

La *Smart Regulation* : fondement, concept et développement des bases nécessaires à sa mise en œuvre

Par **Laurent FERRALI**
ICANN

Internet connecte aujourd'hui plus de quatre milliards d'êtres humains sur la planète. Son développement fulgurant, ces vingt dernières années, s'est accompagné de celui de menaces qui affectent les bases de nombreuses sociétés à travers le monde. Différents facteurs ont limité la capacité des États à intervenir, mais aujourd'hui un renforcement de la régulation de l'Internet apparaît comme une nécessité, y compris pour les États les plus libéraux. Dans ce cadre, le concept de *Smart Regulation* ou régulation intelligente a été mis en avant par les autorités françaises lors d'une réunion onusienne en novembre 2018, à Paris, la réunion annuelle du Forum sur la gouvernance de l'Internet.

Le contexte était marqué par un essoufflement du modèle du Forum sur la gouvernance de l'Internet des Nations Unies (FGI), et, plus généralement, de l'approche multi-acteurs de la gouvernance de l'Internet. Cette tendance se traduisait alors par l'absence de candidats pays hôtes pour l'organisation de ce forum onusien. Mais cette carence, que certains jugeaient symbolique, exprimait un mal plus profond : le manque d'intérêt, voire la défiance de nombreux gouvernements vis-à-vis du modèle de gouvernance multi-acteurs, et notamment de ce Forum qui n'a pas vocation à prendre de décisions.

La France, face à l'absence de pays hôtes candidats à l'organisation de ce forum, avait fini par accepter d'accueillir ce forum onusien multi-acteurs. La proposition de la France s'inscrivait dans le cadre d'une démarche de revitalisation du FGI visant à éviter l'absence de réunion annuelle (ce qui aurait été une première depuis l'établissement de ce forum en 2006) et à lui redonner une visibilité politique perdue au fil des ans. Dans le même temps, la France se positionnait dans de nombreuses enceintes comme un fervent soutien du multilatéralisme face à la tendance lourde visant à une remise en cause de ce système. Si les approches multilatérales et multi-acteurs ont pu être perçues par certains comme concurrentes, il n'en est rien aux yeux de la France qui y voit deux modèles complémentaires.

L'organisation de cette réunion annuelle du FGI a offert à la France une tribune pour exhorter les différents acteurs de la gouvernance de l'Internet à travailler ensemble à une régulation plus coopérative de l'Internet.

Dans ce cadre, le Président de la République française a prononcé un discours à destination des acteurs de la gouvernance de l'Internet. Face à la gravité des menaces engendrées par certains usages de l'Internet, il devenait nécessaire, à ses yeux, de développer une régulation plus efficace de l'Internet.

Les différentes dérives récentes (cyberattaques, manipulations d'élections, atteintes au respect de la vie privée, discours de haine en ligne et, plus généralement, la multiplication des contenus à caractère illicite) représentent de véritables défis pour la légitimité des gouvernements, notamment vis-à-vis de leur capacité à préserver l'ordre social et à protéger efficacement leurs citoyens.

L'appel du Président à une régulation coopérative de l'Internet a été renforcé très nettement par la menace d'une régulation purement étatique et l'affaiblissement de la notion de gouvernance multi-acteurs de l'Internet.

Lors de ce FGI, les discours du Président, du Secrétaire d'État chargé du numérique et de l'Ambassadeur en charge des affaires numériques ont mis avant le concept de régulation intelligente ou Smart Regulation de l'Internet pour pallier les principaux défis du numérique. Après avoir décrit le fondement et le concept de la régulation, nous nous interrogerons sur les conditions nécessaires à sa mise en œuvre.

Le fondement et le concept de régulation intelligente

L'efficacité de la gouvernance multi-acteurs de l'Internet mise en question

La mise en œuvre depuis plusieurs années du concept de gouvernance multi-acteurs de l'Internet n'a pas permis de lutter efficacement contre un certain nombre de dérives qui menacent la légitimité des États.

