AU FIL DES ÉTUDES | LES THÈSES

DE LA GOUVERNANCE À LA RÉGULATION DE L'INTERNET

Luca Belli

Préfaces par Louis Pouzin et Gilles J. Guglielmi

L. Belli, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Berger Levrault, Paris, 2015.

Ouvrage publié sous licence Creative Commons CC BY-NC-ND.

L'Internet est devenu essentiel pour le déroulement des activités économiques, sociales et culturelles de centaines de millions d'individus dans le monde. Mais quels sont les instruments normatifs qui permettent de réguler les réseaux électroniques et les cyberespaces composant l'Internet ? Et quels acteurs participent à la discussion, à l'élaboration et la mise en œuvre de ces instruments ?

Dans sa thèse, Luca Belli parcourt l'histoire de l'Internet en soulignant la valeur normative des protocoles et des standards techniques qui définissent l'architecture de l'Internet et qui en permettent le fonctionnement, tout en examinant les différents mécanismes de gouvernance qui ont permis, et qui permettent, à une pluralité de parties prenantes de façonner l'évolution de l'Internet. L'auteur met en avant l'apparition de formes inédites de souveraineté, desquelles découlent de nouveaux outils de régulation, la *lex informatica* et la *lex electronica*. Les concepts de gouvernance et de régulation sont analysés de façon générale avant d'être appliqués au système internautique. Ainsi, l'auteur met en avant la concrétisation d'un nouveau modèle organisationnel, fondé sur la participation de *stakeholders* de nature différente à l'élaboration d'instruments de régulation dont l'application est indépendante des frontières nationales. Ce paradigme *multistakeholders* est incarné par des entités qui sont méconnues du grand public mais dont le rôle est fondamental pour le bon fonctionnement de l'Internet, telles que l'IETF, l'ICANN et l'IGF.

Le décryptage des entités au sein desquelles se déroule la gouvernance de l'Internet amènera le lecteur à appréhender le rôle fondamental de la structure logique de l'Internet ainsi que les conséquences juridiques, économiques et politiques déterminées par des processus d'apparence technique. L'auteur, par la clarté de son propos et par sa réflexion à partir des fondements de l'Internet et l'apparition progressive du système normatif le régissant, rend accessible à tous un sujet pourtant technique par essence.

« Cette analyse est précieuse pour comprendre l'évolution de l'Internet et se révèle utile pour s'aventurer à façonner l'avenir du Réseau. »

Louis Pouzin, *inventeur du datagramme et « père de l'Internet »*

« Le grand apport de la thèse de Monsieur Belli [...] est de donner à voir comme consommée l'installation au niveau mondial du pluralisme juridique. Ce travail de recherche concrétise les potentialités de théories éclipsées par un siècle de totalitarismes, comme celles de son compatriote Santi Romano. »

Gilles J. Guglielmi, *professeur à l'université Paris 2 Panthéon-Assas*

Cet ouvrage est publié sous licence Creative Commons CC BY-NC-ND: Attribution - Pas d'Utilisation Commerciale - Pas de Modification. Cette licence est la plus restrictive de nos six licences principales, n'autorisant les autres qu'à télécharger vos œuvres et à les partager tant qu'on vous crédite en citant votre nom, mais on ne peut les modifier de quelque façon que ce soit, ni les utiliser à des fins commerciales.

Luca **Belli**

De la gouvernance à la régulation de l'Internet

Edition originale développée par Berger-Levrault

L. Belli, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Berger Levrault, Paris, 2015.

Ouvrage publié sous licence Creative Commons CC BY-NC-ND.

À Marion, sans laquelle ce travail n'aurait pas commencé et n'aurait pas abouti.

L. Belli, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Berger Levrault, Paris, 2015.

Ouvrage publié sous licence Creative Commons CC BY-NC-ND.

L. Belli, *De la gouvernance à la régulation de l'Internet*, Berger Levrault, Paris, 2015.
Ouvrage publié sous licence Creative Commons CC BY-NC-ND.

Sommaire

Résumé. 9

Préface de Louis Pouzin 11

Préface de Gilles J. Guglielmi. 13

Chapitre introductif L'émergence de la gouvernance « multi-parties prenantes » 17

Section **1** La gouvernance. 21

Section **2** Les « parties prenantes » 24

Section **3** La régulation 26

Section **4** L'Internet 28

Section **5** Problématique et plan. 32

PARTIE 1 La gouvernance : paradigme multi-parties prenantes dans un environnement pluraliste 35

Chapitre **1** Une gouvernance multi-parties prenantes pour une régulation efficace. 41

Section **1** Une organisation polycentrique. 42

Section **2** Une régulation décentralisée 97

Section **3** Conclusion préliminaire 130

Chapitre **2** Le pluralisme normatif internautique. 133

Section **1** Le rôle incontournable de la *lex informatica* 137

Section **2** L'élargissement des parties prenantes de la gouvernance de l'Internet. 175

Section **3** Conclusion préliminaire 216

PARTIE 2 La gouvernance mondiale de l'Internet 219

Chapitre **1** L'administration du système de noms de domaine... 225

Section préliminaire Les fondements d'une structure cyberterritoriale 226

Section **1** Une « new corporation » pour administrer le système de noms de domaine : entre participation et privatisation 238

Section **2** Une administration « hybride » pour une régulation globale 265

Section **3** Conclusion préliminaire 303

Chapitre **2** Une gouvernance multi-parties prenantes dans le but d'une modélisation régulatoire 309

Section **1** Un écosystème internautique multi-parties prenantes ... 312

Section **2** Une « gouvernance en 4C » de l'Internet 342

Section **3** Conclusion préliminaire 375

Conclusion générale Une gouvernance hétéro-parties prenantes pour une régulation durable 379

Annexe – Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet 385

Bibliographie 389

Principales abréviations 441

Index 447

Table des matières 453

Résumé

1 L'ambition de ce travail de recherche est d'examiner les différents mécanismes de gouvernance qui ont permis, et qui continuent à permettre, à une pluralité de parties prenantes de façonner l'évolution de l'Internet. L'émergence du concept de gouvernance et les déclinaisons de la notion de régulation seront analysées, à titre liminaire, afin de pouvoir comprendre l'application de ces concepts dans l'écosystème internautique.

Ensuite, nous parcourrons l'histoire de l'Internet en soulignant la valeur normative des protocoles et des standards techniques, ainsi que des « principes architecturaux » qui permettent le fonctionnement de ce réseau mondial. Nous mettrons en lumière l'affirmation d'un nouveau modèle organisationnel, fondé sur la participation d'une hétérogénéité de *stakeholders* à la négociation d'instruments de régulation dont l'application est indépendante des frontières nationales. Ce paradigme *multistakeholder* est incarné par des entités méconnues des juristes, telles que l'*Internet Engineering Task Force* (IETF), l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* (ICANN) et l'*Internet Governance Forum* (IGF). D'une part, le décryptage de ces entités nous amènera à appréhender leur rôle fondamental dans la définition de la structure logique de l'Internet et dans la mise en œuvre d'une véritable administration « cyberterritoriale ». D'autre part, l'analyse des processus participatifs qui caractérisent ces entités nous permettra d'arguer la possibilité de reproduire ces processus afin d'élaborer des modèles régulatoires par le biais d'une négociation multi-parties prenantes.

En effet, ce travail de recherche repose sur la thèse selon laquelle la participation *multistakeholder* qui caractérise la gouvernance « technique » de l'Internet peut être transposée dans l'élaboration de modèles réglementaires pouvant être adoptés par les législateurs et les régulateurs nationaux, ou pouvant inspirer ces derniers, en vertu de leur efficacité. Cette thèse a

été mise en application en élaborant un modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet.

Descripteurs : Gouvernance de l'Internet, régulation de l'Internet, gouvernance, régulation, ICANN, IETF, IGF, FGI, gouvernance multi-parties prenantes.

2 Title and Abstract.

From Internet Governance to Internet Regulation

This piece of research aims at examining the various governance mechanisms that allow for a plurality of stakeholders to shape the Internet evolution. The emergence of the concept of governance and the declinations of the notion of regulation will be analysed, on a preliminary basis, in order to understand how such concepts can be applied to the Internet ecosystem.

Subsequently, the Internet history will be explored in order to highlight the normative value of technical standards and protocols, as well as the "design principles", which allow for the functioning of this global network. We will highlight the affirmation of a new organisational paradigm grounded on the participation of heterogeneity of stakeholders to the negotiation of regulatory instruments whose application is independent from national borders. This multistakeholder paradigm is embodied by entities such as the IETF, ICANN and IGF, which are usually unknown by lawyers. On the one hand the scrutiny of these entities will allow us to apprehend their pivotal role with regard to the definition of Internet's logic structure as well as to the implementation of a true "cyber-territorial" administration. On the other hand the analysis of the participatory processes that characterise these entities will allow us to argue for the possibility of reproducing such processes in order to elaborate regulatory blue-prints through a multistakeholder negotiation.

Indeed this piece of research relies on the thesis that the multistakeholder participation that characterises the Internet's "technical" governance can be transposed to the elaboration of regulatory models that may be adopted by national legislators and regulators, or may inspire them, by reason of their efficacy. Such a thesis has been concretely applied through the elaboration of a model framework on network neutrality.

Keywords: Internet governance, Internet regulation, governance, regulation, ICANN, IETF, IGF, multistakeholder governance.

Préface de Louis Pouzin

3 Ouvrez le fichier, et prenez votre temps. Le film est long : de la naissance d'*Advanced Research Projects Agency Network* (Arpanet) à nos jours. Mais ce n'est pas une tranche d'histoire ni de technique, bien qu'il y en ait suffisamment pour rester dans le concret. L'auteur ne s'attarde pas sur l'origine libertaire (ARPANet et début Internet), pilotée avec talent par Jon Postel jusqu'à la mise en place d'une nouvelle politique mercantile par l'Administration Clinton. Créé en 1998, l'ICANN est alors devenu le point focal de la genèse d'un système déguisé en tenue démocratique tout en maintenant une hégémonie étasunienne sur l'Internet.

Dans tous les pays, les gouvernements créent des structures spécifiques pour piloter des fonctions qui sortiraient du cadre ou des compétences de l'Administration. L'auteur a eu l'heureuse idée de nous en livrer des exemples dans divers pays, ainsi qu'un tutoriel sur divers modèles de structures qui ne sont pas familières au commun des mortels.

De là Luca Belli aborde une exploration du maquis juridique et organisationnel créé autour de l'ICANN sous le terme gouvernance, et de la graduelle extension du concept de gouvernance de l'Internet à l'élaboration et mise en œuvre de politiques publiques concernant le réseau. Pour un juriste c'est l'aventure, car on n'y trouve guère ou pas de clauses « dures », c'est-à-dire précises et contraignantes. L'interprétation est souvent « molle », c'est-à-dire ambiguë, dans la langue de Washington. Les acteurs sont une collection de *stakeholders* dans le jargon ICANN, préfixés par multi-, pluri-, poly-, quand ce n'est pas simplement une nébuleuse *community*, ce qui ne permet pas d'identifier clairement de qui et au nom de qui on parle.

Ce travail d'inventaire pour non initiés est manifestement fort utile, toutefois il ne peut pas révéler les manières de vivre dans ces structures. La subsidiarité au sens européen ne semble pas comprise dans ce milieu. Les

icanniens multiplient les comités chargés de traiter des points spécifiques, et y rajoutent des comités de coordination ou de synthèse.

Très justement l'auteur plante le sujet de la régulation, dont l'ICANN est un puissant fondé de pouvoir, tout en prétendant ne gérer que des coordinations techniques. Le principal terrain de manœuvre est celui des noms de domaine de premier niveau, *Top-Level Domains* (TLD), ou « extensions » en français. Le système d'allocation a été conçu comme un monopole de l'ICANN, dont il distribue la gestion à des registres (grossistes), qui la redistribuent à des registreurs (détaillants). Ce trafic de caractères sans aucune valeur matérielle rapporte des millions de dollars. Par exemple, Google a obtenu l'extension **.**app pour la modique somme de 25 M$.

Fasciné par ce pactole l'ICANN s'est aventuré en apprenti sorcier sur le terrain des puissants lobbies de la publicité et des marques. L'histoire dira s'il réussira à s'en extirper.

Un scénario de future gouvernance est un exercice rituel dans une étude sur le sujet. L'auteur s'y prête volontiers, et nous livre une vision où il s'efforce de prévoir la part du lion avec une composante juridique raisonnable. Chacun sait bien sûr que nombre d'aléas nous échappent, par exemple :
– l'environnement pacifique ou la guerre froide ;
– la Russie et l'Allemagne, comme la Chine en 2005, créent leur système de noms de domaine (DNS) ;
– un nouveau système réseau intègre des DNS applicatifs hors ICANN ;
– l'ICANN devient un registre en compétition, le reste est repris par un organisme de normalisation multi-xxx.

Luca Belli offre une analyse des différentes facettes d'un nouveau paradigme, où les différents *stakeholders* participent à l'élaboration d'instruments de régulation qui ne dépendent pas de frontières nationales. Après avoir élucidé le processus de conception des standards techniques, qui définissent la structure de l'Internet, et des *policies* icanniennes qui régulent le DNS, l'auteur suggère la possibilité d'exploiter des processus participatifs pour élaborer des modèles régulatoires qui inspirent les législateurs. Cette analyse est précieuse pour comprendre l'évolution de l'Internet et se révèle utile pour s'aventurer à façonner l'avenir du réseau.

N'oubliez pas les notes, il y en a 2 000. Elles prennent souvent plus de place que le corps de la thèse. Elles fourmillent d'informations complémentaires pertinentes qu'il serait difficile de trouver ailleurs.

Louis Pouzin,
Inventeur du datagramme et « père de l'Internet »

Préface de Gilles J. Guglielmi

4 L'histoire des représentations du droit a connu bien des alternances entre ouverture et fermeture, évidence de la souveraineté étatique et culture de l'affrontement ou de la négociation entre personnes publiques souveraines. Il se pourrait bien que le phénomène analysé par Luca Belli dans sa thèse, soutenue à Paris-II fin 2014 et devenue promptement le présent ouvrage grâce à un éditeur clairvoyant, marque une véritable rupture dans ces représentations, et dans la façon que nous avons aussi de vivre le droit car ce travail de recherche concrétise les potentialités de théories éclipsées par un siècle de totalitarismes, comme celles de son compatriote Santi Romano.

Le grand apport de la thèse de M. Belli, c'est-à-dire son grand mérite, est de donner à voir comme consommée l'installation au niveau mondial du pluralisme juridique.

Certes, comme dans toute théorie tendant à saisir les fondements du phénomène juridique et les principes universels de fonctionnement des systèmes juridiques dans le monde, une contribution abstraite pourrait sembler mineure dans la vie quotidienne des sujets de droit. Ce serait négliger deux phénomènes concomitants dont l'un est propre à la réalité des Technologies de l'information et de la communication (TIC) et l'autre, qui l'a précédé de peu, est propre à l'ordre juridique international.

Depuis l'émergence des libertés et droits fondamentaux au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, puis de leur garantie effective par des procédures *ad hoc* (*amparo*, *tutela*, référé-liberté) ou générales (contrôle de constitutionnalité), depuis le développement des conventions internationales comportant des dispositions d'effet direct sur les personnes physiques, il est progressivement apparu que l'individu devenait un sujet de droit à l'intérieur de systèmes juridiques internationaux auparavant réservés aux États et organisations internationales.

À la fin du xx^{e} siècle, la généralisation des TIC et surtout leur usage par des milliards d'individus, tant dans la réalisation de leur droit à l'information et à l'expression que dans des relations commerciales ou d'usager du service public, ont enserré les particuliers dans un réseau de liens juridiques d'une originalité et d'une complexité jusque-là inconnues.

En effet, les acteurs industriels (pour les infrastructures de transport de données), de services (producteurs de logiciels, fournisseurs d'accès à l'Internet, hébergeurs de sites) ont construit ensemble, dans un environnement à très faible densité de contrôle normatif étatique et dans une logique économique nouvelle mêlant gratuité, compensation, déport des coûts, un ensemble intégré et en permanente évolution : l'Internet, réseau des réseaux.

La rapidité, l'adaptation constante, la volatilité des capitaux, les montants colossaux des investissements, la complexité technologique et économique de l'Internet ont conduit les principaux États parties prenantes, et notamment les États-Unis, en raison de la nationalité des entreprises dominant le secteur et de son idéologie libérale, à ne pas intervenir prioritairement par voie législative générale ou par la réglementation, mais à laisser les acteurs du secteur construire leurs propres structures de régulation et leurs propres normes.

Luca Belli présente et explique, dans l'ouvrage qui suit, l'histoire, les fondements juridiques et les modalités procédurales de ce mode de production de normes nouvelles, mais aussi d'un droit nouveau, tant par sa matière que par sa forme et sa procédure.

Une fois achevée la lecture de ce livre, premier du genre en langue française, outre son immense intérêt pour la connaissance des fondements de l'Internet, on ne pourra s'empêcher de penser que rien ne sera plus jamais comme avant.

Les normes qui s'imposent à des milliards d'individus sont d'abord produites par des entreprises multinationales géantes, ensuite négociées ou infléchies dans des cadres institutionnels non étatiques, avec des acteurs qui s'y trouvent selon la règle du volontariat ou d'une élection dont le corps électoral est potentiellement partout et le taux de participation nulle part.

Or, la particularité de l'Internet est d'être le support non seulement de rapports commerciaux, mais de modalités de contact avec les personnes publiques pour l'usage des services publics, pour la participation citoyenne, pour la satisfaction d'obligations imposées par l'État, pour la manifestation de la liberté d'expression des individus et des groupes. La dose de libertés et droits fondamentaux en jeu dans ce rapport complexe est considérable, sans compter celles qui naissent directement de la relation de l'individu aux divers acteurs, notamment par l'usage commercial de leurs données personnelles.

La puissance du réseau et de ses acteurs principaux est telle qu'il serait irréaliste de penser qu'une réappropriation de la production juridique par les États soit possible. L'Internet a sécrété son propre ordre juridique et évolue de façon autonome. Cela ne signifie pas qu'il n'y ait aucune zone d'interaction avec les ordres juridiques étatiques ou internationaux ni aucune norme étatique ou internationale capable de l'influencer. Mais il apparaît clairement que le cœur du système et les relations des individus avec celui-ci sont *a priori* et principalement régis par une autorégulation entre quelques partenaires ou parties prenantes.

S'est ainsi constitué un ordre juridique particulier, avec sa légitimité, ses autorités et leurs compétences, son mode de production des normes, ses sujets de droit, ses interactions avec l'environnement d'autres acteurs juridiques, relevant d'autres ordres juridiques.

Cet ordre n'est ni plus ni moins puissant que les États ou que la société internationale. Il est de la même façon, pour leurs besoins quotidiens, en prise avec les particuliers. Il peut être de façon aussi importante, selon les cas, une menace ou une garantie pour leurs libertés. Face à cet ordre juridique, la seule puissance d'infléchissement des machines et de conquête de l'humain, c'est la masse indistincte des milliards de personnes qui l'utilisent mais aussi le font vivre et qui peuvent faire entendre la limite dont elles n'acceptent pas le franchissement. C'est le peuple du XXI^{e} siècle, aussi imprévisible et subversif que celui de la Révolution, pourvu qu'il soit conscient de lui-même.

Loin de toute théorie, le pluralisme juridique est là, sous nos yeux, derrière le voile de ces lieux que nous regardons fixement, quotidiennement et de plus en plus fréquemment, comme s'ils étaient devenus naturels : nos écrans.

Gilles J. Guglielmi,
Professeur à l'université Panthéon-Assas,
Centre de droit public comparé

CHaPitre iNtrODUCtiF

L'émergence de la gouvernance « multi-parties prenantes »

5 Le changement de millénaire a témoigné de la propagation de l'Internet et des technologies de l'information et de la communication (TIC) qui, chaque jour plus omniprésents, deviennent indissociablement liés à nos activités quotidiennes. Notre connexion à Internet se rapproche de plus en plus d'une symbiose homme-ordinateur[1] et l'Internet est élevé au rang d'outil essentiel afin de participer à la vie démocratique, économique et sociale[2]. Dans un tel cadre, il ne relève guère de l'exagération que d'affirmer que, si l'information est « l'oxygène de l'âge moderne »[3], alors l'Internet peut être considéré comme l'appareil respiratoire de l'humanité d'aujourd'hui, nécessitant d'être géré de façon durable et en harmonie avec ses exigences « constitutionnelles ».

Depuis la fin des années 1990, la définition d'une telle « harmonie » a été au centre du débat concernant la « gouvernance de l'Internet[4] ». Comme nous le mettrons en exergue dans ce travail, ce débat exemplifie de façon parlante un véritable « changement de paradigme » dans l'élaboration des politiques publiques. En effet, la recherche d'un équilibre dans la gouvernance de l'Internet souligne le glissement d'une conception moderne, caractérisée par la primauté des pouvoirs publics et la centralisation de la prise de décisions dans une structure pyramidale wébérienne, vers une architecture en réseau, prônant l'inclusion du plus grand nombre de parties intéressées dans l'élaboration de politiques publiques négociées[5]. Une telle évolution se fonde sur le constat selon lequel les décisions ayant des effets sur le public sont acceptables, et acceptées, seulement lorsque les sujets intéressés par ces décisions ont la possibilité concrète d'exprimer leurs opinions et de voir leurs considérations prises en compte[6].

Ainsi, dans la première partie de ce travail, nous soulignerons que l'ouverture à la participation du plus grand nombre de parties intéressées est une dimension essentielle à la base du concept même de gouvernance

et qu'elle représente également une caractéristique fondamentale des mécanismes d'élaboration des standards et des protocoles qui définissent la structure logique de l'Internet. Par la suite, dans la seconde partie de ce travail, nous analyserons l'exploitation d'une telle gouvernance multi-parties prenantes afin de donner lieu à une véritable administration cyberterritoriale de l'Internet et de mettre en œuvre une régulation globale du système de noms de domaine Internet (DNS)[7] ; ainsi que de faciliter la coordination des politiques publiques concernant l'Internet et l'élaboration de modèles régulatoires[8]. L'ambition de ce travail de recherche est donc d'identifier les éléments qui fondent la mise en œuvre de processus ouverts et multi-parties prenantes pour ensuite analyser la possibilité d'exploiter de tels mécanismes dans un triple but : définir la structure technique de l'Internet ; organiser l'administration cyberterritoriale de l'Internet ; et élaborer des modèles régulatoires qui, comme de véritables standards, peuvent être utilisés comme référence afin de stimuler la compatibilité des instruments normatifs qui règlent des sujets analogues – tels que la neutralité du net ou la protection des données personnelles – dans des systèmes juridiques différents.

La gouvernance de l'Internet peut être vue comme un ensemble de processus dont la légitimité et l'efficacité reposent sur l'ouverture à la participation du plus grand nombre de parties intéressées, dans un cadre transparent et favorisant la « responsabilité »[9] ou *accountability* des parties prenantes. Dans le but de corroborer une telle affirmation, il sera essentiel d'analyser, à titre liminaire, les raisons de l'émergence du concept de gouvernance et la portée de la notion de « régulation », afin de pouvoir comprendre l'application de ces concepts dans l'univers internautique. La première étape de ce travail consistera à explorer le « paradigme[10] » de la gouvernance dans le cadre de systèmes « polycentriques » où l'interaction « multi-parties prenantes » se déroule par le truchement de processus collaboratifs. En ce sens, nous mettrons en exergue que la coexistence d'une pluralité de « parties prenantes » de nature différente – lesquelles visent à « exercer un pouvoir sur un système[11] » – prône l'émergence d'un « paradigme participatif » qui permet la collaboration des différentes parties impliquées dans le but de délinéer des outils régulatoires communs. Nous soulignerons que l'émergence du concept de gouvernance doit être lue à la lumière de la consolidation d'un environnement pluri-normatif caractérisé par la prolifération d'un réseau décentralisé de « centres de régulation » prônant la négociation d'outils régulatoires souples, catégorisables comme de la *soft law*[12]. Dans ce cadre réseautique, la négociation entre une hétérogénéité de parties prenantes et l'adoption volontaire d'outils de *soft law* prennent graduellement le pas sur l'imposition d'instruments régulatoires de *hard law*, caractérisant le paradigme étatique traditionnel. Un tel phénomène est notamment corroboré par la diffusion de l'autorégulation, se fondant sur l'adoption volontaire d'instruments régulatoires en vertu de leur efficacité,

ainsi qu'en raison de la participation directe de sujets intéressés à l'élaboration desdits instruments.

L'utilisation de processus associatifs afin d'élaborer des solutions régulatoires souligne donc la « valence normative[13] » des mécanismes « gouvernantalistes[14] », caractérisés par les principes de participation, de transparence et de « responsabilité » ou *accountability*[15]. Notamment, la transparence et la participation, à la base du concept de gouvernance, trouvent leur justification dans la pleine jouissance des droits fondamentaux à la liberté d'expression et d'information[16], au sens desquels tout individu, ou tout « groupe de particuliers[17] », a la possibilité d'exprimer sa voix et de recevoir les informations nécessaires à former ses opinions[18]. En effet, une gouvernance « ouverte » et « multi-parties prenantes » se fonde sur l'exercice de ces droits fondamentaux de la part de personnes physiques ou morales – telles que des associations, des Organisations non-gouvernementales (ONG), des entreprises, etc. – intéressées par l'élaboration de politiques publiques et par la prise de décisions de la part d'un « centre de régulation ». Ainsi, la participation effective des diverses parties intéressées présuppose la nécessité de combler les dissymétries informatives éventuellement existantes entre ces acteurs, en garantissant l'accès aux informations à tout sujet intéressé et, parallèlement, en imposant la publicité des processus qui encadrent les relations entre les différentes parties prenantes[19].

Au fil de ce travail de recherche, nous mettrons en exergue que la transparence procédurale et l'ouverture à la participation de toute partie intéressée peuvent être vues comme de véritables « normes coutumières » à la base de la gouvernance de l'Internet[20]. Ces « normes coutumières » caractérisent les mécanismes permettant le développement de « standards Internet[21] » par le truchement desquels l'architecture de l'Internet est délinéée. Comme nous le démontrerons, ces normes coutumières de nature technique sont susceptibles d'être transposées dans une pluralité de processus consultatifs, délibératifs et décisionnels par le biais desquels se compose la gouvernance de l'Internet[22].

1. Dans ce sens, il est curieux de remarquer que John Licklider prophétisait une telle symbiose en 1960. En effet, il affirmait que « l'interaction et la coopération entre l'homme et les machines électroniques aboutiront un jour à une symbiose homme-ordinateur ». J. C. R. Licklider, *IRE Transactions on Human Factors in Electronics*, vol. 1, mars 1960, p. 4-11.

2. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, 7 nov. 2007 – Cons. const., 10 juin 2009, n° 2009-580 DC.

3. Cette phrase, reprise par plusieurs auteurs, fut originairement prononcée par Ronald Reagan, en 1989. R. Reagan, Allocution prononcée le 13 juin 1989, Londres, disponible sur *http://articles.latimes.com/1989-06-13/news/mn-2300_1_soviets-arms-control-iron-curtain*

4. Il est intéressant de souligner que, depuis la fin des années 1990, la gouvernance de l'Internet a périodiquement stimulé les débats publics et a suscité l'intérêt de la communauté académique, en concomitance avec des « événements médiatiques », tels que la création de l'ICANN, en 1998 ; le Sommet mondial sur la société de l'information (SMSI), en 2003 et 2005, les révélations concernant les programmes de surveillance de la *National Security Agency* (NSA) étasunienne, en juin 2013 ; ou la conférence *NETmundial*, en avril 2014.

5. Dans ce sens : J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *in* R. Pasquier, V. Simoulin et J. Weisbein, *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, LGDJ, coll. « Droit et société », Paris, 2007 ;

J. Chevallier, *L'État post-moderne*, LGDJ, coll. « Droit et société », nº 35, Paris, 2003 ; F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

6. Dans ce sens : L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, vol. 15, nº 57, 2002 ; J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997 ; D. Volpato Dutra, « Les enjeux de la théorie de l'argumentation comme base de l'éthique discursive », *Ethic: an International Journal for Moral Philosophy*, 2002.

7. Voir nos 294 et s.

8. SMSI, *Déclaration de principe. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, 2003, § 50.

9. Dans le cadre de la gouvernance environnementale, par exemple, « la dimension participative s'articule avec le principe de responsabilité, chaque acteur devenant coresponsable de la décision prise : "la prise de risque collective est la seule issue démocratiquement acceptable" ». Conseil général del'environnement et dudéveloppement durable, *Les outils juridiques de la gouvernance concertéedans le périmètre du MEEDDM*, Rapport nº 006766-01, 2 févr. 2010, p. 25.

10. J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *RF adm. publ.*, nº 105-106, 2003.

11. Club informatique des grandes entreprises françaises, *Gouvernance du système d'information*, sept. 2002, p. 11.

12. Tel que le souligne Mireille Delmas-Marty, « le droit mou (*soft law* en anglais) est un ensemble de règles dont la "juridicité" est discutée. Ce sont des règles de droit non obligatoires, ce qui est *a priori* contraire à l'essence du droit. Le concept de *soft law* trouve à s'appliquer notamment en droit international, droit de l'environnement, droit constitutionnel et dans les lois contemporaines ». M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. « La couleur des idées », p. 182.

13. B. Jessop, « Governance e meta-governance : riflessività, varietà e ironia », *in* A. Iacovino, *Teorizzare la Governance, Governabilità ai tempi del globale*, Aracne, Roma, 2005, p. 81.

14. J.-G. Padioleau, « L'action publique postmoderne : le gouvernement politique des risques », *Politiques et management public*, vol. 17, nº 4, 1999.

15. Ces principes constituent donc les fondements du concept de gouvernance et, à partir des années 1990, ils ont été consacrés dans le cadre de la gouvernance environnementale. Dans ce sens, on se doit de rappeler que deux des trois piliers fondamentaux de la convention d'Åarhus concernent l'accroissement de la transparence, en développant l'accès du public à l'information détenue par les autorités publiques, et la favorisation de la participation du public à la prise des décisions liées à l'environnement. *Convention sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement, dite « convention d'Åarhus »*, Åarhus, Danemark, 25 juin 1998. En France, la convention d'Åarhus a été ratifiée par la loi du 28 février 2002 et, par la suite, publiée par le décret nº 2002-1187 du 12 septembre 2002.

16. Notamment, l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales ainsi que l'article 11 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne prévoient que « toute personne a droit à la liberté d'expression. Ce droit comprend la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière […] ».

17. Au niveau européen, l'exercice collectif de la liberté d'expression est explicitement protégé par l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH), au sens duquel « [l]a Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses Protocoles. Les Hautes Parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit […] ». Aussi, force est de souligner qu'au niveau européen, la notion de « groupe de particuliers » est interprétée de façon particulièrement large dans le but de garantir à toute personne morale l'aptitude à exercer et à jouir de droits fondamentaux consacrés par la Conv. EDH. Dans ce sens : Conv. EDH, 13 août 1981, *Young, James, Webster c/ Royaume-Uni*, Cour plénière.

18. Dans ce sens, par exemple, le Conseil des droits de l'Homme de l'ONU a affirmé explicitement que « la démocratie comprend le respect de tous les droits de l'Homme et libertés fondamentales, notamment […] la liberté d'expression et d'opinion » et que « la preuve de l'accès aux affaires publiques et de la participation à celles-ci […] fournissent des indications tangibles du respect des valeurs démocratiques et de l'efficacité des institutions en charge de la gouvernance dans un ordre démocratique ». Conseil des droits de l'Homme, *Rapport annuel du haut-commissaire des Nations unies aux droits de l'Homme et rapports du haut-commissariat et du secrétaire général. Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, A/HRC/22/29, 17 déc. 2012.

19. Dans ce sens : R. Weber, *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Springer, Zurich, 2009, p. 148-149. Aussi, force est de remarquer que la publicité et la transparence procédurales sont formellement garanties dans le cadre de la gouvernance environnementale, puisqu'elles se révèlent prodromiques à l'inclusion du plus grand nombre de parties intéressées dans une pluralité de processus délibératifs ou décisionnels. *Convention d'Åarhus*, *op. cit.*

20. Dans ce sens, voir nos 200 et s. et nos 437 et s.

21. Voir nos 166 et s. et nos 290 et s.

22. *Ibid.*

SeCtiON **1**

La gouvernance

6 Depuis les années 1980, le concept polyédrique de gouvernance s'est de plus en plus répandu et la versatilité de son usage a suggéré à certains auteurs l'existence de « presque autant de concepts de gouvernance que de chercheurs dans le domaine[1] ». En effet, dans le cadre d'une sorte de compétition dont le but pourrait être la création de la taxonomie la plus particularisée[2], la notion de « gouvernance » a été détaillée en mettant en exergue la pléthore d'acceptions dont elle peut jouir, lorsqu'elle se rapporte aux diverses sciences sociales. Bien que la gouvernance ait été considérée comme un « concept migrant[3] » et qu'elle ait été soupçonnée d'une « utilisation non critique[4] », l'omniprésence de cette notion au sein des sciences juridiques et politiques nous oblige à reconnaître son indéniable succès.

