

SYNTHÈSE DES DÉBATS

Christophe LAZARO

1. INTRODUCTION

Cette synthèse a pour objet de dresser le bilan de ces deux journées de réflexion autour de la problématique de la gouvernance de la société de l'information.

A cette fin, elle s'inspire non seulement des quatre exposés qui précéderent les débats mais également des réactions qu'ils suscitèrent lors de ce séminaire. Ces quatre exposés permirent d'introduire la problématique, tant sur un plan pratique (inventaire de l'autorégulation, Forum des droits sur l'Internet) que théorique (systèmes de régulation de la vie sociale, autorégulation et éthique dans le société de l'information).

A la lumière de ces exposés, les discussions s'articulèrent principalement autour de plusieurs "blocs" de questions qui concernaient respectivement :

1. les raisons de l'émergence de l'autorégulation dans les environnements numériques,
2. la valeur normative d'un tel phénomène,
3. le rôle et la place de l'autorégulation dans le pluralisme normatif et l'ordre étatique et enfin
4. les rapports qu'entretient l'autorégulation avec l'éthique.

Au vu de la richesse et du foisonnement des idées échangées lors de ces deux journées²⁶⁴, nous nous sommes employés à clarifier la problématique de l'autorégulation à la lumière des différents enseignements qui ont émergé lors des discussions et à rendre compte de sa complexité.

Et une telle complexité trouve sa source dans le phénomène que cette problématique se propose d'appréhender : la société de l'information. En effet, le paysage de la société de l'information est incontestablement marqué par la complexité et l'incertitude, caractères consacrés par la métaphore du "réseau". Ce paysage réticulaire, aux multiples dimensions, à la complexité évolutive pose un défi incontournable aux régimes juridiques

²⁶⁴ Voir en annexe du présent ouvrage la liste des participants au séminaire.

et nous oblige à nous demander ce qu'il en est du droit et des modes de régulations qui lui sont traditionnellement associés.

En effet, la société de l'information, le monde des réseaux et l'Internet semblent plutôt mal se prêter à une réglementation étatique de type classique : leur propension à la délocalisation rend illusoire toute approche strictement nationale ; l'hétérogénéité des acteurs empêche d'appréhender l'ensemble des situations de faits ; la volatilité et la fugacité des contenus rend un contrôle effectif et total impensable. De manière générale, la rapidité de l'évolution des réalités techniques et économiques rend les schémas procéduraux des réglementations classiques trop lourds et 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, des solutions nouvelles doivent être envisagées. Dans cette perspective, le développement de l'Internet s'est accompagné de celui d'un discours sur l'autorégulation ou l'autoréglementation, présentée comme une alternative plus souple, plus adaptée aux réalités du réseau. Ce mode de régulation se profile de plus en plus comme une composante essentielle de la régulation de la société de l'information. De nombreux acteurs (économiques pour la plupart) réclament l'autorégulation, certains textes législatifs la recommandent, et de plus en plus de codes de conduite, de chartes apparaissent à propos d'activités sur l'Internet.

En outre, on a constaté que les pratiques et les techniques développées sur le réseau ont permis l'émergence de modes de (auto)régulation originaux, qui voudraient mettre à contribution l'esprit "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 responsabilisation des acteurs économiques, conscients que les intérêts commerciaux à long terme exigent et coïncident avec la construction d'une relation de confiance avec leurs clients. Les différents acteurs de l'Internet, les uns inquiets des carences et du déficit de légitimité dont peuvent souffrir les nouvelles cyber-activités du fait de pratiques illicites non réprimées, les autres soucieux de créer la confiance et de rassurer les consommateurs, n'ont pas tardé à tirer parti des potentialités du réseau pour investir spontanément ce nouveau champ économique et communicationnel et pour y mettre en œuvre différents moyens "privés" de régulation.

Ces "personnes privées", qui prennent ainsi l'initiative, forment un ensemble extrêmement diversifié : les particuliers sans doute mais aussi et surtout les entreprises, les organisations professionnelles, les associations. Mille formes de "pouvoirs" privés dont certains disposent de budgets

considérables ainsi que d'une capacité d'action politique non négligeable²⁶⁵. Il n'existerait donc pas, semble-t-il, une forme unique d'"autorégulation", mais plusieurs, qui s'exerceraient selon des modalités et sur des territoires différents. En d'autres termes, "l'autorégulation" est actuellement utilisée par des groupes aux convictions idéologiques très diverses et à des fins différentes et souvent contradictoires. Face à l'hétérogénéité et au caractère polymorphe d'un tel phénomène, on comprendra qu'une réflexion sérieuse et profonde sur cette problématique ne peut se satisfaire d'un manichéisme stérile.

La question qui se pose alors aujourd'hui, au regard de l'émergence de l'autorégulation dans le cyberspace, est de savoir quelle est la place à accorder au pouvoir normatif des acteurs privés. Face à cette interrogation, plusieurs schémas de gouvernance semblent dès lors possibles, voire compossibles, certains seraient tentés d'affirmer : une régulation étatique, une autorégulation ou une formule mixte. Face à cette troisième voie qui se dessine progressivement que certains qualifient de corégulation – on soulignera d'emblée l'ambiguïté d'un tel concept –, il apparaît de plus en plus utile et même urgent de s'interroger et d'entamer une réflexion approfondie de ce que sera une stratégie globale de régulation du cyberspace.

2. NOTIONS

Dans la "liste des questions prévues pour les débats du séminaire", ce chapitre renvoie à un premier bloc de questions :

- Quelles sont les formes d'autorégulation qui existent et quelles techniques sont utilisées ?
- Qui sont les acteurs de l'autorégulation ? Qui participe à l'élaboration des instruments de l'autorégulation ?

L'autorégulation n'est assurément pas un phénomène nouveau, ni propre à la société de l'information. En effet, ce phénomène s'est développé, depuis de nombreuses années, principalement dans la sphère professionnelle. L'élaboration dans un cadre corporatif de règles particulières à l'usage des professionnels de la vie économique correspond incontestablement à une aspiration traditionnelle de ces milieux. A l'heure actuelle, l'ensemble des textes visant à promouvoir une normalisation privée des affaires représente une masse considérable. Les codes de conduite, ou d'éthique, ou de déontologie, par exemple, existent depuis

²⁶⁵ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, "De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit", *Rev. interdiscipl. d'études jurid.*, 2000, 44, p. 66.

longtemps, “*off line*”, dans les secteurs les plus variés de l’activité professionnelle, tant à un niveau national qu’international.

L’autorégulation n’est cependant pas l’apanage exclusif des professionnels. Un nombre important de normes ayant ainsi pour objet l’(auto)régulation d’une activité concerne également les milieux culturels, sportifs ou politiques. Dans les environnements numériques, différentes communautés d’internautes ont manifesté le souci d’élaborer des règles devant ce qui leur apparaissait comme un nouveau champ social, encore vierge de toute espèce d’usages et d’habitudes comportementales.

L’autorégulation dans les environnements numériques se caractérise donc par une grande hétérogénéité. L’autorégulation couvre des domaines aussi divers que la gouvernance générale de l’Internet, la déontologie des sociétés d’informaticiens, les règles de conduite et de savoir-vivre des utilisateurs de réseaux, les codes de conduite des fournisseurs d’accès et de services, les règles de certification et de labellisation des sites ; elle est particulièrement développée dans le secteur économique en général, mais aussi dans des secteurs particuliers tels la santé, l’édition électronique, la vente de logiciels, le télémarketing, etc.

De manière générale, selon P. Trudel, on peut qualifier l’autoréglementation comme le recours “aux normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité. La nature première des règles autoréglementaires, c’est d’être volontaires, c’est-à-dire de ne pas être obligatoires au sens où l’est la règle de droit édictée par l’Etat. L’assujettissement à l’autoréglementation est généralement consenti par le sujet. Elle est fondamentalement de nature contractuelle”²⁶⁶.

L’autoréglementation peut également être définie comme “une technique juridique selon laquelle des règles de droit ou de comportement sont créées par des personnes auxquelles ces règles sont destinées à s’appliquer, soit que ces personnes les élaborent elles-mêmes soit qu’elles soient représentées à cet effet”²⁶⁷.

A titre de définition générique, on peut affirmer qu’il s’agit d’un mode de régulation élaboré volontairement par ceux qui prennent part à une activité, ayant pour objectif d’organiser, de manière souple et évolutive, une fonction, par voies de règles communes, uniformes et *a priori* non obligatoires.

²⁶⁶ P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYECKHLEF et H. SOPHIE, *Droit du Cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 3-34.

²⁶⁷ P. VAN OMMESLAGHE, “L’autorégulation : Rapport de synthèse”, in *L’autorégulation*, Colloque organisé à Bruxelles le 16 décembre 1992 par l’A.D.Br. et le Centre de droit privé de l’ULB, Coll. de la faculté de droit de U.L.B., Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 232 et s.

Il peut être utile pour approfondir cette notion de se référer à la définition du “code de conduite” – instrument clé de l’autorégulation – traditionnellement reçue dans les milieux professionnels. Le code de conduite y est défini comme un corps de règles “élaborées par un organisme professionnel et qui, tout en n’ayant pas un caractère directement obligatoire, a pour but d’encadrer et d’orienter le comportement des entreprises”²⁶⁸. Plus précisément, le code de conduite est une catégorie de règles qui contient aussi bien des dispositions techniques²⁶⁹ que des prescrits relatifs au comportement souhaitable des signataires.

Les acteurs concernés²⁷⁰ confient à un groupe dirigeant la tâche d’exprimer une ligne de conduite qui correspond soit au comportement normal, correct et usuel du professionnel diligent – mais pour lequel fait défaut le cadre juridique qui permettrait de le rendre obligatoire – soit au comportement que certains estiment souhaitable, sans qu’il puisse d’ores et déjà faire l’objet d’une réception par les règles obligatoires normales²⁷¹.

On peut affirmer que dans les milieux professionnels, il s’agit d’instaurer “des normes, de 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 conforter tout autant à l’esprit qu’à la lettre des règles, élevant même parfois la portée de ces recommandations à la hauteur d’une participation au bien commun”²⁷².

Lors de ce séminaire, une proposition de typologie a été formulée qui s’attache à identifier quatre “forces” d’autorégulation qui permettent, de

²⁶⁸ G. KEUTGEN, “Le code privé de déontologie, un substitut à l’intervention du législateur ?”, in *Liber Amicorum Paul De Vroede*, Bruxelles, Kluwer, 1994, p. 947.

²⁶⁹ Les normes peuvent avoir des contenus variables. A cet égard, la notion de norme *technique* doit être comprise dans le sens – large – de toute prescription, règle, enseignement ou spécification à contenu technique. La norme technique a notamment pour but de déterminer les caractéristiques de produits ou de services mis sur le marché.

²⁷⁰ Notons ici que la notion d’acteur concerné vise les professionnels, membres d’un secteur à l’exclusion des utilisateurs. Il est également important d’observer que, dans la plupart des cas, ces “acteurs concernés” n’ont pas eux-mêmes, directement, participé à l’élaboration de ces codes de conduite.

²⁷¹ E. WYMEERSCH, “Règles professionnelles et règles standardisées dans les opérations financières”, in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Séminaire organisé à Spa-Balmoral les 16 et 17 novembre 1983, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. 94.

²⁷² B. OPETIT, *Droit et Modernité*, Paris, P.U.F, 1998, pp. 270-271.

manière générale, de mesurer les enjeux et les rôles de l'autorégulation. Cette classification permet aussi d'envisager une échelle de mesure des différents degrés d'obligatorité de l'autorégulation. En outre, sans réelle prétention explicative de l'émergence de l'autorégulation, cette classification contribue à éclairer cette question, et à tout le moins, permet de repérer et d'identifier les acteurs en présence.

“L'autorégulation se manifesterait sous la forme de quatre catégories de forces, dont l'étanchéité tient plus aux nécessités de l'analyse intellectuelle qu'au constat réel de leurs divisions :

- comme autodiscipline : son rôle serait d'assurer un rapport de confiance qui ne peut s'instaurer que lorsque les acteurs concernés s'imposent une discipline. Il s'ensuit qu'une entreprise qui ne respecte pas ses engagements, s'expose à une sanction sociale (sectorielle). Une telle optique semble néanmoins plus intégrée dans la pratique aux Etas-Unis qu'en Europe.
- comme relais : son rôle serait de garantir et d'assurer le respect des lois. Une telle perspective pourrait s'illustrer par la politique de l'Union européenne qui s'est engagée à encourager les initiatives d'autorégulation, par exemple en matière de commerce électronique²⁷³.
- comme proposition ou cadre contractuel : son rôle serait ici d'investir le champ contractuel. Il s'agirait, alors, plus d'une politique de rationalisation des pratiques contractuelles que d'autorégulation au sens d'exprimer des normes de comportement.
- comme instrument de gestion des risques et de responsabilité : dans une optique plus 'économique', son rôle serait d'instituer un système régulateur de prévoyance et d'anticipation des risques”.

Au vu de ce qui précède, on peut identifier les principales caractéristiques des “normes” d'autorégulation :

- la formulation de ces normes peut être le fait d'un particulier ou d'un organisme privé²⁷⁴ ;

²⁷³ Voy. l'article 16 de la Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, *J.O.C.E.*, n° L 178/1, 17 juillet 2000.

²⁷⁴ Remarquons ici que le recours à l'autorégulation commence à quitter le giron du secteur privé. Certaines entreprises à actionnariat significativement public utilisent petit à petit des procédés de *soft law*, notamment pour s'adapter à la rapidité et à l'imprévisibilité des évolutions technologiques. Voy., à ce propos, les articles 15 et 16 de la Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, *J.O.C.E.*, n° L 108/33, 24 avril 2002, pp. 33-50.

- l’objectif des normes ainsi formulées est d’encadrer et d’orienter le comportement des acteurs concernés, de prévenir des abus potentiels et des pratiques contraires à une certaine “morale” ainsi que d’assurer un fonctionnement correct d’une activité déterminée ;
- l’élaboration de ces normes est le plus souvent spontanée ; ces normes présentent un caractère évolutif ;
- les normes ainsi édictées n’ont pas, en principe, un caractère directement contraignant.