Selon la définition donnée par le groupe de travail sur la gouvernance d'Internet du Sommet mondial sur la société de l'information, la gouvernance d'Internet est l'élaboration et l'application conjointe, par les États, le secteur privé, la société civile et les organisations internationales, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décision et programmes propres à façonner l'évolution et l'usage de l'Internet.

Ce concept de gouvernance multi-acteurs de l'Internet a été défini en 2003 dans le cadre des travaux préparatoires au Sommet mondial de la Société de l'information. Près de vingt ans plus tard, force est de constater que le modèle de gouvernance n'a pas permis de façonner efficacement l'évolution et les usages de l'Internet de manière à éviter certaines dérives qui menacent nos sociétés. Ainsi, d'une part, les Objectifs de développement durables des Nations Unies (ODD) sont encore loin d'être atteints et, d'autre part, le développement de la régulation s'attarde principalement, et parfois sans grand succès, sur des usages profondément néfastes d'un point de vue social, politique et économique.

Le risque d'une régulation purement étatique et donc imparfaite

Les lacunes du dialogue multi-acteurs dans le traitement des problèmes les plus menaçants accompagnant le développement du numérique placent désormais un certain nombre de gouvernements dans des situations limitant leur capacité à protéger leurs citoyens et notamment à assurer l'exercice de certains de leurs pouvoirs régaliens. Cette situation associée à d'autres problèmes latents, comme ceux liés à la fiscalité du numérique, nuisent à la capacité des États à jouer leur rôle et affectent donc leur légitimité vis-à-vis de leurs citoyens. Dans ce cadre, les États n'ont d'autre choix que de légiférer pour réguler l'Internet et démontrer ainsi à leurs citoyens qu'ils jouent pleinement leur rôle. Fort de ce constat, Emmanuel Macron a donc tendu la main à tous les acteurs de l'Internet pour une régulation coopérative ou intelligente afin d'éviter une régulation purement étatique dans sa conception et sa mise en œuvre. Ainsi, la régulation purement étatique correspond à ses yeux à une solution inéluctable et de dernier recours dans le cas où la régulation coopérative ou régulation intelligente échouerait.

Cette solution purement étatique est un sujet d'inquiétude pour de nombreux acteurs. Pour la communauté technique et notamment l'ICANN, il est nécessaire que le régulateur comprenne bien le fonctionnement technique du réseau afin d'éviter des conséquences ou effets de bord négatifs sur la connectivité et le fonctionnement des organisations techniques. Le mandat technique de l'ICANN correspond à la gestion des identifiants uniques de l'Internet, comme les adresses IP et les noms de domaine. De ce fait, le travail de la communauté et de l'organisation assure en

partie le bon fonctionnement de la connectivité mondiale. Il apparaît donc plus qu’opportun que le législateur prenne en compte l’avis technique de l’ICANN et bénéficie pleinement de son expertise. La mise en œuvre du Règlement général de protection des données personnelles (RGPD) a ainsi posé un certain nombre de problèmes de mise en œuvre à l’ICANN. En effet, ce règlement ne prenait en compte ni la spécificité du service WHOIS (dont les besoins d’accès par diverses autorités publiques) ni le fait que l’ICANN ne gérait pas directement les bases de données issues de ce service.

De manière générale, la complexité technique de l’Internet nécessite d’être prise en compte si les États souhaitent réguler efficacement et sans conséquences négatives l’Internet.