Par opposition au terme « gouvernement », qui caractérise l'institution qui gouverne, le terme « gouvernance » doit être utilisé afin de désigner « l'art ou la manière de gouverner un système[5] ». Dans ce sens, Isabelle Biagiotti souligne que le terme gouvernance était communément utilisé au Moyen Âge dans le but de « décrire le système politique anglais, caractérisé par la participation institutionnalisée de différents groupes corporatifs[6] », tout en encadrant les « relations entre le pouvoir royal, l'Église, les acteurs économiques et les pouvoirs territoriaux[7] ». Aussi, comme nous le soulignerons dans la première section de ce travail, le blason de la gouvernance a été redoré dans les milieux économiques, politiques et internationaux en utilisant cette notion afin de désigner un « mode de gestion[8] » fondé sur la participation d'une pluralité de parties intéressées – issues notamment de la société civile – en amont comme en aval des processus de décision ayant lieu au niveau international, national ou local. Ainsi, comme nous avons pu le lire sous la plume d'Isabelle Biagiotti, « la participation est devenue un des principes organisateurs affichés et répétés des processus de gouvernance du local au global[9] ».

L'association d'une pluralité de parties prenantes, dans le cadre d'un « dispositif de coconstruction des décisions publiques[10] », met donc en lumière le glissement d'un modèle pyramidal et centralisé vers un paradigme décentralisé et en réseau, visant à la prise de décision efficace tout en promouvant une « citoyenneté active[11] ». Un tel paradigme est particulièrement évident dans le mécanisme gouvernantaliste délinéé par la convention d'Åarhus[12] et mis en œuvre au niveau français par le *Grenelle de l'environnement*[13]. Cette convention définit notamment un « schéma général » de la procédure de participation du public aux décisions concernant des activités particulières[14] et à l'élaboration de « plans

et programmes et politiques[15] », ainsi que de « dispositions réglementaires et/ou d'instruments normatifs juridiquement contraignants[16] ». La formalisation de ce mécanisme participatif offre un exemple parlant de gouvernance multi-parties prenantes dont le but est l'élaboration de politiques publiques et d'instruments régulatoires consensuels par le biais d'un processus informé[17]. En effet, comme nous le mettrons en lumière tout au long de ce travail de recherche, l'inclusion d'une hétérogénéité d'acteurs corrobore l'efficacité des processus délibératifs et décisionnels[18] permettant d'atteindre :

– une meilleure connaissance de la problématique faisant l'objet du processus de gouvernance en vertu des expertises fournies par les parties impliquées ;
– une meilleure gestion d'une problématique commune qui sera confiée au niveau décisionnel le plus proche dans le cadre d'une démarche orientée par le principe de subsidiarité ;
– une meilleure acceptation et un meilleur niveau démocratique des politiques publiques et des instruments régulatoires issus de ces processus en raison de la participation directe des sujets intéressés ;
– une meilleure mise en œuvre des susdits instruments régulatoires et politiques publiques en raison de l'inclusion des entités non étatiques qui exercent un contrôle sur les ressources intéressées par le processus de gouvernance collaborative.

L'utilisation du terme gouvernance en référence à l'Internet vise donc à encadrer les mécanismes favorisant l'interaction et l'association des différentes parties intéressées dans un « espace politique[19] » où des idéologies et des intérêts économiques divergents se confrontent. Ainsi, la gouvernance de l'Internet vise à exploiter une approche collaborative dans le but de façonner des principes, des règles et des processus de prise de décisions[20]. En effet, comme nous le montrerons au cours de ce travail, l'interaction et la coopération de parties prenantes de nature différente sont à la base de la gouvernance qui, selon Jean-Pierre Gaudin, doit être regardée comme une sorte de « sainte Trinité[21] » caractérisée par la concertation dans le cadre de forums de débat public ; par l'élaboration de politiques publiques sur la base d'une démarche négociée ; et par la régulation sectorielle de la part d'une multiplicité d'agences. Notamment, la gouvernance de l'environnement internautique demande l'association d'une pluralité de parties prenantes, non seulement afin de permettre à ces acteurs d'exprimer les différentes perspectives dont ils sont porteurs et d'influencer le débat public, mais aussi dans le but de coordonner leurs fonctions régulatrices, qui donnent naissance à une juxtaposition de sphères normatives d'origine publique ou privée[22]. En effet, la gouvernance mondiale de l'Internet ne vise pas simplement à permettre la confrontation d'idéologies et d'intérêts divergents mais aussi la coordination des instruments régulatoires – de nature publique aussi bien que privée – qui

consacrent ces idéologies et soutiennent ces intérêts par le truchement d'une véritable régulation de l'Internet.

1. M. Hufty *et al*., *Jeux de gouvernance. Regards et réflexions sur un concept*, Institut universitaire d'études du développement, 2007, p. 14 ; P. Björk et H. Johansson, "Towards Governance Theory: In Search for a Common Ground", *IPSA Papers*, 2001.

2. Roderick Rhodes a théorisé six significations de gouvernance (la bonne gouvernance, la gouvernance d'entreprise, l'État minimal, la nouvelle gestion publique, les systèmes socio-cybernétiques et les réseaux auto-organisés), R. Rhodes, "The New Governance: Governing without Government", *Political Studies*, vol. 44, 1996, p. 652-653 ; Paul Hirst en a esquissé cinq (administration efficace, mécanisme de solution des problématiques transnationales, transparence et responsabilité des acteurs économiques, qualité du *new public management* et participation dans le processus démocratique), P. Hirst, "Democracy and Governance", *in* J. Pierre, *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 13-35 ; tandis que Jan Kooiman parvient à en énoncer douze, en ajoutant aux six rhodesiennes, l'autorégulation sociale, la gouvernance globale, le gouvernement économique, la pensée qui contre-pose la gouvernance au gouvernement, la gouvernance multi-niveau et la gouvernance participative : J. Kooiman, "Governance. A Social-Political Perspective", *in* J. R. Grote et B. Gbiki, *Partecipatory Governance*, 2002, p. 71-96.

3. Dans ce sens : J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *op. cit*., p. 204.

4. *Ibid*.

5. Notamment, le « terme d'ancien français gouvernance a d'abord été utilisé au XIII[e] siècle comme équivalent de « gouvernement » (art ou manière de gouverner) puis, à partir de 1478, pour désigner certains territoires du Nord de la France dotés d'un statut administratif particulier, avant de s'appliquer aussi, dans un contexte purement domestique, à la charge de gouvernante. C'est au XIV[e] siècle qu'il est passé dans la langue anglaise, donnant naissance au terme *governance* (action ou manière de gouverner) ». M. Oliveira Barata, *Gouvernance : étymologie du terme « gouvernance »*, 2002, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_en.pdf*

6. I. Biagiotti, « Gouvernance mondiale : discours, acteurs et processus de négociation – l'exemple du Protocole de Biosécurité », *Cahier du GEMDEV n° 29, Développement durable : quelles dynamiques ?*, oct. 2003, p. 45.

7. *Ibid*.

8. M. Oliveira Barata, *Gouvernance : étymologie du terme « gouvernance », op. cit.*

9. I. Biagiotti, « Les forums sociaux mondiaux : une application paradoxale de la doctrine de la participation », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 182, 2004/4, p. 591.

10. Dans ce sens : Conseil général de l'environnement et du développement durable, *La gouvernance concertée*, Rapport n° 006766-00, 30 mars 2010.

11. L'expression « citoyenneté active » fait référence à « la contribution effective à l'ensemble des décisions touchant la vie collective, que ce soit sous forme de mandats donnés à des représentants ou par la participation directe à la prise de décision publique ». *Ibid*., p. 6.

12. Notamment la convention d'Åarhus reconnaît que « dans le domaine de l'environnement, un meilleur accès à l'information et la participation accrue du public au processus décisionnel permettent de prendre de meilleures décisions et de les appliquer plus efficacement, contribuent à sensibiliser le public aux problèmes environnementaux, lui donnent la possibilité d'exprimer ses préoccupations et aident les autorités publiques à tenir dûment compte de celles-ci ». Par la suite, la convention définit les modalités d'accès aux informations de la part du public et les modalités de rassemblement et de diffusion des informations de la part des « autorités publiques ». *Convention d'Åarhus*, *op. cit*., art. 4 et 5.

13. B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, Ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, août 2008.

14. Notamment, l'article 6 de la convention d'Åarhus prescrit que la participation du public ait lieu « lorsque toutes les options et solutions sont encore possibles et que le public peut exercer une réelle ».

15. *Convention d'Åarhus*, *op. cit.*, art. 7.

16. *Ibid*., art. 8.

17. Dans ce but, le *Grenelle de l'environnement* établit une « gouvernance à 5 », associant cinq « collèges » qui représentent les élus locaux, les représentants de l'administration, les syndicats de salariés, les syndicats d'employeurs, et les associations de protection de l'environnement. L. Rossignol et L. Nègre, *Rapport d'information n° 290*, enregistré à la présidence du Sénat le 23 janv. 2013, p. 9.

18. Dans ce sens : Conseil général de l'environnement et du développement durable, *La gouvernance concertée*, *op. cit.* ; Organisation pur la coopération et le développement économique (OCDE), *Communiqué sur les principes applicables à la politique de l'Internet. Réunion à haut niveau sur l'économie Internet*, 28-29 juin 2011 ; United Nations Development Programme, *Multistakeholder Decision-Making: a Guidebook for Establishing a Multistakeholder Decision-Making Process to Support Green, Low-Emission and Climate-Resilient Development Strategies*, 2012.

19. Comme le souligne la mission commune d'information créée par le Sénat, fin 2013, « l'Internet ouvre un nouvel espace public de coexistence : c'est donc un espace essentiellement politique ». C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et*

nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet, Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information, 8 juill. 2014, p. 27.

20. Dans ce sens, voir n[os] 166 et s. ; n[os] 290 et s.

21. J.-P. Gaudin, *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Sciences Po, Paris, 2002, p. 129.

22. Dans ce sens, voir n[os] 166 et s.

SeCtiON **2**

Les « parties prenantes »

7 Comme nous l'avons souligné, la gouvernance se fonde sur l'interaction d'un ensemble hétéroclite de parties prenantes. Il semble donc approprié de s'interroger sur la nature de ces acteurs de la gouvernance.

L'expression « partie prenante » dérive de la locution anglaise *stakeholder* qui vise à définir toute personne physique ou morale prenant part aux processus délibératifs et décisionnels ayant lieu au niveau international, national ou local. La participation des différents *stakeholders* est donc justifiée par leur « intérêt » ou *stake* dans un processus donné. Dans ce travail, nous considérerons le terme « intérêt » comme la motivation économique ou politique, ou la valeur morale qui suscite l'attention d'un individu ou d'une organisation à l'égard d'un processus, conduisant ainsi à l'investissement de ressources spécifiques afin d'influencer les résultats du processus[1]. La coopération d'acteurs de nature différente revêt donc une fonction instrumentale afin de permettre aux pouvoirs publics et aux acteurs privés de « gérer leurs affaires communes[2] » dans une pluralité de « secteurs » ou *issue-areas*[3]. Ainsi, comme le relève Jacques Chevallier, la gouvernance implique « un décloisonnement entre public et privé[4] » en vertu duquel « les solutions consensuelles, reposant sur l'accord des différents acteurs, vont être systématiquement préférées aux formules de type autoritaire[5] ». Bien que la catégorisation de ces acteurs ne soit pas univoque et dépende des différents domaines faisant l'objet des processus délibératifs et décisionnels en question, on se doit de souligner l'existence de trois supercatégories principales de parties prenantes dans tout mécanisme gouvernantaliste : les acteurs publics, le secteur privé et la société civile[6].

Les acteurs publics peuvent être distingués en raison aussi bien du niveau territorial que du champ sectoriel dans lequel ils opèrent. Les gouvernements centraux des États peuvent être considérés comme les acteurs publics fondamentaux puisqu'ils peuvent donner naissance à un ample spectre de structures administratives étatiques, *infra*-étatiques et super-étatiques qui, à leur tour, peuvent être considérées comme des parties prenantes de nature publique. D'une part, les gouvernements nationaux ont la possibilité d'agir en tant que partie contractante au sein d'institutions

internationales et, parallèlement, ils peuvent décentraliser l'architecture administrative nationale en créant des unités administratives autonomes – à savoir des agences exécutives et des autorités de régulation[7]. D'autre part, les institutions internationales elles-mêmes peuvent être considérées comme des parties prenantes dans le cadre de processus gouvernantalistes mondiaux, tandis que les structures administratives nationales peuvent prendre part à des mécanismes de gouvernance aussi bien nationale qu'internationale. Ainsi, en raison de sa dimension territoriale, chaque processus est susceptible d'élargir ou de restreindre le spectre des pouvoirs publics pouvant être considérés comme des parties prenantes. Aussi, force est de souligner que les représentants élus sont généralement considérés comme des parties prenantes incontournables[8].

Le secteur privé est caractérisé par l'objectif essentiel de la maximisation du profit individuel et cette catégorie inclut l'ensemble « des sociétés, des fédérations d'entreprises, des associations d'employeurs et des groupes de pression des industriels[9] ».

La société civile, quant à elle, comprend une hétérogénéité de personnes et d'organisations opérant aussi bien au niveau national qu'international[10], dans « une sphère de la vie sociale qui serait publique mais non étatique, excluant donc tant les activités gouvernementales que commerciales[11] ». Ainsi, Christopher Eberhard met en exergue que la société civile « se définit généralement de manière principalement négative comme ce qui n'est pas la sphère étatique, le public, au sens large, et dans un sens plus restreint comme ce qui n'est pas non plus le marché, le privé[12] ». La société civile peut donc être vue comme l'« expression ultime de l'*affectio societatis*[13] », comprenant les ONG d'intérêt public, les syndicats et une variété d'associations promouvant des intérêts ou des idéaux particuliers. Les universitaires peuvent aussi être considérés comme faisant partie de la société civile, bien que parfois ils soient catégorisés séparément.

Comme nous le constaterons dans la première partie de ce travail, l'inclusion d'une diversité de parties prenantes dans le cadre de mécanismes délibératifs ou décisionnels n'est pas simplement le reflet d'une tendance à la recherche de solutions consensuelles mais souligne une évolution en profondeur de la légitimité même à participer à la délibération, à la prise de décision et, notamment, à l'élaboration d'instruments de régulation[14].

1. Dans ce sens, L. Belli, "A Heterostakeholder Cooperation for Sustainable Internet Policymaking", *Internet Policy Review*, vol. 4, nº 2, mai 2015, disponible sur *http://policyreview.info/node/364/pdf*

2. Dans ce sens : Commission on Global Governance, *Our Global Neighborhood. The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1995, p. 2.

3. P. Noël, « Théories des régimes, économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *Annuaire français de relations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 142.

4. Dans ce sens : J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *op. cit.*, p. 207.

5. *Ibid.*

6. M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, nov. 2004, p. 5.

7. Voir n[os] 112 et s.

8. Dans ce sens : B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit.* ; M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit*.

9. M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit.*, p. 5.

10. Dans ce sens : S. Khilnani, « La "société civile", une résurgence », *Critique internationale*, n° 10, janv. 2001 ; B. Pouligny, « Une société civile internationale ? », *Critique internationale*, n° 13, 2001.

11. *Rapport du groupe de personnalités éminentes sur les relations entre l'Organisation des Nations unies et la société civile*, Doc. A/58/817, 11 juin 2004, p. 15.

12. C. Eberhard, « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *RIEJ*, vol. 62, 2009, p. 134-136.

13. *Ibid*.

14. Voir n[os] 47 et s.

SeCtiON **3**

La régulation

8 La régulation est la fonction qui vise à « maintenir en équilibre et [à] assurer le fonctionnement correct d'un système[1] » dans le cadre duquel agit une pluralité d'acteurs indépendants, qui interagissent de façon désordonnée, animés par des raisons différentes et souvent divergentes. En ce sens, Jacques Chevallier remarque que la régulation constitue « un élément clé de la théorie générale des systèmes[2] » qui peut être considéré comme « l'ensemble des processus par lesquels les systèmes cherchent à maintenir leur "état stationnaire[3]" » ; tandis que Marie-Anne Frison-Roche souligne que la régulation « peut se percevoir comme l'ensemble des instruments corrélés entre eux ayant vocation à engendrer et à maintenir des équilibres là où les seules forces en présence ne les produisent pas[4] ».

Ainsi, comme nous le mettrons en évidence, cette équilibration systémique peut être atteinte par le biais d'une diversité d'outils régulatoires qui peuvent avoir une origine publique et une nature juridique ou administrative, mais qui peuvent également avoir une origine privée ou hybride et une nature technique ou contractuelle. L'« outillage juridique » de la régulation surmonte donc la distinction entre droit public et droit privé[5] dans un but d'efficacité. L'objectif d'équilibrer efficacement un système donné, ou d'harmoniser les actions des agents qui opèrent dans un secteur du marché, favorise le glissement du schéma « monolithique pyramidal », que caractérise l'État moderne, vers une architecture normative polycentrique dans le cadre de laquelle les pouvoirs publics sont côtoyés par des entités non étatiques dans l'exercice de la fonction de régulation. Dans ce sens, Joseph Nye a mis en lumière l'existence d'un phénomène de « diffusion » des activités jadis monopole du gouvernement central vers d'autres niveaux

de gouvernement ainsi que vers des acteurs du marché et des acteurs privés non-marchands[6]. Ce phénomène donne lieu à une véritable « normativité sociale[7] » qui prolifère en raison des défaillances[8] et de « l'inadéquation à la réalité du vieux modèle statocentrique[9] ». L'activité régulatrice d'origine publique est donc complétée – ou parfois concurrencée – par des mécanismes autorégulatoires, dans le cadre desquels les auteurs et les destinataires de la régulation coïncident, ainsi que par des modèles de régulation contractuelle[10]. Ainsi, la régulation peut être vue comme l'ensemble des instruments juridiques ou techniques qui permettent à une entité publique ou privée de « maintenir l'équilibre général[11] » entre les éléments qui composent un système, favorisant donc son bon fonctionnement.

La diffusion de la régulation prône donc l'adoption de solutions régulatoires en vertu de leur efficacité[12], supportée par des arguments scientifiques et des données empiriques[13], ainsi qu'en raison d'un mécanisme ouvert à la participation d'une hétérogénéité de parties prenantes à l'élaboration de telles solutions. Ainsi, l'efficacité de la solution régulatoire doit être considérée, non seulement, comme l'objectif ultime de la régulation mais aussi comme une véritable source de légitimité des entités qui élaborent les instruments mêmes de régulation. Comme nous l'attesterons dans la première partie de ce travail, une telle argumentation semble être à la base de l'utilisation d'instruments de *soft law* – notamment, la normalisation, la régulation contractuelle et la standardisation technique – dans le cadre d'une gouvernance multi-acteur et multi-niveau de l'Internet[14]. En ce sens, depuis la fin des années 1990, plusieurs auteurs[15] ont mis en lumière l'existence d'une véritable régulation de nature technique de l'Internet – une *lex informatica*[16] constituée de standards et de protocoles informatiques et mise en œuvre par voie logicielle – en mesure de réguler l'environnement numérique, de façon largement plus efficace que la *lex* traditionnelle, en vertu de sa capacité à façonner la structure même d'un tel environnement[17].

Aussi, nous remarquerons que le même but d'efficacité engendre le désir de « mieux légiférer[18] » dans le cadre de la gouvernance européenne, où les pouvoirs publics assument un rôle de garants ultimes des grands équilibres de marché, tout en favorisant l'adoption d'approches autorégulatoires ou corégulatoires caractérisées par une majeure souplesse et censées s'adapter plus aisément aux évolutions dynamiques du marché.

1. Définition de la « régulation » disponible dans *Le Nouveau Petit Robert*, Dictionnaires Le Robert, Paris, 2007, p. 2170.

2. J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Droit et sociétés*, nº 49, mars 2001, p. 828.

3. *Ibid*.

4. M.-A. Frison-Roche, « Le droit, source et forme de régulation mondiale », *in* P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, 2002, p. 314.

5. Dans ce sens : F. Cafaggi, « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *EUI Working Paper LAW*, nº 2005/06 ; M.-A. Frison-Roche (ss. la dir.), *Les régulations économiques – Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004.

6. J. S. Nye, "Information Technology and Democratic Governance", *in* E. C. Kamarck et J. S. Nye (ss. la dir.), *Governance.com: Democracy in the Information Age*, Brookings Institution Press, 2004.

7. G. Timsit, « La régulation. La notion et le phénomène », *RF adm. publ*., nº 109, janv. 2004, p. 8.

8. Dans ce sens, Gérard Timsit souligne que la prolifération de la régulation se manifeste à travers « trois types de phénomènes, correspondant à trois types de crises : l'une, qui tient pour l'essentiel aux défaillances du marché : elle affecte principalement le modèle concurrentiel de la normativité spontanée ; l'autre, fondée sur le constat généralisé de l'incapacité de la puissance publique à décider et agir efficacement : elle tient aux déficiences de la hiérarchie à concevoir et mettre en œuvre des politiques et affecte le modèle bureaucratique de la normativité imposée ; la dernière, enfin, qui résume et englobe les deux précédentes et affecte l'un et l'autre des deux modèles – de la normativité spontanée et de la normativité imposée : elle s'analyse en un déficit de légitimité ». *Ibid*.

9. Dans ce sens, Gérard Timsit remarque quela régulation est fréquemment conçue comme un « moyen de pallier les déficiences de la hiérarchie » du modèle étatique traditionnel. *Ibid*.

10. Dans ce sens : F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *RF adm. publ*., nº 109, janv. 2004, p. 28.

11. Dans ce sens : O. Favereau, « La procéduralisation du droit et la théorie économique », *in* P. Coppens et J. Lenoble (ss. la dir.), *Démocratie et procéduralisation*, Bruylant, Bruxelles, 2000, p. 158.

12. Voir nos 150 et s.

13. Voir nos 98 et s.

14. Voir nos 166 et s. ; nos 290 et s.

15. L. Lessig, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harward Law Review*, nº 113, 1999 ; *id*., *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, 2006 ; J. R. Reidenberg, "Governing Networks and Cyberspace Rule-Making", *Emory Law Journal*, vol. 45 ; *id*., "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review*, vol. 76, nº 3, févr. 1998.

16. Voir nos 176 et s.

17. *Ibid*.

18. Commission européenne, *L'initiative « Mieux légiférer » expliquée simplement*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, 2006, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_fr.pdf*

SeCtiON **4**

L'Internet

9 Au cours de ce travail de recherche, nous mettrons en lumière que l'Internet est un ensemble de réseaux électroniques hétérogènes fondés sur des principes architecturaux communs. Les principes qui régissent l'organisation et le fonctionnement de cette hétérogénéité de réseaux n'ont « pas été couchés par écrit pendant les vingt-cinq premières années[1] » de l'histoire – et de la préhistoire – de l'Internet qui a donné lieu à une interconnexion mondiale en vertu de règles coutumières non codifiées. Ainsi, nous démontrerons que cette « constitution coutumière[2] » de l'Internet s'inscrit dans l'architecture technique de cette interconnexion mondiale de réseaux dont le but est la « connectivité universelle[3] », dont l'outil fondamental est le « protocole Internet »[4] ou *Internet Protocol* (IP) et dont l'intelligence est décentralisée aux extrémités dans les machines terminales. L'Internet est donc défini comme « le réseau public mondial de transmission des données acheminées par le protocole IP depuis toutes les adresses associées à ce réseau. Il comprend, aujourd'hui, des réseaux "fixes" et des réseaux "mobiles", ces derniers permettant de se connecter depuis des terminaux mobiles[5] ». Dans ce sens, nous mettrons en exergue que l'interopérabilité[6] de l'hétérogénéité

des systèmes autonomes qui composent l'Internet – soient-ils des systèmes techniques ou des systèmes juridiques – représente une condition essentielle à la connectivité universelle, objectif ultime du réseau Internet.

L'Internet est donc le réseau des réseaux fondé sur une architecture diffusée dont l'interopérabilité est assurée, notamment, par l'utilisation du protocole IP et sur une connexion de « bout à bout[7] » ou *end-to-end* en vertu de laquelle les utilisateurs aux « extrémités » du réseau sont en réalité au centre de l'environnement numérique, ayant le pouvoir « de rechercher, de recevoir et de répandre des informations et des idées de toute espèce, […] sans considération de frontières, par tout moyen de son choix[8] ». Dans ce sens, Eben Moglen souligne que l'Internet ne doit pas être vu simplement comme une chose mais que, bien au contraire, il peut être considéré comme une véritable « condition sociale[9] » qui consiste en la situation dans laquelle tout individu est connecté directement à tout autre individu, dans le cadre d'une « société en réseau[10] ».

Ainsi, l'architecture logique de l'Internet – délinéée par des lignes de « code informatique » qui implémentent les logiciels et qui permettent le fonctionnement des ordinateurs – est donc douée d'une véritable normativité et, comme nous le mettrons en lumière[11], elle revêt un rôle instrumental à la pleine jouissance des droits des internautes. Ainsi, comme nous avons pu le lire sous la plume de Lawrence Lessig, le cyberespace « possède lui aussi son propre régulateur. […] Ce régulateur, c'est le code : le logiciel et le matériel qui font du cyberespace ce qu'il est. Ce code, ou cette architecture, définit la manière dont nous vivons le cyberespace. Il détermine s'il est facile ou non de protéger sa vie privée ou de censurer la parole. Il détermine si l'accès à l'information est global ou sectorisé. Il a un impact sur qui peut voir quoi ou sur ce qui est surveillé[12] ». Comme nous l'indiquerons, une pluralité de sphères normatives se juxtaposent dans l'environnement internautique et sont susceptibles de façonner la structure même de l'Internet et, par conséquent, le spectre de comportements des internautes. Dans ce sens, nous remarquerons que le développement et le fonctionnement de l'Internet se fondent sur l'activité d'une pluralité d'« intermédiaires[13] » non étatiques qui contribuent activement à réguler les différentes « couches » de l'architecture internautique. Pour cette raison, ils revêtent un rôle incontournable dans le cadre de la gouvernance de l'Internet[14]. Toutefois, force est de souligner qu'en dépit de leur rôle incontournable dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, le comportement de ces acteurs peut être façonné par la régulation étatique, ou celle élaborée par des entités intergouvernementales, ayant la possibilité de soumettre les intermédiaires privés à la puissance publique.

Au cours de ce travail de recherche, nous essayerons donc de démontrer l'intérêt d'un nouveau paradigme en réseau afin de saisir les rôles et les interactions d'une pluralité d'acteurs pouvant directement réguler des

composants d'un même environnement internautique. Comme nous le soulignerons, l'évolution vers un tel paradigme semble déjà être consacrée par un groupe d'institutions qui revêtent un rôle essentiel dans la gouvernance mondiale de l'Internet[15], étant en mesure de réguler l'architecture logique internautique[16], d'encadrer le marché mondial des noms de domaine[17] et de favoriser la coordination des politiques publiques concernant l'Internet[18]. En effet, le recours à des processus participatifs, multi-parties prenantes, semble être nécessaire afin de pouvoir élaborer des solutions régulatoires durables, qui soient à la fois adaptées à l'environnement numérique et acceptées par les parties impliquées. Dans ce sens, nous mettrons en lumière que le processus « habermassien », par le biais duquel la « communauté technique » élabore la *lex informatica*[19], est susceptible d'être exploité afin d'élaborer de véritables « modèles régulatoires[20] » dans le but d'encadrer des composantes spécifiques de la gouvernance internautique.

Le glissement vers un paradigme réticulaire multi-parties prenantes se base sur le constat de l'émergence de nouvelles « sources de pouvoir[21] », en dehors des pouvoirs publics, et vise à inclure les « entités » qui détiennent un tel pouvoir dans le cadre de processus collaboratifs. Comme nous l'attesterons, il est essentiel qu'une telle gouvernance se fonde sur un processus ouvert et transparent, garantissant non seulement la « pleine participation[22] » mais aussi la responsabilité des différentes parties impliquées et les *checks and balances*[23] nécessaires à une gouvernance démocratique de l'Internet capable de produire une régulation efficace d'une « ressource mondiale qui devrait être gérée dans l'intérêt public[24] », tout en promouvant sa « valeur de service public[25] ».

En effet, bien que l'existence d'une pluralité de centres de régulation non étatiques impose une reconfiguration du rôle des pouvoirs publics dans la perspective d'un paradigme collaboratif et corégulatoire postmoderne[26], une telle évolution ne doit pas impliquer une « privatisation absolue de la gouvernance de l'Internet[27] » susceptible de compromettre la valeur de service public de l'Internet. Dans ce sens, Lawrence Lessig met en garde que lorsque « l'État se retire, la place ne reste pas vide. Les intérêts privés ont des objectifs qu'ils vont poursuivre. […] Quand les intérêts gouvernementaux sont écartés, d'autres intérêts les remplacent. Les connaissons-nous ? Sommes-nous sûrs qu'ils sont meilleurs[28] ? »

1. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet, RFC 1958,* juin 1996, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt*

2. Voir n[os] 181 et s.

3. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet, RFC 1958, op. cit.*

4. Comme nous le mettrons en lumière, le protocole Internet est la norme fondamentale en vertu de laquelle les données peuvent être adressées au niveau global, en localisant toute « machine terminale » connectée par le biais d'un système d'adressage unique. Voir n[os] 181 et s.

5. Autorité de régulation des communications électroniques et des postes (ARCEP), *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet*, sept. 2012, p. 14.

6. L'interopérabilité est une caractéristique essentielle de l'Internet. Au sens de la décision 2004/387/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004, « l'interopérabilité est la capacité qu'ont les systèmes des technologies de l'information et de la communication (TIC), ainsi que les processus de fonctionnement qu'ils permettent, d'échanger

des données et de permettre le partage des informations et des connaissances ». Dans ce sens la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a réitéré que l'interopérabilité doit être définie comme « la capacité […] d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement ces informations, et ce afin de permettre à chacun desdits produits logiciels de fonctionner de toutes les manières prévues ». CJUE, *Microsoft Corporation c/ Commission des communautés européennes*, aff. T-201/04 – A. du tribunal (grande chambre), 17 sept. 2007, § 225. Dans le même sens, la Cour de cassation a arrêté que « l'interopérabilité est la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ». Cass. 1re civ., 20 oct. 2011, no 975 (10-14.069).

7. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *RFC 1958*, *op. cit.*

8. *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, conclu à New York, 16 déc. 1966, art. 19.

9. E. Moglen, "Anarchism triumphant: Free Software and the Death of Copyright", *First Monday*, vol. 4, no 8, 2 août 1999.

10. *Ibid*.

11. Voir nos 220 et s.

12. L. Lessig, "Code is Law – On Liberty in Cyberspace", *Harvard Magazine*, janv. 2000, disponible sur *www.framablog.org/index.php/post/2010/05/22/code-is-law-lessig*

13. Dans ce sens, l'OCDE considère en tant qu'intermédiaires : les fournisseurs d'accès Internet (FAI) ; les fournisseurs de traitement de données et d'hébergement Web, y compris les registraires de noms de domaine ; les moteurs et portails de recherche Internet ; les intermédiaires du commerce électronique ; les systèmes de paiement sur l'Internet ; et les plateformes participatives, comprenant les plateformes d'édition et de diffusion. OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet. Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, OECD Publishing, 2011, p. 10.

14. Voir nos 188 et s.

15. Voir nos 166 et s.

16. Voir nos 200 et s.

17. Voir nos 294 et s.

18. Voir nos 426 et s.

19. Voir nos 176 et s.

20. Voir nos 426 et s.

21. C. Hardy et N. Phillips, "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *Organization Science*, no 9, mars/avr. 1998, p. 217-230. Aussi, dans ce sens : J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *Public Administration Review*, vol. 72, no 3, 2012, p. 409-417.

22. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, adoptée par le Comité des ministres, 21 sept. 2011 ; SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 48.

23. Dans ce sens : C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, Rapport d'information enregistré à la présidence du Sénat, 8 juill. 2014.

24. *NETmundial Multistakeholder Statement*, 24 avr. 2014, disponible sur *http://NETmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf*

25. Dans ce sens, force est de souligner que depuis 2007 le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a recommandé aux États membres la promotion de la valeur de service public de l'Internet, en « soutenant les droits de l'Homme, la démocratie et l'État de droit […] et en promouvant la cohésion sociale, le respect de la diversité culturelle et la confiance ; en délinéant clairement les rôles et les responsabilités des principales parties prenantes au sein de cadres juridiques et réglementaires ; en encourageant le secteur privé à développer, lorsqu'il y a lieu et en coopération avec d'autres parties prenantes, de nouvelles formes d'autorégulation et de corégulation ouvertes et transparentes et sur la base desquelles des comptes puissent être rendus pour les acteurs principaux » et à contribuer au développement « des politiques publiques visant à compléter l'action des forces du marché lorsque celles-ci sont insuffisantes ». Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, *op. cit.*

26. Dans ce sens : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, chap. 1 : « La reconfiguration des appareils d'État ».