En définitive, on retiendra surtout que les actes d’autorégulation se caractérisent par leur originalité formelle et normative. D’une part, ils consistent en une formalisation ou une codification de divers principes relatifs à différentes matières sous la forme d’avis, de recommandations, de *guidelines*, de codes de bonne conduite, de chartes, de commandements ... D’autre part, ils mêlent l’intention et l’action, le possible et le souhaitable, l’accessoire et l’essentiel, le licite et l’illicite et cela crée une certaine confusion. Il est aussi intéressant de remarquer que les instruments de l’autorégulation emploient un registre lexical relevant parfois du “sacré”, des termes propres au “culte”. On remarquera d’ailleurs qu’outre ce caractère éclectique et hétérogène, ils sont en principe dépourvus de caractère directement contraignant. A ce titre, l’autorégulation ne risquerait dès lors que de rester un vœu pieux, selon ses détracteurs ...

3. LES RAISONS DE L’ÉMERGENCE DES MULTIPLES FORMES D’AUTOREGULATION

Dans la “liste des questions prévues pour les débats du séminaire”, ce chapitre renvoie à un deuxième bloc de questions :

- Quelles sont les raisons de l’émergence de ces multiples formes d’autorégulation ?
- Quels en sont les enjeux et les objectifs ?
- Quels en sont les avantages et les potentialités ?
- Quels en sont les inconvénients et les limites ?

Comme nous l’avons déjà souligné, l’autorégulation se caractérise par une grande diversité, sa genèse s’expliquant par autant de raisons spécifiques qu’il en existe de formes. Néanmoins, il est possible d’identifier, ce que l’on peut appeler des raisons-types à l’émergence d’un tel phénomène, et cela dans une perspective contextuelle qui n’est pas nécessairement celle du cyberspace. Il convient cependant selon nous de différencier les raisons subjectives des raisons objectives à l’émergence de l’autorégulation, malgré toute la fragilité d’une telle distinction. Nous entendons par là distinguer ce qui relève de décision de pure opportunité

des partisans de l'autorégulation des raisons et de l'intérêt objectif de ce type particulier de régulation.

De manière générale, le phénomène d'autorégulation répond au souci d'assurer une cohésion entre les acteurs d'une communauté, d'un secteur déterminé en instaurant des "règles du jeu" qui présideront à une régulation équilibrée des acteurs en présence.

Dans le contexte économique, il ne faut cependant pas perdre de vue que l'acte d'autorégulation n'est pas d'abord le résultat d'une responsabilisation "éthique" des acteurs d'une communauté. Ainsi, au rang des raisons dites subjectives, on peut identifier derrière un tel acte d'autorégulation d'une branche d'activité par ses propres acteurs une réelle volonté d'autoprotection. On peut effectivement observer que, dans bien des cas, l'objectif est de prévenir l'édiction d'une réglementation étatique trop sévère et donc de s'opposer aux ingérences gouvernementales²⁷⁵. Ce phénomène semble d'ailleurs se vérifier dans le cadre de la société de l'information, et traduit incontestablement une méfiance vis-à-vis des procédés autoritaires d'intervention des pouvoirs publics considérés comme rigides et peu soucieux de la complexité propre aux nouvelles technologies. Pour plusieurs observateurs, plus critiques, ces instruments apparaissent donc davantage comme des documents d'autoprotection que d'autorégulation, de telle sorte que la liberté du marché semble rester la vertu maîtresse du cyberspace²⁷⁶. L'autorégulation et l'autodiscipline qu'elle suggère ne seraient pas toujours conformes à l'intérêt général et traduiraient trop souvent l'intérêt du plus fort, c'est-à-dire des auteurs de l'autorégulation au détriment de ses destinataires, ou des tiers concernés (parties économiquement faibles).

Un tel point de vue fait dire à certains intervenants que, derrière les prétendues raisons de l'autorégulation, se cacheraient seulement des prétextes. Invoquer l'incapacité de l'Etat à répondre aux avancements de la technique ne suffit pas à masquer qu'il existe pour certains partisans de l'autorégulation des raisons d'intérêt économique non avouées. S'agissant

²⁷⁵ A titre d'exemple, d'après un intervenant, aux Etats-Unis, les règles relatives au programmes d'émission radio étaient de nature autoréglementaire. Le principal objectif de l'autoréglementation était de protéger l'ensemble des entreprises contre ce qui se présentait comme le plus grand péril, à savoir l'intervention de l'Etat. Il semble que cela soit une motivation classique. La tendance semble être, au vu des différentes études, que lorsqu'il n'y a plus de pression étatique, il est assez rare que des expériences d'autorégulation soient maintenues. On n'en connaît assez peu qui ont survécu au désintéressement de l'Etat ou même de l'opinion public (ex : industrie de l'audiovisuel, du cinéma).

²⁷⁶ J. BERLEUR et T. EWBANK DE WESPIN, "Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, corégulation ?", in *Actes du 12^{ème} colloque du CREIS informatique et société 'Téléservices publics. Usages et citoyenneté'*, Paris, CREIS, 2001, p. 41.

de la prétendue incapacité de l'Etat à suivre l'évolution de la technique, l'analyse semble injuste pour certains, du moins dans nos pays. En effet, force est de constater, à titre d'exemple, que la plupart des lois sur les données personnelles adoptées en Europe ont permis de surmonter tous les obstacles technologiques jusqu'à l'Internet, même si, à cet endroit, elles semblent avoir trouvé leur limite. Toutefois, l'Internet n'est pas un espace de non-droit. Un autre prétexte qui a notamment été avancé par des grands opérateurs est de l'ordre de l'"intérêt personnel" : selon certains intervenants, les grands opérateurs s'estiment assez matures pour savoir quel est leur intérêt et, par là, s'estiment capables de se réguler eux-mêmes. On ne peut certes pas leur interdire d'utiliser de tels arguments, et cela d'autant plus, si par un souci de rentabilité, par un intérêt pragmatique, ils arrivaient à élaborer une protection suffisante de l'intérêt général, non sans cependant témoigner un certain scepticisme à cet égard.

Une autre raison "subjective" de l'autorégulation est de servir de "vitrine" visant à valoriser une profession, un secteur, ou un groupement aux yeux de l'opinion publique. L'autorégulation permet de mettre en œuvre un processus de défense de l'image corporative. Pour les représentants d'un secteur, l'intérêt collectif de la profession semble alors coïncider avec l'intérêt des consommateurs. Toute profession a besoin de la confiance des clients potentiels, et cette confiance n'existe que dans la mesure où les membres de la profession s'imposent, aux yeux du public, une certaine discipline, une certaine éthique. A ce titre, pour certains auteurs, les termes *business* et *ethics* ne sont pas incompatibles et les codes de conduite s'inscrivent résolument dans une double logique de promotion (*marketing*) et d'effectivité²⁷⁷.

Aux Etats-Unis, les *statements* en matière de *privacy* que l'on trouve sur les sites *on line* s'inscrivent résolument dans une politique de marketing. Les codes d'autorégulation ne relèvent d'ailleurs pas des services juridiques mais de services de *marketing*, c'est une condition du succès de la mise en marché. Ainsi, les entreprises qui ne respectent pas leur *statements*, s'exposent à une sanction de nature "publique".

Au-delà de toute controverse entre raisons ou prétextes à l'autorégulation, certains font remarquer que l'autorégulation est un phénomène que l'on ne peut ignorer si l'on s'interroge sur la régulation de la société de l'information. Dans une perspective de régulation globale, des raisons objectives peuvent justifier l'émergence, voire l'encouragement du phénomène d'autorégulation.

²⁷⁷ A. SIAENS, "De la rhétorique hypocrite à la moralisation du marché", in P. VAN PARIJS (sous la dir. de), *Ni ghetto ni tour d'ivoire. L'éthique économique et sociale aujourd'hui*, Louvain-la-Neuve, Academia, 1993, p. 25.

Parmi celles-ci, la qualité des acteurs de l'autorégulation est un élément important. Les acteurs du marché, en effet, sont souvent les mieux placés et s'avèrent les plus aptes à percevoir les évolutions de la vie économique et technologique. Confiant à des corps intermédiaires²⁷⁸ – ensemble d'organes, d'ordres, de groupements, d'associations de nature et d'origine diversifiées – le soin d'élaborer des règles souples et évolutives, ces acteurs, par une œuvre codificatrice de nature privée, permettent tantôt d'anticiper, tantôt de compléter de manière adéquate une réglementation étatique. Pour certains intervenants, il serait dès lors tout à fait absurde de fixer des règles en se privant de l'expérience et de la connaissance des acteurs du marché.

En outre, on avance que des règles tracées par des corps intermédiaires aptes à capter ce qui se fait ou devrait se faire pourraient trouver leur place et revêtir une grande valeur dans l'ordre juridique. Par ailleurs, ces normes sont d'autant mieux acceptées par les acteurs du secteur concerné qu'elles sont le fruit de leur concertation et de leur décision volontaire de s'y soumettre.

Enfin, l'émergence de l'autorégulation dans la société de l'information s'expliquerait également par les avantages offerts par ce type de régulation face à un phénomène numérique, fluide, polymorphe, ambigu, tel que l'Internet. Parmi ses avantages, on soulignera surtout l'originalité formelle et le caractère "glissant" de ce type de régulation. Les actes d'autorégulation pourraient permettre de prendre en compte l'évolution de plus en plus rapide des réalités économiques et technologiques (caractère souple et évolutif) car ils ne sont pas soumis à des contraintes procédurales strictes²⁷⁹.

De manière générale, le phénomène de l'autorégulation contribue également à mettre en évidence et à favoriser le développement d'un processus de mutation de sources du droit. En effet, cette forme d'autorégulation manifeste l'émergence d'une sorte de "droit mou" (*soft law*) ou encore de "droit assourdi" dont les influences ont pénétré le droit étatique²⁸⁰. On peut dire de ces normes qu'elles viennent se placer dans les

²⁷⁸ P. GABRIEL, "Observations sur un débat", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, p. XXII.

²⁷⁹ Notons à cet égard que l'Union européenne reconnaît ces avantages de flexibilité et est actuellement dans une période d'apprentissage. Le nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques tient justement compte de cette problématique parmi les principales questions abordées et prévoit des mécanismes pour la résoudre.

²⁸⁰ F. RIGAUX, "Le droit au singulier et au pluriel", *Rev. interdiscipl. d'études jurid.*, 1989, n° 9, p. 19.

interstices du droit, “occupant une place intermédiaire entre le noyau dur de la normativité et les formes non juridiques de régulation sociales”²⁸¹.

4. LA VALEUR NORMATIVE DE L’AUTOREGULATION

Dans la “liste des questions prévues pour les débats du séminaire”, ce chapitre renvoie à un troisième bloc de questions :

- Quelle valeur normative peut-on accorder à l’autorégulation (analyse sous l’angle de la légitimité, de la conformité du contenu aux normes supérieures et de l’effectivité/efficacité de la règle posée) et comment et sous quelles conditions la lui accorder ?
- Quels en sont les mécanismes de contrôle et de supervision (étatiques et non-étatiques) ?
- Quelle en est la réception par la société civile, les utilisateurs, les consommateurs, ... ?

Actuellement, on peut voir apparaître un nombre considérable d’initiatives d’autorégulation relatives au cyberspace, que celles-ci prennent la forme de codes de conduite, de chartes, de labels... Les traits caractéristiques du cyberspace, principalement ceux qui font obstacle à une réglementation étatique efficace, favorisent, semble-t-il, un accroissement du poids relatif de ces autres sources de normativité²⁸². Ainsi, pour P. Trudel, “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”²⁸³.

Toutefois, la valeur normative des instruments d’autorégulation n’est pas si évidente. En effet, nombre de codes de bonne conduite, d’éthique, de déontologie apparaissent *a priori* comme des documents à caractère exclusivement incitatif, et ce, en raison de leur contenu recommandatoire et/ou de la subordination de leur obligatorité à une adhésion des acteurs concernés. Ils ne semblent *a priori* pas disposer d’une légitimité et d’une force juridique équivalentes aux sources formelles, étatiques du droit.

Pour certains, il ne fait aucun doute que l’Etat-Nation puisse constituer une instance légitime de la régulation de l’Internet, voire la

²⁸¹ G. KEUTGEN, “Le code privé de déontologie, un substitut à l’intervention du législateur”, *op. cit.*, p. 958.

²⁸² Le concept de normativité revêt ici un sens large. Nous entendons mettre l’accent sur le fait que bien d’autres normes que le droit sont appelées à régir, à réguler la vie en société.

²⁸³ P. TRUDEL *et alii*, *op. cit.*, p. 3-2.

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”²⁸⁴.

On peut cependant observer que les acteurs de l’autorégulation ne se limitent pas toujours à définir naïvement dans un code de conduite un contenu qu’ils entendent respecter mais que, dans certains cas – rares faut-il l’admettre –, ils mettent également en place des moyens pour assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation. 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’ ”²⁸⁵. 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 mise en œuvre (*enforcement*). À ce titre, il est tentant pour certains, de voir dans l’autorégulation non plus une source complémentaire du droit étatique mais un système autonome, une source remplaçant ce dernier. Cette observation est de nature à provoquer la réflexion sur le concept même de norme et sur les conditions de son existence et de sa validité.

Si l’on raisonne par analogie avec le système juridique étatique²⁸⁶, l’autorégulation, en tant que source normative, serait susceptible de tirer sa validité de trois critères : la légitimité des auteurs, la conformité du contenu aux normes supérieures et l’effectivité de la règle posée.

²⁸⁴ Y. POULLET, “Les diverses techniques de réglementation d’Internet : l’autorégulation et le rôle du droit étatique”, *Ubiquité*, n° 5, juin 2000, p. 56.

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 57-58.

²⁸⁶ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, FUSL, 1987, pp. 270-314. Notre raisonnement se fait par analogie à celui que les auteurs développent relativement à la validité d’un système juridique. 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 de ses 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.

