est pas une panacée ni une solution miracle. Elle comporte ses propres défis et devra cohabiter avec l'élaboration classique des lois et les systèmes d'auto-régulation. Il ne s'agit pas non plus d'un *instrument* réglementaire, tel qu'une loi ou un code de conduite mais bien d'une *méthode* réglementaire. Les caractéristiques de la co-régulation, comme évoquées ici, font preuve d'un potentiel intéressant dans un domaine aussi dynamique et évolutif que la société de l'information : une société sans frontières. A l'heure des débats européens et internationaux sur la gouvernance au 21ème siècle, la co-régulation mérite une attention particulière.

⁷ initiative de la Canadian Standards Association (CSA): <http://e-com.ic.gc.ca/francais/privee/632d23.html>

⁸ La Digital Millennium Copyright Act (DMCA), adopté aux USA en 1998, est souvent attribué à un accord conclu entre les représentants des différentes industries, à l'initiative de l'Administration: <http://www.loc.gov/copyright/legislation/dmca.pdf>

⁹ <http://www.foruminternet.org/>