27. C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, *op. cit.*, p. 157.

28. L. Lessig, "Code is Law – On Liberty in Cyberspace", *op. cit.*

SeCtiON **5**

Problématique et plan

10 Ce travail vise à contribuer à l'analyse des théories de la gouvernance et de la régulation[1], en soulignant le lien existant entre ces deux concepts, par le biais de l'observation de leurs manifestations dans le cadre de l'environnement internautique. Dans ce sens, l'analyse de l'évolution du réseau Internet sera essentielle afin de mettre en lumière l'affirmation de différents mécanismes de gouvernance de l'Internet en mesure de produire des instruments d'autorégulation technique, de régulation privée et des politiques publiques grâce à des processus participatifs impliquant une pluralité de *stakeholders*. Ce travail de recherche repose sur la thèse selon laquelle ces processus peuvent être reproduits afin d'élaborer des modèles réglementaires qui peuvent être adoptés en vertu de leur efficacité ou qui peuvent inspirer les législateurs et régulateurs nationaux afin de promouvoir l'« interopérabilité » des différents systèmes juridiques au sein desquels s'articule l'Internet.

Cette thèse a été mise en œuvre concrètement par l'auteur de ce travail, qui a coordonné l'élaboration multi-partiel prenantes d'un modèle de cadre sur la neutralité de l'Internet qui a inspiré le Parlement européen et le Conseil de l'Europe. Notamment, force est de souligner que la définition de neutralité du Net ainsi que plusieurs éléments consacrés par le modèle de cadre ont été inclus dans la première lecture du Règlement UE établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté – devenu Règlement UE du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert – et ont été entérinés dans la recommandation CM/Rec (2016) du Comité des Ministres aux États-membres sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée en lien avec la neutralité du réseau. Cela démontre donc la possibilité concrète d'utiliser des modèles régulatoires en tant que standards visant à stimuler l'adoption de règles communes dans des systèmes juridiques différents.

Dans un premier temps, nous mettrons en exergue l'intérêt de l'utilisation du concept de gouvernance afin de saisir les dynamiques d'un environnement polycentrique et caractérisé par le pluralisme normatif, tel que l'environnement internautique. Dans ce sens, nous analyserons les différentes dimensions des concepts de gouvernance et de régulation afin de pouvoir exploiter ces concepts et de saisir ainsi les interactions entre les différents acteurs exerçant une fonction de régulation sur les diverses composantes du réseau Internet. Dans un second temps, nous explorerons l'institutionnalisation de la gouvernance mondiale de l'Internet, en

mettant en avant le mécanisme, favorisant la participation d'une pluralité de *stakeholders* dans l'administration cyberterritoriale du DNS de l'Internet ; et, subséquemment, en mettant en évidence l'intérêt d'une approche multi-parties prenantes dans le but de permettre la coordination des différentes sphères normatives qui concernent l'environnement internautique ainsi que l'élaboration de « modèles réglementaires » par le biais d'une approche participative.

Dans ce but, ce travail a été conçu en associant à la recherche théorique une approche pratique qui consiste dans l'observation participative. Notamment, par le biais de la participation aux éditions globales, régionales et nationales du Forum sur la gouvernance de l'Internet, la réalisation d'un stage au sein du Secrétariat du Forum sur la gouvernance de l'Internet des Nations unies ; la réalisation d'un stage et le travail comme consultant et comme agent au sein de l'Unité sur la gouvernance de l'Internet du Conseil de l'Europe ; et la participation aux programmes des Leaders de la Nouvelle Génération et des Ambassadeurs de l'IGF, organisés par l'Internet Society.

1. Les lecteurs qui estiment avoir une connaissance solide des concepts de gouvernance et de régulation, peuvent se considérer dispensés de la lecture du premier chapitre de la première partie et sont invités à aborder directement la lecture du second chapitre. Voir n[os] 166 et s.

La gouvernance : paradigme multi-parties prenantes dans un environnement pluraliste

Partie 1

11 Dans la première partie de ce travail de recherche, nous analyserons les caractéristiques de la gouvernance et de la régulation afin de pouvoir exploiter ces notions pour saisir les dynamiques du pluralisme normatif internautique. Notamment, nous soulignerons le fondement de la notion de « gouvernance » dans l'inclusion et la participation d'une pluralité de *stakeholders* et de groupes d'intérêt[1], dans la formulation et dans la mise en œuvre de politiques publiques ainsi que d'instruments régulatoires. Ainsi, dans le but de renforcer leur efficacité et leur légitimité, les mécanismes de délibération et d'élaboration de décisions s'ouvrent à la participation de *stakeholders* de nature différente, non seulement pour permettre à ces acteurs d'exercer leurs libertés d'expression et d'information, mais aussi en raison de nouvelles formes de légitimité dont ces sujets jouissent. Dans ce sens, nous mettrons en lumière qu'à la différence des pouvoirs publics, dont la légitimité repose sur le rôle qu'ils revêtent au sein de la bureaucratie légale-rationnelle wébérienne[2], les *stakeholders* non étatiques assoient leur légitimité sur leur capacité à créer un consensus autour d'eux-mêmes en prônant des idéaux ou des valeurs communes, ou sur le contrôle qu'ils exercent sur des ressources spécifiques[3].

1. Un groupe d'intérêt peut être vu comme « une entité organisée qui cherche à influencer les pouvoirs publics et les processus politiques dans un sens favorable à ses intérêts ». E. Grossman, « Lobbying et vie politique », *Problèmes politiques et sociaux*, nº 918, La Documentation française, nov. 2005. Aussi, pour une analyse approfondie du concept de groupe d'intérêt : G. Courty, *Les groupes d'intérêt*, La Découverte, coll. « Repères », 2006 ; E. Grossman et S. Saurugger, « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *Politique européenne*, L'Harmattan, nº 7, mars 2002, p. 5-17 ; H. Michel, « Le droit comme registre d'Européisation d'un groupe d'intérêt », *Politique européenne, op. cit.*, p. 19-42.

2. Voir nos 36 et 37.

3. Voir nº 55.

12 Dans le premier chapitre, nous soulignerons l'implication d'acteurs non étatiques dans des mécanismes de gouvernance participative. Il sera alors souligné que ces efforts multi-parties prenantes ne visent pas simplement à enrichir les processus délibératifs et décisionnels publics, mais qu'ils témoignent de l'émergence de nouveaux « foyers normatifs[1] » au sein desquels des instruments de *soft law* sont élaborés par le biais d'un effort collaboratif. D'une part, la participation *multistakeholder* revêt un rôle instrumental afin de pouvoir réguler des secteurs dont la complexité impose l'élaboration d'actes hautement techniques[2]. Dans ce sens, l'intégration d'une pluralité d'expertises fournies par les « porte-parole d'intérêts particuliers[3] » est susceptible de renforcer l'efficacité de la légifération et de la régulation administrative[4] dans des secteurs techniques, tout en corroborant la légitimité de l'acte législatif en vertu de l'adhésion des parties intéressées à son processus d'élaboration. D'autre part, les outils de la *soft law*, issus de nouveaux « foyers normatifs » multi-parties prenantes se révèlent particulièrement utiles afin d'encadrer des enjeux de nature technoscientifique par le biais d'un processus de diffusion transnationale[5] favorisant l'émergence de « régimes internationaux[6] » dans un système international essentiellement « anarchique[7] ». Notamment, un tel processus

est à la base d'une pluralité de mécanismes autorégulatoires par le biais desquels les normes techniques et les standards sont élaborés dans un cadre participatif. Ils sont subséquemment adoptés par les acteurs d'un système donné en vertu de leur efficacité[8]. Enfin, ils peuvent acquérir une véritable force contraignante due au fait que l'utilisation d'un standard représente une condition d'inclusion ou d'accès à un système, à un réseau ou à un marché[9].

1. J.-A. Arnaud, *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et postmondialisation*, LGDJ, Paris, 2003.

2. Voir n^{os} 93 et s.

3. Dans ce sens : G. Hermet, *Nous sommes en 1775. Gouvernance et après-démocratie*, Catholica, 2005, p. 13.

4. Nous mettrons en exergue que l'élaboration d'instruments régulatoires efficaces et scientifiquement justifiés est à la base de la création des agences de régulation qui sont des entités administratives « caractérisées par la technicité, l'impartialité et l'indépendance à la fois des pouvoirs politiques et économiques ». Voir n^{os} 125 et s.

5. Voir n^{os} 78 et s.

6. Le concept de « régime international » est issu de la théorie de l'économie politique internationale et, comme le souligne Pierre Noël, « est employé pour désigner des réalités *a priori* très différentes [telles que] les institutions économiques issues de Bretton Woods, l'organisation du marché pétrolier qui prévalait jusqu'au début des années soixante-dix, l'Union européenne […]. L'objet principal des théories des régimes demeure toutefois la coopération interétatique en matière de gestion de l'économie mondiale ». P. Noël, « Théories des régimes, économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *op. cit*., p. 141-142. Selon Stephen Krasner les « régimes internationaux » doivent être considérés comme des ensembles de « principes, normes, règles, et procédures de décisions autour desquels convergent les anticipations des différents acteurs ». S. D. Krasner, (ss. la dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca et Londres, 1983.

7. L'approche « réaliste » des relations internationales considère le système international comme décentralisé et anarchique, par opposition aux systèmes politiques internes qui sont considérés comme centralisés et hiérarchiques. Une telle conception repose sur une structure westphalienne au sens de laquelle les États sont des entités souveraines et l'acceptation de la souveraineté étatique fait en sorte que le système international soit essentiellement anarchique, en l'absence d'autorité supérieure à la souveraineté étatique. E. H. Carr, *The Twenty Years's Crisis 1919-1939*, New York, l964 ; H. J. Morgenthau, *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, New York, 1950.

8. Voir n^{os} 150 et s.

9. Dans le domaine des TIC, par exemple, les standards « *have unique features, particularly because of the strength of network effects that make these standards most difficult to change* ». C. Vincent et J. Camp, "Setting Standards: Looking to the Internet for Models of Governance", *Ethics and Information Technology*, vol. 6, n^{o} 3, 2004, p. 161-174.

13 Comme nous le mettrons en exergue au fil du second chapitre de cette partie, un tel mécanisme autorégulatoire multi-parties prenantes est à la base de l'élaboration des standards qui façonnent l'architecture logique de l'Internet et qui définissent les règles d'interconnexion[1] permettant l'interopérabilité et la compatibilité des différents réseaux électroniques qui le composent. Le développement de cette autorégulation technique au sein de la « communauté Internet », et en dehors du contrôle étatique, détermine la montée en puissance de vecteurs normatifs de nature essentiellement privée. La validité et l'observance au niveau transnational de ces derniers ne se fondent pas sur le pouvoir légal-rationnel wébérien mais sur l'efficacité prouvée et sur leur processus d'élaboration consensuelle[2]. Dans ce sens, nous mettrons en lumière que le processus d'élaboration de la *lex informatica* met en œuvre l'« impératif délibératif » habermassien selon lequel la norme est légitime seulement lorsqu'elle découle « d'un processus de délibération inclusif et équitable, auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement[3] ».

1. V. Cerf, *The Catenet Model for Internetworking*, IEN 48, juill. 1978, disponible sur *www.rfc-editor.org/ien/ien48.txt*

2. Dans ce sens, nous mettrons en exergue que la validité de la *lex informatica* se fonde sur le « consensus approximatif et en un code qui fonctionne » ou *rough consensus and running code*. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, 2012, disponible sur *www.ietf.org/tao-translated-fr.html*

3. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*

14 L'analyse du pluralisme normatif informatique nous permettra de souligner la valeur normative de la *lex informatica* tout en remarquant que l'architecture technique de l'Internet est intimement liée à des principes juridiques[1]. Dans ce sens, nous remarquerons l'existence d'une véritable « hiérarchie des normes informatiques », au sommet de laquelle se trouvent les protocoles TCP et IP qui garantissent l'interopérabilité et la communication interréseautique, en organisant l'acheminement de tout type de données au travers de l'Internet[2]. Parallèlement, nous remarquerons que l'architecture *end-to-end* de l'Internet est organisée sur la base d'un principe de subsidiarité qui prône la délocalisation des fonctions de traitement des informations dans les extrémités du réseau, stimulant donc la participation et l'autodétermination des usagers. En effet, cette architecture ouverte, distribuée et générative *by design*[3] fait en sorte que l'Internet soit un réseau polyvalent, dont le but est choisi et défini par l'usager, au lieu d'être prédéterminé par l'opérateur du réseau.

1. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, The MIT Press, Cambridge, 2009 ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, Basic Books, New York, 2006 ; F. Massit-Folléa, "Standards Agreements and Normative Collisions in Internet Governance", *in* F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, 2012.

2. Voir n[os] 181 et s.

3. *Ibid.*

15 Toutefois, nous soulignerons qu'en dépit de l'architecture *end-to-end* de l'Internet, toute transmission de données ayant lieu par le biais de ce réseau des réseaux dépend de l'action d'une pluralité d'intermédiaires qui établissent des relations avec les usagers à travers des régulations contractuelles. Ces acteurs de nature privée revêtent un rôle essentiel dans l'environnement internautique, puisqu'ils « rendent accessibles, hébergent, transmettent et indexent les contenus provenant de tierces parties ou fournissent des services reposant sur l'Internet[1] ». Ainsi, en vertu de leur possibilité de réguler contractuellement et de définir la structure technique des éléments logiciels ou infrastructurels qui composent l'Internet, les intermédiaires Internet acquièrent une position de contrôle[2] instrumentale afin de mettre en œuvre le droit national dans des environnements numériques transnationaux.

1. OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet. Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, *op. cit.*

2. J. Zittrain, "Internet Points of Control", *Boston College Law Review*, vol. 44, 2003.

16 Dans cette première partie, nous allons donc analyser l'émergence d'un paradigme gouvernantaliste multi-parties prenantes dont l'écosystème

internautique offre une représentation quasi paroxystique. La nature décentralisée, et dépourvue de frontières, du réseau Internet met en relation une hétérogénéité d'acteurs géographiquement localisables au sein de cyberespaces a-territoriaux, stimulant l'émergence de nouveaux instruments régulatoires capables de déployer leur efficacité dans un environnement transnational.

CHaPitre 1

Une gouvernance multi-parties prenantes pour une régulation efficace

« La gouvernance est la somme des pratiques par lesquelles individus et institutions, tant privés que publics, gèrent leurs affaires communes. C'est un processus continu par lequel les conflits d'intérêts peuvent être surmontés et une démarche coopérative mise en œuvre. »

Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

17 La première exigence de tout travail concernant la gouvernance est la délinéation des caractéristiques de ce concept et de ses champs d'application, afin de pouvoir saisir les raisons et les buts de son usage. Une telle démarche se révèle, en effet, primordiale afin de pouvoir comprendre la notion de « gouvernance » et de ne pas se laisser fourvoyer par l'indéniable hétérogénéité des significations qui peuvent être associées à ce « mot-valise[1] ».

1. Dans ce sens, Angela Iacovino souligne que « dans le milieu administratif, juridique, économique et politique, on parle de gouvernance avec des significations et des implications différentes, en fonction des diverses échelles territoriales et de celles d'intervention : de la gouvernance locale à la gouvernance mondiale, à celle promue par les États ou par des groupes multinationaux ; elle peut donc avoir une nature publique, privée ou mixte ; et les sujets impliqués peuvent être les agences ou les autorités de garantie des droits individuels et de citoyenneté ou de pondération des intérêts qui se réfèrent aux droits sociaux ; mais aussi des ONG, des organisations du secteur tertiaire et des entités telles que le Fonds monétaire international [FMI], l'Organisation mondiale du commerce [OMC], l'United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization [UNESCO] […] » [traduction libre]. A. Iacovino, *Teorizzare la Governance. Governabilità ai tempi del globale*, *op. cit.*, p. 28.

18 Dans la première section de ce chapitre, nous mettrons en exergue l'intérêt de cette notion dans le souci d'interpréter les mécanismes de participation et de coordination multi-parties prenantes qui se propagent dans un contexte de décentralisation et de stratification de l'exercice du pouvoir. Après avoir délinéé le glissement d'un modèle idéal-typique pyramidal vers un paradigme réseautique, nous considérerons le prisme de la gouvernance

sous ses différentes facettes. Notamment, nous essayerons de mettre en lumière les origines de ce concept, issu de la théorie économique de la gouvernance d'entreprise et ayant acquis, par la suite, un lien indissociable avec les principes de la transparence, de l'imputabilité et de la participation.

19 Par la suite, nous tenterons d'illustrer les modalités de mise en œuvre de la gouvernance en mettant en avant ses différentes déclinaisons dans le cadre international ou national. Dans ce sens, au cours de la deuxième section de ce chapitre, nous analyserons le glissement d'un paradigme normatif monolithique vers un pluralisme juridique[1] favorisé par la diffusion d'outils d'autorégulation technique issus directement de la communauté de sujets concernés par leur application. L'examen des dynamiques de la gouvernance et de ses vecteurs de diffusion nous permettra donc de saisir les raisons pour lesquelles ce phénomène se révèle particulièrement utile, afin d'interpréter le pluralisme normatif internautique qui fera l'objet du second chapitre de la première partie de ce travail.

1. Jean-Guy Belley souligne que : « Considérée du strict point de vue logique, la notion de "pluralisme juridique" peut se concevoir sans rapport nécessaire avec l'existence de l'État. À l'encontre d'une conception moniste du droit, elle suggère fondamentalement qu'il existe au sein d'une société, une pluralité de cadres sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par la présence de l'État. Elle signifie que la centralisation du droit par une instance de pouvoir donnée, étatique ou autre, garde toujours un caractère relatif. » J. G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *Sociologie et sociétés*, vol. 18, nº 1, 1986, p. 12.

SeCtiON **1**

Une organisation polycentrique

20 Dans le souci de comprendre les exigences qui stimulent le besoin de gouvernance et les dynamiques sur la base desquelles ce phénomène s'articule, on se doit de prendre conscience, d'une part, de l'implication d'une pluralité d'acteurs non étatiques dans l'élaboration des politiques publiques – à la fois au niveau national et international – et, d'autre part, de la manifestation au niveau national de phénomènes issus du niveau supranational. En effet, dans « un contexte de mondialisation[1] », les frontières nationales font preuve d'une certaine porosité qui favorise le développement de nouvelles instances de concertation et de régulation[2] transnationales visant à élaborer des solutions appropriées afin d'adresser « les conséquences d'une interdépendance globalisée[3] ». Celle-ci est particulièrement évidente dans des domaines tels que la sécurité, la protection environnementale, la régulation bancaire et financière, la régulation des réseaux de télécommunication, la protection de la propriété intellectuelle, etc.[4].

1. À ce sujet, Jacques Caillosse affirme que « les droits nationaux s'interpénètrent, […], s'ouvrent aux influences supranationales, et les modes de pensée juridique tendent, logiquement, du fait d'hybridations obligées à une certaine

uniformisation ». J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*, p. 35-64. À ce sujet : A.-J. Arnaud, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, LGDJ, Paris, 2004.

2. Comme nous l'avons souligné dans l'introduction de ce travail, la régulation vise à « maintenir en équilibre, assurer le fonctionnement correct d'un système ». Le Nouveau Petit Robert, *Dictionnaires Le Robert*, *op. cit.*, p. 2170. Par conséquent, toute entité en mesure de maintenir en équilibre et d'assurer le bon fonctionnement d'un système donné doit être considérée comme une instance de régulation.

3. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, nº 15, 2005, p. 16.

4. *Ibid.*

21 Ces tendances sont accompagnées d'une « hybridation » des différentes disciplines scientifiques et, notamment, d'un assouplissement des barrières qui séparent les différentes branches du droit. En effet, l'analyse *lato sensu* de la gouvernance revient « d'emblée à affirmer la nécessité de s'émanciper de la tradition juridique du gouvernement pour [re]penser les formes qu'emprunte le pilotage de l'action publique[1] ». C'est pour cette raison que Gerry Stocker, en théorisant la gouvernance[2], a élaboré cinq propositions qui doivent être citées à titre liminaire, afin d'appréhender la complexité de ce phénomène. Stocker affirme que :

1. « la gouvernance fait intervenir un ensemble d'institutions et d'acteurs qui n'appartiennent pas tous à la sphère du Gouvernement ;

2. en situation de gouvernance, les frontières et les responsabilités sont moins nettes dans le domaine de l'action sociale et économique ;

3. la gouvernance traduit une indépendance entre les pouvoirs des institutions associées à l'action collective ;

4. la gouvernance fait intervenir des réseaux d'acteurs autonomes ;

5. la gouvernance part du principe qu'il est possible d'agir sans s'en remettre au pouvoir ou à l'autorité de l'État. Celui-ci a pour rôle d'utiliser des techniques et des outils nouveaux pour orienter et guider l'action collective ».

1. J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*, p. 37.

2. G. Stocker, « Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, 1998, p. 22.

22 Ces véritables « dogmes de la gouvernance » nous suggèrent que, quel que soit le champ d'application, la gouvernance se fonde sur la coexistence d'acteurs et de sources normatives de nature différente. En effet, l'analyse des dynamiques « gouvernantalistes[1] » révèle l'émergence de nouveaux foyers de production normative dont l'influence s'étend au niveau national et global. Ce caractère détermine tant une hybridation et une tendance à la convergence des différents systèmes juridiques nationaux, qu'un usage toujours plus consistant de typologies normatives « ayant comme but l'efficacité et non la juridicité[2] ».

1. J.-G. Padioleau, « L'action publique postmoderne : le gouvernement politique des risques », *op. cit.*, p. 85-127.

2. Dans ce sens, Daniel Mockle se pose la question de « gouverner sans le droit » et parle de « déjuridicisation ». D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruylant, 2008, p. 32.

23 Les propositions de Stocker nous permettent donc de comprendre le cadre conceptuel dans lequel prend forme la gouvernance. Ces propositions doivent être considérées comme une clef de lecture, afin de pouvoir saisir le fonctionnement de phénomènes gouvernantalistes de natures sociopolitique, économique et visant à la mise en œuvre de nouvelles techniques régulatoires, dans le cadre desquelles le droit est seulement un des instruments de gestion et de gouvernement. Dans ce sens, Catherine Baron a justement souligné que « la gouvernance suppose l'élaboration de compromis collectifs face à des conflits d'intérêts, les fondements du pouvoir n'étant plus seulement juridiques, mais aussi sociaux dans le sens où les acteurs peuvent eux-mêmes créer, modifier ou interpréter les règles de coordination » et que l'on « s'éloigne d'une vision hiérarchique où l'État imposerait des règles quasi immuables pour tendre vers une vision hybride de différentes structures de pouvoir, propres à la gouvernance[1] ».

1. C. Baron, « La Gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *Dr. et sociétés*, nº 54, 2003, p. 329-341.

24 D'une part, force est de considérer l'existence de techniques de régulation[1] extra-juridiques – telles que, par exemple, l'utilisation répandue de la *soft law*[2]. Ainsi, dans un souci d'efficacité et d'efficience, les États cèdent progressivement à la tentation de réglementer, en favorisant la prolifération de « dispositifs ou de procédures alternatifs que sont autant de formules normatives, étrangères aux catégories reconnues du droit public[3] ». D'autre part, la complexité inhérente aux phénomènes encadrés par des mécanismes gouvernantalistes demande l'implication des parties intéressées afin de pouvoir prendre une décision ou d'élaborer des règles efficaces. Dans ce sens, la gouvernance implique une démarche participative se fondant sur l'association et le concours d'une pluralité d'acteurs de nature différente à la solution d'une problématique commune.

1. Comme le souligne Bertrand du Marais, il est possible de prendre en considération plusieurs acceptions du terme « régulation ». En effet, selon le Larousse, la régulation est « l'ensemble des mécanismes permettant le maintien de la constance d'une fonction », tandis que selon son acception économique, « la régulation renvoie à l'analyse microéconomique et à la pratique administrative anglo-saxonne. La régulation constitue alors "l'ensemble des techniques qui permettent d'instaurer et de maintenir un équilibre économique optimum requis par un marché incapable, en lui-même, de le produire" » et en ayant comme but ultime, la préservation de la concurrence en évitant les abus de position dominante et en limitant les situations de monopole. Finalement, « dans une troisième acception, sociale ou même sociétale, le terme de régulation […] signifie l'ensemble des règles et des institutions qui permettent la vie en société en garantissant un certain ordre public, un certain niveau de paix sociale. La régulation constitue alors "l'ensemble des opérations consistant à concevoir des règles, à en superviser l'application, ainsi qu'à donner des instructions aux intervenants et régler les conflits entre eux lorsque le système de règles est incomplet ou imprécis" ». B. Marais, « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, nº 2, Printemps/Spring 2002, disponible sur *www.lex-electronica.org/articles/v7-2/dumarais.htm*

2. Comme le souligne Lauréline Fontaine, « au sens formel, le droit mou s'envisage comme un ensemble d'actes auxquels le système juridique n'accorde pas la valeur d'une norme obligatoire au sens traditionnel. On considère qu'il se manifeste par des énoncés dont le support juridique se situe en dehors de la hiérarchie traditionnelle des normes ou, pour éviter cette image relevant spécifiquement des pays de droit écrit, se situe en dehors de la nomenclature traditionnelle des normes juridiques ». « Les sources nouvelles en droit de l'environnement », *in* Association Henri Capitant, *Le droit et l'environnement*, 2010. Aussi, selon Mireille Delmas-Marty, l'expression anglaise « *soft law* » a deux traductions en français : « droit mou et droit doux, ce qui pourrait suggérer que la faiblesse du droit, ou sa souplesse si l'on veut rester neutre, peut affecter soit la force obligatoire [l'intensité des normes serait graduée entre dur et mou], soit la force contraignante [l'intensité des sanctions, entre dur et doux]. […] Cette dissociation me semble d'autant plus utile que l'universalisme juridique, à peine ébauché, la rend sans doute particulièrement visible. On peut l'observer avec les droits de l'Homme : la force obligatoire, absolue ou quasi absolue, des droits

"indérogeables" ne garantit pas l'application effective de sanctions contraignantes en cas de transgression. On le constate aussi, à l'inverse, avec la *lex mercatoria*, ou les codes de conduite, normes non obligatoires qui deviennent pourtant contraignantes dès lors que les parties choisissent de s'y référer et que l'arbitre ou le juge en sanctionne indirectement la transgression ». M. Delmas-Marty, *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Fayard, coll. « Leçons inaugurales du Collège de France », 2003, p. 651.

3. J. Caillosse, « Quel droit la gouvernance publique fabrique-t-elle ? À propos de D. MOCKLE, La gouvernance, le droit et l'État », *Dr. et sociétés*, Bruylant, 2007, nº 72/2009, p. 461-470.

25 Ainsi, des domaines très variés ont été encadrés par le biais de formules gouvernantalistes visant à la mise en œuvre de « nouvelles méthodes par le biais desquelles la société [pourrait être] gouvernée[1] ». Ces méthodes, comme on le verra, sont caractérisées par le dépassement de l'organisation bureaucratique wébériano-kelsénienne[2], par une croissante porosité de la frontière qui a traditionnellement séparé le droit public et le droit privé[3], par une sorte de nostalgie de la démocratie directe qui se traduit dans une participation croissante de l'individu, et par la montée en puissance de « nouvelles formes de régulation[4] » d'origine non étatique.

1. R. Rhodes, "The New Governance: Governing without Government", *op. cit.*

2. Au cours de son exploration des usages de la gouvernance, John Crowley remet en question l'incontournabilité de la structure hiérarchique et bureaucratique, qui caractérise la pensée kelsenienne et wéberienne, affirmant que la gouvernance « peut renvoyer à un processus dont la forme institutionnelle n'est en rien préconçue ». J. Crowley, *Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité*, Presses de Sciences Po, 2003/4, nº 21, p. 53.

3. Selon plusieurs auteurs, en effet, la gouvernance mettrait en lumière la désuétude de la dichotomie droit public – droit privé. Dans ce sens : F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002, p. 30 ; J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit*. Aussi, à ce sujet, confronter : D. Truchet, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000.

4. Dans ce sens : F. X. Merrien, « De la gouvernance et des États-providence contemporains », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, 1998.

26 Bien que la gouvernance puisse être structurée de façon hiérarchique et pyramidale, l'usage de ce terme est désormais associé à un « nouveau style de gouvernement[1] » qui peut donner une certaine cohérence à un système complexe, tout en ayant la possibilité de faire abstraction d'une structure hiérarchiquement organisée. La diffusion de la gouvernance révèle donc une évolution subjacente, qui renvoie « à l'action de piloter un système et de coordonner une action collective[2] » dans le cadre de laquelle les différents acteurs du système prennent des décisions, élaborent des formes de régulation et assument un rôle actif dans la détermination de l'« ordre organisationnel[3] ».

1. A. Vitale, *La forma di Stato democratica*, Aracne, Roma, 2005, p. 254. Selon cet auteur, « il faut penser à une action de gouvernement qui soit le résultat d'une collaboration, parfois symétrique parfois sur un plan égalitaire, entre plusieurs sujets publics ou privés qui donnent naissance à un réseau de communication et à des processus de négociation continus, qui n'ont pas de centre » [traduction libre].

2. L. Julliet et C. Andrew, « Développement durable et nouveaux modes de gouvernance locale : le cas de la ville d'Ottawa », *Revue économie et solidarités*, vol. 30, nº 2, Presses de l'université du Québec, p. 75-93.

3. J.-F Thuot, *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Nota bene, Montréal, 1998, p. 211.

27 Le recours à ce mot-valise qu'est la gouvernance peut être saisi plus aisément à la lumière de la multiplication et de la superposition des différents centres de prise de décision et des instances de concertation, ainsi que la

multiplication d'entités de nature publique ou privée en mesure de réguler des phénomènes spécifiques. Ainsi, le constat d'une interpénétration des différentes dimensions territoriales du droit et de la multiplication des instances de production normative ne peut que donner naissance à une interconnexion de systèmes juridiques caractérisés par un pluralisme de plus en plus accentué. En effet, comme on le verra dans la suite de ce travail, l'usage du terme « gouvernance » vise à marquer un changement par rapport au gouvernement d'un système étatique imperméable aux influences externes, dans le but d'encadrer, au contraire, une société qui se trouve entre globalisation et sectorisation.

28 Le concept de « gouvernance » est donc l'expression d'un polycentrisme dans le cadre duquel des acteurs sociaux et économiques assument un rôle majeur, dans l'expression de leurs intérêts sectoriels au niveau national et global, en participant directement à l'élaboration de politiques publiques et à l'activité de régulation. Ainsi, comme Karim Benyekhlef l'a souligné, « il devient nécessaire [pour le juriste] de cesser de raisonner en des termes strictement positivistes et d'ouvrir sa pensée vers un pluralisme juridique et un polycentrisme politique[1] ». Le droit doit donc s'inspirer des nouveaux phénomènes globaux afin d'acquérir leur « flexibilité », « ductilité » et « adaptabilité[2] ».

1. K. Benyekhlef, *Vers un droit postnational ? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale*, 2008, p. 966.

2. *Ibid.*

SOUS-SeCtiON 1

L'émergence d'un paradigme « ouvert »

29 L'emploi du terme « gouvernance » met en exergue un « changement de paradigme[1] » qui suggère l'intention « d'abattre le privilège politique de l'État[2] » mais qui, en réalité, vise à promouvoir l'implication d'acteurs non étatiques dans la formulation et dans la mise en œuvre de politiques publiques et de régulations sectorielles. En effet, plusieurs voix se sont levées en remarquant l'intérêt d'une croissante synergie entre acteurs publics et privés, ce qui met en évidence le glissement vers un « nouveau paradigme étatique[3] ». Ce dernier s'éloigne des dynamiques interventionnistes de l'État providence et soulignant donc le glissement vers un État régulateur, qui vise à inclure les acteurs, porteurs des intérêts impliqués, dans les différents mécanismes gouvernantalistes[4].

1. Dans ce sens, Jacques Chevallier suggère que « la substitution aux techniques classiques de "gouvernement" des méthodes nouvelles de "gouvernance" serait indissociable d'un ébranlement plus profond d'un modèle étatique, emblématique de la modernité ». J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

2. J. Crowley, *Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité*, *op. cit.*, p. 53.

3. J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.* ; J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.* ; F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*

4. R. Rhodes, "The New Governance: Governing without Government", *op. cit.* Aussi, à partir des années 1990, la Banque mondiale commença à parler de « crise de gouvernance » ou de « bonne gouvernance » dans plusieurs documents consacrés aux stratégies de développement de nombreux pays africains et définit la gouvernance comme « la façon dont le pouvoir est exercé pour gérer les ressources sociales et économiques d'un pays en vue de développement ». À ce sujet, les rapports de la Banque mondiale : *L'Afrique subsaharienne : de la crise à une croissance durable*, 1989 ; *Governance and Development*, 1992 ; et *Governance. The World Bank Perspective*, 1994.

30 Ce changement présuppose la nécessité d'adhésion des différentes parties prenantes aux politiques publiques qui les intéressent directement[1] et qui peuvent concerner des domaines caractérisés par un haut degré de complexité et de technicité. Une telle nécessité est exemplifiée par l'intensification du recours à des « dispositifs qui visent à impliquer explicitement une pluralité d'acteurs, au-delà de ceux classiquement habilités à décider dans le cadre du gouvernement représentatif[2] ». L'État ne peut donc pas faire abstraction de la participation d'acteurs non étatiques, afin de promouvoir l'inclusion démocratique de tous les sujets intéressés et en raison des expertises que ces derniers peuvent fournir afin d'atteindre une meilleure régulation[3] des secteurs les concernant. Le glissement du gouvernement à la gouvernance se fonde donc sur l'implication d'acteurs non étatiques dans l'activité publique – soit-elle locale, nationale ou internationale – en promouvant leur participation et leur adhésion par le biais de « procédures nouvelles visant à organiser les discussions entre les parties en présence[4] ». Ce glissement vers un paradigme ouvert met donc en évidence l'importance de « critères tels que la transparence, la participation, et le partage des responsabilités[5] » qui visent à améliorer la qualité des processus de prise de décisions publiques, tout en renforçant le rôle de la concertation et de la consultation multi-parties prenantes[6].

