

ENJEUX À DÉBATTRE

Jacques BERLEUR, Tanguy EWBANK DE WESPIN, Laurence HENNUY,
Christophe LAZARO, Yves POULLET, Robert QUECK

1. LES DIVERSES FORMES DE L'AUTOREGULATION

La société de l'information, l'Internet et le monde des réseaux semblent mal se prêter, dit aujourd'hui le discours dominant, à une réglementation étatique de type classique : par exemple, leur propension à la délocalisation rend illusoire toute approche strictement territoriale (nationale) et rend un contrôle effectif et total très malaisé ; l'hétérogénéité des acteurs fait qu'il est difficile d'énoncer des règles susceptibles d'appréhender l'ensemble des situations de fait ; la volatilité et la fugacité des contenus et, de manière générale, la rapidité de l'évolution des réalités techniques et économiques rendent les schémas procéduraux des réglementations classiques trop rigides. Dès lors, si l'objectif est de lutter contre des pratiques, des contenus illicites dans le cyberspace, d'assurer cette "mise en droit" sans laquelle cet espace restera toujours un lieu social marginalisé, d'autres solutions doivent être envisagées. Le développement de l'Internet s'est dès lors accompagné de celui d'un discours sur l'autorégulation¹⁵, présentée comme une alternative plus souple, plus adaptée que la réglementation étatique aux réalités du réseau. Cette manière de voir comporte aussi, bien sûr, des lacunes réelles, notamment au motif que l'efficacité dont parlent certains risque, par exemple, d'être mesurée à une aune bien "intéressée".

On a constaté que les pratiques et les techniques utilisées sur le réseau ont permis l'émergence de modes d'(auto)régulation originaux, qui mettent à contribution le sens "civique" de chacun des utilisateurs du réseau dans un esprit communautaire, tantôt sous la forme d'une action des associations de citoyens ou de consommateurs, tantôt dans le sens d'une

¹⁵ L'autorégulation revêt selon nous une portée plus large et plus générique que l'autoréglementation. Elle viserait en effet l'élaboration et le respect volontaires de normes et de préceptes par ceux qui prennent part à une activité, sans autre forme de caractère obligatoire et contraignant. La difficulté à cerner cette notion est en partie due aux difficultés d'interprétation provoquées par le terme anglais "(self-) regulation" qui semble recouvrir aussi bien la notion de régulation que de réglementation.

responsabilisation des acteurs privés, conscients que les intérêts commerciaux à long terme exigent et coïncident avec la construction d'une relation de confiance avec leurs clients. Il n'existe donc pas, semble-t-il, une forme unique d' "autorégulation", mais plusieurs, qui s'exercent selon des modalités et sur des territoires différents. Dans ce contexte, plusieurs questions se posent :

- Quelles sont les formes d'autorégulation existantes et quelles sont les techniques utilisées ? : régulation de groupes, régulations techniques et autres (codes de conduite, labels ...), régulation à l'intérieur des mécanismes de marché (usages, contrats ...), etc.
- Quelles sont les raisons de l'émergence de ces multiples formes d'autorégulation ? En quoi les procédures de réglementation actuelles sont-elles défailtantes, inadaptées ?
- Quel est le champ d'application de l'autorégulation ?
 - *ratione personae* : quels acteurs sont présents ? qui participe ? quel est le rapport aux tiers (opposabilité) ? quelle en est la réception par la société civile, par les internautes... ?
 - *ratione materiae* : quels objets aborde-t-elle ?
 - *ratione loci* : où s'applique-t-elle ?
- Quels en sont les objectifs ?

2. AUTOREGULATION ET PLURALISME NORMATIF

"Là où il y a une société, il y a du droit", dit l'adage. Mais tout le social n'est point juridique. Il faut admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine et qu'il y a dans les sociétés, aussi virtuelles soient-elles, des espaces de "non-droit"¹⁶. Il ne faut pas voir dans cette expression un vide absolu de droit – la question d'un Internet caractérisé par un vide juridique étant depuis longtemps dépassée –, mais un espace où le droit étatique laisse aussi la place à d'autres modes de régulation. Les traits caractéristiques du cyberspace, principalement ceux qui font que la réglementation étatique y semble moins aisément praticable, favorisent un accroissement du poids relatif des autres sources de normativité.