A. Légitimité des auteurs

La légitimité des instruments d'autorégulation repose sur le mode ouvert et participatif de leur élaboration et la représentativité des "associations" qui en sont à l'origine.

Il est intéressant de remarquer qu'un tel critère a été pris en compte par le législateur européen et se retrouve, par exemple, dans la directive sur le commerce électronique (art. 16, § 1^{er}, point a), qui souligne la nécessité d'associer à l'élaboration des codes de conduite tant les organisations d'entreprises et de professionnels que celles de consommateurs. S'agissant des consommateurs, le législateur européen est conscient que ces derniers occupent une position de faiblesse sur le marché, d'autant plus fragilisée qu'intervient une rupture d'échelle spécifique à l'Internet puisque le réseau ouvre aux fournisseurs de produits et de services un marché planétaire. En outre, les moyens financiers et techniques d'une entreprise, aussi petite soit-elle, sont toujours supérieurs à ceux du simple consommateur-internaute. De manière générale, le législateur communautaire insiste sur la participation des associations défendant les intérêts des acteurs "faibles" du réseau, consommateurs ou personnes handicapées (art. 16, § 2).

La légitimité d'un code de conduite, par exemple, sera fonction de sa vocation à représenter les intérêts de tous les acteurs du contexte que ce code entend réguler. Le code doit consacrer un juste équilibre entre leurs préoccupations respectives, que ceux-ci soient des consommateurs ou des professionnels. En effet, une autorégulation efficace exige une consultation active des parties intéressées à propos du partage des responsabilités, à toutes les étapes du développement et de l'implémentation de ces systèmes. Sans l'implication de tous les acteurs concernés, un mécanisme autorégulateur ne reflétera pas entièrement leurs besoins, ne sera pas efficace dans les comportements (standards) qu'il promet, et échouera à instaurer la confiance.

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 rencontrée²⁸⁷. En effet, l'élaboration des codes et autres instruments est souvent laissée au soin de telle ou telle association ou profession. En outre, le critère de la légitimité suppose également que les auteurs de la règle soient reconnus "compétents" par les destinataires de

²⁸⁷ J. BERLEUR, "Approches des problèmes éthiques au sein de l'International Federation For Information Processing. Ethique, codes et lois : créer des espaces de discussion", *XIX^{ème} conférence internationale des commissaires à la protection des données*, Bruxelles, 17-19 septembre 1997, 1997, p. 247.

cette règle pour l'émettre. Toutefois, ces destinataires ne sont pas seulement les acteurs "privilegiés" qui ont participé à cette œuvre normative. Incidemment, un code de conduite peut avoir une portée externe, c'est-à-dire prétendre à des effets en dehors du cercle de ses destinataires naturels²⁸⁸. On peut dès lors s'interroger sur la portée des codes de conduite en terme d'opposabilité.

Ce manque de légitimité démocratique et politique, selon nous, est de nature à priver les normes ainsi dégagées, de toute crédibilité et à leur dénier toute force réellement contraignante.

B. Conformité aux normes supérieures

Les instruments d'autorégulation se doivent de respecter le contenu des normes supérieures issues, par exemple, d'un texte national ou international, et ne peuvent, en aucun cas, y déroger. En matière de commerce électronique par exemple, le code de conduite doit tendre à s'appliquer à une échelle non plus nationale, mais européenne, voire internationale²⁸⁹.

Ainsi, selon le contenu de la norme supérieure, l'autorégulation pourra proposer des solutions plus ou moins originales. C'est à ce niveau que s'inscrit la marge de manœuvre laissée à l'autorégulation.

C. Effectivité de la règle posée

A l'heure actuelle, le déficit de caractère contraignant est le reproche principal fait à l'adresse de l'autorégulation. Or, une telle force contraignante conditionne l'effectivité des instruments de l'autorégulation. Une telle effectivité dépend, d'une part, du caractère public de son existence, d'autre part, du caractère contraignant et efficace des modes de contrôle et de sanction qui lui sont associés.

§1. La publicité et la transparence des instruments d'autorégulation

Pour avoir un réel impact, tout instrument d'autorégulation devrait donc non seulement être élaboré par les différentes parties concernées et

²⁸⁸ Y. POULLET, "Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique", *op. cit.*, p. 63.

²⁸⁹ A cet égard, la directive sur le commerce électronique met l'accent, à plusieurs reprises, sur la nécessité d'élaborer des codes au niveau communautaire (art. 8, § 2, et art. 16, § 1^{er}, point a). Dans ce contexte, il est important de tenir compte des normes des Etats dans lesquels ce code trouvera à s'appliquer. Pour s'assurer de la compatibilité des codes de conduite avec le droit communautaire, la directive prévoit, en son article 16, § 1, point b, "*la transmission volontaire à la Commission des projets de codes de conduite au niveau national ou communautaire*".

idéalement recevoir l'aval d'une autorité publique, mais également faire l'objet d'une certaine médiatisation et d'une large transparence. Cet objectif trouverait son écho dans la publicité et la promotion qui seraient données à ces instruments auprès des personnes physiques et morales qui peuvent s'en prévaloir.

A titre d'exemple, on pourrait imaginer que les sites qui adhèrent à un code de conduite doivent prévoir une référence explicite à son existence et à son contenu²⁹⁰.

En outre, certains font observer que la prolifération des instruments d'autorégulation est telle qu'elle tend à créer une grande confusion chez l'internaute. Par ailleurs, les actes d'autorégulation dès lors qu'ils sont formalisés dans des documents divers disponibles *on line* posent également un problème de "traçabilité" de la norme. En effet, ces documents sont, par nature, susceptibles d'évoluer, d'être modifiés au gré de leurs auteurs. Dans un tel contexte, aucune transparence suffisante ne semble pouvoir être garantie aux différents destinataires. Cela nécessiterait la mise en place d'instances de contrôle susceptibles d'augmenter, voire de créer la confiance en ces nouvelles formes de régulation²⁹¹.

§2. Modes de contrôle et sanctions

L'adoption de mesures contraignantes et efficaces quant aux moyens de contrôle et de sanction associés aux instruments d'autorégulation est sans aucun doute la condition la plus essentielle à son effectivité²⁹².

L'effectivité de tels instruments peut trouver un fondement autonome, véritablement autoréglementaire, dans la force contraignante que les auteurs leur donnent. A cette fin, outre la définition du contenu de ces instruments, les auteurs devraient mettre sur pied des moyens tendant à assurer la mise en œuvre du contenu de cette autorégulation. L'instrument d'autorégulation pourrait prévoir des modes de contrôle ou des sanctions

²⁹⁰ L'article 10, § 2, de la directive sur le commerce électronique prévoit en effet que "Les Etats membres veillent à ce que, sauf si les parties qui ne sont pas des consommateurs en ont convenu autrement, le prestataire indique les éventuels codes de conduite pertinents auxquels il est soumis ainsi que les informations sur la façon dont ces codes peuvent être consultés par voie électronique".

²⁹¹ Voy. les Trustmark programs en ligne à l'adresse <http://www.gbde.org/nm/2000/-confidence.html>; voy. également le e-confidence forum en ligne à l'adresse <http://econfidence.jrc.it>.

²⁹² Le code de conduite néerlandais élaboré suite à une initiative du Ministère de l'économie (<http://www.ecp.nl>) et présenté comme un "modèle" à implémenter selon les circonstances ne prévoit curieusement aucune sanction en cas d'infraction aux règles qu'il contient.

qui lui sont propres ou renvoyer à d'autres mécanismes de contrôle ou de sanction externes²⁹³.

Pour certains, il existerait une tendance à mettre trop vite l'accent sur le caractère dit "déontologique" ou "moral" des normes d'autorégulation pour ainsi leur dénier tout caractère contraignant. Il est vrai que, dans de nombreux cas, les normes d'autorégulation se résument à des communications politiques et à des déclarations d'intention ; les règles formulées n'étant pas destinées à être directement et concrètement appliquées. Toutefois, la tentation d'associer, sans autre nuance, l'autorégulation – comprise alors comme un simple assemblage disparate de règles "inoffensives" – avec l'absence d'effectivité est dangereuse. En effet, une telle association n'est pas heureuse car elle contribue à occulter l'existence de mécanismes d'autorégulation très puissants, quoique subtils, et, qui eux, doivent leur effectivité à des règles de nature autre que déontologique.

Il s'agit dès lors de ne pas réduire le phénomène de l'autorégulation en faisant uniquement référence aux mécanismes extrêmement visibles d'autorégulation, mais d'analyser aussi ce que d'aucuns se plairont à appeler le "côté obscur" de ce phénomène, comme les accords entre sociétés d'auteurs et les opérateurs.

Enfin, il importe aussi de souligner qu'une réception "formelle", directe ou dérivée, dans l'ordre juridique étatique n'est pas indispensable pour que l'on puisse reconnaître à une norme un certain degré d'obligatorité. Constitutives d'une loi du milieu professionnel, ces règles disposent, par elles-mêmes, du moins à titre symbolique, d'une force obligatoire qui découle de la pression sociale qui s'y attache. Ne pas y souscrire équivaut souvent à se placer hors du jeu, ce qui, en soi, est déjà une sanction économique importante.

Lors du séminaire, la question de la "valeur normative" de l'autorégulation et de sa légitimité fut, à plusieurs reprises, au centre du débat et suscita plusieurs réactions :

Intervenant 1 : *"La question de la valeur normative de l'autorégulation est ambiguë. Qu'est-ce que la valeur normative ? Y a-t-il une évaluation de la norme ? F. Ost parle de validité de la norme. Tout cela est confus car une norme est une norme, et une chose est valide ou non. La norme implique une sanction, le problème est que la sanction n'est pas toujours parfaite. Dans l'autorégulation, il y a des normes qui sont juridiques, notamment lorsqu'elles passent par le biais du contrat ou de l'engagement par volonté unilatérale. Il y a des normes qui ne sont pas*

²⁹³ Voy. par exemple le code de déontologie de l'Association belge de Marketing Direct (ABMD) disponible en ligne à l'adresse <http://www.bdma.be>.

susceptibles d'être sanctionnées comme telles par les tribunaux et qui font l'objet de sanctions propres et qui normalement ne sont pas juridiques si on accepte que le terme droit se rapporte seulement au droit de l'Etat.

Il y a aussi dans l'autorégulation des instruments tels que le vœu et la simple recommandation non assortis de sanction, et cela existe aussi dans le monde du droit mais on est mis en difficulté pour qualifier cela. Il y a aussi dans l'autorégulation des pratiques éphémères qui sont des habitudes, qui peuvent si elles persistent devenir des usages.

Le contrôle de conformité, c'est là qu'on peut parler de validité. La norme non conforme n'est pas valide. Là on n'est pas dans une gradation, dans des degrés. Il faut se demander si au regard du contrôle des droits de l'homme et de l'universalité, on ne doit pas en tenir compte dans toutes les autorégulations même non juridiques (famille, fédération sportive, etc.). Il semble que les droits de l'homme ont vocation à être invoqués partout et évidemment sur l'Internet aussi. C'est un contrôle, par le droit, de la conformité de l'autorégulation à des principes juridiques fondamentaux. Pour moi, ce n'est pas une question de légitimité, celle-ci concerne des valeurs hors du droit. Mais ce qui est caractéristique de notre époque c'est qu'une partie de la légitimité a été absorbée par la conformité. Dès l'instant où des grandes valeurs ont été consacrées dans des instruments juridiques internationaux, les interrogations qui étaient auparavant de l'ordre de la légitimité, des valeurs non consacrées par les régulations étatiques, deviennent aujourd'hui des valeurs dans les régulations étatiques et autorisent un contrôle de conformité plutôt que de légitimité.”

Intervenant 2 : “Qu'en est-il de l'opposabilité à mon égard d'une norme d'autorégulation émanant d'un groupe dont je ne fais pas partie ? Une telle norme peut être quelque chose que j'accepte volontairement (champ du contrat), quelque chose qu'un tribunal reconnaît comme un usage commercial (pratique d'une profession que j'accepterais) ou bien cette norme peut être cautionnée par l'Etat. En dehors de ces différents cas, il semble que l'on se heurte à un problème de légitimité démocratique.”

5. LA PLACE ET LE RÔLE DE L'ÉTAT DANS LES ENVIRONNEMENTS NUMÉRIQUES

Dans la “liste des questions prévues pour les débats du séminaire”, ce chapitre renvoie à un quatrième bloc de questions :

- Quelle place et quel rôle l'autorégulation peut/doit-elle occuper, notamment dans le pluralisme juridique et l'ordre étatique ?

- Intervient-elle comme anticipation, complément ou substitut de la régulation étatique ?

Le rôle de l'autorégulation et son articulation dans le pluralisme normatif et dans l'ordre juridique fut une question délicate et complexe abordée lors du séminaire.

La discussion s'est principalement articulée autour de trois points :

- l'identification et l'analyse des "forces régulatrices" en présence dans le cyberspace ;
- la problématique de l'Etat territorial souverain au regard du phénomène global et transfrontière qu'est le cyberspace ;
- et enfin, la nécessité de repenser le droit, et notamment de mettre en place un système de corégulation.

A. Les différentes normativités en présence

Les caractéristiques des environnements numériques, principalement celles qui font en sorte que la réglementation étatique y semble moins aisément praticable, semblent finir de remettre en cause l'image, déjà largement brouillée, d'un ordre juridique essentiellement national, constitué d'un ensemble de sources formelles principalement étatiques. Il n'est donc plus possible de faire abstraction de l'existence et de l'impact de normes qui se développent en marge des normes proprement juridiques. "Là où il y a une société, il y a du droit", dit l'adage²⁹⁴. Mais comme on a pu s'en apercevoir, tout le social n'est point juridique. Il faut admettre que le droit n'emplit pas toute l'atmosphère humaine et qu'il existe dans les sociétés, aussi "virtuelles" soient-elles, une pluralité de sources normatives.

Certains auteurs ont, à cet égard, tenté de dresser une typologie de la normativité qui prévaut dans le cyberspace. Pour L. 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'architecture²⁹⁵.