1. C'est le cas, par exemple, de la matière environnementale. Dans ce sens, l'article n° 7 de la Charte de l'environnement de 2004 affirme que « toute personne a le droit, dans les conditions et les limites définies par la loi, d'accéder aux informations relatives à l'environnement détenues par les autorités publiques et de participer à l'élaboration des décisions publiques ayant une incidence sur l'environnement ». L. const. n° 2005-205, 1er mars 2005, relative à la Charte de l'environnement.

2. L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, vol. 15, n° 57. Premier trimestre 2002, p. 17.

3. Dans ce sens, voir nos 93 et s.

4. L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *op. cit.*, p. 18.

5. Commission générale de terminologie et de néologie, *JO*, 22 avr. 2009.

6. Dans ce sens, le rapport du Comité opérationnel n° 24 du *Grenelle de l'environnement* souligne qu'« il est apparu fondamental d'améliorer la gouvernance de la prise de décision publique, en renforçant le rôle de la concertation dans les processus de décision. Pour exprimer simplement cette idée par la caricature, rien ne sert d'introduire des acteurs environnementaux dans une structure si les avis qu'elle émet ne sont pas considérés par les décideurs ». B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit.*, p. 4, disponible sur *www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_final_comop_24.pdf*

31 De plus, comme nous avons pu le lire sous la plume de Jacques Chevallier, la gouvernance implique « un décloisonnement entre public et privé, mais aussi entre les différents niveaux [international, régional, national, local[1]] ». Ainsi, l'inadéquation d'une structure gouvernementale cloisonnée est remarquable en ce qui concerne la gestion de phénomènes naturellement

transnationaux, tels que les télécommunications, la pollution environnementale, la diffusion des pandémies, le secteur financier, etc. Dans ce sens, la complexité qui caractérise les phénomènes susmentionnés fait en sorte que les instances qui s'occupent de leur régulation soient stimulées à inclure des représentants issus du secteur privé, du milieu associatif et des différents niveaux gouvernementaux nationaux tout comme internationaux dans le but d'en saisir la multidimensionnalité[2].

1. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 207.

2. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*

§ 1 – Une évolution structurelle

32 Depuis les années 1990, la centralité du rôle de l'État dans l'élaboration des politiques publiques semble s'être affaiblie. La régulation économique et les relations internationales semblent alors avoir développé une sorte d'antagonisme envers le modèle hiérarchique en déterminant une véritable translation organisationnelle de la « pyramide au réseau[1] ». La mondialisation et les réformes néolibérales ont déclenché une importante réduction à la fois du rôle, des fonctions et de l'efficacité de l'action étatique, tout en stimulant l'émergence de nouvelles entités et de niveaux administratifs de type supranational, transnational et sous-national[2]. La diffusion d'une gouvernance ouverte et l'évolution de l'outillage juridique qui l'accompagne peuvent donc être lues comme des indicateurs d'une véritable transition structurelle visant à pallier à l'inefficacité de l'organisation hiérarchique étatique. Ainsi, comme Jacques Caillosse l'a souligné, « le droit de la gouvernance ne peut plus être pensé dans les termes où l'avait été le droit classique, celui de la Modernité, il ne saurait être informé par les représentations traditionnelles d'une structure unifiée et hiérarchisée […]. On voit mal comment la logique informelle des réseaux et des flux qui a fini par avoir raison des fondations du vieux gouvernement pourrait s'accommoder des catégories rigides de la hiérarchie[3] ! ».

1. Dans ce sens : F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*

2. Dans ce sens : A. Palumbo et S. Vaccaro (ss. la dir.), *Governance: teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, Mimesis, Milan, 2006, p. 15.

3. J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*, p. 52.

33 Le concept de gouvernance permet donc d'appréhender la reconfiguration des rapports institutionnels qui se déroulent au cours d'une globalisation[1] qui déstabilise et qui redessine l'organisation juridique, politique et socio-économique dans la direction d'une « organisation pluraliste et interactive du pouvoir qui doit faire face aux exigences d'un système polycentrique et complexe[2] ». C'est en raison d'une considération de cet ordre que James Rosenau affirme que la globalisation, la crise de l'autorité et le progrès technologique sont les protagonistes du « monde multicentrique : un monde

où cohabitent des acteurs différents et autonomes doués de structures et de processus libres par rapport à la souveraineté étatique[3] ».

1. Il faut retenir deux définitions de globalisation particulièrement utiles à la compréhension du déploiement de la gouvernance. Maria Rosaria Ferrarese considère le processus de globalisation comme « une profonde restructuration des coordonnées spatiales qui redessine les limites territoriales, manipule les frontières, annule les distances, génère un espace transnational inédit, qui est allergique aux frontières certaines et définitives, et traversé et continuellement redéfini par les marchés », tandis que, pour Ulrich Beck, la globalisation est le processus en raison duquel « les États-nations et leur souveraineté sont conditionnés et connectés horizontalement par les ramifications, les orientations et les réseaux des acteurs qui opèrent dans un environnement transnational » [traduction libre]. M. R. Ferrarese, *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002, p. 7 ; U. Beck, *Che cos'è la globalizzazione*, Carocci, Rome, 2003, p. 24 ; cités *in* A. Iacovino, *op. cit.*, p. 17-18.

2. A. Iacovino, *Teorizzare la Governance. Governabilità ai tempi del globale, op. cit.*, p. 15-16.

3. J. N. Rosenau, *Turbulence in World Politics: a Theory of Change and Continuity*, Princeton University Press, New York, 1990.

34 Dans la perspective de permettre une coopération entre acteurs étatiques, économiques et sociaux, se propagent la mise en place de processus de consultation et de concertation ainsi que l'adoption d'outils alternatifs de régulation dans le cadre d'une gouvernance ouverte et multi-niveau[1]. En effet, la mise en place d'une démarche participative et collaborative dans le but d'une meilleure régulation est rendue nécessaire par le « fait qu'aucun acteur, public ou privé, ne dispose des connaissances et des moyens nécessaires[2] » afin de comprendre et de réguler des secteurs économiques caractérisés par une remarquable complexité. Dans ce sens, nous mettrons en exergue la diffusion de la régulation et de la corégulation[3], orchestrées par des autorités administratives indépendantes (AAI), ainsi que la généralisation de l'usage de formes d'autorégulation, telles que les standards et les normes techniques, afin de réguler efficacement des secteurs économiques entiers. En effet, la propagation de ces outils normatifs met en évidence la montée en puissance de centres de production normative qui excèdent la hiérarchie étatique, ainsi que la diffusion d'un nouveau paradigme organisationnel, fondé sur la coexistence – et prônant la coopération – d'une pluralité de « centres de pouvoir ».

1. La notion de « gouvernance multi-niveau » peut être définie comme la coexistence de « systèmes non hiérarchiques de négociation, de régulation et d'administration politiques allant au-delà de l'acception traditionnelle de l'État hiérarchique et souverain comme arène ultime de prise de décision et de résolution des conflits ». T. Christiansen, *Reconstructing European space: from territorial politics to multilevel governance*, Florence, Institut universitaire européen, 1996.

2. N. Holec et G. Brunet-Jolivald, *« Gouvernance »*, Dossier documentaire réalisée par le Centre de documentation de l'urbanisme (CDU), oct. 1999, p. 11.

3. Dans la formule corégulatoire, « les pouvoirs publics se contentent d'encourager les acteurs du marché à développer des solutions communes ou de fixer des objectifs que les acteurs doivent mettre en œuvre de la façon qui leur convient le mieux ». A. Streel, R. Queck et P. Vernet, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *Cah. dr. eur*., 2002, p. 250. Dans ce cadre, « les régulateurs publics définissent les finalités et les régulateurs privés les moyens ; dans d'autres, les premiers fixent les résultats (*output*) et les seconds les instruments (*input*) ». Ainsi, l'autorité publique n'intervient que lorsque les acteurs privés ne parviennent pas aux objectifs fixés. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit.*, 2004/1, nº 109, p. 28.

▪ A – La non-adéquation du modèle pyramidal « traditionnel »

35 Au cours du XX^e siècle, l'influence de la pensée de Max Weber et de Hans Kelsen a déterminé l'organisation des systèmes juridiques continentaux par le biais d'une structure étatique pyramidale. La pyramide doit donc être considérée comme la représentation paradigmatique d'un modèle hiérarchique autour duquel se sont cristallisées les plus influentes théories de la pensée juridique moderne, ayant des conséquences considérables à la fois au niveau de l'organisation de l'architecture bureaucratique étatique et sur le plan de la validité et de l'interprétation du droit. Dans ce sens, on se doit de souligner que le modèle wébérien s'articule par le biais d'une structure pyramidale caractérisée par la hiérarchie, la rationalité de la bureaucratie et la délimitation précise de l'espace géographique étatique. D'autre part, la nature pyramidale du modèle kelsenien se reflète à la fois sur l'architecture étatique – structurée sur la base de la centralisation et de la hiérarchisation – et sur l'organisation des différentes sources du droit.

36 Dans *Économie et société*, Max Weber définit l'État comme « une entreprise politique de caractère institutionnel lorsque et en tant que sa direction administrative revendique avec succès, dans l'application des règlements, le monopole de la contrainte physique légitime[1] ». L'idéal-type organisationnel wébérien se fonde donc sur la rationalisation et la hiérarchisation de la bureaucratie[2] dont l'autorité est supportée par le « monopole de la violence légitime[3] » qui peut être exercée de façon hiérarchique « à l'intérieur d'un territoire géographique déterminable[4] ». En effet, selon le sociologue allemand, l'État est une entité répressive n'ayant pas de concurrents dans l'exercice légitime de la violence, instrument nécessaire afin de mettre en œuvre les règlements. Le « pouvoir légal-rationnel » délinéé par Weber vise donc à la gestion rationnelle et fonctionnelle de la société, mise en œuvre par le biais de la contrainte. Le paradigme défini par la pensée de Max Weber se fonde donc sur une architecture gouvernementale hiérarchique et ne peut pas faire abstraction des dimensions géographiques et structurelles prédéfinies, ainsi que de l'encadrement des comportements sociaux par le biais de règlements élaborés par une bureaucratie légitimée par sa légalité et sa rationalité. En effet, Max Weber distingue trois typologies classiques de légitimité. En premier lieu, il prône la légitimité légale-rationnelle sur laquelle se fonde le modèle bureaucratique à la base du paradigme pyramidal de l'État moderne. Cette forme de légitimité est considérée comme la plus pure et se fonde sur la « légalité des règlements arrêtés [par] ceux qui sont appelés à exercer la domination[5] ». En opposition à la légitimité légale-rationnelle, Max Weber identifie la légitimité traditionnelle et la légitimité charismatique. D'une part, la légitimité traditionnelle se fonde sur une relation seigneur/sujet dans le cadre de laquelle l'obéissance est due à ceux qui sont « appelés à exercer l'autorité[6] » en vertu de la dignité personnelle qui leur est traditionnellement conférée. D'autre part, dans le cadre de la

légitimité charismatique, un groupe de sujets se soumet volontairement au « caractère sacré, à la vertu héroïque ou à la valeur exemplaire[7] » d'un individu considéré en tant que « chef ».

1. M. Weber, *Économie et société*, Pocket, coll. « Agora », 2003, p. 96.

2. Dans ce sens, Philippe Bezes nous rappelle que, « [d]ans la perspective wébérienne, la mise en place d'une administration professionnalisée, dépolitisée et rationalisée est, on le sait, l'instrument constitutif de la formation des États parce qu'elle rend possible le monopole de la violence physique légitime mais elle est aussi ce par quoi se met en place la *démocratie* ». P. Bezes, « Construire des bureaucraties wébériennes à l'ère du New Public Management ? », *Critique internationale*, 2007/2, nº 35, p. 9.

3. M. Weber, *Le savant et le politique*, 1919.

4. *Ibid*., p. 100.

5. M. Weber, *Économie et société*, *op. cit*., p. 96 et s.

6. *Ibid*.

7. *Ibid*.

37 Aussi, le modèle hiérarchique wébérien, construit autour d'une bureaucratie « ordonnée, prévisible et légale[1] », se combine avec la structure pyramidale délinéée par le modèle idéal-typique kelsénien[2], qui se fonde sur « l'unité essentielle[3] » entre État et ordre juridique[4]. Dans une perspective positiviste critique kelsenienne, l'État et l'ordre juridique sont deux entités synonymes et doivent être considérés comme une pyramide normative au sommet de laquelle se trouve la *grundnorm*, une norme fondamentale hypothétique, qui garantie la cohérence de l'ordre juridique. Ainsi, ce modèle considère les différentes composantes de l'administration étatique ainsi que les diverses sources du droit comme une multitude de pyramides mineures encadrées dans une plus grande structure pyramidale étatique qui forme l'ordre juridique national. D'une part, le droit est considéré comme l'ensemble des normes qui autorisent, interdisent ou habilitent les comportements humains tandis que, d'autre part, l'ordre juridique se personnifie de façon anthropomorphe dans l'État. La conséquence d'une telle vision est que le droit et son synonyme, l'État, définissent la réalité sociale au lieu d'en être le produit. En outre, la perspective moniste kelsenienne induit l'interaction entre l'ordre juridique national et international, dans le cadre d'une structure pyramidale unique où la primauté du droit interne ou du droit international est attribuée suivant les différentes interprétations[5].

1. P. Bezes, « Construire des bureaucraties wébériennes à l'ère du New Public Management ? », *op. cit.*

2. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, Dalloz, Paris, 2e éd., 1962.

3. J. Carbonnier, *Droit civil, introduction*, PUF, coll. « Thémis », 25e éd., 1997, p. 77.

4. Ici, on considère un ordre juridique comme un « ensemble de normes » qui déterminent la nature et l'entité des sanctions, les sujets qui doivent le mettre en œuvre et leurs modalités d'exécution. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, Turin, 1960, p. 7-18.

5. En effet, Hans Kelsen affirme que le « droit international doit être conçu, ou bien comme un ordre juridique délégué par le droit étatique et par conséquent incorporé à celui-ci, ou bien comme un ordre juridique total qui délègue les ordres juridiques étatiques, qui leur est supérieur, et qui les comprend tous comme des ordres juridiques partiels ». H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, *op. cit.*, p. 435. Toutefois, Antonio Truyol a mis en exergue que « dans un résumé de sa *Reine Rechtslehre*, M. Kelsen changea d'avis : "étant donné, en effet, qu'il n'y a pas un seul ordre juridique étatique valable, mais qu'il y en a plusieurs coordonnés entre eux et délimités les uns vis-à-vis des autres quant à leurs domaines respectifs de validité ; et étant donné que c'est le droit international qui réalise

cette coordination et cette délimitation, il faut nécessairement considérer que le droit international est un ordre juridique supérieur à tous les ordres étatiques, qu'il réunit en une communauté juridique universelle" ». A. Truyol, « Doctrines contemporaines du droit des gens », *RGDIP*, 1951, p. 27.

38 Toutefois, la perspective moniste kelsenienne ainsi que la perspective dualiste qui s'y oppose semblent insuffisantes face à des changements sociaux, économiques et organisationnels qui ne peuvent pas être encadrés par un schéma pyramidal, qui mettent en crise la dichotomie rigide séparant le droit interne et le droit international au sens de la pensée dualiste[1], et qui nécessitent une approche « pluraliste » tolérant la coexistence de plusieurs ordres juridiques valides et autonomes, ainsi que l'existence de phénomènes normatifs d'origine non étatique. Ainsi, force est de remarquer que le modèle « idéal » wébériano-kelsenien a été conçu – et s'est développé – dans une Europe antithétique à la globalisation, dominée par des séparations frontalières rigides, par des monopoles nationaux qui gouvernaient tous les réseaux existants (transports, électricité, télécommunications, etc.) et par une organisation de la vie sociale orchestrée par l'État. D'une part, cet idéal-type pyramidal se fonde donc sur « un ordre juridique caractérisé par la stabilité, la cohérence et la hiérarchisation[2] » qui se développe par le truchement de relations de contrôle du Gouvernement sur les gouvernés dans le cadre d'un espace clôturé. D'autre part, il sous-tend une organisation étatique centralisée et bureaucratique en mesure d'imposer des règles et des procédures uniformes à toutes les unités administratives qui sont fonctionnellement intégrées dans des structures ministérielles. Cependant, ce modèle ne présente ni la même rationalité ni la même efficacité lorsqu'il doit encadrer des phénomènes juridiques « postmodernes[3] » qui ne sont pas limités à des « territoires géographiques déterminables ». En effet, l'activité d'organisations internationales et d'entités privées transnationales instille des instruments de régulation propres au droit privé[4] – par exemple, en régulant contractuellement les services fournis globalement par des intermédiaires Internet – dans des cadres normatifs où la hiérarchie des normes étatiques est complétée par des outils régulatoires ayant une dimension internationale.

1. Dans une perspective dualiste, le droit interne et le droit international sont deux ordres distincts et séparés de façon étanche. Ainsi, comme nous pouvons le lire sous la plume de Pierre-Marie Dupuy, ces deux ordres n'ont pas de liens : d'une part « l'ordre international lie les États entre eux par des droits et des obligations réciproques » tandis que, d'autre part, « chaque État possède son propre ordre juridique dont il conserve la maîtrise exclusive ». P. M. Dupuy, *Droit international public*, Dalloz, Paris, 4e éd., 1998, p. 371.

2. J. Chevallier, *Le service public*, PUF, Paris, 3e éd., 1994, p. 11.

3. Le droit de l'environnement et le droit de l'Internet, par exemple, doivent être considérés comme des exemples de phénomènes juridiques « post-modernes ». En effet, la régulation de l'environnement, tout comme celle de l'Internet sont encadrées par un droit « jeune, récent, un droit mou […] écartelé entre des principes très généraux et des règles techniques très précises. À cela il faut ajouter le développement particulièrement important des sources privées et semi-privées du droit, par le recours notamment à des engagements et accords volontaires de la part des acteurs concernés, notamment les entreprises. Enfin, plus que jamais le droit de l'environnement apparaît comme un droit négocié ». L. Fontaine, « Les sources nouvelles en droit de l'environnement », *op. cit.*, p. 34.

4. Dans ce sens : H. Dumont, « Droit public, droit négocié et para-légalité », *in* P. Gerard, F. Ost et M. Kerchove (ss. la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

39 Ainsi, le paradygme weberiano-kelsenien est mis à l'épreuve de l'émergence de centres de régulation autonomes ou indépendants qui sont encadrés plus efficacement par une structure en réseau plutôt que par la structure pyramidale traditionnelle. Comme le souligne l'OCDE, « les organisations hiérarchiques centralisées manquent d'initiative, leur adaptation au changement est lente et leur réactivité aux intérêts de leurs administrés est insuffisante[1] ». Pour cette raison, le modèle bureaucratique wébérien a été critiqué pour son inefficience, due à la prééminence du « respect des règles sur les résultats et [de] l'uniformité sur l'initiative[2] ». En effet, comme nous le soulignerons dans la prochaine section, l'actuelle prolifération des autorités de régulation et des agences ne doit pas être considérée comme un simple phénomène de « démembrement et de […] spécialisation des compétences publiques[3] », mais comme une conséquence symptomatique de l'inaptitude du modèle pyramidal à réguler les différents domaines socio-économiques de la société contemporaine. Parallèlement, le glissement vers un modèle réseautique est ultérieurement corroboré par la multiplication des niveaux décisionnels *infra*-étatiques, stimulée par les processus de décentralisation[4], par l'émergence de juridictions supranationales et internationales et par l'applicabilité directe d'une multitude d'instruments normatifs élaborés par des organisations internationales[5] et des organisations de standardisation de nature hybride[6].

1. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique : Agences, autorités administratives et établissements publics*, 2002, p. 35.

2. *Ibid*., p. 41.

3. M.-C. Roques-Bonnet, « Les blocs de pouvoirs "éclipsés" par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », VII[e] Congrès français de droit constitutionnel, 25, 26 et 27 sept. 2008, disponible sur *www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf*

4. On se doit de souligner que la décentralisation doit être vue comme un processus tridimensionnel : « [l]a décentralisation politique implique le transfert partiel de l'autorité et du pouvoir politiques vers les niveaux infranationaux de gouvernement à l'aide d'élections locales. Les avantages incluent la promotion de la démocratie au niveau local et la redevabilité politique améliorée. La décentralisation administrative transfère la prise de décision, l'autorité, les ressources et la prestation de services du gouvernement central vers les agences locales ou les bureaux locaux […]. L'objectif principal est d'améliorer la gestion et la prestation de services. Quant à la décentralisation fiscale, elle transfère les ressources et les pouvoirs de lever des revenus vers les niveaux infranationaux de gouvernement ». EuropeAid, *Réforme du secteur public : Introduction*, Document de réflexion n° 1, mars 2009, p. 32-33. Les politiques de décentralisation réinstaurent des « mécanismes de représentation démocratique dans les collectivités locales et, simultanément, transfèrent des compétences de l'administration nationale vers les échelons territoriaux […]. Ces mesures […] sont également perçues comme des mesures démocratiques allant dans le sens du renforcement de la participation des citoyens, d'une plus grande sensibilité aux demandes et d'un appui sur la société et ses multiples communautés locales ». P. Bezes, « Construire des bureaucraties wébériennes à l'ère du New Public Management ? », *op. cit.*, p. 16-17.

5. Les moyens juridiques dont disposent les différentes organisations internationales peuvent avoir une portée plus ou moins étendue. Par exemple, en matière de traitement des travailleurs, l'Organisation internationale du travail dispose de moyens juridiques assez faibles, car la mise en œuvre de ses normes dépend entièrement de la volonté des États, tandis que dans le domaine de la santé, l'Organisation mondiale de la santé jouit de moyens juridiques importants, car les normes sanitaires qu'elle élabore sont douées d'une applicabilité directe. T. Boisson, « Panorama analytique de quelques institutions de la gouvernance mondiale », *Gouvernance mondiale*, Rapport du CAE, n° 37, La Documentation française, 2002.

6. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*

40 La combinaison de ces phénomènes donne lieu à une croissante fragmentation et stratification des systèmes juridiques nationaux, qui échappent

donc à la logique pyramidale, en évoluant vers une architecture pluraliste influencée par des sources normatives d'origine internationale. Une telle configuration met en lumière l'intérêt du recours au principe de subsidiarité[1] afin de pouvoir organiser les rapports entre les différents niveaux institutionnels et de « situer le niveau optimal de la prise de décisions[2] ». Ainsi, les croissantes intersections et juxtapositions de juridictions nationales, supranationales et internationales mettent en exergue l'inadéquation des théories monistes et dualistes, afin de pouvoir saisir l'actuelle multiplication des centres de pouvoir en mesure d'élaborer des formes de régulation directement applicables. Le processus d'intégration européenne, l'interconnexion des économies nationales et le développement de plateformes numériques à dimension transnationale exemplifient le processus de mondialisation et de globalisation[3] qui stimulent le glissement « de la pyramide au réseau[4] ».

1. Le principe de subsidiarité est explicitement évoqué par le traité sur l'Union européenne (TUE) dans le but de répartir les responsabilités de l'UE et des États membres, tout en rapprochant le pouvoir de décision et celui de réalisation. Dans ce sens : C. Blumann et L. Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, 2005 ; P. Brault, G. Renaudinau et F. L. Sicard, *Le principe de subsidiarité*, La Documentation française, Paris, 2005 ; F. Delpérée (ss. la dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Paris, 2002. Le droit constitutionnel allemand peut être considéré comme le précurseur du principe constitutionnel de subsidiarité. En effet, la « *Prinzip der Subsidiarität* » est consacrée par la loi fondamentale allemande qui fait référence de façon implicite au principe de subsidiarité dans les articles 30 et 72. D'une part, la loi fondamentale allemande exploite le principe de subsidiarité pour définir les limites de l'initiative individuelle dans le cadre d'une économie sociale de marché tandis que, d'autre part, elle l'utilise pour organiser les compétences et les rapports entre les *Länder* et le *Bund* au sein de la république fédérale d'Allemagne. Dans ce sens : C. Millon-Delsol, *Le principe de subsidiarité*, coll. « Que sais-je ? », 1993. De la même façon, le titre V de la Constitution italienne définit les responsabilités, statuts et pouvoirs des différents niveaux territoriaux (c'est-à-dire l'État, les régions, les villes métropolitaines, les provinces et les communes). Notamment, l'article 118 – introduit par la loi constitutionnelle n° 3/2001 – mentionne *expressis verbis* le principe de subsidiarité, en affirmant que « les fonctions administratives sont attribuées aux communes, à l'exception des fonctions qui, afin d'en assurer l'exercice unitaire, sont attribuées aux provinces, aux villes métropolitaines, aux régions et à l'État, sur la base des principes de subsidiarité, différenciation et adéquation ». Enfin, la révision du 28 mars 2003 a inscrit le principe de subsidiarité dans l'article 72, alinéa 2 de la Constitution française. En effet, bien que la formule « principe de subsidiarité » n'apparaisse pas explicitement dans le texte de la Constitution française, celle-ci affirme que « [l]es collectivités territoriales ont vocation à prendre les décisions pour l'ensemble des compétences qui peuvent le mieux être mises en œuvre à leur échelon » en concrétisant donc le célèbre discours de Robespierre : « Fuyez la manie ancienne de vouloir trop gouverner ; […] laissez aux communes le pouvoir de régler elles-mêmes leurs propres affaires en tout ce qui ne tient point essentiellement à l'administration de la République ». J. Poperen (ss. la dir.), *Robespierre textes choisis*, Éditions sociales, t. II, 1974, p. 149. Aussi, à ce sujet : J.-P. Derosier, « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *RID comp.*, vol. 59, n° 1, 2007 ; C. Millon-Delsol, *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiaritéaux fondements de l'histoire européenne*, PUF, Paris, 1992.

2. J.-M. Siroën, *Gouvernance, biens publics et globalisation*, 1res Journées européennes de Galatasaray Istanbul, 25-26 oct 2001.

3. Bien que ces deux phénomènes aient plusieurs traits en commun, ils ne sont pas synonymes. Aussi, les différences entre eux demeurent floues et varient selon les courants de pensées qui les affrontent, en mettant l'accent sur la dimension économique, culturelle ou politique. Le terme « globalisation » peut être associé à un phénomène essentiellement économique tandis que le terme « mondialisation » a une acception plus ample. Ainsi, « globalisation » désigne l'extension supposée du raisonnement économique à toutes les activités humaines au niveau du globe terrestre. En revanche, le terme « mondialisation » désigne l'extension planétaire des échanges, qu'ils soient culturels, politiques, économiques ou autres. Toutefois, cette distinction n'est pas universellement acceptée. Pour une analyse de ces concepts : J. B. Auby, *La globalisation, le droit et l'État*, Montchrestien, coll. « Clefs-Politique », Paris, 2003 ; P. De Senarclens, *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, 2005.

4. F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*

41 En effet, le paradigme étatique traditionnel, se fondant sur la pyramide des normes kelsenienne, est bouleversé par de nouvelles formes de régulation

globale[1] sectorielle pouvant affecter directement les individus, ainsi que par une multitude de formes de *soft law* en mesure d'orienter les politiques publiques étatiques[2]. Dans le cadre d'un environnement multi-acteur, les pouvoirs publics doivent donc être considérés comme « l'un des éléments – quoiqu'un élément majeur – d'un réseau de multiples acteurs qui travaillent en collaboration […] avec des organisations émanant de la société civile et avec le secteur privé[3] ». Ainsi, contrairement à une structure étatique traditionnelle, strictement hiérarchisée et imperméable à la participation d'acteurs non étatiques, une gouvernance ouverte « émancipe la régulation du cadre monopolistique de l'État et reconnaît l'importance du marché et de la société civile dans la production normative[4] ».

1. Voir n^os^ 294 et s.

2. Dans ce sens, François Ost et Michel van de Kerchove soulignent que « l'absence de sanctions "officielles" » qui caractérise la *soflt law* « ne fait pas obstacle » à l'efficacité des règles. F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 119. Au niveau européen, par exemple, force est de rappeler qu'une « série d'actes non contraignants sont explicitement visés par le droit primaire [tels que les lignes directrices en matière de politique économique], sans que celui-ci leur confère une force contraignante. Il n'en demeure pas moins que leur absence d'effet contraignant ne signifie pas pour autant qu'ils sont dépourvus de tout effet juridique. En raison des engagements qui y sont souscrits, ces actes produisent indéniablement de tels effets ». N. Sadeleer, « Les actes hors nomenclature et le soft law européen », *in* I. Hachez *et al*. (ss. la dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1 : Normes internationales et constitutionnelles, Anthemis., Bruxelles, 2013, p. 253.

3. EuropeAid, *Appui à la décentralisation et à la gouvernance locale dans les pays tiers*, Document de référence n°2, Luxembourg, 2007, p. 21.

4. C. Eberhard, « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *op. cit*., p. 126.

42 La participation à la mise en œuvre d'une coopération multi-parties prenantes, de tous les acteurs impliqués dans un secteur spécifique, devient donc essentielle dans le souci d'élaborer des solutions efficaces et consensuelles. Pour ces raisons, comme le soulignent François Ost et Michel van de Kerchove, le triptyque fédérant la structure pyramidale, le gouvernement hiérarchique et l'exclusivité de la réglementation formelle, entreprend une véritable « mutation génétique[1] » donnant naissance à une nouvelle formule réunissant l'organisation réseautique, la gouvernance et la régulation[2].

1. G. Zagrebelsky, *Le droit en douceur*, (Il diritto mite), trad. M. Lery, Economica, Paris, 2000, p. 35, cité *in* F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*, p. 13.

2. F. Ost et M. Kerchove, *ibid*., p. 22.

▪ B – L'émergence d'une pluralité de « réseaux normatifs »

43 Le concept de gouvernance trouve son terrain d'application dans des domaines spécifiques et sectoriels où la concertation, la coopération, la consultation et la coordination[1], entre acteurs de nature différente (c'est-à-dire, acteurs étatiques et non étatiques), se révèlent avantageuses dans le but d'évaluer les coûts, les avantages et les risques liés à l'élaboration de politiques publiques[2]. Notamment, la participation d'une pluralité de *stakeholders*[3] dans le cadre d'une gouvernance ouverte et multipartite est susceptible de montrer ses bénéfices, non seulement dans la phase de

conception des politiques publiques, mais aussi dans celle d'élaboration d'instruments de régulation et dans leur mise en œuvre[4].

1. Voir n[os] 78 et s.

2. Dans ce sens, France Houle souligne que la coopération et « la consultation avec les parties prenantes sont maintenant des impératifs incontournables lors du processus d'élaboration des politiques réglementaires ». F. Houle, « La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine », *Conférence des juristes de l'État 2011, XIX[e] conférence Le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement*, Yvon Blais, Cowansville, p. 173. Bien que Houle développe ses considérations à partir de l'exemple canadien, consacré dans la directive canadienne sur la rationalisation de la réglementation, on se doit de souligner que la même *ratio* a été à la base de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », signé en 2003 par le Parlement européen, le Conseil de l'UE et la Commission européenne, et a orienté la rédaction de la directive « Mieux légiférer » en matière de réseaux et services de communications électroniques. accord interinstitutionnel « Mieux légiférer », *JO*, n[o] C 321, 31 déc. 2003 ; directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2007 ; Directive 2009/140 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *JO*, n[o] L 337, 18 déc. 2009.

3. R. E. Freeman et J. McVea, "A Stakeholder Approach to Strategic Management", *Darden Business School Working Paper*, n[o] 01-02, 2001, disponible sur *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263511* ; D. A. Zetzsche, "An Ethical Theory of Corporate Governance History", *Center for Business and Corporate Law Research Paper Series*, n[o] 26, 2007. Aussi, dans un sens opposé, M. Gelter, "The Dark Side of Shareholder Influence: Toward a Holdup Theory of Stakeholders in Comparative Corporate Governance", *ECGI – Law Working Paper*, n[o] 96, 2008.

4. Dans ce sens : M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit.* Voir n[os] 47 et s.

44 La normalisation technique d'une pluralité de secteurs et l'influence des différents systèmes juridiques déterminent la diffusion de « réseaux normatifs[1] », ayant une origine publique ou privée, qui peuvent se superposer dans le cadre de « systèmes complexes[2] ». En effet, la diffusion du phénomène de l'autorégulation – confiée aux acteurs du marché[3] – ainsi qu'une internationalisation croissante du droit[4] donnent naissance à une multiplication de réseaux normatifs qui ne se rapportent pas aisément à la hiérarchie des normes monolithique kelsenienne. Une telle juxtaposition normative met donc en exergue la nécessité d'une approche pluraliste, ainsi que les avantages déterminés par la collaboration des différents centres de production normative par le biais d'une corégulation se fondant sur l'élaboration autonome de règles de la part d'acteurs privés, sous la supervision de l'autorité de régulation concernée[5].