Certains auteurs ont tenté à cet égard de dresser une typologie de la normativité qui prévaut dans le cyberspace. Pour Lawrence Lessig, celle-ci se présente comme l'effet conjugué et continuellement provisoire de l'interaction de quatre types de normes ou de processus de régulation : la loi, les normes sociales, le marché et enfin l'architecture¹⁷.

¹⁶ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, LGDJ, 1979, p. 14.

¹⁷ L. LESSIG, *The Laws of Cyberspace*, disponible en ligne à l'adresse

Prenons l'exemple de l'architecture. Celle-ci appartient à la sphère de la normativité technologique et doit être entendue ici comme l'encadrement technique dans lequel évolue l'activité humaine du cyberspace. Ce concept permet de faire apparaître la concurrence entre la norme étatique et les autres sources normatives. En outre, il permet de se représenter une des formes les plus abouties d'autorégulation dans le cyberspace. En effet, le choix des caractéristiques du réseau (protocoles, langages) par ceux qui en ont la maîtrise a pour effet de créer des environnements électroniques susceptibles de forger des comportements spécifiques et de rendre certaines pratiques inopérantes¹⁸. En ce sens, l'architecture semble jouer un rôle substantiel dans la régulation des activités prenant place dans le cyberspace en constituant une composante incontournable du cadre normatif qui entoure ces activités. Le cyberspace, de façon peut-être méconnue du grand public, est donc déjà (auto)régulé dans le domaine technique, où se déploie un mode original de régulation en dehors des instances "officielles".

Celle-ci se traduit sous la forme d'un "colloque permanent", gratuit, et largement ouvert (du moins en théorie...), qui cristallise à intervalles réguliers des standards techniques qui ont vocation à devenir mondiaux¹⁹.

Certains s'interrogent sur ce qui n'est pas seulement une standardisation technique, mais une emprise croissante des techniciens dans la définition d'enjeux sociaux plus larges. A titre d'exemple, *l'Internet Societal Task Force* (ISTF) apparaît comme un organe voulu par *l'Internet Society* (ISOC) pour rééquilibrer les pouvoirs de fait de *l'Internet Architecture Board* (IAB) et de *l'Internet Engineering Task Force* (IETF)²⁰.

À la lumière de tels exemples, on ne peut dès lors contester que le cyberspace met aux prises des prétentions normatives concurrentes et que le droit notamment, mais aussi la culture, la politique, la vie sociale, entretiennent des rapports d'internormativité avec d'autres domaines, dont l'importance semble s'accroître en raison des phénomènes d'incertitude liés aux développements technologiques.

<http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>.

¹⁸ E. LABBE, *La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome*, disponible en ligne sur le site <http://www.juriscom.net/unidoc/20001108.htm>.

¹⁹ B. DU MARAIS, "Enjeux juridiques et institutionnels. Réglementation ou autodiscipline : quelle régulation pour l'Internet", *L'Internet. Cahiers français*, n° 295, 2000, p. 67.

²⁰ Voir <http://www.isoc.org> et "Regulating the Internet, The Consensus Machine", *The Economist*, June 10th, 2000.

À s'en tenir au droit, "la compréhension du cadre juridique d'une activité ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable"²¹.

Pour certains, il n'y a pas de doute que l'Etat-Nation constitue une instance légitime de la régulation d'Internet, voire la seule. Dans une perspective de régulation étatique, "les modes d'élaboration de la norme sont soigneusement décrits dans des textes et les procédures qui entourent cette élaboration garantissent une discussion démocratique. L'application de la norme est confiée à des juridictions 'professionnelles', entourées des garanties d'indépendance et de respect des droits de la défense et du contradictoire"²².

On peut cependant observer que les acteurs de l'autorégulation ne se limitent pas seulement à définir naïvement un contenu qu'ils entendent respecter mais que, dans certains cas, ils mettent également en place des moyens pour assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation²³. Ces moyens prennent la forme de "mécanismes d'expression des règles, de contrôle de leur application, et finalement, de sanctions de leur non-respect, sanctions prononcées par leurs propres 'magistrats' "²⁴. Ils tendent ainsi à constituer un ensemble cohérent et complet de normes incluant non seulement le prononcé de certains contenus mais aussi l'ensemble des moyens propres à leur *enforcement*. À ce titre, certains estiment qu'il faut voir dans l'autorégulation, non plus une source complémentaire du droit étatique, mais une source remplaçant ce dernier. Cette observation est de nature à provoquer la réflexion sur le concept même de norme (étatique ou non) et sur les conditions de son existence et de son effectivité. Plus encore, une telle réflexion autour du concept de norme soulève d'autres questions tout aussi fondamentales relatives à la démocratie, à ses différentes formes et à la participation des citoyens (*citizens – netizens*) en général.