Les domaines prioritaires de la régulation intelligente

Le Président de la République a souligné trois domaines prioritaires et complémentaires pour la régulation future de l’Internet :

- La protection des citoyens, autour de deux grands sujets : la protection des données et la régulation des contenus.
Concernant la protection des données, le Président a souligné les bienfaits de la mise à jour du Règlement général de la protection des données visant à renforcer la protection des données personnelles des Européens.
Concernant la lutte contre les contenus à caractère illicite, le Président a mis l’accent sur la nécessité de lutter efficacement contre la diffusion de contenus haineux et terroristes.
- La confiance, la stabilité, la sécurité du cyberspace.
La forte pénétration de l’Internet dans tous les aspects de la vie économique et sociale s’est accompagnée d’une hausse significative des cyberattaques et de la cybercriminalité.
La cybersécurité représente une des priorités du gouvernement français, et cette édition 2018 du Forum sur la gouvernance de l’Internet a accueilli le lancement de l’Appel de Paris pour la confiance et la sécurité dans le cyberspace.
- La préservation des potentialités de création, d’invention et de développement économique du réseau.
Ce dernier domaine prioritaire prend en compte la nécessité de mettre en place un cadre réglementaire qui offre le terreau favorable au développement de l’innovation.

La nécessaire collaboration de tous les acteurs concernés

Les autorités françaises privilégient dans de nombreux cas le dialogue et l’auto-régulation des acteurs. L’appel de Christchurch, fortement soutenu par la France, accorde par exemple une place prépondérante à la détection et au retrait des contenus terroristes sur les principales plateformes Internet.

Mais la participation de tous les acteurs concernés se justifie également lorsque les États souhaitent apporter une réponse juridique à certaines menaces. Dans ce cadre, il est également essentiel d’assurer un dialogue multi-acteurs efficace.

Comment développer les bases nécessaires à une régulation intelligente

Une fois les fondements et le concept de la régulation intelligente posés, il convient de s’interroger sur les conditions de sa mise en œuvre. Nous nous attacherons, tout d’abord, à replacer la régulation dans son rôle essentiel dans le cadre du développement des réseaux Internet, puis nous soulignerons la nécessité de développer une vision commune des enjeux sectoriels du numérique et des enjeux globaux.

La régulation n'est pas l'ennemi de l'innovation et du développement de l'Internet

Tout d'abord, la régulation de l'Internet ne doit pas être perçue comme un obstacle à l'innovation. Cette idée préconçue a souvent été mise en avant par des acteurs économiques inquiets des vellétés réglementaires de certains gouvernements.

Il est vrai que l'innovation et le développement des usages numériques ont été principalement le fait du secteur privé et de la communauté technique. Le développement rapide de l'Internet dans le monde a reposé pendant longtemps sur une absence ou une faible régulation du secteur. Mais cette position partiellement justifiable nécessite une analyse un peu plus fine et contextuelle.

Tout d'abord, il convient de ne pas considérer Internet comme un tout. En effet, la gouvernance de l'Internet regroupe un certain nombre d'acteurs qui interviennent sur différentes couches du réseau. Si les usages de l'Internet n'ont pas été fortement régulés pendant de nombreuses années, il est essentiel de considérer le rôle de la régulation dans le développement des réseaux eux-mêmes.

Il n'est ainsi pas pertinent de considérer que l'absence de régulation a permis le développement des infrastructures de transport de l'information. En effet, dans de nombreux pays l'essor des réseaux a bénéficié de la mise en place d'une régulation sonnant le glas des monopoles nationaux historiques.

La libéralisation du secteur des télécommunications a ainsi permis de mettre en place les conditions du développement de la concurrence, elle-même faisant l'objet d'une régulation générale et sectorielle.

La complémentarité entre cette démarche de libéralisation du secteur des télécommunications et le droit de la concurrence a permis la mise en place d'une concurrence qui a vu l'éclosion de nouveaux fournisseurs d'accès rivalisant avec les opérateurs dits historiques. Cette concurrence a, de ce fait, encouragé l'innovation et le développement de la connectivité dans de nombreux pays. Le développement de l'infrastructure physique de l'Internet a ainsi été rendu possible par une régulation *ex ante* et *ex post* qui a permis le développement de la concurrence et donc de la connectivité et de l'innovation.

Concernant les usages, la régulation s'est faite plus discrète, mais force est de constater que le développement de nombreux usages illicites et le manque de contrôle des plus grandes plateformes sur les usages de leurs clients suscitent des interrogations quant au rôle bénéfique de cette absence de régulation.