1. On se doit de souligner que les réseaux normatifs sont « potentiellement ou actuellement – en conflit les uns avec les autres, et, entre eux, l'individu – considéré désormais comme un sujet de droit et non plus comme uniquement le sujet de droit de l'État […]. Chacun des réseaux en cause constitue une société distincte dont la production juridique est autonome, en ce sens qu'elle n'est pas soumise au contrôle de droit d'une autre société, sans que, pour autant chacun de ces réseaux fonctionne dans un vide juridique : chacun d'entre eux est susceptible d'être influencé dans les faits par la seule existence de l'un ou plusieurs des autres ». J. Vanderlinden, « Production pluraliste du droit et construction de l'État africain », *Afrique Contemporaine*, 2001, disponible sur *www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli2.htm*

2. D. Bourcier, R. Boulet et P. Mazzega, *Politiques publiques. Systèmes complexes*, 2012, p. 108-109.

3. Comme le souligne France Houle, « [d]epuis plusieurs décennies, les économistes néoclassiques défendent l'idée selon laquelle le marché peut s'autoréglementer plus efficacement et équitablement que les gouvernements ne sont en mesure de le faire. Ils admettent néanmoins que le marché puisse faillir à cette tâche, mais lorsqu'une telle défaillance survient, l'option réglementaire n'est pas nécessairement la mieux adaptée pour résoudre le problème identifié. Selon cette optique, le règlement n'est qu'une méthode de régulation des marchés parmi d'autres et générant ses propres effets pervers comme pour tout autre instrument d'intervention ». Dans ce sens : F. Houle, « La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine », *op. cit.*, p. 183-184.

4. Au sujet de l'internationalisation du droit, par exemple : AHJUCAF, *Internalisation du droit, internalisation de la justice*, Actes du congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010 ; M. Delmas-Marty, « L'internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? », *Esprit*, 2012/11, p. 35-51.

5. Dans ce sens, nous pouvons citer l'élaboration des règles internes d'entreprise ou *Binding Corporate Rules* (BCR), qui définissent les politiques de transferts des données personnelles hors de l'UE. Les BCR, en effet, représentent

un code de conduite contraignant pour l'entreprise multinationale qui l'adopte tout en lui laissant la possibilité de le concevoir de façon autonome, en suivant les lignes directrices définies par le G29. CNIL, *Les règles internes d'entreprise ou BCR (binding corporate rules)*, 2012, disponible sur *www.cnil.fr/fileadmin/documents/Vos_responsabilites/Transferts/CNIL-transferts-BCR.pdf*

45 Ainsi, tel que le souligne Jacques Vanderlinden, la conception pluraliste diffère de la théorie positiviste classique, qui « considère que la production du droit se situe entièrement soit au niveau de l'État – il se manifeste alors sous la forme législative – soit sous son contrôle[1] ». L'approche pluraliste est donc une clef de lecture particulièrement utile à l'appréhension de la gouvernance car elle « considère que l'État est loin d'assurer, à son bénéfice, une production effective du droit. Elle part du constat que, pour chaque individu, il existe un certain nombre de réseaux sociaux normatifs et autonomes qui s'efforcent de gouverner son comportement[2] ». La juxtaposition de plusieurs niveaux normatifs, se prête donc à être encadrée par une logique de subsidiarité dans le cadre d'une gouvernance multi-niveau visant à favoriser la coopération entre les partenaires à l'articulation des différentes échelles normatives[3].

1. J. Vanderlinden, « Production pluraliste du droit et construction de l'État africain », *op. cit.*

2. *Ibid.*

3. P. Calame, *Le principe de subsidiarité active – Concilier unité et diversité, op. cit.*

46 Comme nous le verrons dans la deuxième section de ce premier chapitre, la tendance à recourir à l'autorégulation est corroborée par le succès considérable de la standardisation et de la normalisation technique. Ces outils régulatoires se montrent particulièrement efficaces, car ils sont produits par le biais d'un processus participatif et sur la base d'un consensus au sein de la communauté même qui sera assujettie aux instruments de régulation[1]. Le processus d'autorégulation vise donc à délinéer une solution considérée comme optimale par les participants. En effet, tous les sujets qui concourent à ce processus seront, par la suite, assujettis à l'instrument autorégulatoire et, par conséquent, ont un intérêt direct à esquisser l'outil permettant la régulation la plus efficace et la plus efficiente. Dans ce sens, comme nous le mettrons en évidence lors de l'analyse des standards et des normes techniques, l'autorégulation ne peut pas être considérée comme l'aboutissement d'un processus dialectique visant à faire émerger l'intérêt général mais comme la cristallisation du consensus des parties impliquées autour d'une solution technique optimale élaborée de façon autonome. La tendance à impliquer une pluralité d'acteurs, dans l'élaboration de solutions régulatoires et dans la production de nouvelles normes techniques, met donc en exergue l'émergence d'un paradigme participatif, dont le degré d'ouverture est directement proportionnel à l'hétérogénéité des acteurs impliqués[2]. Dans le paragraphe qui suit, nous analyserons les différentes déclinaisons de ce dernier paradigme, notamment au niveau international, où des entités non étatiques revêtent une importante fonction d'expertise et contribuent à accroître la légitimation[3] des politiques élaborées par le truchement d'un effort collaboratif.

1. Voir n[os] 144 et s.

2. Dans ce sens : L. Belli, "A Heterostakeholder Cooperation for Sustainable Internet Policymaking", *op. cit.*

3. Une telle fonction est particulièrement évidente dans le domaine de la protection de l'environnement. Ainsi, comme le soulignent Pallemaerts et Moreau, dès la Conférence des Nations unies sur l'Environnement Humain de Stockholm, en juin 1972, « la perception des ONG comme représentantes d'une nouvelle "société civile transnationale" n'a fait que se renforcer. Elles seraient là pour assurer une certaine "conscience" des problèmes, pour combler le manque de légitimité dont souffre parfois l'action des gouvernements qui sont suspectés par l'opinion publique de poursuivre d'autres intérêts que ceux qu'ils expriment ». M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit*., p. 11.

§ 2 – Une démarche collaborative dans un but d'efficacité

47 Comme nous l'avons suggéré précédemment, le modèle weberiano-kelsenien à la base de l'État moderne peut être considéré comme inefficace[1]. En ce sens, certaines critiques ont argué que « la crise » traversée par l'État-Nation rend la gouvernance nécessaire afin de « redéfini[r] la gestion des affaires publiques comme simple régulation d'une intégration toujours plus poussée du public dans le privé, avec comme objectif de promouvoir un État plus rentable[2] ». En incluant la participation d'acteurs non étatiques, la gouvernance est le miroir d'un processus d'hybridation de l'action publique, au fur et à mesure plus influencée par la gestion privée. En effet, le concept de gouvernance vise à dépasser des mécanismes autoritaires et rigides, fondés sur la subordination, et à embrasser une gestion semi-publique qui considère la participation, non seulement dans un souci d'ouverture démocratique, mais aussi comme un outil de recherche de solutions efficaces et efficientes par le truchement d'un effort collaboratif impliquant le plus grand nombre de parties prenantes.

1. On se doit de remarquer que « [l]e discours et les actions de réforme des administrations publiques se sont construits durant les trois dernières décennies autour de la mise en avant conjointe d'un problème, la bureaucratie, et d'un espace de solutions, le secteur privé ». D. Guillemot et G. Jeannot, « Modernisation et bureaucratie, l'administration d'État à l'aune du privé », *RF sociologie*, vol. 54, 2013/1, p. 83.

2. Dans ce sens : A. Benoist, *Qu'est-ce que la gouvernance ?*, 2005, disponible sur *www.alaindebenoist.com/pdf/qu_est-ce_que_la_gouvernance.pdf*

48 L'implication d'acteurs non étatiques dans l'élaboration d'outils de régulation efficaces est stimulée par la complexité et par la « transnationalité[1] » croissantes d'une pluralité de domaines encadrés par les politiques publiques. Tout comme dans le cadre de l'environnement internautique, la complexité et la transnationalité susmentionnées sont « particulièrement manifeste[s] en ce qui concerne les politiques publiques liées aux problèmes d'environnement[2] ». En effet, l'élaboration de politiques environnementales et d'aménagement territorial efficaces dépend de « la prise en compte de facteurs d'une très grande diversité[3] », qui demande le glissement vers des modèles de gouvernance « ouverte[4] » afin de permettre la pleine considération de l'ample spectre d'intérêts impliqués.

1. André-Jean Arnaud souligne que l'usage même du qualificatif transnational « évoque bien le fait que les nations se trouvent à la fois traversées et dépassées par [des] phénomène[s] associé[s] aux nécessités des affaires, du commerce, des grosses entreprises ». A.-J. Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Dr. et sociétés*, n° 35, 1997, p. 17.

2. Conseil général de l'Environnement et du Développement durable, *La gouvernance concertée, op. cit.*, p. 7.

3. *Ibid.*

4. Dans ce sens, on peut considérer le mouvement de l'« *open government* » orienté vers une réforme de l'État selon les principes de transparence, participation et collaboration. D. Lathrop et L. Ruma (ss. la dir.), *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, O'Reilly Media, Sebastopol, 2010 ; O. Perez, "Open Government, Technological Innovation and the Politics of Democratic Disillusionment: (E-)Democracy from Socrates to Obama", *Bar-Ilan University Public Law and Legal Theory Working Paper*, 6 juin 2012 ; N. Taewoo, « Les opinions des citoyens à propos de la gouvernance ouverte et du gouvernement 2.0 », *Revue internationale des sciences administratives*, 2012/2, vol. 78, p. 367-391.

49 Dans ce sens, on se doit de remarquer l'importance du processus d'intégration multi-parties prenantes dans le cadre de la gouvernance écologique française. Notamment, la révision constitutionnelle du 23 juillet 2008 a déterminé la transformation du Conseil économique et social en Conseil économique, social et environnemental, ce qui a permis l'intégration de « trente-trois nouveaux membres, représentant des organisations non gouvernementales ainsi que des personnalités qualifiées au titre de la protection de l'environnement[1] ». Ainsi, on se doit de souligner que, dans le cadre de la gouvernance écologique, c'est « la technique juridique[2] » qui confirme la nécessité de l'inclusion de parties prenantes issues de la société civile et qui caractérise leur légitimité sur la base des critères de représentativité énoncés par le Code de l'environnement[3]. La définition de critères utiles à formaliser la légitimation des acteurs non étatiques semble être une étape essentielle afin de dissiper la « nébuleuse d'organisations, d'acteurs et de réseaux[4] » qui peuvent être catégorisés sous l'étiquette de « société civile[5] ». Cependant, la définition de tels critères se fonde sur l'existence d'une autorité – soit-elle nationale ou encadrée dans un système international[6] – ayant le pouvoir d'arrêter les caractéristiques formelles nécessaires à la légitimation des acteurs non institutionnels. Ainsi, force est de souligner que la formalisation de critères de légitimation concernant les acteurs non étatiques opérant dans l'espace délibératif transnational[7] présente des difficultés considérables, en raison de la juxtaposition de plusieurs « ordres juridiques de référence[8] » dans le cadre desquels ces acteurs non étatiques opèrent.

1. L. Rossignol et L. Nègre, *Rapport d'information n° 290, op. cit.*, p. 24.

2. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, 2009, p. 223.

3. Dans ce sens, l'article R. 141-21 du Code de l'environnement définit les critères qui déterminent la représentativité nécessaire afin d'être « désignées pour prendre part au débat sur l'environnement se déroulant dans le cadre des instances consultatives ». Notamment, « les associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique [doivent] : 1° Représenter un nombre important de membres pour les associations ou de donateurs pour les fondations reconnues d'utilité publique, eu égard au ressort géographique de leur activité ; […] 2° Justifier d'une expérience et de savoirs reconnus […], illustrés par des travaux, recherches et publications reconnus et réguliers, ou par des activités opérationnelles ; 3° Disposer de statuts, de financements ainsi que de conditions d'organisation et de fonctionnement qui ne limitent pas leur indépendance, notamment à l'égard des pouvoirs publics, des partis politiques, des syndicats, des cultes, ou d'intérêts professionnels ou économiques ». C. env., art. R. 141-21, créé par l'art. 3, D. n° 2011-832, 12 juill. 2011, relatif à la réforme de l'agrément au titre de la protection de l'environnement et à la désignation des associations agréées, organismes et fondations reconnues d'utilité publique au sein de certaines instances.

4. I. Biagiotti, « Gouvernance mondiale : discours, acteurs et processus de négociation – l'exemple du Protocole de Biosécurité », *op. cit.*, p. 48.

5. Au cours des dernières décennies, on a pu assister à une intense prolifération des groupes de la société civile ayant des activités transfrontalières. Tel que le souligne Isabelle Biagiotti, « la majorité de ces groupes s'intéressent "aux questions de gouvernance mondiale liée au développement, à l'écologie, aux droits de l'Homme et à la paix" ». *Ibid.*, p. 49.

6. Voir n[os] 76 et 77.

7. La consécration d'une telle dimension transnationale peut être associée au Sommet mondial sur le développement social, tenu à Copenhague en 1995. En effet, comme le souligne Jules Duchastel, le Sommet de Copenhague représente un « moment fort dans la mobilisation et la concertation des groupes de la société civile vers une resocialisation sinon une repolitisation de l'espace de régulation transnationale » dans lequel « de nouveaux acteurs surgis de toute part [revendiquent] le droit de participer à la définition des règles communes ». J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*, p. 4.

8. L'expression « ordre juridique de référence » désigne « l'ordre juridique du juge saisi ou du juge qui pourrait être saisi ». J.-S. Bergé, M. Forteau, M.-L. Niboyet et J.-M. Thouvenin, *La fragmentation du droit applicable aux relations internationales – Regards croisés d'internationalistes privatistes et publicistes*, Pedone, Paris, 2011, p. 19.

50 La gouvernance doit donc être considérée comme le processus permettant l'ouverture de l'organisation pyramidale étatique « traditionnelle » à la participation d'acteurs non étatiques, dans le cadre d'un paysage politique, technologique et juridique où la primauté du modèle wébériano-kelsenien est considérablement redimensionnée[1]. Le succès du paradigme gouvernantaliste se fonde donc sur le désir de renouvellement du « modèle standard de gestion de l'administration publique[2] », permettant la collaboration d'acteurs publics et privés dans un but d'efficacité, en dépit d'une structure bureaucratique pyramidale.

1. Dans ce sens, le P[r] Fritz Scharpf souligne que dans un monde caractérisé par des systèmes d'interdépendance réciproque de plus en plus denses, étendus et en évolution rapide ainsi que par des interactions qui coupent les limites intra et inter-organisationnelles, intra- et intersectorielles, intra- et internationales de façon de plus en plus fréquente, les avantages de la coordination hiérarchique sont destinés à se disperser. F. W. Scharpf, "Games Real Actors could Play: Positive and Negative Co-Ordination in Embedded Negotiations", *Journal of Theoretical Politics*, vol. 6, n[o] 1, 1994, p. 37, cité *in* B. Jessop, « Governance e meta-governance: riflessività, varietà e ironia », *in* A. Palumbo et S. Vaccaro (ss. la dir.), *Governance: teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, *op. cit.*, p. 80.

2. A. Palumbo et S. Vaccaro (ss. la dir.), *Governance: teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, *op. cit.*, p. 7.

▪ A – La diffusion d'un paradigme collaboratif

51 Comme nous l'avons souligné, le modèle pyramidal qui a délinéé la structure étatique, au cours du XX[e] siècle, a subi une mutation essentielle en permettant d'associer une pluralité de parties prenantes dans le cadre de « dispositifs de coconstruction des décisions publiques[1] », afin de prendre des décisions efficaces tout en promouvant une « citoyenneté active[2] ». L'implication d'acteurs non étatiques est liée à la difficulté de légiférer dans des domaines caractérisés par la coexistence de plusieurs niveaux décisionnels et de plusieurs sources de régulation tels que la protection de l'environnement, l'aménagement territorial ou le numérique. D'une part, la nature transnationale, qui caractérise certains de ces domaines, stimule une sorte de processus osmotique dans le cadre duquel la régulation et les procédures produites au niveau international et celles élaborées au niveau national s'interpénètrent et s'influencent réciproquement. D'autre part, la complexité ainsi que la nature multi-acteur et multi-niveau des domaines susmentionnés rendent nécessaire la mise en œuvre d'une gouvernance collaborative, à titre liminaire, dans le but d'élaborer des politiques et des régulations efficaces, effectives et flexibles, tout en prônant leur acceptation de la part du public[3]. En effet, dans ces domaines, une approche gouvernantaliste ouverte aux contributions

d'une pluralité de parties impliquées permet l'élaboration de règles qui ne soient pas excessivement rigides, en évitant de frustrer le développement économique, tout en protégeant les droits fondamentaux des individus.

1. Dans ce sens : Conseil général de l'Environnement et du Développement durable, *La gouvernance concertée*, *op. cit.*

2. L'expression « citoyenneté active » fait référence à « la contribution effective à l'ensemble des décisions touchant la vie collective, que ce soit sous forme de mandats donnés à des représentants ou par la participation directe à la prise de décision publique ». *Ibid*., p. 6.

3. J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *op. cit.*, p. 409.

52 Ainsi, comme on a pu le remarquer grâce à Jacques Lenoble et Marc Maesschalck, la multiplication des niveaux de gouvernement et la participation directe de groupes d'intérêts sectoriels à la détermination des politiques publiques redimensionnent le centralisme des institutions de l'État et suggèrent un glissement du principe de hiérarchie vers la coopération et la négociation, tout en déterminant une réorganisation de l'action collective[1]. Le « triptyque traditionnel », qui trouve ses préalables dans l'État-Nation hiérarchique fondé sur la souveraineté, la territorialité et le gouvernement bureaucratique, est donc bouleversé par la nécessité de coopération entre acteurs étatiques et non étatiques, qui ne trouve pas ses préalables dans la subordination mais, plutôt, dans l'horizontalité et dans la collaboration sur un plan d'égalité. En effet, dans une telle situation, les pouvoirs publics assument le rôle d'organes de coordination et de régulation des relations parmi une pluralité d'acteurs afin de « guider l'action collective[2] » vers les résultats souhaités.

1. J. Lenoble et M. Maesschalck, *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, Kluwer Law International, London, 2003.

2. G. Stocker, « Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance », *op. cit.*

53 Dans le cadre de ce que Jacques Chevallier définit comme « processus d'élaboration collective[1] », la gouvernance accompagne la mutation du rôle de l'État qui se voit donc contraint à assortir ses formules autoritaires avec des mécanismes de concertation[2] et des procédures de consultation[3] qui privilégient la négociation à l'imposition[4]. L'évolution de la délibération à la négociation implique donc un glissement de la « recherche de l'intérêt général » vers la « transaction entre intérêts particuliers[5] ». Ainsi, bien que l'État demeure le sommet de l'action publique – en détenant le monopole de la force publique, de l'imposition d'obligations fiscales et en pouvant déterminer unilatéralement les comportements qui doivent être interdits – l'imposition d'une pyramide étanche ne permet pas d'intégrer dans l'action publique les exigences des acteurs non étatiques jouant un rôle essentiel dans les sociétés contemporaines. C'est pour cette raison que de nouveaux acteurs sont amenés à s'associer aux foyers traditionnels de production normative, et que de nouvelles enceintes de concertation sont amenées à côtoyer les mécanismes de représentation démocratique.

1. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 207.

2. En ce qui concerne la concertation au niveau national, on se doit de souligner le rôle précurseur du droit de l'urbanisme. Notamment, depuis le 18 juillet 1985, la loi relative à la définition et à la mise en œuvre des principes d'aménagement a créé l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme, lequel a « élargi très sensiblement la participation du public au processus d'élaboration des décisions administratives en permettant aux citoyens d'être associés, en amont de l'enquête publique, à la conception des projets d'urbanisme et d'aménagement ». Par la suite, la loi du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains a « sensiblement accru le nombre d'opérations soumises à concertation en rendant cette dernière obligatoire pour "toute élaboration ou révision du schéma de cohérence territoriale ou du plan local d'urbanisme" ». Enfin les articles 6 et 7 de la loi du 30 juillet 2003 relative à la prévention des risques technologiques et naturels et à la réparation des dommages « ont étendu cette procédure à l'élaboration d'autres documents de planification qui ont d'importantes incidences sur la maîtrise de l'urbanisation ». J.-F. Struillou, « La participation des habitants : la concertation de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme », *Droit et politiques de renouvellement urbain*, Cahier du Gridauh nº 10, Série droit de l'urbanisme, 2004, p. 69-70. Aussi, force est de souligner que le Conseil d'État a précisé que « la concertation doit se dérouler avant que le projet ne soit arrêté dans sa nature et ses options essentielles et que ne soient pris les actes conduisant à la réalisation effective de l'opération ». CE, 6 mai 1996, *Association Aquitaine alternatives*, nº 12191.

3. Dans ce sens, on peut rappeler qu'en vertu de l'article 70 de la Constitution, le Conseil économique, social et environnemental « est obligatoirement consulté sur les projets de loi de programme ou de plan à caractère économique et social, à l'exception des lois de finances » ; et qu'au sens de l'article 1 du Décret nº 2011-476 du 29 avril 2011 portant création du Conseil national du numérique, le Conseil « peut être consulté par le Gouvernement sur tout projet de disposition législative ou réglementaire susceptible d'avoir un impact sur l'économie numérique ». Ainsi, comme le souligne Fabrizio Cafaggi, les pouvoirs publics sont susceptibles de consulter « des personnes intéressées – notamment les régulés – choisies de façon discrétionnaire par le régulateur ou en vertu de véritables droits de participation déterminés par la loi ». F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit.*, p. 23.

4. Ces mécanismes et procédures ont trouvé un succès considérable et se sont consolidés dans le domaine de la sociologie urbaine où « la gouvernance se substitue au concept de gouvernement local pour désigner l'action stratégique de divers acteurs (politiques, économiques et sociaux) dans le contexte de négociations autour des enjeux urbains ». J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*, p. 6.

5. A. Supiot, « Du Gouvernement à la gouvernance », *L'Observatoire de l'Europe*, 19 déc. 2012, disponible sur *www.observatoiredeleurope.com/Du-Gouvernement-a-la-gouvernance_a1830.html*

54 Force est donc de constater l'émergence d'un paradigme collaboratif post-wébérien, dans le cadre duquel l'association d'acteurs issus du secteur privé et des milieux associatifs aux pouvoirs publics devient nécessaire, afin de délinéer les politiques publiques par le biais de processus ouverts, transparents et collaboratifs. Ce paradigme réticulaire se base sur la considération de l'émergence de nouvelles « sources de pouvoir[1] », en dehors des pouvoirs publics, et vise à les engager dans le cadre de processus de gouvernance collaborative tels que des concertations multi-parties prenantes[2] ou des conseils consultatifs[3]. La nécessité de prendre en compte des acteurs non étatiques dans le cadre de l'élaboration et de la mise en œuvre des politiques publiques met en exergue la difficulté croissante de diriger la société « de manière hiérarchique, autoritaire et unitaire par des lois dont le caractère obligatoire, général et abstrait s'accorde difficilement avec ce nouvel ordre plus réticulaire que pyramidal[4] ». En effet, le modèle pyramidal ne jouissant pas de la « plasticité nécessaire[5] » afin d'encadrer une société de plus en plus complexe et transnationale, l'administration étatique – ainsi qu'une multitude d'entités administratives internationales – évolue vers une structure réseautique, en ouvrant ses différentes composantes à la participation, à la collaboration et au partenariat avec des entités privées et associatives.

1. C. Hardy et N. Phillips, "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *Organization Science*, mars/avr. 1998, nº 9, p. 217-230. Aussi, dans ce sens : J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *op. cit.*, p. 409-417.

2. Force est de souligner qu'en vertu des lois nº 2009-967 du 3 août 2009 de programmation relative à la mise en œuvre du *Grenelle de l'environnement* et nº 2010-788 du 12 juillet 2010 portant engagement national pour

l'environnement, la concertation multi-parties prenantes est devenue l'instrument fondamental de la « gouvernance écologique », visant à promouvoir l'association de tous les acteurs concernés par une politique publique environnementale. En effet, « [l]a méthode du Grenelle est inédite par son mode de gouvernance. Elle réunit en effet les membres de cinq collèges représentant l'ensemble des parties prenantes à la politique environnementale, dans ce qui a été appelé la "gouvernance à 5" : élus locaux, représentants de l'administration, syndicats de salariés, d'employeurs, et associations de protection de l'environnement. […] Il s'agit désormais d'une "gouvernance à 5 + 1", les parlementaires étant associés aux autres parties prenantes. L'objectif de cette concertation au cadre élargi a été de rechercher des positions consensuelles et informées ». L. Rossignol et L. Nègre, *Rapport d'information n° 290*, *op. cit.*

3. C. Hardy et N. Phillips, "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *op. cit.*, p 410-411.

4. A. Flückiger, « Le principe de clarté de la loi ou l'ambiguïté d'un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel* n° 21, janv. 2007, disponible sur *www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50557.pdf*

5. *Ibid.*

55 Cette mutation systémique est corroborée par l'évolution des formes « classiques » de légitimité wébérienne en ce qui concerne la participation à l'élaboration des politiques publiques. Cette évolution implique donc une mutation de l'« idée de Référence[1] ». En effet, comme le souligne Alain Supiot, « nous ne reconnaissons le pouvoir que s'il se réfère à un sens auquel nous adhérons [et] c'est l'une des ressources de la technique juridique que de conférer au pouvoir une raison et d'installer ainsi la scène du pouvoir sur les tréteaux de la légitimité[2] ». Dans ce sens, Cynthia Hardy et Nelson Phillips ont mis en exergue l'existence de trois « sources de pouvoir[3] » qui justifient et légitiment la participation à un processus de gouvernance collaborative : l'autorité, le pouvoir fondé sur le contrôle des ressources et la légitimité discursive. En premier lieu, l'autorité est déterminée par le statut dont jouissent les différentes parties prenantes dans leur contexte institutionnel d'origine. L'autorité est donc l'unique élément de liaison avec le paradigme étatique pyramidal car elle est définie par la position qu'une entité occupe au sein des nombreuses pyramides qui composent la bureaucratie légale-rationnelle wébérienne. En deuxième lieu, le pouvoir fondé sur le contrôle des ressources représente une nouvelle source de légitimité à participer à la gouvernance collaborative car il implique une capacité à déployer des ressources financières, humaines, technologiques ou scientifiques qui peuvent être particulièrement utiles à l'élaboration et à la mise en œuvre de politiques publiques. Dans ce sens, le contrôle sur une certaine typologie de ressources permet d'être inclus dans les processus de gouvernance collaborative car il confère une position de « domination » wébérienne, c'est-à-dire « une bonne chance de voir ses ordres suivis[4] ». En troisième lieu, la légitimité discursive se réfère à la capacité d'un individu ou d'une organisation à s'exprimer en soutien à une valeur, à un idéal ou à une position spécifique. Cette dernière forme de légitimité représente une évolution de la légitimation charismatique qui ne se fonde plus sur la « vertu héroïque » d'un individu mais sur la logicité et la persuasion des arguments dont il se fait porteur.

1. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*

2. *Ibid.*

3. C. Hardy et N. Phillips, "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *op. cit.*, p. 410.

4. P. Smets, *La légitimité au quotidien, L'idéologie dans le discours managérial*, Thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en sciences sociales, année académique 2004-2005, p. 65, disponible sur *http://student.ulb.ac.be/~psmets1/titre.html*

56 Ce paradigme collaboratif, ouvert à la participation de parties prenantes de nature différente vise donc à atteindre un résultat triple. En premier lieu, l'inclusion d'individus ou d'organisations jouissant de légitimité discursive permet une meilleure connaissance de la problématique faisant l'objet du processus de gouvernance collaborative, en contribuant sensiblement à la clarification des rôles et des responsabilités des différents acteurs impliqués. En deuxième lieu, l'inclusion de ces différents acteurs dans un processus de gouvernance collaborative permet de confier la gestion d'une problématique commune au niveau décisionnel le plus proche de ladite problématique dans le cadre du principe de subsidiarité. Enfin, l'inclusion des entités non étatiques qui exercent un contrôle sur les ressources intéressées, fait en sorte que les politiques et les régulations issues de ce processus puissent être mises en œuvre directement par les acteurs impliqués.

57 Bien que, dans un contexte globalisé, la structure hiérarchique étatique doive faire face à l'émergence – et à la concurrence – d'une pléthore d'acteurs privés, l'organisation étatique ne doit pas être considérée comme étant dans une situation d'« obsolescence[1] » mais, plutôt, comme ayant besoin de réformes afin de s'adapter aux métamorphoses socio-économiques. La logique collaborative, horizontale et en réseau de la gouvernance semble donc instrumentale afin de modifier le style de l'action publique, déterminant une évolution participative de l'architecture étatique elle-même. Dans ce sens, l'effort de concertation préliminaire, ainsi que la consultation de différents groupes d'intérêt au cours de l'élaboration des décisions, font en sorte que l'action publique devienne la résultante d'un processus, qui a comme objectif de parvenir au meilleur équilibre possible entre des intérêts divergents, par le biais d'une démarche associative.

1. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 207-208.

▪ B – De la gouvernance d'entreprise à une gestion efficace de l'action publique

58 Comme le relève François Xavier Merrien, « une partie croissante de la théorie de la gouvernance a pour objet une réflexion non sur l'exercice du pouvoir et de la domination mais sur les modes les plus efficaces et efficients du management de la société[1] ». En effet, on se doit de souligner que les différentes théories de la gouvernance[2] trouvent un point commun dans la recherche d'efficience[3] et d'efficacité[4] et que la pensée

gouvernantaliste est inextricablement liée à la science économique. Ainsi, dès les années 1980, la science administrative anglo-saxonne[5] a adopté les principes, les critères et les processus visant à la rationalité économique qui a été, ensuite, embrassée par la Banque mondiale, lors de la promotion du concept de « bonne gouvernance » en tant que « manière par laquelle le pouvoir est exercé dans la gestion des ressources économiques et sociales d'un pays au service du développement[6] ».

1. F. X. Merrien, *op. cit.*, p. 61, cité *in* J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*, p. 53.

2. Nous pouvons remarquer l'existence d'une théorie financière de la gouvernance, d'une théorie partenariale de la gouvernance ou, encore, de différentes théories cognitives de la gouvernance. G. Charreaux, *Le gouvernement des entreprises: Corporate Governance, théories etfaits*, Paris, Economica, 1997 ; *Id.*, « Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux », *Cahier du FARGO*, nº 1040101, version révisée – déc. 2004, disponible sur *http://leg.u-bourgogne.fr/wp/1040101.pdf*

3. Dans ce sens, Jacques Caillosse affirme que « l'évolution économique du droit français de l'administration et des politiques publiques [révèle une] subordination croissante au droit de la concurrence dont il intègre peu à peu règles, modes de raisonnement et valeurs » et que « le principe d'efficience économique est appliqué à la production des règles. En même temps il est l'objectif recherché par celles-ci ». J. Caillosse, *op. cit.*, p. 53 et 55.

4. Dans ce sens, on se doit de souligner que, dans le contexte économique, « la gouvernance doit aider […] à construire des stratégies permettant de créer de la valeur de façon durable ». G. Charreaux, « Le conseil d'administration dans les théories de la gouvernance », *Revue du financier*, nº 127, déc. 2000, p. 10, disponible sur *http://leg2.u-bourgogne.fr/wp/001201.PDF*

5. Une telle optique peut être utilisée afin d'encadrer l'action publique par le truchement de la « règle des trois E » qui se fonde sur les dogmes de l'économie, de l'efficacité et de l'efficience. Dans cette perspective, le but de la gouvernance ne doit pas être considéré comme une « redéfinition du statut de l'État d'inspiration néolibérale » mais, au contraire, comme un renouvellement de la gestion publique dans le souci d'atteindre une situation d'efficacité par le biais du libre jeu de la concurrence. Dans ce sens : J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*, p. 44 ; J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.* ; F. X. Merrien, « De la gouvernance et des États-providence contemporains », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, 1998.

6. Banque mondiale, *Governance and development*, Washington DC, 1992, p. 3.

59 Les théories de la gouvernance trouvent leurs bases conceptuelles dans les études économiques menées par Adolf Augustus Berle et Gardiner Means qui, au début des années 1930, « concluaient à une gestion défavorable aux actionnaires, au début du siècle dans les grandes sociétés cotées, en raison de la séparation existant entre les actionnaires, qui assument le risque, et les dirigeants, qui prennent les décisions[1] ». L'analyse de Berle et Means a déterminé les bases de la « gouvernance d'entreprise[2] », ou *corporate governance*, en observant l'existence d'une fracture entre l'activité de prise de décisions de la part des dirigeants, considérés comme les mandataires de la société, et la possibilité d'exercer un contrôle effectif de la part des actionnaires, considérés comme les mandants de la société.

1. G. Charreaux, « Le conseil d'administration dans les théories de la gouvernance », *op. cit.*, p. 10. Aussi : A. A. Berle et G. Means, *The Modern Corporation and Private Property*, Transaction Publishers, 1991.