²¹ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYECKHLEF et H. SOPHIE, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997

²² Y. POULLET, "Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique", *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, p. 56.

²³ Il convient d'examiner dans quelle mesure ces moyens atteignent leurs objectifs et s'avèrent efficaces. En outre, en dépit de l'éventuelle efficacité de ces moyens, il conviendra également de s'interroger sur leur légitimité et leur caractère démocratique.

²⁴ Y. POULLET, *op. cit.*, pp. 57-58.

- Qu'est-ce qu'une norme ? (sous l'angle des trois pôles : la légitimité, la validité formelle, et l'effectivité/efficacité de la règle posée)²⁵
Qu'est-ce qu'une norme juridique ? (critères de juridicité)
- Qu'est-ce que la (auto)régulation, la (auto)réglementation ? Quelle est la pertinence de ces concepts ? Quelles sont les conséquences de ces distinctions ?
- Leur préférera-t-on la multirégulation, la régulation plurielle, comme le souligne M. Vivant dans son exposé de synthèse au Sommet des régulateurs de 1999 ?²⁶
- Quelle valeur normative accorder à l'autorégulation, l'autoréglementation (sous l'angle des trois pôles précédents) et comment et sous quelles conditions la lui accorder ?
- Quelles en sont les conséquences/effets : force contraignante (et sanctions) – force protectrice – obligations entraînées ?
- Quelles en sont les conditions d'effectivité/efficacité ? Quel rôle peut jouer la corégulation à cet égard ?
- Quelles en sont les contraintes (procédurales), notamment vis-à-vis de l'ordre démocratique, quelle représentativité, quels lieux de réception ?
- Quels en sont les mécanismes de contrôle et de supervision (étatiques et non-étatiques) selon les différents types d'autorégulation ou autoréglementation ?
- Quelles sont les conditions minimales auxquelles doit satisfaire un code pour jouer son rôle dans l'ordre de l'autorégulation ou autoréglementation ?

²⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 270-314. La légitimité s'entend de la conformité de la norme à des règles, valeurs ou idéaux méta-positifs (validité axiologique). La validité formelle s'entend de l'appartenance de la norme à un système et de la conformité de cette norme à la norme supérieure. Enfin, l'effectivité s'entend de la correspondance entre la norme et le comportement des deux catégories de destinataires : les autorités chargées d'en assurer l'application et les assujettis qui doivent y conformer leur comportement (validité empirique). L'efficacité s'entend de l'adéquation de la norme par rapport à l'objectif qui lui était imparti.

²⁶ Sommet des régulateurs, tenu à Paris fin 1999, sous l'égide du Conseil Supérieur de l'Audiovisuel français et de l'UNESCO. Le texte, jadis disponible sur le site du CSA, semble aujourd'hui avoir disparu. Reste le site de l'UNESCO, mais les textes n'y sont pas (http://www.unesco.org/webworld/news/csa_summit.shtml).

3. AUTOREGULATION ET DROIT ETATIQUE

“Tel qu’envisagé dans la plupart des milieux, le droit se fonde sur le paradigme de l’Etat, l’Etat territorial doté de la souveraineté afin de régir l’ensemble des conduites se déroulant sur le territoire qu’il contrôle. Les règles de conduite sont généralement élaborées dans le contexte des débats politiques et reflètent, avec plus ou moins de décalage, les traits culturels et les valeurs des populations.”²⁷ Mais ce lien entre souveraineté étatique, territorialité et droit semble perdre de sa pertinence, voire de sa légitimité lorsqu’on l’envisage au regard du cyberspace, environnement ouvert, dans lequel les notions de temps et d’espace sont redéfinies et où coexistent de multiples systèmes de valeurs. L’avènement du cyberspace, du virtuel et des réseaux, en tant qu’ils remettent en cause les modalités de définition et d’application du droit, questionne dès lors l’intervention étatique dans les environnements électroniques et les formes que peut prendre cette intervention.