Prenons l'exemple de l'*architecture*. L'architecture 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. Le choix des caractéristiques du réseau (protocoles, langages, standards...) 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 inopérantes. En ce sens,

²⁹⁴ Les termes "droit" et "norme juridique" sont entendus ici comme normes étatiques.

²⁹⁵ L. LESSIG, *Code and other laws of cyberspace*, New York, Basic Books, 1999 ; L. LESSIG, *The laws of cyberspace*, disponible en ligne à l'adresse <http://cyberlaw.stanford.edu/lessig/content/index.html>.

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". Tel est notamment le cas en matière de gestion et de distribution des noms de domaine²⁹⁶.

A cet égard, le cyberspace comporte une normativité implicite ; les moyens techniques deviennent en effet des "entités" productrices de normativité. Or, pour certains, il ne faudrait pas perdre de vue que derrière les options techniques qui organisent l'architecture du réseau, il existe des présupposés idéologiques. La neutralité technique n'est donc qu'apparente, car chaque aspect de l'*Internet governance* engage des rapports de force entre acteurs du réseau mondial. Il conviendrait de prêter une attention particulière à ce phénomène en vertu duquel, sans autre forme de procès ou de délibération, l'architecture impose ses propres codes.

A la lumière d'un tel exemple, on ne peut dès lors contester que le cyberspace met aux prises des prétentions normatives concurrentes et que le droit entretient des rapports d'internormativité avec d'autres domaines, dont l'importance semble s'accroître en raison des phénomènes d'incertitude croissante occasionnés par les développements technologiques. Lorsqu'il s'applique, le droit étatique semble s'inscrire dans une démarche de régulation dont il ne constitue que l'une des composantes. A l'heure actuelle, aucune des différentes sources normatives n'offre cependant un cadre idéal qui présenterait des règles sans ambiguïté et sans contradiction. La juxtaposition de ces sources normatives est au contraire à l'origine d'une concurrence qui ajoute à l'incertitude des règles du cyberspace ; "un nouvel équilibre réglementaire doit émerger qui tiendra compte de ces régimes concurrents. D'une part, l'importance du droit diminue. D'autre part, la puissance des règles technologiques s'accroît", souligne J. Reidenberg²⁹⁷.

La technique semble en outre remettre en cause la hiérarchie traditionnelle des forces régulatrices. Si le cyberspace en tant que nouveau champ social est en proie à diverses forces régulatrices, il se présente

²⁹⁶ C.-H. BOERINGER et B. LANDSBERGER, *Internet Governance*, disponible en ligne à l'adresse <http://barthes.ens.fr/scpo/Presentations99-00/LandsBoeringer/index.html>.

²⁹⁷ J. REIDENBERG, *L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace*, p. 3, disponible en ligne à l'adresse <http://www.lexum.umontreal.ca/fr/confere.../reidenbergTexte.htm>.

surtout comme un champ de bataille entre deux forces principales²⁹⁸. En effet, les uns y voient l'occasion pour l'Etat d'y réaffirmer d'une main de fer son autorité, les autres y voient l'opportunité pour le Marché d'y asseoir son emprise d'une main invisible.

Lors du séminaire, plusieurs intervenants se sont employés à analyser les rapports entre de telles forces au sein des environnements électroniques :

Intervenant 1 : *“Sans doute, est-il opportun à cet égard de distinguer les matières. Je ne suis pas d'accord lorsqu'on affirme qu'il y a trop d'autorégulation sur l'Internet. Pour beaucoup, il y aurait une réaction excessive de l'Etat qui s'emploie à tout récupérer sur l'Internet, il y a une volonté de l'Etat de récupérer ce qu'il a perdu depuis l'avènement des nouvelles technologies”*.

Intervenant 2 : *“De manière générale, ce constat pose le problème de la juridicisation par l'Etat du champ social. Certains ont le sentiment que le droit tend à étendre son contrôle. Historiquement, ce phénomène semble se vérifier, et cela notamment parce qu'il y a un affaiblissement des régulations sociales non juridiques ou un manque d'efficacité. Toutefois, cette tentative de reprise en main semble beaucoup plus importante dans les textes que l'efficacité et surtout l'opportunité n'en est démontrée. Il y a en effet des lois en préparation dans les pays de common law qui s'avèrent extrêmement dangereuses en ce qui concerne les droits fondamentaux que ces mêmes Etats sont censés garantir. De l'autre côté, il y a aussi une reprise en main par le marché, notamment en matière de ce que les acteurs de ce marché estiment être une violation systématique des droits d'auteurs, des droits intellectuels et des extensions de ces droits qu'ils ont réussi à obtenir sur les réseaux. Ce qui semble fondamentalement menacé aujourd'hui ce sont les droits et libertés fondamentales issus des révolutions libérales et auxquelles les constitutions démocratiques, tant en Europe qu'aux Etats-Unis, mais sous une forme différente, semblent très attachées. Il existe donc un réel danger tant au niveau privé qu'au niveau public”*.

Intervenant 3 : *“Au niveau privé, on a l'exemple du Global Business Dialogue qui rassemble les plus grandes sociétés du monde des affaires tels que AOL Time Warner, Vivendi, Toshiba, etc. Si ces différents partenaires prétendent agir dans l'objectif de renforcer la coordination internationale dans la perspective de la mondialisation et de la société de*

²⁹⁸ C. D'OUTRELEPONT, “En guise de conclusion : réflexions sur quelques aspects réglementaires de la société de l'information”, in *Libertés, droits et réseaux dans la société de l'information*, Paris - Bruxelles, Bruylant - L.G.D.J., 1996, p. 241.

l'information, ils semblent travailler surtout afin de doubler en quelque sorte les appareils d'Etat".

Intervenant 4 : *“Orienter le débat dans le sens d'une opposition entre autorégulation et norme juridique (Etat) me pose problème. Traditionnellement, il existait une hiérarchie de facto qui s'établissait entre la régulation étatique et l'autorégulation. Les Etats avaient les moyens de contrôler, notamment grâce à leur emprise territoriale sur les acteurs. Ce qu'il y a de nouveau, avec l'Internet, c'est que cette hiérarchie semble être remise en cause. Elle est remise en cause sur le plan de la légitimité, on a aujourd'hui plusieurs régimes réglementaires contradictoires qui se rencontrent sur le réseau global.*

L'autre élément important, c'est que grâce aux technologies numériques, on peut rendre auto-exécutoires les normes. On a plus besoin d'une puissance étatique qui, auparavant, venait souvent rendre exécutoires des normes privées”.

La concurrence normative qui sévit dans le cyberspace nous oblige incontestablement à nous interroger sur la place et le rôle de l'Etat dans les environnements numériques. Mais, cette nécessité se fait d'autant plus ressentir que le paradigme traditionnel de l'Etat est mis à mal dans sa nature intrinsèque elle-même. Nous entendons par-là, qu'au-delà du positionnement de l'Etat parmi les forces réglementaires en présence dans le cyberspace, il conviendrait de s'interroger sur la capacité actuelle de ce même Etat (et du type de régulation qu'il génère) à intervenir de manière adéquate et effective dans cet univers global et transfrontière qu'est le cyberspace.

Le caractère global, transfrontière du cyberspace remet en effet en cause le paradigme classique d'un droit fondé sur les notions de territoire et de souveraineté. Le lien traditionnel qui unissait souveraineté étatique, territorialité et droit perd 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. “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”²⁹⁹. Il semble dès lors pour le moins délicat, voire absurde de prétendre régir le fonctionnement d'un

²⁹⁹ P. TRUDEL, “Quel droit et quelle régulation pour le cyberspace ?”, *Sociologie et sociétés*, vol. XXXII.2, p. 192.

réseau international ouvert au niveau d'un seul Etat. Il y a là une inadéquation d'échelle évidente³⁰⁰.

L'Internet ne permet donc pas de distinguer des zones de normativité en fonction d'un critère territorial. En effet, l'Internet semble dépourvu de "centre", la normativité y émerge de toutes parts. Il contient des "poches" de normativité, de durée, d'effectivité et de symétrie variables. L'organisation décentralisée des réseaux électroniques impose dès lors de penser la régulation selon des paradigmes différents de ceux que commandent les réflexes répandus dans la plupart des communautés juridiques.

Intervenant 1 : *"Il y a dans l'Internet une normativité implicite et il faut tenir compte de cette dimension mais on a tardé à organiser des réflexions sur cette normativité implicite qui rejoint le problème de l'aspect technique. On ne l'a pas fait en raison d'un certain nombre de blocages épistémologiques qui tiennent notamment à la manière dont on conçoit le droit. Dès lors, en effet, qu'on le conçoit comme ne pouvant exister que dans un contexte national, on a des difficultés à conceptualiser comment il pourrait en être autrement. Cela nous amène à avoir des discussions perdues et inutiles à propos des soi-disant conventions internationales qui pourraient régler un certain nombre de questions. Tout ce qu'on est arrivé à montrer, c'est que la défense de la souveraineté nationale, du droit national passe à la limite par la mise en place de ces lieux qui finalement sont des lieux a-nationaux par nature. Selon moi, le Forum des droits sur l'Internet n'est pas plus français qu'européen. Ces lieux a-nationaux doivent proposer une normativité, ils ne doivent pas l'imposer. Une de leurs vocations doit être de régir efficacement les échanges d'informations et de données.*

Quand on aborde la normativité de l'Internet, on doit se rendre compte qu'il n'y pas, comme le slogan l'énonce, 'One planet, one net', mais qu'il y a plusieurs internets, celui des néo-nazis comme celui du commerce, et que ce sont des univers qui, malgré leur interconnexion, n'obéissent pas à la même culture. Par conséquent, il faut être assez modeste et ne pas rechercher un modèle d'élaboration des normes qui permettrait de produire de façon quasi-instantanée des règles qui auraient une vocation à s'appliquer pour l'universel, mais beaucoup plus trouver des solutions concrètes en termes de stratégies, de synergies normatives qui soient de nature à assurer dans le concret, dans les différents sous-lieux qui constituent l'Internet, le respect des valeurs mais toujours en ayant beaucoup de modestie à la clé car on ne peut pas régir complètement l'Internet.

³⁰⁰ B. FRYDMAN, "Quel droit pour l'Internet ?", *Internet sous le regard du droit*, Ed. Jeune Barreau Bruxelles, 1997, p. 285.

Même les conventions sur la cyber-criminalité ne règlent pas ce problème de distinction de valeurs, elle ne font que s'assurer que les Etats pourront s'entraider pour appliquer leur droit interne ; on est encore très loin d'une normativité qui viendrait proposer des valeurs.

Les juristes doivent mieux comprendre les stratégies d'action dans un environnement normatif où il ne s'agit pas de décréter mais où il s'agit de proposer des normes aux acteurs qui ont la désagréable faculté de pouvoir les refuser.

Il est manifestement inopportun et inenvisageable de déterminer ce qui est obscène ou pornographique sur le plan de l'Internet. Si c'est impossible, il faut donc procéder autrement. L'objectif de toute régulation ne doit pas être d'éradiquer le mal et cela, pour certains, peut paraître frustrant. Mais ce qu'il faut comprendre, c'est qu'une régulation portant sur de tels contenus détestables qui se proposerait comme un moyen d'éradiquer le mal ne peut être que vouée à l'échec car sur l'Internet, cela n'est pas faisable.

On dit également que l'Internet n'a pas de centre. A partir de là, il faut en tirer les conséquences. S'il n'a pas de centre, cela signifie que la normativité peut émerger de toutes parts, en poches de normativité de durée variable, à efficacité variable et c'est vraiment difficile de les appréhender avec un modèle qui postule que les normes doivent être équivalentes, égales. Ce paradigme de la normativité juridique est mis à mal dans le cyberspace. La normativité y émerge de toutes parts ; des usages qui sont souvent évanescents, des pratiques contractuelles qui deviennent des pratiques défensives..."

Intervenant 2 : "Je ne partage pas entièrement la conception selon laquelle l'Internet n'aurait pas de centre. Il ne faut pas négliger qu'il y a des éléments de centralité sur l'Internet, notamment il y a les normes techniques. D'un autre côté, il y a une centralité, en tout cas une hiérarchie, qui n'est pas simplement technique. Il y a des normes juridiques qui s'appliquent tout simplement parce que le réseau a une histoire. Aujourd'hui le système des noms de domaines est la propriété du gouvernement américain géré par une organisation internationale et des associations de droit américain ; le juge de l'Internet en dernier ressort est pour une large part le juge californien, voire, on ne sait pas très bien, un juge fédéral.

Il y a un aspect idéologique fort, un consensus des différents acteurs autour du fait que ça ne vaut pas la peine de réguler. D'un côté, il y a le libertarisme qui côtoie la technique, de l'autre le libéralisme des acteurs commerciaux. Il semble qu'il y ait une rencontre de ces deux idéologies qui, par ailleurs, ne partagent pas les mêmes valeurs, mais qui toutes deux

s'opposent à toute forme d'intervention de l'Etat et de bureaucratie internationale”.