2. Une forme embryonnaire de la gouvernance d'entreprise fut théorisée par l'économiste britannique Ronald Coase, dans son célèbre article, intitulé "The nature of the firm", où il opposait la firme et le marché, en analysant le rôle des relations de coopération qui se déroulent au sein de l'entreprise. Selon Ronald Coase, c'était donc la coopération visant à abattre les coûts de transaction qui représentait la raison d'être de l'entreprise. Les études de Coase, initialement peu considérées, furent mises en lumière à partir des années 1970 par un autre économiste, Oliver Williamson, qui les réélabora à la lumière d'une approche juridique, en posant les bases du courant de pensée connu comme *Laws and Economics*. Les deux économistes ont été lauréats du prix Nobel pour l'économie, notamment en 1991 (Coase) et en 2010 (Williamson). R. Coase, "The nature of the firm", *Economica*, vol. 4, 1937, p. 386-405 ; O. Williamson, *Corporate Control and Business Behavior: An Inquiry into the Effects of Organisation Form on Enterprise Behavior*,

Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1970 ; *Id.* "Transaction-Cost Economic: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, nº 2, 1979, p. 233-261.

60 En principe, cette réflexion visait à promouvoir la sécurisation des investissements des actionnaires mais elle donna ensuite naissance à un nouveau « paradigme d'efficience[1] » visant à encadrer la marge discrétionnaire des dirigeants siégeant dans les conseils d'administration, tout en élargissant le spectre des intérêts que ces derniers doivent prendre en considération. En effet, dans le cadre entrepreneurial, la gouvernance vise à « aller au-delà de la prise en compte du seul intérêt des actionnaires (*Share Holders*) dans les structures et le fonctionnement des sociétés commerciales et tenir compte d'autres intéressés (*Stake Holders*) à l'intérieur de l'entreprise (les salariés) comme à l'extérieur (les clients et fournisseurs, voire le reste de la société[2]) ». Ce paradigme a été détaillé par les théories contractuelles[3] et stratégiques de la gouvernance d'entreprise car les très grandes entreprises ont été les premiers acteurs à devoir concilier les exigences d'unité structurale avec la diversité des acteurs et des intérêts impliqués dans la gestion de l'entreprise[4].

1. G. Charreaux, « Le conseil d'administration dans les théories de la gouvernance », *op. cit.*

2. J. Ziller, « Vrais et faux changements dans les administrations en Europe », *RF adm. publ.*, nº 105-106, 2003/1, p. 72.

3. L'application de la « théorie contractuelle de la gouvernance » au conseil d'administration d'une société permet de considérer cet organe comme un instrument de discipline et de coopération, permettant de résoudre le conflit d'intérêts entre les actionnaires mandants de la société et les dirigeants mandataires. Au sens de la théorie contractuelle financière de la gouvernance, la firme est vue comme un nœud de contrats établis par le dirigeant. Dans ce cadre, l'organisation de la firme peut atteindre un niveau de création de valeur optimale dans une situation hypothétique de coopération et sous-optimale dans une situation réelle, caractérisée par la présence d'intérêts conflictuels et d'asymétries de l'information. La raison d'être du système de gouvernance est donc la réduction des pertes de valeur en favorisant la coopération. Dans ce sens : G. Charreaux, « Les théories de la gouvernance : de la gouvernance des entreprises à la gouvernance des systèmes nationaux », *op. cit.*

4. Dans ce sens, Pierre Calame souligne que « [l]es très grandes entreprises […] ont eu à inventer des modes d'organisation respectant cette double exigence d'unité et de diversité. Elles l'ont fait de mille manières, en centralisant la stratégie et en décentralisant les responsabilités opérationnelles, en faisant circuler les expériences et les savoirs par la circulation des hommes, en créant des espaces d'autonomie en leur sein, en décomposant les grands systèmes en unités à taille humaine, en uniformisant par des procédures et des règles de contrôle plutôt qu'en homogénéisant les manières de faire, etc. ». P. Calame, *Le principe de subsidiarité active – Concilier unité et diversité*, 1996, disponible sur *www.institut-gouvernance.org/fr/analyse/fiche-analyse-32.html*

61 La théorie de la gouvernance d'entreprise suggère l'efficacité d'un paradigme participatif visant à « intégrer l'idée que reconnaître les intérêts des parties prenantes et leur contribution à la réussite à long terme de l'entreprise est dans l'intérêt même de cette dernière [car] les contributions des différentes parties prenantes représentent une ressource précieuse pour bâtir des entreprises compétitives et rentables[1] ». Ainsi, selon la théorie de la gouvernance d'entreprise, la participation des différents *stakeholders* à l'activité entrepreneuriale est censée engendrer des avantages directs et indirects en ce qui concerne l'efficacité de l'entreprise. En outre, la théorie de la gouvernance d'entreprise est particulièrement importante, car elle se fonde sur l'idée que le pilotage de la firme doit se dérouler par le biais de la coordination des unités organisationnelles qui la composent grâce à l'usage d'un ensemble de dispositifs de régulation[2]. En effet, la *corporate*

governance prône la coordination des réseaux[3] qui composent l'entreprise – et dont l'entreprise elle-même fait partie – afin de maximiser la performance. L'hétérogénéité des rapports réseautiques dans lesquels est impliquée l'entreprise met donc en évidence l'opportunité d'utiliser des instruments régulatoires variés[4] en mesure de s'adapter efficacement aux particularités de chaque « réseau ». Dans ce but, l'organisation efficace des différentes unités au sein de l'entreprise est atteinte en utilisant des protocoles internes, tandis que la coordination avec les acteurs extérieurs est atteinte en négociant des partenariats qui seront scellés par le biais de contrats et détaillées par le truchement de règlements.

1. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2004, p. 49, disponible sur *www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/ae/principesdegouvernementdentreprise/31652074.PDF*

2. En particulier, trois éléments assument un rôle fondamental : les protocoles internes, qui sont essentiels afin de coordonner les réseaux qui se développent à l'intérieur de la firme ; les contrats et la pratique de la négociation grâce auxquels sont définis les partenariats ; et l'usage de normes, lorsque la firme s'ouvre à des sous-traitants.

3. La finalité de coordination des réseaux, on le verra, est à la base de la gouvernance de l'Internet, phénomène dont le fonctionnement est orchestré par des protocoles informatiques, ayant une fonction analogue à celle des protocoles internes de la firme.

4. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, op. cit.,* p. 29.

62 La gouvernance d'entreprise a donc été analysée en suivant deux volets complémentaires : d'une part, elle a été considérée pour « traiter de la théorie des coûts de transaction entre internalisation et externalisation de la sous-traitance dans les entreprises[1] » tandis que, d'autre part, elle a été étudiée dans le sens de « la transparence, de l'imputabilité et de la participation de l'actionnariat aux décisions de gestion[2] ». Bien que les problématiques inhérentes à l'entreprise soient « plus simples que [celles] de l'action publique[3] », on se doit de souligner que les processus de coordination et les stratégies de subsidiarité élaborées dans le contexte entrepreneurial peuvent être appliqués dans le cadre de l'action publique. Ainsi, dans une acception plus large, la gouvernance peut être vue comme un processus visant à surmonter les divisions entre les dirigeants, les actionnaires et les *stakeholders* entrepreneuriaux, mais aussi entre les gouvernants, les gouvernés et les différentes parties intéressées par l'action publique, par le biais d'une stratégie associant les parties prenantes à la fois dans la formulation et dans la mise en œuvre des politiques publiques (ou d'entreprise).

1. J. Duchastel « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.,* p. 6.

2. *Ibid.*

3. OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, op. cit.,* p. 29.

63 Ce processus associatif souligne donc la « valence normative[1] » de la gouvernance, car ce modèle organisationnel ouvert et inclusif ne se limite pas à l'efficacité et à l'efficience économique mais vise à inclure les principes de transparence, de participation et d'imputabilité dans le processus par le biais duquel les objectifs communs peuvent être atteints. Ainsi, l'association d'une pluralité de parties prenantes, dans le cadre d'environnements

multi-acteur, permet la mise en œuvre d'une « évaluation systématique[2] » du respect des engagements, à caractère politique ou juridique, pris par les acteurs ayant une fonction exécutive. Ces derniers pouvant être soit les membres d'un conseil d'administration dans un contexte entrepreneurial, soit les pouvoirs publics ayant la responsabilité de mettre en œuvre les politiques définies collectivement. La participation d'une pluralité d'acteurs dans le cadre d'un processus transparent[3] permet donc d'accroître l'efficacité[4] et la responsabilité[5] ou *accountability*[6] des sujets chargés de prendre des décisions par le biais d'une évaluation systématique de l'action publique ou privée. La participation multi-parties prenantes, l'efficacité, la transparence et l'imputabilité doivent donc être considérées non seulement comme les « piliers » de la gouvernance d'entreprise, mais aussi comme les fondements conceptuels et procéduraux de toute forme de gouvernance.

1. B. Jessop, « Governance e meta-governance: riflessività, varietà e ironia », *op. cit.*, p. 81.

2. M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, nov. 2004, p. 13.

3. Comme le met en exergue Jean-Marc Sauvé, « la transparence est la matrice de plusieurs constructions inhérentes à la démocratie : la délibération et le débat public, la responsabilité des gouvernants, la formation de l'opinion et l'expression de la citoyenneté : rien de tout cela n'est simplement concevable sans transparence. […] Dans ses différentes déclinaisons juridiques, [la transparence est] une composante du droit à une bonne administration tel qu'il est consacré notamment par l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ». J.-M. Sauvé, « Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? », colloque organisé par Transparency International France, AN, mardi 5 juill. 2011, disponible sur *www.conseil-etat.fr/media/document/DISCOURS%20ET%20INTERVENTIONS/discours-transparence-international.pdf*

4. Selon, l'OCDE, « [p]our pouvoir établir un régime de gouvernement d'entreprise efficace, il convient de mettre en place un cadre juridique, réglementaire et institutionnel approprié et efficace sur lequel l'ensemble des intervenants sur le marché puissent s'appuyer lorsqu'ils établissent entre eux des relations contractuelles relevant du droit privé. Ce régime de gouvernement d'entreprise se compose normalement d'éléments relevant de la loi, de la réglementation, de mécanismes d'autodiscipline, d'engagements volontaires et des pratiques des entreprises qui sont le produit des circonstances, de l'histoire et de traditions propres à chaque pays. Dans ce domaine, l'équilibre souhaitable entre les dispositions législatives, la réglementation, l'autodiscipline, les normes volontaires, etc. varie donc d'un pays à l'autre ». OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE, op. cit.*, p. 29.

5. Dans le cadre de la gouvernance environnementale, par exemple, « la dimension participative s'articule avec le principe de responsabilité, chaque acteur devenant coresponsable de la décision prise : "la prise de risque collective est la seule issue démocratiquement acceptable" ». Conseil général de l'Environnement et du Développement durable, *Les outils juridiques de la gouvernance concertée dans le périmètre du MEEDDM, op. cit*.

6. Comme le souligne Colin Talbot, « [u]ne grande part de la pensée traditionnelle sur la bureaucratie et l'administration suppose des modèles de contrôle hiérarchique à travers lesquels s'effectuent à la fois les choix et l'"*accountability*". Plus récemment, cependant, la pensée du renouveau démocratique insiste sur le rôle de la décentralisation, de la participation et de l'engagement comme antidotes à une bureaucratie froide et distante ». C. Talbot, « La réforme de la gestion publique et ses paradoxes : l'expérience britannique », *RF adm. publ.*, nº 105-106, 2003/1, p. 13.

64 Enfin, force est de considérer que, dans le cadre des réformes de l'administration publique liées à la doctrine du nouveau management public ou *New Public Management*[1](NPM), la gouvernance peut être vue comme un cadre organisationnel multi-acteur et multi-niveau doté de la flexibilité nécessaire afin de permettre l'application des principes de la gestion privée aux affaires publiques[2], y compris en ce qui concerne les techniques de la gouvernance d'entreprise. D'une part, les axiomes du NPM prônent le passage d'une « logique de moyens à une logique de résultats[3] » dans le but d'améliorer la performance de l'administration. D'autre part, les mécanismes gouvernantalistes visent à permettre la coordination des différentes

agences d'exécution, dont la création a été stimulée par le NPM[4], ainsi que la prise en compte des intérêts des différentes parties prenantes par les autorités administratives, dans le cadre de leur activité de régulation.

1. Comme le relève Philippe Bezes, le *New Public Management* s'articule autour de « cinq principes d'organisation, déclinés en différentes mesures : la séparation entre les fonctions de stratégie, de pilotage et de contrôle et les fonctions opérationnelles de mise en œuvre et d'exécution ; la fragmentation des bureaucraties verticales par création d'unités administratives autonomes (des agences), par décentralisation ou par *empowerment* de groupes d'usagers ; le recours systématique aux mécanismes de marché (concurrence entre acteurs publics et avec le secteur privé, individualisation des incitations, externalisation de l'offre) ; la transformation de la structure hiérarchique de l'administration en renforçant les responsabilités et l'autonomie des échelons en charge de la mise en œuvre de l'action de l'État ; la mise en place d'une gestion par les résultats fondés sur la réalisation d'objectifs et la mesure et l'évaluation des performances dans le cadre de programmes de contractualisation ». P. Bezes, « Construire des bureaucraties wébériennes à l'ère du *New Public Management* ? », *op. cit.*, p. 19. Aussi, selon Colin Talbot, le *New Public Management* se fonde sur quatre « modèles paradoxaux » : (i) la décision appartient aux responsables politiques ; (ii) le management appartient aux managers ; (iii) le choix appartient aux consommateurs ; (iv) et la participation appartient aux actionnaires. C. Talbot, « La réforme de la gestion publique et ses paradoxes : l'expérience britannique », *op. cit.*, p. 14. Pour une analyse détaillée des réformes généralement associées au *New Public Management* : D. Osborne et T. Gaebler, *Reinventing Government. How the Entrepreneurial Spirit is tranSforming the Public Sector*, Addison-Wesley, Reading, Massachusetts, 1992 ; C. Pollitt et G. Bouckaert, *Public Management Reform – A Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

2. Dans ce sens, Marc-Olivier Baruch et Philippe Bezès affirment que le *New Public Management* peut être considéré comme « un ensemble d'axiomes et de recettes tirés de théories économiques et de prescriptions issues de savoirs de management appliqués aux firmes privées ». M. O. Baruch et P. Bezès, « Généalogies de la réforme de l'État », *RF adm. publ*., nº 120, 2006/4.

3. V. Galdemar, L. Gilles et M.-O. Simon, « Performance, efficacité, efficience : les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents ? », *Cahier de recherche du CRÉDOC*, nº 229, décembre 2012, p. 20-25, disponible sur *www.credoc.fr/pdf/Rech/C299.pdf*. Notamment, ces auteurs soulignent que la loi organique relative aux lois de finances (LOLF) « a profondément réformé le dispositif établi en matière budgétaire et […] a mis en place de nouveaux modes de gestion dans les administrations, reposant sur la performance ». En effet, le système délinéé par la LOLF vise à « mesurer l'efficacité de l'action publique, en affichant une plus grande transparence sur ses objectifs et ses résultats vis-à-vis du Parlement, des acteurs sociaux, des contribuables et des citoyens, et à mesurer et améliorer son efficience, en rapportant la qualité du service rendu aux bénéficiaires ou aux usagers aux moyens mobilisés ».

4. Dans ce sens, Jacques Ziller souligne que « [l']introduction des agences d'exécution dans les structures administratives en Europe est l'un des types de réformes les plus faciles à identifier et à analyser en termes descriptifs. Le mouvement commence avec le rapport *Next Steps* de 1987 et se développe dans la décennie suivante au Royaume-Uni, en Irlande, aux Pays-Bas, en Italie et en 2003 dans l'administration de l'Union européenne ». J. Ziller, « Vrais et faux changements dans les administrations en Europe », *op. cit.*, p. 73. Aussi, force est de souligner que, dans une optique d'efficacité et d'efficience économique, le *New Public Management* a promu un véritable « démantèlement des bureaucraties publiques » tout en mettant en place un modèle organisationnel fondé sur l'interaction d'une « constellation d'agences administratives tournant autour du centre ministériel stratégique ». A. Palumbo et S. Vaccaro (ss. la dir.), *Governance: teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, *op. cit.*, p. 19.

65 La notion de « gouvernance » prône donc la coordination de plusieurs entités qui ne nécessitent pas d'être encadrées par le biais d'une structure hiérarchique. Une telle approche se montre instrumentale afin de saisir des phénomènes complexes en dehors de l'entreprise car il vise à une coordination efficace, efficiente et flexible d'un ensemble d'intérêts par le biais de la concertation, de la consultation multi-parties prenantes ainsi que par l'élaboration d'outils de régulation négociée afin de pouvoir aboutir à de « bonnes performances[1] ». Ainsi, il semble évident que le paradigme gouvernantaliste représente une émancipation de la hiérarchie administrative wébérienne car il prend en considération l'existence – et la remarquable diffusion – d'entités administratives autonomes et indépendantes et vise à en promouvoir la coordination et la coopération.

1. Force est de souligner que la volonté de trouver une solution optimale et économiquement efficiente aux questions sociales et politiques présente le risque de réduire toute problématique à une simple évaluation technique. À ce sujet,

Jacques Chevallier rappelle que « les choix collectifs ne [sont] plus affaire de politique mais de technique » tandis que Daniel Bourmaud affirme que la gouvernance « substitue une conception technicienne du pouvoir au détriment des acteurs et des règles de la démocratie représentative ». J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 206 ; D. Bourmaud, « La gouvernance contre la démocratie représentative ? Concept mou, idéologie dure », *in* R. Ben Achour, J. Gicquel et S. Milacic, *La démocratie représentative dans un défi historique*, Bruylant, Bruxelles, 2006, p. 78.

66 C'est donc dans un tel contexte que Daniel Mockle a argué que « les impératifs d'efficacité, conjugués à ceux de l'effectivité des politiques publiques, où se dessine l'influence du courant *Law and Economics*, favorisent l'expérimentation de mécanismes hybrides où règne la recherche de propriétés que ne peut offrir, *a priori*, la réglementation traditionnelle de type réglementaire[1] ». Cependant, nous mettrons en exergue que l'adoption de mécanismes de gouvernance hybrides impose la nécessité de s'interroger sur le risque que l'action publique puisse évoluer vers une simple privatisation plutôt qu'une démocratisation et souligne l'intérêt de fonder ces mécanismes non seulement sur la participation multi-parties prenantes mais aussi sur la recherche d'un équilibre intra-parties prenantes.

1. D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, *op. cit.*, p. 112.

SOUS-SECTION **2**

L'émergence d'un paradigme participatif

67 Selon la théorie réaliste, prépondérante à partir de la Seconde Guerre mondiale, les uniques acteurs actifs au niveau international sont les États. Toutefois, ce courant de pensée révèle ses limites lorsqu'il est confronté à la société postmoderne, où l'État-nation semble être en crise[1] face au poids substantiel acquis par les acteurs économiques et sociaux, dans le cadre de l'élaboration de politiques publiques à la fois au niveau national et international[2].

1. En effet, certains auteurs se demandent ouvertement si l'État-nation réussira à survivre à la mondialisation. Dans ce sens : J.-M. Siroën, « L'État-Nation survivra-t-il à la mondialisation ? », *in* P. Berthaud et G. Kébabdjian, *La question politique en économie internationale*, La Découverte, coll. « Recherches », 2006, p. 297-312.

2. Au niveau européen, par exemple, Transparency International affirme que plus de 75 % des lobby meetings organisés par la Commission européenne ont lieu avec des représentants du secteur privés. En revanche, seulement 18 % de ces meetings est organisé avec les représentants d'ONG, 4 % avec ceux des think tanks et 2 % avec ceux des autorités locales. Google, General Electrics et Airbus semblent être les lobbyistes les plus actifs. D. Freund, "EU Integrity Watch Brussets lobbying in numbers", *Transparency International*, 24 juin 2015, p. 3. Dans ce sens, certaines critiques affirment que « sous couvert d'optimiser la performance des organisations pour qu'elles produisent une plus grande valeur sociétale ajoutée ou d'associer les acteurs extra-étatiques à la détermination des politiques publiques, il s'agit en clair de corriger ou de contrebalancer l'action des États et des gouvernements. […] Les décisions publiques ne résultent plus dès lors de la délibération ni du vote, mais des transactions et de négociations entre les acteurs sociaux ». A. Benoist, *Qu'est-ce que la gouvernance ?*, *op. cit.*

68 En effet, il est évident que de nombreux groupes d'intérêt[1] – ou *stakeholder groups* – se sont affirmés, dans le scénario international et national, en raison de leur capacité à créer un consensus autour d'eux, de leur poids

économique et de leur expertise. Ces « dispositifs de médiation[2] » visent à influencer les différents niveaux du processus politique et législatif et la mise en œuvre de la régulation issue de ces processus[3]. La complexité croissante de plusieurs secteurs économiques et sociaux suggère l'intérêt de supporter les décideurs politiques avec des expertises diversifiées et des données empiriques. Par conséquent, ils concourent directement à la détermination de l'intérêt général, participent à l'élaboration de la réglementation étatique et s'associent dans le but de produire des standards communs, en donnant naissance à de véritables « centres de normalisation[4] ». Ainsi, comme le souligne André-Jean Arnaud, « parallèlement et en conséquence de la reconfiguration des lieux de production de régulation juridique […], on assiste à une redistribution des protagonistes. Interviennent des acteurs jusqu'ici méconnus ou demeurés dans l'ombre. Désormais impliqués dans le processus de production normative, ces derniers ne se satisfont plus d'être simplement "représentés" dans les instances où se prennent les décisions publiques[5] ». L'implication directe de parties prenantes non étatiques dans le processus de gouvernance participative et l'émergence de nouveaux « foyers normatifs » mettent donc en lumière l'évolution de l'équilibre subsistant entre l'État, la société civile et le secteur privé, tout en soulignant la mutation du rôle des acteurs non étatiques qui acquièrent une position active en promouvant des intérêts particuliers dans le cadre de processus collaboratifs.

1. Selon Grossman, un groupe d'intérêt est « une entité organisée qui cherche à influencer les pouvoirs publics et les processus politiques dans un sens favorable à ses intérêts ». E. Grossman, « Lobbying et vie politique », *Problèmes politiques et sociaux*, nº 918, La Documentation française, nov. 2005. Aussi, pour une analyse approfondie du concept de groupe d'intérêt : G. Courty, *Les groupes d'intérêt*, La Découverte, coll. « Repères », 2006 ; E. Grossman et S. Saurugger, « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *Politique européenne*, nº 7, 2002/3, L'Harmattan, p. 5-17 ; H. Michel, « Le droit comme registre d'Européisation d'un groupe d'intérêt », *ibid*., p. 19-42.

2. Dans ce sens : J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

3. Lors de leur analyse du processus d'intégration européenne, Grossman et Saurugger soulignent que dans une perspective néofonctionnaliste, « les acteurs déclenchant l'effet d'engrenage (*spill-over*) sont plutôt les acteurs non étatiques que les États souverains », car « l'objectif [de l'intégration] ne peut être assuré qu'en mettant en œuvre des actions supplémentaires, qui sont successivement des conditions futures et une nécessité pour d'autres actions » ; tandis que l'approche intergouvernementaliste libérale suggère que « les groupes d'intérêt revêtent une importance majeure en agissant au niveau national et au niveau européen, et en influençant les gouvernements nationaux (1998, 346), ne prennent pas part dans la prise de décision proprement dite ». E. Grossman et S. Saurugger, « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *op. cit.*, p. 6-8.

4. Voir nos 105 et s.

5. J.-A. Arnaud, *Critique de la raison juridique 2. Gouvernants sans frontières. Entre mondialisation et post-mondialisation*, *op. cit.*

69 Ainsi, on se doit de remarquer que le concept même de participation a fait l'objet d'un processus évolutif qui a ultérieurement étendu son acception « démocratique », selon laquelle, tous les sujets potentiellement concernés par une politique publique spécifique doivent être impliqués dans son élaboration[1]. Cette mutation a élargi la participation à une multitude de groupes d'intérêt qui opèrent au niveau national et international depuis plusieurs décennies[2], notamment en représentant les différentes déclinaisons de la société civile et du secteur privé. Dans ce sens, le rôle croissant des différents groupes d'intérêt dans le cadre du phénomène du « lobbying[3] » met en lumière le déclin du monopole étatique en ce

qui concerne l'organisation de la société. Ainsi, comme on a pu le lire sous la plume de Jacques Chevallier, la « gouvernance globale permet de [se] rendre compte de ces mécanismes complexes d'interaction qui se déroulent entre une multiplicité d'acteurs, publics et privés, en vue de parvenir à des règles du jeu élaborées collectivement[4] ».

1. Dans ce sens, Christoph Eberhard souligne qu'en matière de programmes d'aide au développement, le concept de participation « émergea dans les années 1950 à travers des travailleurs sociaux qui pointaient vers la nécessité de la prise en compte des réalités locales » mais, à partir des années 1970, une évolution eut lieu, car la participation « apparut comme une proposition attrayante économiquement et devint l'instrument d'une plus grande effectivité ainsi qu'une nouvelle source d'investissement. […] Une notion élargie de la notion de "participation" permettait au secteur privé de devenir directement acteur dans le business du développement – une tendance accrue de nos jours avec le paradigme de "bonne gouvernance" ». C. Eberhard, « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *op. cit*., p. 132.

2. Dans ce sens, Grossman et Saurugger soulignent que « Jean Meynaud a été, avec Dusan Sidjanski (1969), parmi les premiers à présenter une étude globale des groupes d'intérêt au niveau communautaire dans les années 1960 ». E. Grossman et S. Saurugger, « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *op. cit.*, p. 5 ; Aussi : J. Meynaud et D. Sidjanski, *Les groupes de pression dans la Communauté européenne 1958-1968. Structure et actions des organisations professionnelles*, Montréal, 1969.

3. En anglais, le terme « lobby » signifie « couloir » ou « vestibule ». Vers 1830, en Angleterre, ce terme désignait « les couloirs de la Chambre des communes où les membres des groupes de pression pouvaient venir discuter avec les parlementaires ».

4. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 209.

70 Dans ce cadre, la participation d'acteurs « extra-étatiques » – par le truchement de la concertation et de la coordination avec les pouvoirs publics – acquiert une importance capitale afin de légitimer l'action publique[1] et de justifier les politiques publiques par le biais d'études et d'évaluations scientifiques tout en améliorant la qualité des processus décisionnels[2]. En effet, plusieurs auteurs[3] ont mis en exergue le fait que « des acteurs divers vont être associés aux processus décisionnels[4] » et que la participation du plus grand nombre de parties intéressées, dans un contexte transparent où les responsabilités des acteurs sont clairement délinéées[5], se révèle être une valeur ajoutée considérable pour le processus démocratique. En effet, lorsque les mécanismes de gouvernance permettent la participation d'un spectre diversifié d'intérêts et d'opinions, cela permet la production de réponses efficaces, parfois difficiles à atteindre pour la « machine étatique ».

1. Dans ce sens, Christoph Eberhard souligne que lorsque « la Banque mondiale et le Fonds monétaire international furent confrontés aux échecs des plans d'ajustement structurel (PAS) et à leur "non-faisabilité politique" dans des contextes africains, [ils entamèrent] une réflexion sur la construction de la légitimité politique de ces programmes pour en accroître l'efficacité […]. À la fin des années 1980, cette recherche de légitimité s'appuiera sur les notions d'"*empowerment*" et de "*consensus building*" puis, à partir des années 1990, surtout sur la notion de "participation" ». C. Eberhard, « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *op. cit*., p. 132.

2. Dans ce sens : B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité Opérationnel nº 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit.*

3. Dans ce sens : J.-P. Gaudin, *Pourquoi la gouvernance ?*, FNSP, Paris 2001, p. 69. Pour une critique du concept de participation en tant qu'émanation du « managérialisme populiste » : B. Campbell, « Reconceptualisation de l'État au Sud. Participation démocratique ou managérialisme populiste », *in* F. Crépeau (ss. la dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997, p. 163-231.

4. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 207.

5. Selon la Banque mondiale, la transparence et la responsabilité représentent des éléments essentiels de la « bonne gouvernance », dans le cadre d'un État de droit et d'une gestion équitable des ressources. World Bank, *Governance. The World Bank Perspective*, 1994.

71 La notion de gouvernance peut donc être associée à la volonté de prôner la participation des individus, des acteurs issus du secteur privé et du milieu associatif – notamment, ceux qui jouissent d'une des trois « sources de pouvoir » identifiées par Cynthia Hardy et Nelson Phillips[1] – dans l'activité d'élaboration et de mise en œuvre de politiques publiques. C'est dans ce sens que la Commission sur la gouvernance globale, créée en 1995 afin d'analyser ce phénomène, a souligné que la gouvernance est l'« ensemble des différents moyens par lesquels les individus et les institutions, publiques et privées, gèrent leurs affaires communes. C'est un processus continu de coopération et d'accommodements entre des intérêts divers et conflictuels[2] ». En effet, une ouverture majeure et une « coopération continue » contribuent à redéfinir les prérogatives de l'État, tout en permettant à des acteurs extra-étatiques d'acquérir un rôle actif dans le cadre d'une démocratie participative. La gouvernance ne se limite donc pas à exemplifier une volonté de « gouverner sans gouvernement[3] » car elle met aussi en exergue un nouveau paradigme démocratique, fondé sur la participation, la transparence et la responsabilité. Ce « néologisme utile[4] » qu'est la gouvernance exprime donc une émancipation de la conception centrifuge et unidirectionnelle du pouvoir, tout en soulignant que l'organisation socio-juridico-économique postmoderne est « loin d'être la production exclusive d'un centre mythique, foyer unique d'où proviennent les volontés du souverain, [mais qu'elle] irrigue par de multiples réseaux tout le tissu social où il se propage par capillarité[5] ».

1. Comme nous l'avons déjà souligné, ces trois sources de pouvoir sont l'autorité, le pouvoir fondé sur le contrôle de ressources et la légitimité discursive. C. Hardy et N. Phillips, « Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain », *op. cit*.

2. Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, Oxford University Press, Oxford, 1995.

3. Dans ce sens : P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, 2002.

4. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, *op. cit.*, oct. 2004.

5. J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*

72 La diffusion du paradigme participatif gouvernantaliste suggère donc la nécessité d'une « réforme ambitieuse des institutions et de leur fonctionnement, en les ouvrant aux acteurs [non étatiques] et en garantissant la prise en compte des résultats de la concertation[1] ». Ainsi, pour que l'association des parties prenantes puisse contribuer à l'amélioration de la « qualité » des politiques publiques, il semble nécessaire d'organiser la participation des différents *stakeholders* en plusieurs phases, permettant à la fois une concertation ouverte à tout individu intéressé – prenant en considération des opinions et des intérêts diversifiés – et, par la suite, une coopération, une consultation et une coordination[2] avec le plus grand nombre d'acteurs concernés, pouvant être identifiés selon des critères établis au niveau préliminaire[3].

1. B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité Opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit.*, p. 4.

2. La structure de la « gouvernance en 4C », incluant les phases de concertation, de coopération, de consultation et coordination, sera illustrée dans la section suivante. Voir n[os] 105 et s.

3. Force est de rappeler que, dans le cadre de la gouvernance écologique française, les critères déterminant la représentativité des parties prenantes sont explicitement énoncés par l'article R. 141-21 du Code de l'environnement.

§ 1 – La participation d'acteurs extra-étatiques dans le cadre de la gouvernance internationale

73 Comme nous l'avons souligné dans la première sous-section, la notion de gouvernance comporte un glissement de paradigme dans le but de décloisonner la structure hiérarchique étatique tout en favorisant l'inclusion de nouveaux acteurs de nature non étatique dans la régulation d'une multitude de secteurs. La gouvernance s'éloigne donc d'une architecture strictement hiérarchique et cloisonnée du pouvoir en organisant les interactions des différentes parties prenantes par le biais de mécanismes « ouverts ». En effet, l'ouverture des mécanismes décisionnels à la participation d'acteurs non étatiques semble être une étape prodromique au glissement vers « l'action publique en réseaux[1] » qui a été particulièrement encouragée par les critères de « bonne gouvernance[2] », délinéés par la Banque mondiale au fil des années 1990. Notamment, d'après ces critères, l'élaboration de politiques publiques doit se dérouler par le biais de processus décisionnels transparents, encourageant la participation de divers acteurs dans le respect des principes de l'État de droit et de la responsabilité des parties impliquées[3].

1. Dans ce sens : J.-P. Gaudin, *Pourquoi la gouvernance ?, op. cit.*

2. Tel que l'explique Catherine Baron, c'est la « théorie du *Public Choice* qui va fournir le cadre conceptuel à l'idée de "bonne gouvernance". Cette théorie s'attache à formaliser l'efficacité de l'action publique qui renvoie aux conditions nécessaires pour que fonctionne la libre concurrence. Cela se traduit par l'élaboration de règles (les meilleures reposant sur le contrat, la concurrence), l'utilisation d'outils tels que de nouveaux types de contrat, de nouvelles formes de réglementation et une nouvelle gestion publique ». C. Baron, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », *op. cit.*, p. 339. Aussi, pour une présentation de la théorie du *Public Choice* : D. C. Mueller, *Public Choice II*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

3. Banque mondiale, *Governance. The World Bank's Experience*, Washington DC, 1994.

74 Au niveau international, nous pouvons constater l'ouverture à la participation de la société civile et du secteur privé[1] dès les années 1990, bien que des voix très influentes aient suggéré, depuis les années 1970, que les justifications et les arguments offerts par l'expertise puissent être utilisés pour fonder l'autorité et éventuellement outrepasser la démocratie[2]. En ce qui concerne la participation des ONG, on remarque que celles-ci sont invitées à « observer l'ensemble des négociations internationales [et sont] reconnues comme "experts" par les Nations unies et les États dans nombre de domaines[3] » afin de bâtir un « lien avec le terrain local[4] ». Pour les agences internationales, la participation d'acteurs issus de la société civile devient donc une source de légitimation de leurs mécanismes décisionnels et des décisions qui en découlent. Cela met ainsi en exergue l'intérêt de l'inclusion d'ONG et d'acteurs entrepreneuriaux

dans des forums et des sommets multi-parties prenantes qui peuvent être considérés comme l'illustration d'une nouvelle dynamique diplomatique internationale, s'éloignant d'une nature purement interétatique et vouée à assurer la « coexistence des souverainetés étatiques » vers une véritable « régulation en réseau » des activités humaines[5].