Développer une vision commune de notre destin

Le développement de la régulation intelligente repose sur la collaboration active et sincère de tous les acteurs pertinents. Il est donc d'abord nécessaire de s'appliquer à avoir une vision commune des bénéfices, problèmes actuels et enjeux futurs liés au développement des usages du numérique et de l'Internet, en particulier. Cette démarche doit supplanter la défense des intérêts particuliers des différents groupes d'acteurs et les rassembler autour de problématiques communes à l'humanité. C'est un préalable nécessaire garantissant à la fois la coopération des acteurs entre eux et la compréhension du rôle de chacun.

Différentes initiatives internationales ont d'ores et déjà tenté de créer un consensus concernant certains défis sectoriels du numérique et l'usage du numérique pour répondre aux défis globaux.

Constats et réponses à certains défis sectoriels du numérique

Les gouvernements français, sur la cybersécurité, et néozélandais, sur la violence et le terrorisme en ligne, ont posé les bases d'une vision commune et des solutions à apporter à ces problématiques.

Ces initiatives ont précédé ou suivi d'autres initiatives toutes aussi remarquables, comme la Convention de Genève de Microsoft, le rapport de la Global Commission on the Stability of Cyberspace, ou le rapport du Groupe de haut niveau sur la coopération numérique des Nations Unies. Cet ensemble d'initiatives a jeté les bases d'une vision commune des problèmes et des réponses à apporter aux principaux défis engendrés par le développement d'usages illicites et des inégalités d'accès à l'Internet. Il reste désormais à définir des feuilles de route, des objectifs qui engagent tous les acteurs et des indicateurs de suivi.

Constats et réponses à des enjeux globaux

Au-delà des menaces directement liées aux usages illicites du numérique et de l'Internet, il convient de considérer ce que le numérique peut apporter dans le cadre de la mise en place d'un monde meilleur. Notre planète fait face à des défis globaux, à ce titre les Nations Unies ont adopté, en septembre 2015, les Objectifs de développement durable (ODD) fixant 17 objectifs prioritaires pour la planète. Le numérique est évidemment considéré comme un vecteur fondamental pour la réalisation de la plupart de ces objectifs. Le suivi de ces ODD est réalisé par différentes agences onusiennes dans le cadre du Forum SMSI organisé annuellement à Genève, et ces mêmes agences développent des indicateurs de suivi de ces ODD.

Afin d'instaurer un dialogue multi-parties prenantes visant à réguler de manière coopérative l'Internet, il convient que ces constats correspondant à des défis globaux et à des défis sectoriels du numérique soient communément acceptés par tous les acteurs. Ces constats partagés offriront la base nécessaire à des discussions « transpartisanes » fondées sur l'acceptation d'un destin commun universel.

Le concept de *smart régulation* ou régulation intelligente, mis en avant par les autorités françaises lors de la réunion annuelle du FGI à Paris en novembre 2018, apparaît salutaire à plus d'un titre. Tout d'abord, la gouvernance multi-acteurs de l'Internet et le multilatéralisme ont échoué à trouver des réponses adéquates aux principaux défis globaux et sectoriels, et déjà se profilent des nouveaux défis accompagnant l'éclosion de technologies émergentes (intelligence artificielle, Internet des objets, chaînes de blocs, etc.). Dans ce cadre, toutes les propositions visant à répondre efficacement aux défis actuels et futurs méritent d'être discutées. De plus, la régulation intelligente porte dans son ADN la préservation de l'innovation et la participation effective de toutes les parties prenantes tant à l'élaboration qu'à la mise œuvre. Il reste désormais aux différents acteurs d'accepter de construire un destin commun dépassant leurs intérêts propres. Puis, il leur faudra se mettre d'accord sur des processus d'élaboration et de mise en œuvre de décisions propres à garantir que le progrès technologique sera au service des progrès économiques et sociaux.