Intervenant 3 : *“Pour la centralité, c'est juste mais cela semble un peu dépassé. Très récemment, cette centralité est mise en jeu et il y a une crispation des acteurs traditionnels (AIB, IETF, ISOC) pour maintenir cette centralité autour des notions de stabilité, d'unicité. Elle est très largement mise en jeu notamment par les opérateurs des télécommunications (convergence des n° téléphone-noms de domaine). Cette centralité bouge, et il y a des opportunités pour d'autres acteurs comme l'Asie (noms de domaine géographiques)”.*

Intervenant 4 : *“Le phénomène qu'on voit c'est qu'il existe une certaine hiérarchisation et qu'à l'intérieur de celle-ci, il y a des leaders. L'IETF, l'IAB, l'ISOC ont joué un rôle de leader en mettant en place une forme de gouvernance particulière, un peu obscure. Cependant, on assiste à une difficulté d'étendre ce modèle, qui est très performant et qui a fonctionné, à un ensemble plus vaste, à une hiérarchisation qui dépasse simplement les techniciens de l'IETF. Il y a une sorte de mur qui empêche de dépasser cette origine un peu consensuelle, communautaire pour élargir les bases. L'ICANN est en train de réfléchir à la possibilité d'avoir une représentativité mondiale ; on a l'impression, au vu des études en cours et de certains résultats, que cela va aboutir à un échec. Cela semble très difficile à mettre en œuvre”.*

Intervenant 5 : *“En définitive, il semble que c'est le droit de la concurrence qui régit l'Internet. Il faut également tenir compte de l'effet de la réputation, de l'image de marque qui peut être marquée par des communautés, par des groupes de pression. C'est une autre façon de dire que le 'débat politique' peut se réaliser directement entre les citoyens (groupes) et qu'il peut faire émerger des normes et les rendre exécutoires parce qu'elles vont agir sur la réputation des acteurs. Dans ce contexte, il existe une forte concurrence entre les différents acteurs qui agissent dans les réseaux numériques pour que ces effets de réputations soient effectifs et que les acteurs y soient sensibles. Et là réapparaît un problème de contrôle car dans l'économie numérique, on a une économie qui, contrairement à ce qu'on croit souvent, permet à des pouvoirs de monopole d'émerger. On est dans une économie de coût fixe, donc les monopoles sont stables. On est dans une économie de normes et celui qui contrôle les normes qu'elles soient techniques ou de services peut imposer une hégémonie de facto sur certains domaines de la technique, voire des pans entiers du marché (Microsoft). Et dans ce contexte-là ce qui devient déterminant, c'est l'anti-trust. Le seul droit qui existe sur l'Internet serait peut-être bien l'anti-trust et il n'existe pas assez. Le droit anti-trust américain est applicable sur l'Internet mais la question est de savoir s'il va être effectivement mis en œuvre et si les monopoles qui se constituent vont être démantelés”.*

La co-existence de multiples systèmes réglementaires dans le cyberspace et l'incertitude réglementaire qu'ils induisent posent le problème des limites de chacun de ces systèmes. Au vu de ces débats, certains doutent qu'à l'heure actuelle l'autorégulation puisse, comme le prétendent assez généralement ses partisans, s'adapter au caractère global et décentralisé du réseau, et surmonter ainsi la territorialité des systèmes légaux. On peut, en effet, constater que la plupart du temps, les actes d'autorégulation n'entendent régenter que les acteurs localisés sur un territoire. Cette difficulté de donner une dimension mondiale aux initiatives d'autorégulation les rend très problématiques. Il semble à cet égard que l'autorégulation se heurte au même écueil que la réglementation étatique. Il s'agit alors de trouver des lieux de convergence des initiatives, de créer une "communauté de pensée", préalable à toute forme de régulation internationale. Sans cela, il existe, pour certains, un réel danger d'aboutir à une balkanisation du cyberspace, et une telle balkanisation de l'autorégulation ne serait certainement pas préférable à celle de la régulation étatique tant redoutée par certains.

Intervenant 1 : *"Il semble dès lors qu'à propos de l'autorégulation, la question de l'horizon d'universalité soit actuellement problématique. Pour certains, les seuls lieux potentiels qui permettraient d'aller vers cet horizon, ce sont les instances internationales. Mais de quelles instances doit-il s'agir ? Il est nécessaire de se pencher sur cette question car on sait trop bien que derrière certaines d'entre elles se cachent des intérêts trop particuliers"*.

Intervenant 2 : *"Je suis d'avis que la perspective universelle doit être prise en charge par des régimes internationaux, c'est-à-dire des régimes internationaux dont le but est de créer une forme de contentieux avec une légitimité liée à des institutions existant déjà par ailleurs. (ex : régime international de la biodiversité). C'est dans ces milieux-là actuellement qu'on a la capacité d'apprentissage la plus forte"*.

Intervenant 3 : *"Par rapport au caractère international du cyberspace, il est certain qu'il est difficile de trouver des instances et des solutions. Il est cependant intéressant de remarquer qu'il existe un certain nombre de domaines où des solutions internationales sont trouvées et où on ne parle pas du tout d'autorégulation (la convention du Conseil de l'Europe en matière de cybercriminalité a reçu un fort appui de la part des Etats-Unis). Lorsqu'il s'agit de lutter contre la criminalité et par-là de protéger notamment les investissements, on peut voir qu'on admet très facilement un accord même international. Il en va de même en matière de protection de la propriété intellectuelle. Il est intéressant de voir où sont les lieux d'autorégulation, c'est-à-dire les absences de consensus internationaux. Ces lieux d'autorégulation curieusement se trouvent en matière de libertés. L'autorégulation, c'est d'abord en matière de liberté"*

d'expression. De même, il n'est surtout pas question de régulation en matière de vie privée. L'autorégulation, dans un certain sens, c'est une absence de régulation voulue et calculée dans un certain nombre de domaines où, semble-t-il, certaines puissances 'politiques' ne souhaitent pas qu'il y ait une régulation".

Intervenant 4 : *"Il convient d'insister sur la notion de 'mésoculture' à laquelle il a été fait allusion précédemment³⁰¹ car l'Internet est en effet un révélateur et un vecteur de multiplication de communautés et, en même temps, une imbrication des différents problèmes. Il faudrait donc instituer un lieu de débat, à tout le moins au niveau d'une souveraineté nationale de type traditionnel, qui permettrait d'exprimer un consensus sur l'Internet. On se trouve devant le problème de la dimension internationale. Il peut y avoir des confrontations de souverainetés nationales. Les souverainetés nationales n'ont pas de prise sur ce qui demain permettra à ces souverainetés nationales de pouvoir continuer à se faire valoir".*

B. Vers un nouveau paradigme du droit : la corégulation ?

Les caractéristiques du nouvel espace économique, social et culturel qu'est le cyberspace échappent aux analyses de ceux qui vivent et raisonnent selon l'ancien modèle. Cet état de fait requiert que l'on développe une approche particulière de la complexité. Nous nous trouvons actuellement dans un écosystème informationnel, au sein duquel les Etats, les grandes institutions et les entreprises tantôt coopèrent, tantôt se concurrencent ou pour reprendre une expression, utilisée notamment par de J. de Rosnay, entrent en "coopétition" (coopération – compétition). En effet, "la société naissante s'organise en réseaux plutôt qu'en pyramides de pouvoirs, en cellules interdépendantes plutôt qu'en engrenages hiérarchiques, au sein d'un 'écosystème informationnel' plutôt que par filières linéaires"³⁰².

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. Etant réellement partie de l'être social, il semblerait naturel que lui aussi soit sujet à la loi de la vie, à la transformation³⁰³. Si la nature connaît des mutations brusques, auxquelles les naturalistes accordent

³⁰¹ Voy. dans le présent ouvrage, la contribution de M. MAESSCHALCK et T. DEDEURWAERDERE, "Autorégulation, éthique procédurale et gouvernance de la société de l'information".

³⁰² J. DE ROSNAY, "La révolution informationnelle", in *Le Monde Diplomatique : Internet. L'extase et l'effroi*, Manière de voir Hors-série, octobre 1996, p. 32.

³⁰³ J. CARBONNIER, *Flexible droit*, Paris, L.G.D.J., 1969, pp. 6-12.

un rôle considérable dans l'évolution, n'est-il pas dès lors concevable que le droit voie également son évolution perturbée par des mutations profondes ?

C'est dans cette optique que les juristes, confrontés à ce phénomène tout à fait original qu'est l'Internet, en dépit des représentations les plus communes qui amènent à conclure trop facilement à un immobilisme irrémédiable du droit, se prennent à envisager un "nouveau paradigme" du droit, un droit "post-moderne" en cours d'élaboration³⁰⁴.

Ces diverses réflexions mettent en évidence la nécessité de repenser le rôle de l'Etat et du droit.

Repenser l'Etat et le droit ne peut cependant s'envisager sans tenir compte de la réalité du phénomène de l'autorégulation. En effet, nous pensons, et les caractéristiques du cyberspace nous y obligent plus que jamais, que l'Etat (et le droit) ne peut plus ignorer un tel phénomène s'il veut réfléchir les bases de sa mutation. Celle-ci cependant ne devrait s'interpréter en aucune manière dans le sens d'un quelconque retrait ou démission de l'Etat. De tout temps, l'Etat n'a pas toujours tout régulé, il y a toujours eu des régulations en dehors du droit étatique.

Il n'est dès lors pas inconcevable que l'Etat reconnaisse et stimule une régulation non juridique, qui a recours à des moyens et des sanctions propres, tout en encadrant avec un certain nombre de grands principes cette régulation. Encore faut-il s'entendre sur la forme que cette reconnaissance ou cette stimulation est susceptible de revêtir. La tendance actuelle est de dépasser les velléités libérales, voire libertariennes des débuts de la "cybermania" pour consacrer une conception plus saine et plus réaliste du cyberspace. Cette tendance part notamment du constat qu'il serait irréaliste d'abandonner aux seuls acteurs de l'autorégulation la fixation des règles du jeu, bien que les différents actes d'autorégulation qui prolifèrent sur le réseau nous fournissent plusieurs pistes pour aboutir à un modèle de régulation.

Chasser donc l'Etat du cyberspace, il revient au galop, diront certains. Mais ce retour "galopant" de l'Etat dans les vastes plaines du cyberspace doit-il se faire avec vacarme ou légèreté ? La réponse est certes complexe, mais à l'heure actuelle, à mi-chemin entre la logique d'autorégulation pure et la logique de réglementation étatique, il est fréquent de privilégier une voie intermédiaire. Cette "voie du milieu", d'aucuns l'ont baptisée corégulation.

Mais que recouvre ce concept de corégulation ? Il apparaît qu'une grande confusion, et par-là une grande polémique, existe sur le sens de ce mot, dont nous avons constaté que chacun pouvait y voir une réalité

³⁰⁴ B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 279-280.

différente. Pour les uns, le terme de corégulation³⁰⁵ n'indique pas une nouvelle manière de réguler ; il évoque simplement la description de ce paysage complexe qu'est l'Internet où coexistent des interventions de normativité publique et des interventions de normativité privée. On comprend alors la réticence de certains observateurs à l'égard d'un tel concept, qui semble ici ne désigner que l'existence colatérale d'une régulation étatique et d'une régulation par le marché sans autre forme de hiérarchisation ou de coordination. La corégulation ainsi comprise tendrait ainsi à minimiser la place et le rôle dont l'Etat pourrait s'investir dès lors qu'il est confronté à des formes de régulation qui montent en puissance.

Pour les autres, le concept de corégulation évoque plus que cela. Il représente l'idée d'un *effective mix*, qui dépasse la simple coexistence de divers modes de régulation. La corégulation semble ainsi être la voie par laquelle l'autorégulation peut trouver sa valeur dans le cadre d'une collaboration, d'une coordination avec de la régulation étatique. Il s'agit de trouver les meilleures synergies possibles au regard des objectifs de l'autorégulation et de la régulation étatique. A cet égard, il faut souligner l'exemple des *privacy policies* aux Etats-Unis. Ce qui chez nous est de l'ordre du pur vœu ou de la simple recommandation d'un comportement prend chez eux une autre importance parce que le cadre juridique est différent. Une autre valeur est ainsi reconnue à l'autorégulation. Un autre exemple est aussi celui des systèmes de métalabels, c'est-à-dire, la définition par l'autorité publique de conditions essentielles de qualité d'un label ; le marché privé s'il le souhaite peut obtenir ainsi une sorte d'agrément.

Une telle discordance à propos du concept de corégulation n'est bien évidemment pas seulement d'ordre terminologique, elle tient aussi et surtout à la nature même de la (co)régulation à laquelle il est procédé.

Dans un premier temps, il nous faut affirmer – et cela en devient presque un truisme – que la régulation du cyberspace doit nécessairement

³⁰⁵ Voy. C. PAUL, "Du droit et des libertés sur l'internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale", Rapport remis au Premier ministre, le 29 juin 2000, en ligne à l'adresse <http://www.internet.gouv.fr/francais/textesref/pagsi2/lisi/rapportcpaul/rapcpaul2a.htm> ; W. HOFFMAN-RIEM, "Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven", in W. HOFFMAN-RIEM und E. SCHMIDT-AUSSMANN (eds), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pp. 301-3 ; K. W. GREWLICH, "Good governance in the age of cyberspace", *Info*, vol. 1, n° 3, June 1999, pp. 269-270.

s'appréhender sous l'angle de la pluralité³⁰⁶. Nous avons pu en effet constater lors de nos discussions que, dans le cyberspace, l'on se trouve en face d'un certain nombre de moyens de réguler ; il y a les moyens techniques qui régulent, les moyens légaux, les moyens autorégulateurs. Dans une perspective de régulation globale des réseaux, tous les mécanismes possibles peuvent être mobilisés.

Devant un tel constat, et dans un deuxième temps, il faut dès lors penser en des termes résolument prospectifs la place et le rôle de l'Etat. Il nous semble à cet égard que ce dernier devrait s'investir d'un rôle de "mobilisateur" des forces régulatrices en présence. Le terme est choisi à dessein³⁰⁷ ; le mobilisateur est, au sens premier, celui qui est *chargé* de mobiliser et, au sens second, celui qui *motive*, ces deux aspects étant soumis à un processus de rassemblement et de mise en action. A cet égard, on ne pourrait envisager une corégulation sans conférer à l'Etat un rôle décisif. Naturellement, il ne s'agit pas pour lui de tout réglementer – nous avons eu l'occasion de souligner les obstacles auxquels se heurterait une telle entreprise – mais de fixer les principes et valeurs qu'il entend voir respecter, de formuler des objectifs et de prescrire des critères, tout en laissant "de plus en plus la place à d'autres ensemble de normes afin d'assurer son actualisation. La loi prend ainsi l'allure d'un volet d'un processus de corégulation au sein duquel les autres sources de normativité joueront un rôle plus ou moins intense"³⁰⁸.