1. On se doit de remarquer que la notion même de société civile se fonde sur un modèle d'organisation sociopolitique où les acteurs principaux peuvent être associés à la tripartition États/marché/société civile. Aussi, la diffusion d'une telle taxonomie met en évidence le succès du modèle néolibéral qui « remplace les citoyens isolés et leurs intérêts individuels par des associations et des intérêts organisés » et qui considère la régulation comme le fruit d'un compromis entre des intérêts divergents, dont les représentants peuvent être catégorisés grâce à la susdite tripartition. Dans ce sens : S. Cavalière, « Citoyenneté et gouvernance », *in* M. Hufty *et al*., *Jeux de gouvernance. Regards et réflexions sur un concept*, Institut universitaire d'études du développement, 2007, p. 86 ; J. Habermas ; *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*, p. 357.

2. Dans ce sens : M. Crozier, S. P. Huntington et J. Watanuki, *The Crisis of Democracy: Report on the Governability of Democracies for the Trilateral Commission*, 1975, p. 113, disponible sur *http://trilateral.org/download/doc/crisis_of_democracy.pdf*

3. I. Biagiotti, « Gouvernance mondiale : discours, acteurs et processus de négociation – l'exemple du Protocole de Biosécurité », *op. cit.*, p. 49.

4. *Ibid*.

5. Dans ce sens : K. Benyekhlef, *Vers un droit postnational ? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale*, *op. cit.* ; P. Eleftheriadis, "Cosmopolitan Law", *European Law Journal*, nº 9, 2003.

75 Bien que certains auteurs aient mis en garde contre la « montée en puissance des acteurs non étatiques[1] » dans le cadre de la gouvernance mondiale, on se doit de souligner que, généralement, le droit international confère un simple rôle consultatif à ces acteurs. En guise d'exemple, nous pouvons rappeler que la Charte des Nations unies se limite à statuer que « le Conseil économique et social [peut] prendre toutes mesures permettant la consultation d'acteurs non-gouvernementaux compétents dans les questions traitées[2] ». Toutefois, on se doit de remarquer que les acteurs de la société civile – en particulier les ONG – contribuent à une « repolitisation de l'espace de régulation transnationale[3] » car, parallèlement à leur fonction d'expertise, elles revêtent une fonction de contrôle des engagements des acteurs publics et privés à l'échelle internationale. Ces représentants d'une « nouvelle société civile transnationale[4] » agissent comme des « partenaires » dans l'élaboration d'instruments conventionnels concernant des domaines différents, tels que la protection de l'environnement, la sécurité humaine, la protection des droits de l'Homme à la fois online et offline etc. D'une part, l'inclusion de l'expertise des ONG renforce la qualité des débats publics internationaux, en fournissant « une plus large légitimité aux décisions prises par les États au sein des enceintes intergouvernementales[5] », et contribue « à façonner un consensus global quant à la forme, au contenu et à la portée des principes fondamentaux sous-jacents aux droits et libertés[6] ». D'autre part, ces acteurs transnationaux jouent un rôle essentiel en ce qui concerne la vérification de l'application et du respect des instruments de régulation élaborés au sein d'instances internationales. Ces outils régulatoires pouvant être des sources « traditionnelles » de droit international public – conçus au sein d'organisations intergouvernementales – ou des instruments de *soft law*, tels que les codes de conduite, élaborés par le biais

d'un effort autorégulatoire. En effet, nous pouvons observer qu'une multitude d'ONG (par exemple, Human Rights Watch, Amnesty International, Reporteurs sans frontières, Electronic Frontier Foundation) met en place des mécanismes de vérification du respect des droits de l'Homme de la part des intsruments d'autorégulation définis par ces acteurs privés, tout en mettant en avant le développement d'« instruments de contrôle citoyen[7] ». Dans ce sens, en promouvant la responsabilité sociale de respecter les droits de l'Homme et en certifiant les engagements qui découlent des codes de conduite ou de la régulation privée par le biais de labels sociaux, les ONG visent à fournir des instruments concrets dans le but de pallier aux lacunes d'un système international où les organisations intergouvernementales « ne sanctionnent pas les violations des entreprises transnationales[8] ». Ainsi, bien que leur subjectivité de droit international demeure exceptionnelle[9], les ONG jouent un rôle primordial au niveau de la mise en œuvre de la régulation internationale, en contrôlant la conformité des activités des acteurs privés en ce qui concerne leurs engagements et en mettant en exergue leurs responsabilités[10].

1. C. Chavagneux, « La montée en puissance des acteurs non étatiques », *in* P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, p. 233 et s.

2. Charte des Nations unies, art. 71.

3. J. Duchastel « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*, p. 4.

4. M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit.*, p. 11.

5. *Ibid.*

6. K. Benyekhlef, *Vers un droit postnational ? Un court essai sur le droit cosmopolitique comme modèle de gouvernance globale*, *op. cit.*, p. 940.

7. T. Brugvin, « La régulation des normes sociales par les codes de conduite des ONG », *in* Y. Schemeil et W. D. Eberwein (ss. la dir.), *L'énonciation des normes internationales*, La Découverte, Paris, 2008.

8. *Ibid.*

9. L'Electronic Frontier Foundation, par exemple, a analysé les conditions d'usage et les codes de conduite de grandes acteurs privé de l'Internet, soulignant les meilleures pratiques et stimulant une véritable transformation. Dans ce sens, cette ONG souligne que, suite à son évaluation, les « tech giants began publishing annual reports about government data requests, promising to provide users notice when the government sought access to their data, and requiring a search warrant before handing over user content. Those best practices we identified in early reports became industry standards in a few short years ».
N. Cardozo, K. Opsahl, R. Reitman, "Who Has Your Back 2015: Which Companies Help Protect Your Data from the Government?", *The Electronic Frontier Foundation's Fifth Annual Report on Online Service Providers' Privacy and Transparency Practices Regarding Government Access to User Data*, 2015, p. 4, disponible sur *https://www.eff.org/who-has-your-back-government-data-requests-2015.* Par exemple, l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'Homme confère exceptionnellement un droit d'action à « toute personne physique, toute organisation non-gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation par l'une des Hautes Parties contractantes des droits reconnus dans la Convention ou ses protocoles ».

10. Notamment, les ONG peuvent organiser de véritables campagnes de boycott contre les acteurs privés ayant des comportements contraires aux règles du droit international, tout en exploitant la technique du *naming and shaming*, consistant à dénoncer publiquement les acteurs privés opérant au niveau international dans le but de les responsabiliser.

76 L'inclusion de parties prenantes non étatiques dans des mécanismes de gouvernance mondiale vise donc à légitimer l'élaboration de « régimes internationaux[1] » sur la base d'un processus participatif, transparent et promouvant l'imputabilité ou *accountability* des acteurs impliqués. En effet, la « gouvernance mondiale » se trouve à l'intersection entre les politiques

publiques internationales et la globalisation des marchés[2]. La participation d'acteurs non étatiques devient donc un élément fondamental dans le but de définir des régimes internationaux qui permettent aux pouvoirs publics et aux acteurs privés de « gérer leurs affaires communes[3] » concernant les différents domaines fonctionnels de l'économie mondiale ou « *issue areas*[4] ». Dans ce sens, nous soulignerons l'importance primordiale du principe de transparence afin de pouvoir évaluer clairement les intérêts qui poussent les différentes stakeholders à participer à un processus donné.

1. Ici, le concept de « régime international » est utilisé dans l'acception proposée par Stephen Krasner selon laquelle les « régimes internationaux » doivent être considérés comme des ensembles de « principes, normes, règles, et procédures de décision autour desquels convergent les anticipations des différents acteurs ». S. D. Krasner (ss. la dir.), *International Regimes*, *op. cit*.

2. Dans ce sens : J.-M. Siroën, *Gouvernance, biens publics et globalisation, op. cit.*

3. Dans ce sens : Commission on Global Governance, *Our Global Neighbourhood. The Report of the Commission on Global Governance*, *op. cit*., p. 2.

4. P. Noël, « Théories des régimes, économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *op. cit*., p. 142.

77 Comme nous le mettrons en exergue dans les développements qui suivent, l'inclusion d'acteurs non étatiques – soient-ils liés au secteur privé ou à la société civile – dans des processus de gouvernance multi-parties prenantes vise à dégager les « principes, règles, normes et procédures[1] » les plus efficaces afin d'atteindre des objectifs communs. Ainsi, la définition de régimes internationaux peut être considérée à la fois comme l'objectif d'un processus de gouvernance internationale et comme le mécanisme de gouvernance résultant de ce processus. Notamment, les régimes internationaux peuvent être délinéés et mis en œuvre par le biais de trois mécanismes : l'harmonisation multilatérale, l'imposition unilatérale, et la diffusion transnationale[2]. Ainsi, tel que le souligne Helge Jörgens, l'harmonisation concerne un effort coopératif de formulation et de mise en œuvre d'accords multilatéraux ou bien la mise en œuvre de décisions prises au sein d'organisations supranationales comme, par exemple, l'Union européenne. L'imposition unilatérale se produit lorsqu'un État, une organisation internationale ou un acteur privé se sert d'une relation de pouvoir asymétrique dans le but de dicter ses politiques à d'autres acteurs. Enfin, la diffusion se produit en l'absence d'obligations formelles ou contractuelles, par le truchement d'un processus d'imitation ou d'apprentissage grâce auquel des pratiques innovantes et efficaces, établies dans un contexte donné, affectent les choix de politiques dans un autre contexte[3].

Dans la sous-section qui suit, nous mettrons en lumière l'intérêt d'un mécanisme de diffusion transnationale fondé sur l'élaboration d'instruments de *soft law* par le biais d'un processus participatif.

1. S. D. Krasner (ss. la dir.), *International Regimes*, *op. cit.*

2. H. Jörgens, *Governance by Diffusion. Implementing Global Norms Through Cross-National Imitation and Learning*, FFU-report 07-2003, p. 3-9.

3. *Ibid.*

▪ A – Une gouvernance participative pour une régulation « molle »

78 Le panorama international évolue d'une situation d'exclusivité de l'État-nation vers la cohabitation avec les acteurs issus de la société civile et du secteur privé, ayant pour ambition de combler le décalage entre une économie mondiale intégrée et la persistance d'un « ordre international fragmenté[1] ». En effet, l'importance de ces acteurs, dont la valeur est devenue primordiale dans le contexte international et national, a été mise en lumière par les effets bénéfiques de leur participation[2], dans le souci d'élaborer mais aussi de mettre en œuvre une régulation efficace et partagée[3].

1. G. Andreani, *Gouvernance globale : origines d'une idée,* disponible sur *www.world-governance.org/spip.php?article444&lang=fr*

2. Dans ce dernier sens : M. Hufty *et al*., *Jeux de gouvernance. Regards et réflexions sur un concept*, *op. cit.*, p. 30.

3. Dans une telle conception, il est naturel que les corps sociaux visent à acquérir un rôle actif aussi bien dans la phase d'élaboration que dans celle de mise en œuvre. À ce sujet : P. Calame et A. Talmant, *L'État au cœur. Le mécano de la gouvernance*, Paris, 1997, p. 19.

79 En effet, comme nous l'avons souligné, la participation d'acteurs non étatiques dans le cadre d'une gouvernance ouverte ne se limite pas à une simple fonction d'expertise mais peut engager un véritable effort collaboratif visant à l'élaboration des instruments de *soft law*[1]. Bien qu'il n'y ait pas une définition univoque de la *soft law* et que cet ensemble d'outils régulatoires puisse susciter de l'« appréhension[2] » parmi les juristes, le droit souple est considéré comme une catégorie particulièrement utile à la classification de tous les instruments de régulation qui ne peuvent pas être considérés comme des sources « formelles[3] » de droit qui se limitent à « conseiller sans poser d'obligation juridiquement annoncée[4] ». Toutefois, on se doit de souligner que, dans un environnement international fondamentalement anarchique, la défiance envers une *soft law* informelle par rapport à une *hard law* formelle peut se révéler trompeuse. En effet, bien que les obligations découlant de la *hard law* se distinguent car leur violation peut être sanctionnée, force est de souligner que, paradoxalement, les sources informelles ne peuvent pas être considérées comme moins contraignantes que les sources formelles, car la *soft law* acquiert un statut « contraignant par le poids de leurs auteurs ou par des mécanismes *ad hoc* […] dont le respect est fortement conseillé pour être crédible dans le jeu mondial[5] » ou pour pouvoir accéder à un marché donné[6]. En d'autres termes, l'adoption d'outils normatifs et de mécanismes de contrôle alternatifs permet de dépasser l'« anarchie » de l'ordre international et de donner naissance à des régimes internationaux fondés sur des règles partagées volontairement, en dépit du fait que celles-ci soient sanctionnées par la *hard law*.

1. C'est le cas, notamment, de la technique de la corégulation, au sens de laquelle les pouvoirs publics définissent les objectifs à atteindre et les acteurs du marché mettent en œuvre ces objectifs par le biais de l'instrument de *soft law* qu'ils préfèrent. Dans ce sens : A. Streel, R. Queck et P. Vernet, « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *op. cit*.

2. Dans ce sens, Isabelle Duplessis affirme que la *soft law* « bouleverse l'imaginaire pluriséculaire entretenu autour de la norme juridique en tant que commandement hiérarchique et du droit en tant qu'ordre de contrainte ». Toutefois, elle poursuit en affirmant que « le commandement n'est qu'une technique juridique de gouvernement des sociétés et

de direction des conduites parmi d'autres qui présuppose idéalement, pour pouvoir être mise en pratique, des acteurs prompts à l'obéissance, voire à la subordination ». I. Duplessis, « La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour société décentralisée », *in* J. C. Javillier (ss. la dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, Genève, 2007, p. 5.

3. On se doit de rappeler que les sources formelles de droit internationales sont énumérées par l'article 38 du statut de la Cour internationale de justice, selon lequel « la Cour, dont la mission est de régler conformément au droit international les différends qui lui sont soumis, applique : a) les conventions internationales, soit générales, soit spéciales, établissant des règles expressément reconnues par les États en litige ; b) la coutume internationale comme preuve d'une pratique générale acceptée comme étant le droit ; c) les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées ; d) sous réserve de la disposition de l'article 59, les décisions judiciaires et la doctrine des publicistes les plus qualifiés des différentes nations, comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit ».

4. M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit., Le relatif et l'universel*, *op. cit.*

5. C. Revel, *La gouvernance mondiale a commencé. Acteurs, enjeux, influences… et demain ?*, Ellipses, Paris 2006, p. 113. Aussi, certains critiques remarquent que « le respect de ce droit parallèle, embryon d'un droit supranational mondial […] est donc assuré par des acteurs privés, des menaces de sanctions informelles, ou encore par la technique du "*naming and shaming*" qui permet de stigmatiser à l'échelle planétaire les entreprises, mais aussi les gouvernements qui ne se conforment pas aux codes de la gouvernance ». A. Benoist, *Qu'est-ce que la gouvernance ?*, *op. cit*.

6. Voir n[os] 150 et s.

80 Ainsi, bien que le droit mou suscite une évidente défiance lorsqu'il est regardé d'une perspective positiviste, il n'y a guère de doute que son usage est de plus en plus répandu[1]. En effet, les différentes formes de la *soft law* s'imposent « autant au sein de la société internationale, que des sociétés nationales ou même régionales […] par la voie d'un droit dit négocié, contractualisé ou privatisé, entre les acteurs directement concernés. Elles épousent des tendances à la décentralisation dans la production et l'application du droit et s'inscrivent dans un modèle théorique différent du positivisme juridique. Au lieu d'un ordre hiérarchique, il faut plutôt appréhender le phénomène juridique à partir de l'image d'un réseau [qui] correspond au passage de la réglementation à la régulation et de la gouvernance au lieu du gouvernement[2] ».

1. Dans ce sens : K. W. Abbott et D. Snidal, "Hard and Soft Law in International Governance", *International Organization*, vol. 54, p. 421, 2000 ; F. Francioni, "International 'Soft Law': a Contemporary Assessment", *in* V. Lowe et M. Fitzmaurice (ss. la dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honor of Sir Robert Jennings Cambridge*, Cambridge University Press, 1996 ; D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, *op. cit*.

2. I. Duplessis, « La mollesse et le droit international du travail : mode de régulation privilégié pour société décentralisée », *op. cit*., p. 1. Aussi, cette auteure souligne que la gouvernance n'est rien d'autre qu'une lecture du droit comme « le reflet du fait social et des besoins des acteurs internationaux ». *Ibid.*, p. 6.

81 Ainsi, ce « passage » comporte l'élaboration de solutions souples par le biais d'un processus de gouvernance participatif qui peut être subdivisé en quatre phases : la concertation, la coopération, la consultation et la coordination. Ce processus quadriparti, que l'on peut dénommer « gouvernance en 4C[1] », permet donc à une pluralité d'acteurs de contribuer directement à l'élaboration ainsi qu'à la mise en œuvre d'instruments régulatoires partagés. La phase de concertation préliminaire vise à permettre aux parties prenantes de fournir leur expertise et d'identifier les « bonnes pratiques[2] » qui méritent d'être répliquées. Par la suite, les parties prenantes peuvent être impliquées dans une phase de coopération, dans le but d'élaborer des instruments de *soft law*, et peuvent ensuite être consultées afin de peaufiner ces instruments. Notamment, un tel processus coopératif

permet la définition de véritables « modèles de loi[3] » qui peuvent être utilisés afin de stimuler un processus de « convergence[4] » des différents systèmes juridiques nationaux ainsi que des normes et des procédures internationales. En effet, l'élaboration de modèles de loi se fonde sur le principe que l'institutionnalisation de règles et de procédures spécifiques n'est pas une condition essentielle pour que les instruments élaborés au niveau international puissent influencer l'évolution des systèmes juridiques nationaux[5]. Au contraire, bien qu'il ne soit pas contraignant, un instrument de *soft law* doué de légitimité discursive[6] est susceptible d'être intégré dans des systèmes nationaux en vertu de son efficacité, tout en stimulant l'adoption de règles compatibles qui rendent les différents systèmes juridiquement interopérables[7].

1. L'acronyme « 4C » est fréquemment utilisé au niveau onusien pour décrire des mécanismes fondés sur la communication, la coordination, la coopération et le renforcement des capacité du système. Dans ce sens : R. Backhaus *et al*, Szarzynski (ss. la dir.), *The 4C-Challenge: Communication – Coordination – Cooperation – Capacity Development. Selected contributions to the Fourth United Nations International UN-SPIDER Bonn Workshop on Disaster Management and Space Technology*, 2010.

2. Comme le souligne l'Organisation internationale du travail, « une bonne pratique est quelque chose qui a réellement été essayé et dont l'efficacité a été démontrée, ce qui la distingue de ce qui peut être une bonne idée potentielle mais n'a pas réellement été tentée ». Le rôle des partenaires non-gouvernementaux est donc essentiel afin de conduire des activités de terrain dans le but de caractériser une pratique comme étant « bonne ». Organisation internationale du travail, *Principes directeurs relatifs aux bonnes pratiques : identification, examen, structuration, diffusion et application*, oct. 2001, p. 1. Dans ce sens : Organisation des Nations unies pour l'alimentation et l'agriculture, *Identification et diffusion de bonnes pratiques sur les périmètres irrigués en Afrique de l'Ouest*, Rome, 2004.

3. Ce processus participatif en 4C a été mis en œuvre par l'auteur de ce travail de recherche, en qualité d'expert du Conseil de l'Europe en matière de neutralité du Net, afin d'élaborer un « modèle de cadre sur la neutralité des réseaux ». Ce modèle a été inclus dans le rapport « Protéger les droits de l'Homme par la neutralité du Net : défendre les intérêts des usagers d'Internet, moderniser les droits de l'Homme et préserver l'ouverture de l'Internet », présenté au CDMSI du Conseil de l'Europe, le 3 décembre 2013. L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users'Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, Strasbourg, 3-6 déc. 2013, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282013%29Misc19_en.pdf*
Le processus qui a permis l'élaboration du modèle de cadre sur la neutralité des réseaux fera l'objet d'une analyse approfondie au cours de la deuxième partie de ce travail.

4. Dans ce sens : Conseil des droits de l'Homme, *Note de synthèse du groupe de travail sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, 3 et 4 déc. 2013, A/HRC/FBHR/2013/3, disponible sur *www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession2/A-HRC-FBHR-2013-3_fr.pdf*

5. Dans ce sens : M. Finnemore et S. Kathryn, "International Norm Dynamics and Political Change", *International Organization*, vol. 52, nº 4, 1998, p. 887-917.

6. Dans ce sens : L. Belli et M. Bergen, "A Discourse principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application", *in* L. Belli et P. Filippi, *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow*. Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality, 2013.

7. Dans ce sens : L. Belli et N. Foditch, "Network Neutrality: An Empirical Approach to Legal Interoperability", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer, Berlin, 2015 ; R. Weber, "Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation, Global Commission on Internet Governance", *Paper Series* nº 4, 2014.

82 La « gouvernance en 4C » peut être illustrée en considérant le processus d'élaboration et de mise en œuvre d'une pluralité d'initiatives au niveau international, tandis qu'au niveau national, il est plus difficile d'observer une telle dynamique. En guise d'exemple, ce processus participatif peut être distingué dans l'élaboration des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer*[1] *» des Nations unies*, ainsi que dans l'élaboration de la *Recommandation du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur la*

neutralité des réseaux[2], comme nous le montrerons dans la deuxième partie de ce travail.

1. Les *Principes directeurs* ont été adoptés par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies par le biais de la résolution de *Les droits de l'Homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, A/HRC/RES/17/4. Les Principes établissent des règles normatives et opérationnelles qui reposent sur trois piliers : « Premièrement, l'obligation de protéger incombant à l'État lorsque des tiers, y compris des entreprises, portent atteinte aux droits de l'Homme, ce qui suppose des politiques, des règles et des recours appropriés. Deuxièmement, la responsabilité des entreprises de respecter les droits de l'Homme, autrement dit, de faire preuve de diligence raisonnable pour s'assurer de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui et de parer aux incidences négatives dans lesquelles elles ont une part. Troisièmement, la nécessité d'un accès plus effectif à des mesures de réparation, tant judiciaires que non judiciaires. » Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie*, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, § 6, disponible sur *www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf*

2. Voir n[os] 482 et s.

83 Les *Principes directeurs des Nations unies* trouvent leur origine dans les *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés*[1], élaborées par la Commission des droits de l'Homme des Nations unies, suite à une ample phase de concertation se développant tout au long des années 1990. Ces normes visaient à « étendre aux entreprises, en application directe du droit international, la même série d'obligations en matière de droits de l'Homme que les États contractent pour eux-mêmes lorsqu'ils ratifient des traités : "promouvoir, respecter, faire respecter et protéger les droits de l'Homme[2]" ». Suite à cette phase de concertation suscitant « un débat très conflictuel[3] », un représentant spécial du secrétaire général a été « chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises[4] » dans le but d'organiser un nouveau processus participatif. Ce processus s'est déroulé par le biais d'un « vaste programme de recherche systématique » visant à « inventorier et expliciter » les normes et pratiques existantes, par le truchement d'une série de 47 consultations ouvertes à toutes les parties prenantes[5]. Cette phase participative multi-parties prenantes a permis l'élaboration du cadre de référence « protéger, respecter et réparer[6] », transposé dans les *Principes directeurs*. L'adoption de ces principes, par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies, a fait de cet instrument de *soft law* « une norme mondiale faisant autorité pour prévenir les effets préjudiciables de l'activité commerciale sur les droits de l'Homme et y remédier[7] ». Enfin, suite à l'adoption des principes, le Conseil des droits de l'Homme a institué un groupe de travail sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises ainsi qu'un forum sur les entreprises et les droits de l'Homme placé sous la conduite du Groupe de travail, dans le but de coordonner et promouvoir la « diffusion et [l']application efficaces et globales[8] » des principes.

1. Conseil économique et social, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003, disponible sur *www.humanrights.ch/upload/pdf/091127_NORMES_SUR_LA_RESPONSABILIT_EN_MATIRE_DE_DROITS.pdf*

2. Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, op. cit.*, § 2.

3. *Ibid.*, § 3.

4. Conseil des droits de l'Homme, *Mandat du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 8/7, 18 juin 2008, disponible sur *http://ap.ohchr.org/documents/F/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf*

5. Notamment, les consultations menées par le représentant spécial visaient à inclure « les administrations publiques, les entreprises commerciales et les associations professionnelles, les particuliers et les collectivités directement concernés par les activités des entreprises dans diverses parties du monde, la société civile et des spécialistes des nombreux domaines du droit et de la politique abordés par lesdits Principes ». *Ibid*., § 10.

6. Conseil des droits de l'Homme, *Les droits de l'Homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 17/4, 6 juill. 2011, A/HRC/RES/17/4, § 12.

7. Conseil des droits de l'Homme, *Note de synthèse du groupe de travail sur la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, *op. cit.*

8. Conseil des droits de l'Homme, *Les droits de l'Homme et les sociétés transnationales et autres entreprises, op. cit.*, § 6.

84 Le processus brièvement décrit ci-dessus met en exergue l'intérêt de la gouvernance en 4C dans le but de concevoir et mettre en œuvre des outils de *soft law* efficaces. En effet, la concertation permet d'analyser une problématique donnée et d'identifier les meilleures pratiques ; la coopération permet d'élaborer un modèle de cadre par le biais d'une approche participative ; la consultation multi-parties prenantes permet de parfaire un tel modèle en vertu d'une pluralité de contributions examinant les différentes dimensions affectées par chaque facette de l'instrument régulatoire proposé ; enfin, la coordination des parties impliquées permet d'en assurer une application correcte et efficace.

▪ B – Une mise en œuvre participative entre partenaires

85 Le partenariat est un des outils que Jacques Caillosse définit comme étant un support juridique de la gouvernance et qui peut être vu comme une « façon de relativiser l'État[1] », s'appuyant de façon de plus en plus consistante sur l'apport de ses partenaires dans le souci de mettre en œuvre les politiques publiques[2]. Ainsi, la diffusion de partenariats public-privé (PPP), prônée par la doctrine du *New Public Management*, semble être un phénomène désormais consolidé non seulement au niveau national mais, également, au niveau des organisations intergouvernementales qui confient de nombreuses activités à des entités privées[3]. Notamment, la participation d'acteurs non étatiques dans le cadre de « partenariats multi-parties prenantes » ou *multistakeholder partnerships* semble être essentielle dans le système international qui « n'est plus seulement le produit des initiatives prises par les États, mais le résultat de compromis négociés entre des acteurs d'origine diverse[4] ». Dans un souci d'efficacité, ces PPP internationaux visent à associer plusieurs acteurs provenant de différents secteurs en raison de leur(s) intérêt(s) commun(s) et dans le but de collaborer pour réaliser des objectifs ou des projets conjoints, en partageant les responsabilités et les coûts qui en dérivent, et en réunissant leurs expertises[5]. En effet, force est de souligner les avantages d'une coopération « faisant intervenir les gouvernements, les organisations internationales, la communauté des affaires et la société civile[6] » dans des secteurs économiques où les acteurs non étatiques revêtent un rôle essentiel[7]. Ainsi,

dans le cadre de partenariats multipartites, les acteurs participants jouent des rôles complémentaires[8] : les gouvernements élaborent les stratégies et les politiques visant à parvenir à l'objectif souhaité ; les acteurs du secteur privé s'engagent à coopérer et à investir dans un projet commun en respectant les conditions qui permettent la mise en place d'une stratégie commune ; les représentants de la société civile fournissent les expertises nécessaires afin de contrôler l'effectivité de la stratégie commune.

1. Dans ce sens : J.-P. Gaudin, *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, Paris, 1999.

2. En France, le PPP est largement diffusé depuis le début des années 2000. Il est inclus dans la catégorie des contrats administratifs et a été institutionnalisé par le biais de l'ordonnance n° 2004-559 du 17 juin 2004, modifiée par la loi n° 2008-735 du 28 juillet 2008. L'art. 1 de l'ordonnance affirme que « le contrat de partenariat est un contrat administratif par lequel l'État ou un établissement public de l'État confie à un tiers, pour une période déterminée en fonction de la durée d'amortissement des investissements ou des modalités de financement retenues, une mission globale ayant pour objet le financement, la construction ou la transformation, l'entretien, la maintenance, l'exploitation ou la gestion d'ouvrages, d'équipements ou de biens immatériels nécessaires au service public ».

3. Dans ce sens : B. Bull et D. McNeill, *Development Issues in Global Governance. Public-Private Partnerships and Market Multilateralism*, Routledge, Abingdon, 2007.

4. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*

5. Dans ce sens, Benedict Kingsbury et Lorenzo Casini soulignent que les PPP peuvent être considérés comme une manifestation de droit administrative global. Dans ce sens, les auteurs soulignent que « *a good illustration of the PPP model is the Global Fund to Fight AIDS, Tuberculosis and Malaria, which has close links with the World Health Organization, but is, in formal legal terms, a Swiss Foundation. Its Board is comprised of ten donors (eight donor or developed states, one business sector representative [in 2009 McKinsey & Co] and one private foundation [in 2009 the Gates Foundation]), and ten recipients or implementers (seven developing states, one northern and one southern NGO, and one representative of groups affected by HIV and other infectious diseases the Global Fund combats), along with (as non-voting members) the WHO, UNAIDS, the World Bank, and one Swiss citizen (required for a Swiss Foundation). Recommendations are made also by a large Partnership Forum of stakeholders* ». B. Kingsbury et L. Casini, "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations Law", *International Organizations Law Review*, n° 6, 2009, p. 323.

6. Ainsi s'exprimait l'ancien secrétaire général des Nations unies, Kofi Annan, au sujet du développement rural et de la sécurité alimentaire, disponible sur *www.rdfs.net/themes/partnership_fr.htm*

7. Dans le domaine de la société de l'information, par exemple, la Commission européenne a explicitement souligné l'importance de « renforcer les partenariats multipartites et public/privé ainsi que de mieux coordonner les initiatives nationales et régionales ». « Les défis de la société de l'information européenne après 2005 », *Communication de la Commission*, Bruxelles, 19 nov. 2004, COM (2004) 757 final.

8. En effet, la complémentarité des rôles des différents *stakeholders* a été mise en lumière lors de divers sommets onusiens. C'est le cas, par exemple, du *Partenariat mondial pour le développement* qui est le fruit de la coordination des efforts d'une pléthore d'acteurs gouvernementaux, multilatéraux et non étatiques dans le cadre d'un partenariat global. La volonté de mettre en œuvre de tels partenariats est évidente, par exemple, dans les engagements pris lors du Sommet du millénaire et du Sommet mondial de 2005. Assemblée générale, Résolution 55/2, 8 sept. 2000 ; Assemblée générale, Résolution 60/1, 16 sept. 2005 ; Nations unies, *Le partenariat mondial pour le développement : l'heure est aux résultats*, Rapport de 2011 du Groupe de réflexion sur le retard pris dans la réalisation des objectifs du millénaire pour le développement, New York, 2011.

86 Le partenariat *multistakeholder* peut aussi avoir une finalité normative. Dans ce sens, le « Pacte mondial des Nations unies[1] » ou *Global Compact* encourage la coopération multi-parties prenantes réunissant les entreprises, les organes des Nations unies, le monde du travail, la société civile et les États autour de « principes universellement acceptés touchant les droits de l'Homme, les normes du travail, l'environnement et la lutte contre la corruption ». Le *Global Compact* est donc un pacte fondé sur la participation des entreprises, en vertu duquel les acteurs du secteur privé s'engagent à « aligner leurs opérations et leurs stratégies sur dix principes universels » dans le but d'introduire des normes sociales et environnementales communes. Le Pacte mondial n'est donc pas un instrument de régulation et les dix principes universels

sur lesquels il se fonde ainsi que les « bonnes pratiques » qui en découlent peuvent être associés à la catégorie de la *soft law*. Toutefois, force est de remarquer que bien que le Pacte mondial se développe en marge aussi bien des droits nationaux que des accords internationaux « classiques » et que l'adoption des bonnes pratiques qui en découlent soit volontaire, les entreprises qui y adhérent s'engagent à les respecter[2].