- “Quelles ‘règles régissant la vie des hommes en société’ devraient régir le réseau des réseaux : le seul droit imposé par l’Etat ou (également) les règles adoptées (plus ou moins spontanément) par les utilisateurs à titre d’autoréglementation, dans le cadre tracé par le droit imposé ou même en dehors de ce cadre ”?²⁸
- Quel est le rôle et la place du droit étatique face aux diverses techniques de réglementation ? Quel est le rôle et la place du droit dans un schéma d’autorégulation ? Quel est le rôle et la place de l’autorégulation dans un schéma étatique ?
- L’avènement du cyberspace opère-t-il un déplacement de la souveraineté ? Peut-on parler d’une perte de souveraineté étatique au profit des usagers au sens large et peut-être même des réseaux ?
- Doit-on s’orienter vers un système d’auto- ou de corégulation (*cooperative self-regulation*) ? Quels sont les moyens à mettre en œuvre ? (organisme de corégulation)
- Peut-on parler de l’application du modèle de la *lex mercatoria* aux environnements électroniques ? Vers une “*lex electronica*” ou “*lex informatica*” ?
- Quels sont les enjeux de la régulation étatique et de l’autorégulation ? Quels en sont les potentialités et les avantages ? Quels en sont les inconvénients et les limites ?

²⁷ P. TRUDEL, “Quel droit et quelle régulation pour le cyberspace ?”, *Sociologie et sociétés*, vol. XXXII.2, p. 192.

²⁸ Y. POULLET & R. QUECK, “En conclusion – Le droit face à Internet”, in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n°12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, pp. 232-233.

4. AUTOREGULATION ET ETHIQUE

La question de l'autorégulation et de l'éthique doit s'analyser à la lumière de l'état de fait inédit créé par l'Internet : l'établissement d'un espace public de discussion à l'échelle planétaire. La constitution d'un espace public est en effet un préalable fondamental à la démocratie. L'espace public offre généralement aux individus, devenus citoyens, "le lieu d'une possible discussion sur les règles de la justice"²⁹. Le cyberspace permettrait à cet égard l'émergence d'un espace public tout à fait original, celui d'un *forum publicum* à dimension universelle et interactive, lieu où les *netizens* pourraient débattre directement et sans entraves des valeurs et des règles éthiques.

Si notre objet n'est pas ici d'identifier les jalons d'une nouvelle forme de projet démocratique "post-étatique", on peut toutefois constater que les internautes, inquiets des carences et du déficit de légitimité dont peuvent souffrir les nouvelles cyber-activités du fait de pratiques illicites non réprimées, n'ont pas tardé à tirer parti des potentialités démocratiques du réseau et des "virtualités d'émancipation de la personne" qu'offrent les nouvelles technologies.

À cet égard, on peut observer l'émergence d'une nouvelle forme de responsabilisation, non seulement par la participation directe des acteurs au "débat politique" (éthique), mais également par la mise en œuvre par ces acteurs des contenus éthiques dégagés. En effet, le débat autour des insuffisances éthiques générées par ce nouveau champ économique et communicationnel et les réponses pratiques qui y sont apportées se concrétisent sous la forme de multiples instruments : codes de conduite, codes d'éthique, règles déontologiques ou encore chartes.

Le développement autonome de l'éthique sur Internet semble s'être inscrit en priorité dans le champ de la régulation corporative. L'élaboration dans un cadre corporatif des règles particulières à l'usage des professionnels de la vie économique correspond d'ailleurs à une aspiration traditionnelle de ces milieux. Il s'agit d'instaurer des normes au contenu évolutif, "tendant généralement à provoquer plus qu'à imposer une adhésion au type de comportement souhaité par la persuasion morale, exprimant la nécessité d'observer dans les pratiques professionnelles les exigences de loyauté, de transparence et de respect des partenaires qui, seules, valorisent et légitiment l'exercice de l'activité considérée, insistant sur le souci de se conformer tout autant à l'esprit qu'à la lettre des règles,

²⁹ B. FRYDMAN, "Quel droit pour l'Internet ?", in *Internet sous le regard du droit*, Ed. Jeune Barreau de Bruxelles, 1997, pp. 298-301.

élevant même parfois la portée de ces recommandations à la hauteur d'une participation au bien commun³⁰.