Dans cette perspective, l'autorégulation – force régulatrice parmi d'autres – peut donc contribuer à la mise en place de normes dans la société de l'information, mais, sans lien avec un cadre juridique, elle ne constitue pas, à elle seule, un instrument approprié et suffisant pour garantir la mise en place d'une stratégie globale de régulation. L'autorégulation ne peut être admise qu'à la condition d'entrer dans une logique où l'intérêt général n'est pas défini par des accords privés, mais par des instances conciliant à la fois les intérêts du développement d'un secteur (économique) et la préservation nécessaire de principes reconnus, notamment du respect de la personne humaine et de ses droits. Cette dimension mixte de l'encadrement des nouveaux services serait de nature, d'une part, à prévenir les désavantages de l'autorégulation, d'autre part, à permettre à l'Etat et au droit de "surfer" avec souplesse sur la vague technologique.

³⁰⁶ Voy. le concept de multirégulation tel qu'avancé par M. VIVANT, in *Internet et les nouveaux services : Actes du Sommet mondial des régulateurs, 30 novembre - 1^{er} décembre 1999*, Paris - Conseil Supérieur de l'Audiovisuel - Unesco.

³⁰⁷ *Le Petit Robert*, Dictionnaire de la langue française, 1993, v^o mobilisateur.

³⁰⁸ P. TRUDEL, "Quel droit et quelle régulation pour le cyberspace ?", *op. cit.*, p. 205, s'inspirant de G. GRAINGER, *La co-réglementation de la radio-diffusion et le bien public*, Conférence commémorative Spry 1999, Montréal, Université de Montréal.

Ainsi, la place et le rôle de l'Etat pourraient, sur un plan général et dans le cadre limité de cette synthèse, s'analyser en ces termes et le concept de corégulation – à condition de le comprendre exclusivement dans le sens qui vient d'être évoqué – pourrait paraître, dès lors, adapté pour déterminer le point d'équilibre entre efficacité économique et protection démocratique pour le monde de l'Internet. Si le paysage "normatif" semble ainsi posé, la corégulation reste cependant à mettre en œuvre.

Une telle mise en œuvre impose à l'Etat d'instiguer plusieurs initiatives particulières.

Au nombre de celles-ci, l'Etat pourrait notamment encourager la création de "plate-formes" rassemblant tous les acteurs intéressés, en ce compris les utilisateurs. On peut à cet égard souligner l'intérêt de la récente création chez nos voisins français du Forum des droits sur l'Internet³⁰⁹. L'objectif de cet organisme est de servir d'instrument de réduction de la complexité et de prospective. Il constitue avant tout, un espace de rencontre et de discussion entre les différentes instances de régulation et les différents acteurs concernés afin de permettre de mesurer les enjeux des nouvelles technologies et de susciter des réponses adéquates, qu'il s'agisse de propositions de législation, de normes techniques ou de procédés de "soft law", tels les codes de conduite, les labels, etc.

Un tel organisme n'entend pas agir dans une logique de réglementation avec des pouvoirs de sanction mais dans une logique de concertation, en participant à l'élaboration de règles et à la formalisation de pratiques. Il est chargé de rendre des avis, de faire des recommandations, notamment concernant les différents instruments d'autorégulation, tels que les codes de conduite et les labels. Il a également vocation à assurer des fonctions d'information et d'alerte des consommateurs.

Cette initiative mériterait, selon certains, d'être entreprise tant au niveau national³¹⁰ qu'européen et, en définitive international. Toutefois, une telle initiative fait réagir et semble soulever plusieurs difficultés. Parmi celles-ci, il existerait une difficulté, de nature ontologique à vouloir associer une réflexion sociétale de type participatif à des enjeux techniques extrêmement pointus. Dans les groupes d'utilisateurs, il risque de se produire, à un certain moment, une rupture dans la discussion parce que les

³⁰⁹ Plus d'informations sur le Forum sont disponibles en ligne, à l'adresse <http://www.foruminternet.org>. Pour une approche plus critique de cette nouvelle institution, voy. les propos de l'association Iris (Imaginons un réseau Internet solidaire), à l'adresse <http://www.iris.sgdg.org/documents/coregulation.html>.

³¹⁰ Voy. également, en Belgique en matière de commerce électronique uniquement, la récente initiative de création d'un Observatoire des droits de l'Internet sous l'égide du Ministère des Affaires économiques, Arrêté royal du 29 novembre 2001 portant création de l'Observatoire des droits de l'Internet.

enjeux techniques deviennent trop complexes, et masquent en outre des stratégies industrielles. Il est en effet dangereux de se retrouver face à une innovation technique formidable à l'égard de laquelle la réflexion sociale va être tardive et pénible. On risque alors de générer des sujets orphelins.

L'Etat devrait également intervenir en tant qu'observateur des usages et des coutumes – dont l'autorégulation est une des manifestations³¹¹ – qui sont destinés à jouer un rôle fondamental dans le développement d'une régulation du cyberspace³¹². S'agissant des usages dans le commerce électronique, une appellation tend, de plus en plus à se répandre, celle de *lex electronica* qui doit être comprise comme un ensemble de règles informelles applicables dans ce domaine³¹³. Certains observateurs vont jusqu'à prédire que le régime juridique qui gouvernera le cyberspace sera en grande partie similaire à la *lex mercatoria*, ordre juridique des échanges transnationaux.

Il s'agit pour ces derniers de prendre acte de l'émergence d'un "droit sans Etat", d'une régulation privée située en dehors de la hiérarchie des normes juridiques.

Par rapport à ce phénomène l'Etat doit se positionner, et les stratégies d'observation, de soutien et d'agrégation des pratiques autoréglementaires par l'Etat deviennent dès lors des aspects majeurs de toute politique bien comprise de développement de la société de l'information. Il nous semble que l'Etat doit encourager de telles pratiques pour autant que celles-ci demeurent conformes aux objectifs visés dans les politiques publiques. Si l'on peut dès lors rêver d'une *lex electronica*, encore faut-il que celle-ci ne se résume pas seulement à une loi "des marchands" mais qu'elle soit une loi "des acteurs". "C'est-à-dire aussi un droit qui ne saurait être abandonné à l'arbitraire. La coutume, au demeurant, ne naît pas seulement de la répétition, mais aussi du sentiment qu'elle *est* du droit, qu'elle est donc conforme à ce qui peut être tenu pour du droit (aussi vague que cela puisse être). Et miser sur la liberté des acteurs, cela se peut *sans abdication de la*

³¹¹ Voy. l'article 16, § 1^{er}, d), de la "Directive sur le commerce électronique" qui prévoit que les Etats membres doivent encourager la communication "*par les associations ou organisations d'entreprises, professionnelles ou de consommateurs, de leurs évaluations de l'application de leurs codes de conduite et de leur impact sur les pratiques et les us et coutumes relatifs au commerce électronique*".

³¹² S. PARISIEN, *Un essai sur les modes de formation des normes dans le commerce électronique*, pp. 8-9, disponible en ligne à l'adresse <http://www.lex-electronica.org/articles/v2-1/parisien.html>.

³¹³ Voy. l'étude détaillée de V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHLEF, *Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de lex electronica*, disponible en ligne à l'adresse http://www.droit.umontreal.ca/cours/Ecommerce/_textes/Stellari.doc.

souveraineté des Etats ou des entités inter ou supranationales qui en procèdent³¹⁴.

Dans la même optique, il nous semble nécessaire de mettre en évidence les rapports, déjà bien ancrés dans la pratique juridique, que le droit étatique entretient avec l'autorégulation. Celle-ci, hors du cyberspace, s'est vue octroyer de manière détournée une force contraignante, déduite de sa réception par l'Etat dans l'ordre juridique.

Le contrat, par exemple, est l'instrument juridique par excellence qui contribue à la diffusion de l'autorégulation dans l'ordre juridique.

Certains intervenants ont souligné, à plusieurs reprises, la tendance de l'autorégulation à investir le champ contractuel. Si on ne peut reconnaître à un code de conduite, par exemple, une valeur juridique directe³¹⁵, celui-ci peut néanmoins être rendu conventionnellement obligatoire, par une référence expresse dans les conditions contractuelles, voire par une référence à la qualité de membre d'une organisation dont les règles contenues dans le code peuvent être invoquées par le cocontractant. Tel pourrait être le cas si un membre d'un groupement affichait le label de ce dernier, faisant expressément référence à un code de conduite.

Le principal point d'ancrage est donc l'autonomie de la volonté et la liberté contractuelle (art. 1134 C.civ.). Dans la mesure où le code ne figure jamais comme tel dans le contrat, il constitue un document contractuel annexe. Pour qu'il revête une valeur contractuelle, il importe que le cocontractant sache qu'il fait partie du contrat et puisse en prendre connaissance³¹⁶.

A cet égard, on constate qu'à travers l'évolution des codes globaux vers les codes sectoriels, l'autorégulation devient souvent partie du contrat. Ce phénomène n'est pas aussi bénin qu'il n'y paraît. Certains intervenants se demandent si on ne peut y voir une manière de faire en sorte que l'autorégulation devienne incontestable, ce qui est problématique si la volonté de toutes les parties n'est pas éclairée ou réellement pris en compte.

L'autorégulation peut également recevoir une valeur juridique dérivée au titre de standard, de schéma de référence permettant au juge d'apprécier le comportement des acteurs privés³¹⁷. En effet, beaucoup de ces normes

³¹⁴ M. VIVANT, "Internet et modes de régulation", in E. MONTERO (éd.), *Internet face au droit*, Cahiers du CRID, n° 12, Bruxelles, Story-Scientia, 1997, p. 228, n° 21.

³¹⁵ Hormis le cas où le code de conduite a fait l'objet *a priori* d'une consécration légale ou réglementaire.

³¹⁶ J. GHESTIN, "Normalisation et contrat", in *Le droit des normes professionnelles et techniques*, Bruxelles, Bruylant, 1985, pp. 498-504.

³¹⁷ On notera également que la force obligatoire du code de conduite pourrait trouver sa source dans d'autres sphères : celle de la coutume et celle de la théorie de l'engagement par volonté unilatérale, défini comme "un acte juridique unilatéral par

définissent abstraitement et plus ou moins précisément le comportement d'un agent normalement prudent et avisé. Il s'agit de standards au même titre que la "bonne foi" ou les "soins d'un bon père de famille" qui sont des concepts familiers au juriste³¹⁸.

Ces normes "jouissent de la confiance générale qui à elle seule leur confère une autorité bien plus de fait que de droit. Quoique dépourvues de caractère réglementaire, leur usage de plus en plus généralisé permet d'y voir une ébauche de codification des 'règles de l'art' et le professionnel qui s'y réfère s'assure en principe la protection des tribunaux cependant qu'en cas de dommages à autrui, les normes peuvent contribuer à établir les éléments et les limites de la responsabilité civile..."³¹⁹.

A ce titre, le code de conduite pourrait emprunter à la règle de droit son effectivité. Le juge est en effet susceptible de contribuer à l'effectivité d'un code de conduite édicté ou élaboré par un organisme corporatif, dans la mesure où il y voit un standard professionnel dont la violation est constitutive d'une faute qui doit être juridiquement sanctionnée³²⁰. Il va alors élever une norme non-juridique, sans statut légal bien déterminé au rang d'une "règle de décision". Ce code constitue en effet un instrument précieux pour le juge à qui est donnée ainsi la possibilité d'objectiver sa réflexion en s'appuyant sur des règles de référence préalablement consenties par des acteurs raisonnables. Ce processus de réception par l'ordre juridique ne s'applique donc pas seulement entre parties mais également aux tiers.

La question de la réception des instruments d'autorégulation mérite donc quelques réflexions à propos des rapports de "relevance juridique"³²¹ entretenus par ces formes normatives "infralégales" avec l'ordre juridique étatique. De manière générale, il est intéressant de constater que le phénomène de réception des codes de conduite dans l'ordre juridique s'effectue au moyen de règles de droit positif qui présentent l'originalité de déterminer leur application au moyen de critères très larges, voire

lequel le déclarant s'oblige vis-à-vis d'un tiers, qui devient ainsi créancier sans avoir été invité à donner son consentement à l'acte" (Pour une analyse de cette théorie, voy. P. VAN OMMESLAGHE, "L'engagement par volonté unilatérale en droit belge", *J.T.*, 1982, p. 142.).

³¹⁸ M. VIVANT, "Internet, support publicitaire : régulation et déontologie", *Gazette du Palais – La Publicité*, 1997, n° spécial, p. 1505.

³¹⁹ Nous raisonnons par analogie avec ce que M.-A. FLAMME développe à propos des normes techniques in "Normes techniques. Force obligatoire", *Entreprise et droit*, 1981, n° 4.

³²⁰ F. OSMAN, "Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit", *Revue trimestrielle de droit civil.*, 1995, p. 525.

³²¹ S. ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106.

vagues³²². L'article 1382 du Code civil constitue l'exemple même de normes dont le contenu n'est pas clairement établi. Sans s'arroger le statut de sources autonomes du droit, les normes professionnelles de bonne conduite peuvent alors conférer un contenu à une règle de droit. Ne s'agit-il pas là déjà d'une forme de corégulation ?

6. AUTOREGULATION ET ETHIQUE

Dans la "liste des questions prévues pour les débats du séminaire", ce chapitre renvoie à un cinquième bloc de questions :

- Quels rapports la pratique issue de cette voie autonome qu'est l'autorégulation va-t-elle entretenir avec l'éthique, la déontologie et le droit ? Quelles formes sont susceptibles de prendre ces rapports ?
- Quelles sont les conséquences, en termes de justice sociale par exemple, du développement d'une telle approche de la gouvernance et de la régulation de la société de l'information et de la communication ?
- Comment pouvons-nous articuler gouvernance de la société de l'information, éthique, déontologie, autoréglementation, loi et rôle de l'Etat ?

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 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"³²³.

Le cyberspace, pour certains, 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 internautes peuvent débattre directement et sans entraves des valeurs et des règles éthiques. Si notre objet n'est pas ici de poser les jalons d'une nouvelle forme de projet démocratique "postétatique", on peut toutefois constater que les internautes n'ont pas tardé, dans le cadre ce que l'on appelle l'autorégulation, à tirer parti des "potentialités démocratiques" du réseau.