À l'heure actuelle, l'ensemble des textes (codes de conduite, règles déontologiques, chartes...) visant à promouvoir une éthique autonome – en marge des réglementations étatiques – représente une masse considérable sur l'Internet, mais ne vise cependant pas toujours la vie économique ; un certain nombre cherche notamment à mettre en évidence les principes éthiques qui se jouent dans le grand réseau. Mais un débat, voire un consensus, autour de principes éthiques ne semble toutefois possible qu'en érigeant en principe le respect d'une éthique de la discussion et de l'échange des convictions telle que définie par J. Habermas³¹. Dans une telle conception, la validité d'un énoncé éthique est conditionnée, non par rapport à un contenu, mais par une contrainte normative d'ordre purement procédural : l'exigence d'un échange argumenté. Or si l'on parle d'autorégulation comme d'un "ensemble de normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité", il apparaît que cette exigence d'un débat argumenté réunissant tous ceux qui prennent part à une activité ou sont concernés par elle n'est pas souvent rencontrée³². En effet, l'élaboration des codes et autres instruments est souvent laissée au soin de telle ou telle association ou profession. Ce manque de légitimité démocratique et politique est de nature à priver les préoccupations éthiques des usagers, au sens large, de toute crédibilité et à leur dénier toute dimension axiologique.

- Quel rapport l'autorégulation va-t-elle entretenir avec l'éthique, la déontologie et le droit ? Quelles formes ce rapport est-il susceptible de prendre (préalable à l'élaboration de la règle de droit, mesure d'évaluation lors de l'application des règles de droit, manifestation de pluralisme juridique) ?
- N'y a-t-il pas des contenus qui devraient échapper à l'"autorégulation", au sens large, au nom de l'éthique et de la démocratie ?
- Cet essor de l'éthique sur Internet ne procède-t-il pas d'une morale de l'intérêt et ne correspond-il pas à une instrumentalisation utilitariste des valeurs ? Quelles en seraient les conséquences éventuelles ?

³⁰ B. OPETIT, *Droit et Modernité*, Paris, P.U.F., 1998, pp. 270-271.

³¹ J. HABERMAS, *De l'éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992.

³² J. BERLEUR, "Self-Regulation and Democracy : Choice and Limits?", in *User Identification & Privacy Protection, Applications in Public Administration & Electronic Commerce*, S. FISCHER-HÜBNER, G. QUIRCHMAYR & L. YNGSTRÖM (éds.), DSV - Dept of Computer and Systems Sciences, Stockholm University/Royal Institute of Technology, Stockholm, 1999, pp. 1-19.

5. Vers un droit post-moderne et/ou vers des questions sociales à aborder autrement ?

Si l'on se prend au jeu de la métaphore organiciste, et que l'on fait de la société un organisme vivant, force est d'admettre que le droit en serait l'une de ses composantes essentielles, et participerait à ce titre de la vie de tout l'organisme. Étant réellement partie de l'être social, il semblerait naturel que lui aussi soit sujet à la loi de la vie, à la transformation. Si la nature connaît des mutations brusques, auxquelles les naturalistes accordent un rôle considérable dans l'évolution, n'est-il pas concevable dès lors que l'évolution du droit voie également son rythme battu en brèche à coups de mutations profondes ? C'est dans cette optique que les juristes notamment, confrontés à ce phénomène tout à fait original qu'est l'Internet, en dépit des représentations les plus communes qui conduisent à conclure trop facilement à un immobilisme irrémédiable du droit, se prennent à philosopher sur le 'nouveau paradigme' d'un droit post-moderne en cours d'élaboration³³.

En effet, les caractéristiques du réseau des réseaux semblent finir de remettre en cause l'image, déjà largement brouillée, d'un ordre juridique essentiellement national, constitué d'un ensemble structuré et hiérarchisé des sources formelles principalement étatiques.

Ainsi, "si le post-modernisme, c'est, entre autres choses, l'éclatement des pôles de références, pour un phénomène dans son essence post-moderne : l'information, fluide, multiforme, ambiguë, contradictoire, dotée d'ubiquité..., c'est tout simplement à un droit post-moderne que nous sommes ainsi conviés"³⁴.

- Faut-il parler de révolution juridique en matière de nouvelles technologies ? Dans quel sens ?
- S'orientent-on vers un "droit post-moderne", vers un nouveau *network governance paradigm* ?
- L'Etat est-il forcément l'unique et le meilleur garant des droits et libertés individuelles dans le cyberspace ?
- Comment les individus, en tant que citoyens, pourront-ils être au mieux "protégés" dans les espaces de la globalisation des activités marchandes ?

³³ B. FRYDMAN, "Quel droit pour l'Internet ?", *op. cit.*, pp. 279-280.

³⁴ M. VIVANT, "Internet et modes de régulation", in *Internet face au droit*, E. MONTERO (éd.), Cahiers du CRID, n° 12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, pp. 229-230.