Pour certains, l'intérêt de l'autorégulation serait notamment de mettre en situation de responsabilité un plus grand nombre de personnes. Ainsi la protection de valeurs et d'intérêts communs pourrait, avec l'autorégulation, sortir des chambres particulières instituées par les lois...

³²² E. WYMEERSCH, *op. cit.*, pp. 97-98.

³²³ B. FRYDMAN, *op. cit.*, pp. 298-301.

Il convient cependant de souligner l'ambiguïté d'un tel discours et d'en relativiser la portée, tant à l'heure actuelle il semble relever du mythe ; mythe que contribue à alimenter la rationalité selon laquelle l'utilisateur serait responsable et maître de ses actes (*user empowerment*). Il est intéressant de constater que, c'est souvent au nom de cette rationalité que des modèles d'autorégulation sont proposés par certains acteurs bien intéressés. Cette prétendue responsabilité/souveraineté de l'internaute se présente souvent comme une justification supplémentaire de l'autorégulation (v. *supra*, chapitre II). Il convient à cet égard de faire la distinction entre logique marchande et éthique de la communication. "Cette dernière distinction se révèle utile, en particulier pour faire le tri entre différentes formes 'd'autocontrôle' ou 'd'autorégulation' pratiquées sur le réseau. On se gardera à cet égard de confondre les initiatives qui mobilisent véritablement les utilisateurs et qui recourent au principe démocratique avec les tentatives de certains industriels d'imposer leur propre réglementation à tous les usagers"³²⁴. On comprendra dès lors que l'utopie d'une *cyberdemocracy* (et de la souveraineté de l'internaute qui est son corollaire) conforte en réalité les véritables objectifs de grandes compagnies sur les réseaux qui souhaitent autant que possible s'affranchir de toute entrave étatique et procède d'une morale de l'intérêt trop bien compris !

On peut montrer quelque scepticisme à l'endroit de systèmes (marchands) d'autorégulation dont le principal maître-mot – et qui tend presque à revêtir des allures de slogan – est la "responsabilité" de l'internaute. Ces partisans-là de l'autorégulation veulent nous faire croire que l'internaute serait devenu un citoyen éclairé, donc maître de ses choix, capable de se retrouver dans le dédale de cette nouvelle sphère économique et communicationnelle. Celui-ci serait assez responsable/souverain pour faire, selon une expression qui leur est chère, "jouer la concurrence" entre les normes (éthiques), c'est-à-dire d'aller vers des lieux régulés selon leurs attentes et leurs valeurs ou aller prendre des risques dans des sites à la régulation plus contingente³²⁵. C'est la règle de la concurrence entre acteurs qui semble s'imposer comme l' "impératif catégorique" des marchés. A l'égard d'un tel individu, nul besoin alors d'un Etat qui réglemente. En effet, le *citizen* – inquiet des carences et du déficit de légitimité dont peuvent souffrir les nouvelles cyber-activités et conscient des "virtualités d'émancipation de la personne" qu'offrent les nouvelles technologies – serait devenu un *netizen*, le cyber-citoyen libre, responsable et souverain, d'une "chose publique" (*res publica*) électronique et globale...

³²⁴ *Ibidem*, p. 315.

³²⁵ P. TRUDEL, "Quel droit et quelle régulation pour le cyberspace ?", *op. cit.*, p. 204.

Ce meilleur des mondes auquel ces chantres de l'autorégulation veulent nous faire croire est pourtant loin d'être advenu et la question de la souveraineté de l'internaute reste entière. Cette dernière s'inscrit résolument dans une perspective éthique, et cela à deux niveaux. D'abord, il importe de mesurer l'étendue de cette prétendue souveraineté, et le cas échéant de penser les bases pour la faire advenir. Ensuite, il s'agit de s'interroger sur l'opportunité d'une régulation qui ne reposerait que sur cette unique souveraineté ; une telle interrogation renvoie ici à l'éternel problème de la place à reconnaître à la volonté individuelle dans une société, pour autant cependant que la mise en œuvre d'une telle volonté ne soit pas faussée.

Or, le citoyen, nous semble-t-il, ne s'est jamais vu autant dépossédé de sa souveraineté que depuis qu'il est confronté à ce labyrinthe complexe et évolutif qu'est le cyberspace. Même s'il faut reconnaître que, potentiellement, le citoyen se voit conférer un rôle plus "actif" face à l'information diffusée, il ne faut pas perdre de vue que l'internaute n'existe qu'à travers le réseau. Et dans ce réseau, l'internaute fait à notre sens plus figure d'une marionnette, articulée par les fils de mécanismes (techniques) et de stratégies (économiques) qu'il ne contrôle pas et dont il ne soupçonne pas l'existence. Laisser croire à l'action bienveillante d'une quelconque main invisible sur le social et tenir le discours démagogique d'une souveraineté avérée de l'internaute ne suffit pas à masquer les intentions et les objectifs corporatistes des nouveaux "marchands du Temple global".

On constate à cet égard que l'éthique professionnelle s'impose progressivement comme une éthique générale, et cela tant au niveau des auteurs de l'autorégulation que de ses contenus. L'Internet semble, pour reprendre l'image très évocatrice de Y. Pouillet et R. Queck, quitter le monde de la "foire aux idées" qui caractérisait ses débuts et qui obéissait à une logique et une éthique propres pour entrer dans celui de la "foire commerciale"³²⁶. Une telle application de la logique marchande aux échanges sur l'Internet ne nous semble pas pertinente dès lors que des valeurs comme l'accès de tous, le respect de la diversité culturelle ou encore la justice sociale ne sont pas prises en considération. Or, si, à n'en pas douter, l'autorégulation peut être un instrument précieux dans la mise en œuvre d'un dispositif normatif qui encadrera les droits et libertés dans le cyberspace, elle ne peut pas faire l'économie plus longtemps d'une réflexion sur les conditions qui doivent présider à son développement.

L'autorégulation – comprise comme un ensemble "de normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une

³²⁶ Y. POULLET et 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, p. 241.

activité” (v. *supra*) – doit résolument, sous peine de se vider de toute substance, s’inscrire dans une dynamique participative. Il apparaît en effet que jusqu’à maintenant et dans la plupart des cas, l’exigence d’un débat argumenté réunissant tous ceux qui prennent part à une activité ou sont concernés par elle n’est pas souvent rencontrée. L’élaboration des codes de conduite et autres instruments d’autorégulation est souvent laissée au soin de telle ou telle association ou profession. Si pour beaucoup, le cyberspace offre des conditions renforcées de pluralisme et de liberté d’expression, les différentes initiatives en matière d’autorégulation émanent rarement de forums où la contradiction est portée librement. Les lieux d’énonciation des normes d’autorégulation s’apparentent à des espaces ouverts, mais dans lesquels la participation suppose l’adhésion à des règles que s’est préalablement et unilatéralement données le groupe fondateur³²⁷. Ce manque de légitimité politique et de représentation démocratique est de nature à priver les prétentions normatives des acteurs de l’autorégulation de toute crédibilité et à leur dénier toute dimension axiologique. Face à un tel constat, “là où la règle était définie sans concertation par ceux qui savent pour ceux qui ne savent pas, elle doit être aujourd’hui le produit d’arbitrages complexes, collectifs, transparents, multiples, où chacun joue son rôle sans que l’Etat abandonne pour autant ses prérogatives”³²⁸.

Se fait donc ressentir la nécessité de mettre en place des structures et des procédures susceptibles de faire émerger un véritable débat voire un consensus autour d’un cadre normatif et de principes éthiques sous-jacents³²⁹. Une telle entreprise n’est possible qu’en érigeant en principe le respect d’une éthique de la discussion, notamment telle que Habermas la définit³³⁰. De manière générale, il s’agit de comprendre la rationalité en termes strictement communicationnels. Ainsi, à défaut de pouvoir encore,

³²⁷ Voy. à ce sujet J. REIDENBERG, *op. cit.*, p. 10 : “Les enjeux existant entre les règles juridiques et les règles de la *Lex Informatica* mettent en relief un vieux problème de déficit démocratique. Le cyberspace tel qu’on le connaît aujourd’hui est anti-démocratique. Le processus de normalisation des standards techniques n’est guère ouvert aux citoyens. Les normes importantes comme le PICS et le P3P sont élaborées au sein de groupes privés tels que W3C. Les décisions de ces groupes imposent les règles de participation des citoyens au sein de la société de l’information sans qu’ils soient représentés”.

³²⁸ M. SAPIN, *Le réseau et le grain*, p. 2, disponible en ligne à l’adresse http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/di2000_22.htm.

³²⁹ Voy. à cet égard P. COPPENS et J. LENOBLE (sous la dir. de), *Démocratie et procéduralisation du droit*, Travaux des XVI^{èmes} journées d’études juridiques Jean Dabin organisée par le Centre de philosophie du droit, Bruxelles, Bruylant, 2000.

³³⁰ J. HABERMAS, *De l’éthique de la discussion*, Paris, Cerf, 1992. Voy. aussi M. MAESSCHALCK, *Pour une éthique des convictions. Religion et rationalisation du monde vécu*, Coll. Philosophie, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1994.

dans nos sociétés pluralistes et complexes, définir *a priori* les exigences du bien commun, ce qui doit déterminer la validité d'un énoncé, et *a fortiori* le consensus autour de cet énoncé, est sa conformité à une contrainte normative d'ordre purement procédural : l'exigence d'un échange argumenté. Il s'impose alors de faire participer l'ensemble des intérêts concernés, d'assurer une égalité d'information et de ménager un égal droit de parole ; il s'agit de garantir en outre la publicité des débats et leur caractère contradictoire, tout cela afin de dégager une décision équitable.

Une telle perspective dite procédurale contribue à mettre l'accent sur le rôle essentiel qu'il faut attribuer aux différents acteurs dans le processus de régulation de l'Internet en même temps que sur le cadre conceptuel à travers lequel cette participation des acteurs collectifs doit aujourd'hui être pensée. En mettant l'accent sur la nécessité de réfléchir les conditions procédurales qui doivent effectivement être mise en œuvre pour qu'une dynamique participative s'instaure, il s'agit de penser un cadre original pour la formation des acteurs, des modalités de leur coopération et des thèmes à mettre en négociation qui s'affranchisse des perspectives éthiquement réductrices qu'impliquent les modèles actuellement dominants de l'autorégulation.

S'agissant des domaines sur lesquels pourrait porter l'autorégulation et des thèmes à mettre en négociation, plusieurs interrogations apparaissent, et cela d'autant plus au vu du paradoxe que crée l'avènement du cyberspace. En effet, paradoxalement, au moment même où les nouvelles technologies remettent en cause les paradigmes traditionnels de la réglementation, le cyberspace nécessite une régulation stable et équitable afin de promouvoir son développement au service des citoyens. Les intérêts politiques requièrent des règles stables afin de protéger les droits fondamentaux des citoyens.

Pour certains, il existe des domaines qui devraient totalement échapper à l'autorégulation, au nom de la démocratie et du bien commun, soit parce qu'ils sont intrinsèquement liés à l'intérêt général et à la défense de ceux qui sont les plus "vulnérables", soit parce que le développement durable risque d'être compromis au nom d'intérêts particuliers³³¹. Une telle position tient-elle compte de ce que l'autorégulation serait susceptible,

³³¹ J. BERLEUR, "Self-Regulation and Democracy in the Cybercommunity : What Limits?", in *Proceedings of the 4th National Computer Ethics Conference*, organized by the Computer Ethics Institute, The Brookings Institution, Washington, D.C., April 27-28, 1995 ; 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.), Stockholm, Stockholm University/Royal Institute of Technology, Report Series 99-007, 1999, pp. 1-19.

même dans ces matières, d'aider et de contribuer à une meilleure effectivité des normes ? La seule chose à véritablement proscrire est, évidemment, que l'autorégulation se substitue purement et simplement aux normes étatiques.

Intervenant 1 : *“Certains préconisent d'établir une triple distinction lorsqu'on analyse les normes d'autorégulation : sur base de leurs auteurs, de leur forme et de leur contenu. Il y aurait en effet un malentendu significatif dans le débat à s'attarder sur la question de la forme de la règle, c'est-à-dire à savoir si elle est de nature morale, déontologique... Généralement, l'accent est mis sur les auteurs de la norme, car ce critère permet de mesurer la légitimité de l'acte d'autorégulation entrepris. Toutefois, il ne faut pas privilégier ce critère au détriment du corps même des règles autorégulatoires, de leur contenu. Une grande hétérogénéité caractérise les actes d'autorégulation en terme de contenu et la détermination des règles est le plus souvent abandonnée à des acteurs privés dont on oublie trop souvent qu'ils doivent prendre en compte des impératifs de profit et d'efficacité économique. Préalablement à l'élaboration de règles, il serait nécessaire de tenter de réaliser un consensus substantiel autour de règles primaires, c'est-à-dire des règles de comportement (les règles secondaires étant des règles d'habilitation”.*

Intervenant 2 : *“A ce stade, il y a un enjeu très concret, un choix qui semble commun aux Etats-Unis et à l'Union européenne qui revient à dire ceci : on est d'accord que le principe fondamental est la liberté d'expression, on est d'accord que la liberté d'expression a ses limites d'ordre public (pornographie...) et d'ordre privé (évolution des droits intellectuels sur le réseau) mais, finalement passé ce contexte général, on est en désaccord, notamment entre Etats-Unis et Europe, sur un certain nombre de standards communs, de règles de droit communes qui pourraient être les définitions, en termes de règles primaires, des limites de la liberté d'expression. Et comme on n'est pas d'accord, ce qu'on a fait en lieu et place, c'est mettre au point un système qui semble être un système de règles secondaires, pratiquement identique aux Etats-Unis et en Europe, et qui est ce système d'exemption conditionnelle des règles de responsabilité des intermédiaires opérant sur le net. Parce qu'à cet égard, on en arrive à une forme de règle secondaire que Hart n'aurait pas jugée telle, mais qui dans le cadre d'un débat sur l'autorégulation, doit être considérée comme une règle secondaire, qui consiste à dire : puisque les opérateurs peuvent autoriser ou empêcher l'accès à certaines informations, confions-leur des responsabilités en ce sens et disons-leur, notamment avec le système du 'notice and take down', que leur responsabilité ne pourra pas être engagée s'ils prennent l'initiative de bloquer l'accès à des informations dès lors qu'une infraction leur aura été notifiée de manière privée.*

On donne des responsabilités importantes aux intermédiaires qui étant des compagnies qui recherchent le profit auront tendance à dire : 'j'ai la possibilité de ne pas avoir de responsabilités, je procède au take down'. Le choix de privilégier des règles secondaires qui amènent des intermédiaires à juger sur base de considération d'efficacité économique du matériel qui doit être retiré ou laissé sur le net, plutôt que de se mettre d'accord sur un minimum de standards communs (du genre un discours raciste est-il oui ou non autorisé sur le net ?), ce choix qu'on est en train de faire sur un plan intercontinental, n'est-il pas extrêmement dangereux ?

Au-delà des facteurs techniques, des facteurs juridiques qui se résument à une inadéquation d'échelle entre le caractère étatique des autorités réglementaires et le caractère global du phénomène, n'y a-t-il pas dès lors une raison idéologique qui a de manière importante fait primer le choix de l'autorégulation ? Il faut se rappeler comment les plans français pour une réglementation de la société de l'information présentés au G7 ont été balayés, notamment par les Etats-Unis, non parce qu'ils estimaient que ce n'était pas faisable, mais parce qu'ils n'en voulaient, pas considérant que le bon mode de régulation était la régulation par le marché, par les opérateurs sur les réseaux. Cette raison idéologique est selon moi importante et il faut se demander si l'Union européenne de même que les Etats-Unis n'ont pas fait le choix aujourd'hui de laisser une large place à une chose que l'on ne peut pas appeler de l'autorégulation (car l'autorégulation c'est quand on se régule soi-même) mais qui est la régulation par les intermédiaires techniques de la diffusion des messages voire du droit d'accès au réseau. Via le système d'exemption de responsabilité conditionnelle adopté dans des termes quasi identiques en Europe et aux Etats-Unis, n'en arrive-t-on pas à créer un mécanisme bien plus subtil que la censure publique qui est un mécanisme de censure privée en faisant peser sur les intermédiaires une responsabilité financière pour le cas où ils prendraient le risque de laisser accès au réseau à des messages présentant un caractère hétérodoxe. Ce système a été utilisé à la fin de l'Ancien régime, notamment dans nos régions lorsque nous étions sous domination hollandaise. La maison d'Orange était très hypocrite puisqu'elle avait dit que la presse était libre, mais elle avait créé un système de cautionnement des imprimeurs. Les écrivains pouvaient en principe écrire tout ce qu'ils voulaient, mais on ne trouvait pas un seul imprimeur pour prendre le risque de venir publier tout ce qui pouvait éventuellement gêner le pouvoir, dans la mesure où les imprimeurs qui étaient les intermédiaires techniques obligés allaient être frappés financièrement et durement dès lors qu'ils laissaient aller ce type d'écrits. Je suis pour ma part tout à fait hostile à ce que les simples intermédiaires techniques aient le droit de couper des sites ou aient le droit de couper des

boîtes aux lettres et ce genre de choses. Ce genre de décision doit être l'apanage de quelqu'un qui fait office de juge".

Intervenant 3 : *"Un des fondements de l'émergence de nouvelles normes devrait être les droits de l'homme. Mais cette notion de droits fondamentaux n'est pas la même dans les différentes cultures"*.

S'agissant de la formation des acteurs et des modalités de leur coopération dans un contexte d'autorégulation, la mise en place à un niveau local de "corps intermédiaires" s'avérerait utile. Ces corps intermédiaires seraient susceptibles d'informer, d'éduquer et d'orienter les utilisateurs dans les environnements numériques. En d'autres mots, il s'agirait de faire advenir une réelle responsabilité/souveraineté dans le chef de l'internaute, point de départ essentiel à toute formulation d'un choix relatif à des valeurs. En outre, ils auraient vocation à servir d'interface, de relais des différentes cultures d'usage émanant d'un niveau local.

Les dialogues entre les différentes manières de considérer le cyberspace devront dans ce sens d'abord s'ancrer sur des entités qui sont déterminées géographiquement. Il ne faut pas perdre de vue qu'avant d'être le *netizen* d'un utopique village global, l'internaute au sein même de la société de l'information reste avant tout un citoyen qui est localisé quelque part où il partage un certain nombre de valeurs essentielles. Ce qu'il y a de particulier, ce n'est non pas qu'il est "déraciné" mais que d'une part, il est confronté à d'autres modes de fonctionnement culturels qu'avant, d'autre part que la communauté politique à laquelle il appartient voit fondre sa représentation spatiale³³².

Intervenant 1 : *"L'association internationale des informaticiens (IFIP) s'est refusée à sortir un code mondial parce qu'elle estimait qu'il y avait des éléments sur lesquels c'est le local qui doit pouvoir marquer son effet culturel et social. La norme n'est pas vécue de la même façon. L'IFIP a alors décidé d'employer une méthode 'habermassienne', procédurale, et de créer des espaces de discussion. Il semble cependant qu'on bute toujours sur l'instauration d'un mécanisme qui permette de passer à l'universalisation. Qu'est-ce qui le permettra ? La bonne volonté des actants locaux, une superstructure, le politique ? Qu'est-ce qui va garantir que l'on passe à ce mécanisme de réflexivité que nous avons évoqué ?"*

Intervenant 2 : *"Les exigences de nos sociétés semblent nous amener directement dans un nouvel empire, parce que l'idée d'empire répond à*

³³² A. TORRÈS, "Une nouvelle vassalisation", in *Le Monde Diplomatique : Internet. L'extase et l'effroi*, Manière de voir Hors-série, octobre 1996, p. 67. "L'espace public vécu, celui de la rue, de la ville ou de la campagne disparaît. Or le territoire est le lieu privilégié de la construction sociale, le lien majeur d'articulation entre le social et l'économique ; c'est la confrontation avec les autres. De fait, il n'existe pas de politique qui ne s'inscrive sur un territoire".

toutes ces exigences : sans frontières, une force qui donne de la confiance, un apaisement des désespoirs que l'on rencontre dans nos sociétés. Le monde décrit est un monde sans forces hégémoniales.

Pour moi, on a parlé de l'apprentissage mais aujourd'hui on observe plutôt un ralentissement du progrès technologique. On peut observer avec les technologies de l'information que, après l'invention, on observe une phase de vingt à trente années pour que ces idées propres à la technologie se mêlent à la société. Et ce qu'on voit maintenant, c'est une tentative de domestication de l'Internet, de contrôle pour ralentir toutes les potentialités de cet outil technologique. La société prend le temps qui lui faut pour être prête à accepter toutes les nouveautés propres à une technologie”.

Intervenant 3 : *“Sur la notion d'apprentissage, il faut voir comment permettre à des acteurs, en même temps qu'ils élaborent une communauté épistémique, de construire leurs capacités de transférabilité de ce qu'ils découvrent. Or, certaines communautés épistémiques sont bloquées parce que précisément elles n'ont pas dans le processus même de leur émergence construit les conditions de leur transférabilité, ce qui est effectivement la notion d'apprentissage.*

En ce qui concerne le ralentissement du progrès technologique, je ne veux pas entrer dans des grands débats de science-politique, mais je constate certainement une stabilisation. Cette phase est fondamentale et le terme de “domestication”, notamment utilisé par Habermas, pose la question de savoir comment ce qui émerge dans une communauté devient effectivement une forme de vie. Pour moi, l'enjeu est de voir comment effectuer la mise en capacité d'exister collectivement”.

Intervenant 4 : *“Selon moi, l'éthique n'est pas que du côté de l'extrapolation. Même comme éthicien, je défends que dans la culture d'usage il y a une manifestation de l'éthique qui est fondamentale et qu'on identifie au moins sur deux plans. Il faut comprendre que l'autorégulation dépasse le simple intérêt immédiat du business, même si cela paraît contradictoire que cherchant le profit on puisse alors avoir des exigences liées à l'extrapolation. Mais de toute façon la simple recherche d'un équilibre à l'intérieur du rapport entre bénéficiaire et opérateur sur le marché amène à prendre en compte d'autres exigences que simplement celle de la rentabilité.*

D'autre part, ces structures coopératives mises en place du côté des communautés locales créent de nouveaux biens publics. Il y a des choses qui n'existeraient pas aujourd'hui dans les sociétés de la connaissance si toutes ces choses-là ne s'étaient pas déjà mises en place. Donc, il y a une émergence par rapport à laquelle l'extrapolation va par exemple poser des questions d'accessibilité et d'exclusion ou classiquement de redistribution.

Il y a donc des bénéfiques créés au niveau local à la fois par la capacité de non-clôture de l'autorégulation locale et en même temps par le fait qu'elle engendre des nouveaux biens. Il y a une deuxième dimension éthique, celle de la culture politique de l'extrapolation, de la question d'universalité et qui se traduit bien, par exemple, dans l'opposition 'accessibilité versus exclusion' et qui peut permettre de reposer un certain nombre d'enjeux aujourd'hui (Pour Boltansky, il nous faut aujourd'hui une nouvelle théorie de l'exclusion qui n'est plus liée au modèle de l'exclusion sociale mais liée à la société industrielle par exemple). (...) Il y a une possibilité de hiérarchisation et donc effectivement il y a de nouveau déjà des formes de cultures qui se cherchent (heureusement que la société n'attend pas l'éclairage intellectuel de la rationalité pour se mettre en route, mais la stabilisation se fait toujours par une réflexivité) et donc dans la tentative de trouver des régimes internationaux, il y a un mécanisme qui est un lieu de transition entre des intérêts de communautés locales cherchant des modes d'autorégulation et des conventions de type international.

Je pense que la stratégie qui a été utilisée pour trouver des formes de stabilisation à travers les régimes internationaux est une des manières de fonctionner pour articuler hiérarchiquement des ordres de règles qui se produisent déjà par ailleurs soit dans la culture politique soit dans la culture d'usage. Et c'est pour cela qu'il faut investir ces mécanismes-là pour y poser alors des conditions de réflexivité”.

Enfin, et au-delà de toute opposition stérile entre régulation étatique et autorégulation, les bouleversements qu'apporte l'Internet obligent en quelque sorte à jeter les bases d'un ordre normatif différent, capable de protéger les individus, les groupes et les institutions mis en difficultés par les nouvelles technologies et l'émergence fulgurante de la société de l'information. Cela suppose de penser³³³ une nouvelle forme, pour les uns, de gouvernance, pour les autres, de contrat social qui jouerait pour le XXI^{ème} siècle. Promouvoir pareil projet suppose la mobilisation et la croissance de forces (politiques, sociales et économiques) transnationales, et son application dépendra de la mise en place de nouvelles formes d'institutions et de procédures internationales permettant de gouverner le cyberspace tout comme l'Etat moderne a gouverné les sociétés territorialement circonscrites³³⁴.

³³³ R. FALK, “Une domination mondiale”, in *Le Monde Diplomatique : Internet. L'extase et l'effroi*, Manière de voir Hors-série, octobre 1996, p. 30.

³³⁴ Voy. par exemple l'intervention de P. QUÉAU à l'occasion du sommet mondial des régulateurs sur Internet, disponible en ligne à l'adresse http://www.unesco.org/webworld/news/991201_queau_csa.shtml : “Les déséquilibres structurels de l'infrastructure mondiale de l'Internet, les profondes inégalités d'accès à l'information, les oligopoles transnationaux contrôlant l'infrastructure planétaire

7. QUESTIONS DE RECHERCHE

A la lumière des idées et des réflexions amorcées lors de ce séminaire, un certain nombre de sujets qui mériteraient de faire l'objet de recherches futures ont été formulés. Il s'agit d'une part de fournir de nouvelles pistes de réflexion sur le thème de la gouvernance de la société de l'information, et sur l'autorégulation en particulier, d'autre part, pour certains thèmes, d'approfondir des réflexions déjà entamées.

- Réaliser une ou plusieurs typologies de l'autorégulation, mais surtout voir comment il est possible d'intégrer différentes sphères (juridique, éthique, économique) dans ces typologies.
- Réaliser une analyse empirique et comparative des divers systèmes d'autorégulation (expériences, normes, résultats). Analyse qui permettrait, entre autres, de mesurer un éventuel décalage entre leurs buts et leurs pratiques effectives.
- Déterminer le champ d'application de l'autorégulation :
 - *Ratione materiae* : voir à quels objets elle est susceptible de s'appliquer (ou pas).
 - *Ratione personae* : déterminer ceux qui participent à l'autorégulation et ceux qui n'y participent pas, approfondir le problème de la légitimité des instruments d'autorégulation, création de plate-forme d'autorégulation.
- Traiter de la validité, de la légitimité et de l'effectivité de l'autorégulation (conditions).
- Faire la balance entre les avantages de l'autorégulation (capacité d'adaptation aux évolutions technologiques) et les problèmes qu'elle soulève en terme de "traçabilité" et de caractère éphémère des instruments utilisés.
- Réfléchir sur la place et l'influence des moyens techniques et de l'architecture du réseau, en tant qu'instrument de régulation de la vie sociale.
- Expliciter la normativité de l'Internet. Réaliser en ce sens une analyse comparée des synergies entre les différentes normativités présentes dans le cyberspace.
- Procéder à une réflexion sur le contenu des normes de l'autorégulation (plus que sur leurs auteurs). Dégager les zones de convergences et de divergences en fonction des matières et des sphères à réguler.

sont autant de sujets de préoccupation pour le régulateur. Une nouvelle forme de régulation ou de 'gouvernance' mondiale doit être conçue, au service de l'équité et du développement humain."

- Déterminer et mesurer les conséquences de l'autorégulation sur les libertés et droits fondamentaux. Dégager les présupposés idéologiques de l'autorégulation.