1. Le Pacte mondial fut proposé par l'ancien secrétaire général de l'ONU, Kofi Annan, au cours du forum économique mondial de Davos, le 31 janvier 1999, et il devint opérationnel le 26 juillet 2000. Ses principes concernent les domaines des droits de l'Homme, du travail, de l'environnement et de la lutte contre la corruption et sont issus de la Déclaration universelle des droits de l'Homme ; de la Déclaration de l'Organisation internationale du travail relative aux principes et droits fondamentaux au travail ; de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement ; et de la Convention des Nations unies contre la corruption. L'objectif premier du Pacte mondial est de « promouvoir la légitimité sociale des entreprises et des marchés ». Aussi, il vise à contribuer à la mise en pratique des « objectifs du Millénaire pour le développement » des Nations unies. Voir *www.unglobalcompact.org*

2. Les entreprises adhérentes au Pacte mondial s'engagent à attester annuellement du fait qu'elles mettent en œuvre les principes du *Global Compact* par le biais d'une « communication de progrès ». Par la suite, ce rapport sur la communication de progrès est publié sur le site Web du Pacte mondial.

87 Ainsi, on se doit de souligner que la participation d'une pluralité de parties prenantes est à la fois un vecteur d'efficacité et de légitimité. D'une part, les mécanismes de gouvernance ouverte permettent l'élaboration de solutions normatives partagées sur la base des expertises fournies par les entités non étatiques, qui sont directement concernées par l'application desdites solutions. D'autre part, l'implication de parties prenantes non étatiques ne représente pas simplement une source de légitimité des mécanismes issus du processus participatif, mais elle permet également une mise en œuvre plus efficace et un contrôle plus rigoureux du respect des engagements pris par les parties intéressées[1].

1. Dans ce sens, Pallemaerts et Moreau soulignent que les ONG ont « spontanément pris le rôle de "contrôleurs" officieux du respect de ces engagements et pris l'habitude de publier et communiquer aux organes internationaux compétents les résultats de leurs investigations. Même en dépit de l'absence d'un quelconque mandat officiel, ces rapports non-gouvernementaux généralement non sollicités contribuent au suivi des politiques internationales et sont perçus tant par les gouvernements que par les organisations intergouvernementales elles-mêmes comme une source d'information utile ». M. Pallemaerts et M. Moreau, *Le rôle des « parties prenantes » dans la gouvernance internationale de l'environnement*, *op. cit.*, p. 13.

§ 2 – La participation des acteurs privés dans le cadre de la gouvernance européenne

88 Comme le souligne Jacques Chevallier, l'Union européenne peut être considérée comme un « véritable laboratoire d'un modèle de gouvernance […] caractérisé par le pluralisme et l'ouverture[1] ». En effet, l'utilisation du terme « gouvernance » au niveau européen est souvent associée à la volonté d'améliorer l'environnement réglementaire par le truchement d'une pluralité d'instruments juridiques, tout en organisant les rapports entre les politiques publiques nationales et communautaires par le biais d'un schéma multi-acteur et multi-niveau, régi par le principe de subsidiarité[2].

1. J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *op. cit.*, p. 210.

2. Comme le souligne Pierre Calame, « l'Union européenne s'est fondée depuis l'origine sur le principe de subsidiarité : il est préférable de laisser aux États membres le maximum d'autonomie possible, seul ce qui est strictement nécessaire à la cohésion de l'Union est géré à l'échelle européenne ». P. Calame, *Faire de l'Union européenne un modèle de gouvernance multiniveaux, fondé sur le principe de subsidiarité active*, 2009, disponible sur *www.citizensforeurope.eu/prop-510_fr.html*

89 Ainsi, dans le souci de refléter l'hétérogénéité de l'« intérêt général européen[1] » dans l'élaboration de la législation européenne, la Commission européenne consulte de nombreux acteurs représentant le monde des affaires et de la société civile dont les contributions sont « rapidement intégrées au champ politico-administratif[2] » européen. En effet, la Commission a constamment exprimé la nécessité d'une participation équilibrée de toutes les « organisations européennes représentatives[3] » afin que l'Union demeure un « espace de diversité et d'unité[4] » où les intérêts individuels de tous les citoyens sont représentés face aux intérêts économiques. Dans ce sens, la « méthode ouverte de coordination[5] » (MOC) représente un exemple parlant de la volonté d'impliquer des acteurs commerciaux et issus de la société civile dans le but d'aider les États membres à « comparer leurs efforts et s'enrichir de leurs expériences mutuelles[6] » dans le cadre d'une gouvernance ouverte et inclusive. La MOC est une « technique de gouvernance[7] » qui se fonde sur une « association active » des différentes parties prenantes dans le but de mettre en œuvre le principe de subsidiarité. Cette méthode de concertation a été créée « afin que les États membres coordonnent leurs politiques dans certains domaines sur la base de processus d'échanges et d'apprentissages mutuels[8] », elle se fonde sur l'adoption d'outils de *soft law* sur la base de leur évaluation en tant que « bonnes pratiques » et peut être schématisée dans les quatre « phases » qui suivent. En premier lieu, la définition d'objectifs à court, moyen et long termes dans des lignes directrices élaborées par les États membres. En deuxième lieu, l'individuation des meilleures pratiques sur la base « d'indicateurs quantitatifs et qualitatifs et de critères d'évaluation, adaptés aux besoins des différents États membres et des divers secteurs aux meilleures performances au niveau mondial, et adaptés aux spécificités du contexte européen, afin de pouvoir comparer les meilleures pratiques (*benchmarking*[9]) ». En troisième lieu, la transposition des lignes directrices définies au niveau européen dans des politiques publiques nationales « concrétisées souvent en plans d'action nationaux (PAN), qui sont communiqués aux institutions et aux partenaires européens[10] ». En dernier lieu, l'évaluation de la mise en œuvre de ses engagements par les autres parties prenantes[11]. Ainsi, bien que la MOC garantisse un haut niveau de flexibilité, elle détermine une répartition précise des sphères de compétence, permettant une application « plus orthodoxe[12] » du principe de subsidiarité. En effet, la MOC permet aux instances européennes de délinéer les lignes directrices et les critères nécessaires à l'évaluation des performances étatiques ; aux États membres de mettre en œuvre les politiques tout en jouissant de la flexibilité nécessaire ; et aux autres parties prenantes de contribuer à la fois à la formation des politiques publiques et à leur évaluation.

1. Au sens de l'article 17.1 du TUE, « la Commission promeut l'intérêt général et prend les initiatives appropriées à cette fin ». Toutefois, bien que l'intérêt général constitue le fondement de l'action publique à la fois au niveau européen

et national, on se doit de souligner le manque d'une définition précise et univoque de ce concept. Selon le Conseil d'État, « [i]l existe deux conceptions divergentes de l'intérêt général. L'une, utilitariste, ne voit dans l'intérêt commun que la somme des intérêts particuliers. L'autre, volontariste, estime que l'intérêt général exige le dépassement des intérêts particuliers. Il est dans cette perspective l'expression de la volonté générale. Ce clivage sépare deux visions de la démocratie : d'un côté, une démocratie de l'individu, qui tend à réduire l'espace public à l'organisation de la coexistence entre les intérêts particuliers, l'autre, plus proche de la tradition républicaine française, qui fait appel à la capacité des individus à dépasser leurs propres intérêts, pour former ensemble une société politique ». CE, *Réflexions sur l'intérêt général – Rapport public 1999*, 1999, disponible sur *www.conseil-etat.fr/fr/rapports-et-etudes/linteret-general-une-notion-centrale-de-la.html*

2. Dans ce sens : M. Hélène, La « société civile dans la "gouvernance européenne" Éléments pour une sociologie d'une catégorie politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, nº 166-167, 2007/1, p. 30-37 ; J. Weisbein, Sociogénèse de la « société civile européenne », *Raisons politiques*, nº 10, 2003, p. 125-137.

3. COM (2002) 704 final, Bruxelles, 11 déc. 2002, disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2002/com2002_0704fr01.pdf*

4. Dans ce sens : P. Calame, *Faire de l'Union européenne un modèle de gouvernance multiniveaux, fondé sur le principe de subsidiarité active*, *op. cit*.

5. La notion de « méthode ouverte de coordination » remonte au Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 et, par la suite, a été prônée par le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*. Le Conseil de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a « fixé pour l'Europe un objectif ambitieux : devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde. […] Pour y parvenir, les chefs d'État et de gouvernement ont invité le Conseil et la Commission à établir […] un Plan global d'action eEurope […] en appliquant une méthode ouverte de coordination fondée sur l'évaluation des performances des initiatives nationales ». Commission européenne, *eEurope 2002 – Une société de l'information pour tous – Projet de plan d'action préparé par la Commission européenne en vue du Conseil européen de Feira*, 19-20 juin 2000, COM (2000) 0330, disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52000DC0330:fr:HTML*
Toutefois, on se doit de remarquer que la stratégie de Lisbonne a simplement formalisé une méthode « déjà conçue et mise en place au niveau européen bien avant 2000 » en identifiant ses éléments constitutifs dans « la coordination par la fixation des lignes directrices ; maintien de la compétence nationale ; surveillance multilatérale et évaluation ; recommandations, c'est-à-dire instruments à caractère politique, pour assurer la convergence progressive ». T. Georgopoulos, *La méthode ouverte de coordination européenne : « En attendant Godot » ?*, Institut d'études européennes, Université de Montréal, note de recherche nº 01/2005, p. 4. Ainsi, comme le relève le Conseil national des politiques de lutte contre la pauvreté et l'exclusion sociale, « la MOC a pour but premier de renforcer les échanges de bonnes pratiques [et] s'applique dans une dizaine de domaines […] qui ne relèvent pas des champs d'application des traités de l'Union européenne ». Cnle, *Qu'est-ce que la MOC ?*, 20 avr. 2010, disponible sur *www.cnle.gouv.fr/Qu-est-ce-que-la-MOC.html*. Pour une analyse de la MOC : R. Dehousse (ss. la dir.), *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, L'Harmattan, Paris, 2004 ; W. Kerber et M. Eckhardt, "Policy Learning in Europe: The Open Method of Co-ordination and Laboratory Federalism", *Journal of European Public Policy*, nº 14 : 2, 2007 ; C. Romano, *La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance ?*, Report Prepared for the Task Force on the Future of Europe, European Commission, Bruxelles, avr. 2002 ; S. Rosa, *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

6. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne – Un livre blanc*, Bruxelles, 25 juill. 2001, COM (2001) 428 final, p. 26.

7. Dans ce sens : K. Armstrong et C. Kilpatrick, "Law, Governance, or New Governance ? The Changing Open Method of Coordination", *Columbia Journal of European Law*, nº 13 : 3, Summer 2007, p. 650.

8. Cnle, *Qu'est-ce que la MOC ?*, *op. cit.*

9. T. Georgopoulos, *La méthode ouverte de coordination européenne : « En attendant Godot » ?*, *op. cit.*, p. 3.

10. *Ibid*.

11. Selon les *Conclusions de la présidence* du Conseil européen, « [l]'approche retenue sera totalement décentralisée, conformément au principe de subsidiarité ; l'Union, les États membres, les collectivités régionales et locales, ainsi que les partenaires sociaux et la société civile seront activement associés dans diverses formes de partenariat. Une méthode d'évaluation des meilleures pratiques en matière de gestion des changements sera élaborée par la Commission européenne en coordination avec différents prestataires et utilisateurs, à savoir les partenaires sociaux, les entreprises et les ONG ». Conseil européen de Lisbonne, *Conclusions de la présidence*, 23 et 24 mars 2000, § 37 et 38, disponible sur *www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm*

12. T. Georgopoulos, *La méthode ouverte de coordination européenne : « En attendant Godot » ?*, *op. cit.*, p. 6.

90 Ainsi, au niveau européen, le but de la coopération avec une pluralité de parties prenantes et de « groupes d'intérêt[1] » est donc l'amélioration à la fois de l'élaboration et de l'application des politiques publiques et des instruments de régulation européenne. En effet, on peut constater que

les « experts scientifiques […] jouent un rôle de plus en plus important dans la préparation et le suivi des décisions[2] » prises par les institutions européennes et, dans ce sens, les représentants des différentes parties intéressées concourent directement à la détermination de l'intérêt général. La gouvernance de l'Union européenne se fonde donc sur l'inclusion des contributions des groupes d'intérêt directement impliqués dans le cadre d'un système organisé par le principe de subsidiarité. Bien que la tradition républicaine – dominante en Europe continentale – considère l'intérêt général comme une « volonté générale », selon la conception de Rousseau[3], il est nécessaire de remarquer que la participation des différents groupes d'intérêt aux processus de gouvernance met en exergue une conception libérale et pluraliste, fondée sur la concurrence des idées, et selon laquelle l'intérêt général consiste en la somme des intérêts particuliers. Le modèle participatif prôné par la gouvernance européenne révèle donc une indéniable influence anglo-saxonne, en raison de laquelle l'intérêt général est considéré comme le résultat « d'une négociation incessante entre des intérêts particuliers opposés, dont l'expression est l'apanage des *lobbies*[4] ». La participation directe des parties intéressées aux processus décisionnels européens confirme donc ces fondements libéraux, en vertu desquels la concurrence entre les valeurs et les intérêts particuliers permet de déterminer l'intérêt général. Pour cette raison, Guy Hermet a remarqué que « le principe de la gouvernance est qu'il n'existe pas d'intérêt général, mais uniquement des intérêts sectoriels[5] » qui sont en concurrence pour que le pouvoir politique les reconnaissent. Ainsi, il devient particulièrement important de pouvoir connaître, non seulement les intérêts ouvertement déclarés par les différentes parties prenantes, mais également leurs sources de financement, afin de pouvoir évaluer avec objectivité le véritable fondement et les véritables buts de leur participation aux processus de gouvernance.

1. Comme le soulignent Emiliano Grossman et Sabine Saurugger, « [l]es groupes d'intérêt, compris au sens large comme des entités qui cherchent à représenter les intérêts de sections particulières de la société en vue d'influencer les processus politiques, […] sont des acteurs centraux au même titre que les institutions européennes, les gouvernements nationaux ou encore les citoyens européens, auxquels la recherche européiste s'intéresse de plus en plus souvent ». E. Grossman et S. Saurugger, « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *op. cit.*, p. 5. Aussi, pour des analyses concernant les influences des différents groupes d'intérêt sur l'activité du Parlement européen, dans le cadre du système du lobbying, voir le site Web *http://corporateeurope.org/*

2. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne – Un livre blanc*, *op. cit.*, p. 22.

3. Selon Jean-Jacques Rousseau, en effet, « il importe donc pour avoir bien l'énoncé de la volonté générale qu'il n'y ait pas de société partielle dans l'État ». J.-J. Rousseau, *Du contrat social*, Garnier Flammarion, Paris, 1966, p. 66.

4. A. Insel, « La postdémocratie. Entre gouvernance et caudillisme », *La Revue du MAUSS*, 2005.

5. G. Hermet, *Nous sommes en 1775. Gouvernance et après-démocratie*, Catholica, 2005.

91 Toutefois, bien que la Commission européenne prône un « dialogue ouvert et structuré[1] » avec les groupes d'intérêt, on se doit de souligner que l'activité de ces derniers n'est pas encadrée par une législation spécifique, ce qui rend le phénomène du lobbying essentiellement non réglementé au niveau européen. En effet, l'unique source de droit de l'Union qui mentionne les groupes d'intérêt est le règlement intérieur du Parlement européen qui

régit l'accès des groupes d'intérêt à l'enceinte parlementaire[2]. Aussi, la Commission et le Parlement européens ont créé le *Registre de transparence commun*[3] qui vise à encadrer « toute organisation ou personne exerçant une activité indépendante qui cherche à influer sur l'élaboration et la mise en œuvre des politiques de l'UE[4] ». La création du registre correspond à la fois à des exigences de transparence et de participation sur un plan égalitaire, puisque l'inscription au registre fait en sorte que toute entité qui souhaite participer à l'élaboration des politiques de l'Union européenne rende publique son activité et se soumette volontairement à un code de conduite unique. Toutefois, bien que la Commission européenne considère la création du Registre comme une « étape fondamentale dans la réalisation de l'objectif d'une démocratie plus participative[5] », – et bien que la déclaration des intérêts et des sources de financement des groupes d'intérêt soit essentielle afin d'apprécier les raisons concrètes de leur participation aux processus politiques – force est de remarquer que l'inscription des groupes d'intérêt demeure facultative, limitant donc la portée de cet instrument.

1. Règlement n° 93/C 63/02 de la Commission européenne, un dialogue ouvert et structuré entre la Commission et les groupes d'intérêt, disponible sur *http://ec.europa.eu/civil_society/interest_groups/docs/v_fr.pdf*

2. Règlement du Parlement européen, ANNEXE IX, « Dispositions d'application de l'article 9, § 4 – Groupes d'intérêt auprès du Parlement européen », 16e éd., févr. 2008, disponible sur *www.cvce.eu/content/publication/2008/2/29/0a480921-4285-43ec-88bf-d7712f38052e/publishable_fr.pdf*

3. Dans un premier temps, les représentants d'intérêts qui assistaient la Commission européenne avaient été invités à s'enregistrer dans la base de données « *Consultation, the European Commission and Civil Society* » ou CONECCS, qui fut substituée en 2008 par le registre facultatif des représentants d'intérêts, et par le registre de transparence commun en 2011 : *http://ec.europa.eu/transparencyregister/public/homePage.do?locale=fr#fr*

4. Commission européenne, « La Commission et le Parlement européen créent un registre de transparence commun qui fournit des informations sur tous ceux qui cherchent à influer sur la politique européenne », Bruxelles, 23 juin 2011.

5. *Ibid.*

92 La participation d'une pluralité de groupes d'intérêt au processus de gouvernance européenne vise donc à aboutir à une « meilleure légifération » dont la légitimité réside dans l'adhésion des parties intéressées ainsi que dans l'efficacité de l'instrument régulatoire. Dans le paragraphe qui suit, nous tâcherons donc d'analyser l'apport d'une gouvernance participative à la mise en œuvre d'un meilleur processus de légifération.

▪ A – Une gouvernance multi-parties prenantes dans le but d'une « meilleure légifération »

93 Comme nous l'avons abordé précédemment, au niveau européen, le terme de gouvernance peut être considéré comme englobant l'ensemble des « modes d'exercice du pouvoir dépassant le cadre du gouvernement [et supposant] l'association de plusieurs types d'acteurs souvent en réseau et de façon horizontale[1] ». Dans ce cadre, on remarque une évidente tendance à la négociation[2] avec les représentants des différents groupes d'intérêt afin d'élaborer et de mettre en œuvre les différentes composantes de l'espace européen des politiques publiques[3]. En effet, comme Guy Hermet l'a mis en

lumière, « la gouvernance européenne introduit dans des processus d'abord consultatifs, puis devenus peu à peu délibératifs et décisionnels, des acteurs non point publics et élus, mais porte-parole d'intérêts particuliers[4] ».

1. D. Dakowska, « Usages et mésusages du concept de gouvernance appliqué à l'élargissement de l'Union Européenne », *Politique européenne*, n° 10, 2003/2.

2. Dans ce sens, Jacques Chevallier souligne que « les politiques communautaires sont dès lors la résultante d'un jeu complexe de forces qui se déploient autour des centres de décision et dont l'équilibre varie en fonction des domaines et des types de décisions : ce pluralisme conduit à privilégier la négociation, impose de rechercher l'adhésion la plus large et entraîne en fin de compte le "culte du compromis" ». J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *op. cit.*, p. 210.

3. Dans ce sens : Y. Meny, P. Mueller et J.-L. Quermonne (ss. la dir.), *Politiques publiques en Europe*, Paris, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques », 1995, cité *in* J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *Dr. et sociétés*, n° 49, 2001/3, note 33.

4. G. Hermet, *Nous sommes en 1775. Gouvernance et après-démocratie*, *op. cit.*, p. 13.

94 Dès le début des années 2000, la Commission a considéré la réforme de la gouvernance européenne comme l'un de ses objectifs stratégiques[1], visant à renforcer la cohérence de ses politiques[2]. Dans ce sens, le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* énonce cinq principes qui sont à la base d'une bonne gouvernance : l'ouverture, la participation, la responsabilité, l'efficacité et la cohérence. L'application de ces principes se cristallise autour de quatre objectifs : le renforcement de la participation de toutes les parties prenantes par le truchement d'une concertation durable ; l'amélioration de la qualité des politiques et de la réglementation afin d'atteindre des performances plus élevées ; la participation à la gouvernance mondiale par le biais d'un dialogue permanent avec les acteurs publics et privés ; et le recentrement des politiques des institutions dans la perspective d'assurer la cohérence et la concertation[3].

1. « Donner forme à la Nouvelle Europe », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les objectifs stratégiques 2000-2005*, 9 févr. 2000, COM (2000) 54, disponible sur *http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-00-4_fr.htm*

2. À ce sujet : G. P. Orsello, *La gouvernance dans l'Union européenne*, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/contrib_orsello_fr.pdf*

3. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne – Un livre blanc*, *op. cit.*, 2001, p. 8.

95 La gouvernance européenne vise donc à l'élaboration d'une réglementation « simple » et « intelligente[1] », dans un contexte participatif, comme cela a été mis en lumière par le plan d'action « Simplifier et améliorer l'environnement réglementaire[2] » puis par l'initiative « Mieux légiférer[3] ». En effet, ces deux plans d'action visent à donner naissance à un environnement normatif moins hiérarchisé, nourri d'instruments de *soft law* et dans le cadre duquel la consultation d'une pluralité de parties intéressées revêt une place fondamentale afin d'améliorer l'efficacité à la fois du processus de légifération et de régulation. Ainsi, on se doit de souligner que la structure actuelle de la gouvernance européenne ne se limite pas à prôner la participation multi-parties prenantes mais vise à associer des outils de droit mou – notamment, la normalisation, la régulation contractuelle et la standardisation technique – aux sources du droit de l'Union européenne.

1. « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social et au Comité des régions*, 8 oct. 2010, COM (2010) 543 final ;

Communiqué de Presse RAPID, *Réglementation intelligente : des lois européennes dans l'intérêt des citoyens et des entreprises*, Bruxelles, 8 oct. 2010, IP/10/1296, disponible sur *http://europa.eu/rapid/press-release_IP-10-1296_fr.htm?locale=fr* ; « Pour une réglementation de l'UE bien affûtée », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions*, Strasbourg, 12 déc. 2012, COM (2012) 746 final, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/1_FR_ACT_part1_v3.pdf*

2. *Communication de la Commission au Conseil européen de Laeken*, COM (2001) 726.

3. Commission européenne, *L'initiative « Mieux légiférer » expliquée simplement*, Office des publications officielles des communautés européennes, Luxembourg, 2006, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/brochure/br_brochure_fr.pdf*

96 La gouvernance européenne est donc un des exemples les plus accomplis de gouvernance multi-parties prenantes, car elle vise à créer une convergence des politiques nationales et à réaliser une simplification des sources du droit de l'Union européenne tout en impliquant des acteurs non étatiques dans l'élaboration de mécanismes de régulation « alternatifs ». Dans ce sens, le spectre des instruments régulatoires est enrichi par les techniques de la corégulation et de l'autorégulation, et l'outil régulatoire le plus approprié est choisi sur la base d'une « étude d'impact[1] », prenant en considération les coûts, l'efficacité et les conséquences sur les différentes parties intéressées. Ainsi, l'initiative Mieux légiférer a explicitement recommandé de :

– « réaliser des études d'impact *ex ante*, afin de mesurer les conséquences recherchées ou induites de la réglementation sur les parties intéressées ;
– procéder à des consultations approfondies lors de l'élaboration des projets de directives et de règlements ;
– réduire le volume de l'acquis communautaire, en codifiant et consolidant des textes existants afin de les rendre plus accessibles ;
– abroger les actes devenus obsolètes ;
– avoir davantage recours à des techniques réglementaires alternatives, telles que la co- ou l'autorégulation, au travers des possibilités ouvertes par l'introduction dans le Traité des accords entre partenaires sociaux[2] ».

1. La Commission européenne s'est « engagée à analyser l'impact économique, social et environnemental de ses propositions. Elle a rendu l'évaluation d'impact obligatoire pour les propositions importantes et, depuis 2003, […] cette initiative a profondément modifié la façon dont les propositions sont élaborées à l'intérieur de la Commission européenne. Il s'agit d'une approche fondée sur la connaissance et l'expertise technique afin de garantir que les décisions relatives à l'opportunité et aux modalités de traitement d'une initiative reposent sur des éléments solides et une analyse approfondie des options ». *Ibid*., p. 7.

2. *Ibid*., p. 6.

97 Notamment, les colégislateurs européens ont inscrit ces lignes directrices dans le cadre de la gouvernance européenne des réseaux et des services de communication électronique, en favorisant la consultation des parties prenantes, dans un souci de transparence et l'utilisation d'instruments de *soft law*, dans un souci d'efficacité. Un exemple, dans ce sens, peut être individué dans le « mécanisme de consultation et transparence » que le législateur européen a explicitement prévu lors de l'adoption du troisième Paquet télécoms afin de conférer « aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs observations sur le projet de mesures[1] » envisagées par les autorités réglementaires nationales. En outre, le législateur européen

a explicitement statué son inclination envers l'utilisation d'instruments de régulation privée, dans le cadre du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information. Notamment, lors de l'élaboration de la directive 29/2001/CE, le législateur européen a favorisé l'établissement d'accords contractuels entre les titulaires des droits et les usagers et l'octroi de licences de la part des titulaires de droits. Dans ce cadre, les titulaires du droit d'auteur acquièrent une sorte de pouvoir « para-législatif » et « para-exécutif », ayant la faculté de déterminer unilatéralement les limites à l'accès et à l'utilisation des œuvres protégées par le droit d'auteur ainsi que de mettre en œuvre ces limites par le truchement de systèmes techniques de gestion des droits numériques ou *Digital Right Management systems* (DRM). En effet, les législateurs nationaux des pays membres ne peuvent pas intervenir pour permettre au bénéficiaire d'une exemption au droit d'auteur d'en jouir lorsqu'il existe un accord contractuel, entre les ayants droit et les usagers, définissant les conditions de jouissance de ce droit[2]. Par conséquent, force est de souligner que la régulation privée élaborée par les titulaires du droit d'auteur n'est pas simplement considérée plus efficace que la régulation d'origine publique, mais l'autonomie contractuelle des titulaires de droits d'auteur acquiert une supériorité hiérarchique par rapport à la volonté du législateur national. Dans ce sens, nous pouvons remarquer que, lorsque les directives européennes encouragent le recours à la régulation privée – ou à l'autorégulation –, on assiste à la mise en place d'une sorte de « chaîne de régulation » dans le cadre d'une gouvernance multi-niveau, où « le pouvoir de régulation se déplace du niveau européen au niveau national […] pour ensuite être ré-attribué aux acteurs privés[3] ».

1. Dir. 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil, 25 nov. 2009, art. 6. Aussi, le dix-septième considérant de la directive 2009/140/CE a suggéré de « procéder à la consultation nationale prévue par l'article 6 de la directive "cadre" préalablement à la consultation communautaire prévue par les articles 7 et 7 *bis* de cette directive afin de pouvoir prendre en compte les avis des parties intéressées ».

2. Dans ce sens, l'article 6 de la directive 2001/29/CE affirme que « [l]es États membres prévoient une protection juridique appropriée contre le contournement de toute mesure technique efficace, que la personne effectue en sachant, ou en ayant des raisons valables de penser, qu'elle poursuit cet objectif. […] En l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, y compris les accords entre titulaires de droits et d'autres parties concernées, les États membres prennent des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions ou limitations prévues par le droit national conformément à l'article 5, paragraphe 2, points a), c), d) et e), et à l'article 5, paragraphe 3, points a), b) ou e), puissent bénéficier desdites exceptions ou limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question ». Dir. 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil, sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information, 22 mai 2001, art. 6.1 et 6.4.

3. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit.*, p. 24.

▪ B – Une coopération multi-parties prenantes dans le but d'une législation technoscientifique

98 Dans le cadre de la gouvernance européenne, la participation des différentes parties prenantes a lieu « à tous les stades du processus législatif[1] » par le biais des contributions des différents groupes d'experts[2] issus des

différents niveaux administratifs nationaux, du secteur privé, du milieu associatif ou universitaire. En effet, l'activité des groupes d'experts permet à un ample éventail de parties prenantes de contribuer au processus législatif européen, par le truchement de « missions très diverses, allant de l'exercice de prospective à la formulation d'un avis sur une proposition de la Commission, en passant par l'état d'un débat scientifique, ou bien le suivi d'un programme communautaire[3] ». La participation de groupes d'intérêt doit donc être vue, d'une part, comme un caractère inéluctable d'un processus législatif fondé sur la négociation entre intérêts concurrents[4] plutôt que sur la recherche de l'intérêt général par le biais d'une démarche délibérative et, d'autre part, comme une nécessité incontournable dans le but de pouvoir réguler des secteurs dont la complexité inhérente demande l'élaboration d'actes juridiques hautement techniques. Dans ce sens, les experts participent aux différentes phases du processus législatif aussi bien en vertu de leur qualité de « représentant d'intérêts[5] » que de leurs connaissances techniques et scientifiques. Ces connaissances fondent la légitimation discursive en raison de laquelle ils peuvent être cooptés[6] dans le but d'élaborer des instruments juridiques à caractère de plus en plus « technoscientifique ». Le soutien des experts doit être considéré comme une conséquence inévitable de la « technicisation » du débat et leur implication dans la gouvernance européenne tout comme dans d'autres niveaux de gouvernance devient donc essentielle afin de légitimer les différents instruments juridiques relevant du droit secondaire de l'Union sur la base d'arguments scientifiques et empiriques.

1. Dans ce sens, le site Web officiel de l'Union européenne souligne que « la Commission consulte régulièrement des comités d'experts avant d'élaborer une nouvelle proposition législative. [C]es comités permettent à la Commission de rester ouverte sur les préoccupations des destinataires d'une éventuelle réglementation. Ils couvrent l'ensemble des domaines d'action de l'Union européenne. […] Le Conseil [des ministres de l'Union européenne] est également assisté de comités et de groupes de travail qui préparent ses décisions ». *Glossaire. Comités et groupes de travail*, disponible sur *http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/experts_committees_fr.htm*

2. Selon le secrétariat général de la Commission européenne, un « groupe d'experts peut être défini comme une entité consultative composée d'experts nationaux et/ou du secteur privé, mise en place par la Commission afin de la conseiller. Un groupe d'experts est chargé essentiellement d'assister la Commission et ses services dans la préparation des propositions législatives et des initiatives politiques (droit d'initiative de la Commission) ainsi que dans ses tâches de surveillance et de coordination ou de coopération avec les États membres ». Secrétariat général, *Réponse donnée par M. Barroso au nom de la Commission*, 10 févr. 2006, disponible sur *www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2005-5024&language=EN*

3. C. Robert, « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne. Bilans et perspectives de recherche », *Politique européenne*, nº 32, 2010/3, p. 8.

4. Dans ce sens, la participation d'experts non étatiques fait en sorte que « les États subissent la concurrence d'autres acteurs (économiques, sociaux, politiques), porteurs d'autres types d'intérêts ». J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 210.

5. À ce sujet, force est de souligner que « les eurodéputés ont fait le choix de s'appuyer largement sur les représentants d'intérêts, ces derniers conférant un surcroît d'informations et d'expertise aux travaux des commissions parlementaires et des intergroupes et, d'une certaine manière aussi, un surcroît de légitimité aux "lois européennes" ». P. Aldrin, « La "société civile européenne", entre idéal démocratique et contingences politiques. De Maastricht à Lisbonne, les mises à l'agenda parlementaire de l'ouverture aux lobbys et à la société civile », *in* J. Auvret (ss. la dir.), *Le Parlement européen après Lisbonne*, Larcier, Paris, 2013.

6. Cécile Robert souligne que les experts « seraient principalement mobilisés pour aider à prévenir les oppositions et à légitimer, par avance, les propositions introduites par la Commission. Ainsi, […] ces experts issus de l'industrie [seraient] "cooptés par la Commission dans le processus de décision" pour l'aider à préparer et à légitimer ses initiatives en matière de législation ». C. Robert, « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne. Bilans et perspectives de recherche », *op. cit.*, p. 13.

99 La participation des différents experts aux activités de la Commission européenne peut avoir lieu au cours de différentes phases du processus législatif européen. En premier lieu, la Commission formule les propositions d'acte législatif – en vertu de son monopole de l'initiative législative – suite à des travaux préparatoires méticuleux issus des consultations d'experts nationaux externes à ses services[1]. En deuxième lieu, on se doit de souligner que lorsque la Commission élabore des actes délégués dans le but de parfaire et d'achever la procédure législative[2], elle est tenue de « transmett[re] les documents pertinents au Parlement européen et au Conseil et [à procéder] à des consultations appropriées et transparentes à l'avance, y compris au niveau des experts[3] ». En troisième lieu, lorsque la Commission exerce les compétences d'exécution qui lui sont conférées par les colégislateurs, en mettant en œuvre le droit de l'Union, elle tisse des « liens étroits avec les administrations nationales, mais aussi avec des centres d'expertise nationaux qui ne sont pas toujours sous l'autorité directe des gouvernements des États membres[4] » dans le cadre du mécanisme traditionnellement défini comme « comitologie[5] ». Bien que la comitologie ne puisse pas être analysée de manière exhaustive dans ce travail, il est important de souligner que ce phénomène représente un vecteur fondamental de la gouvernance multi-parties prenantes au niveau européen, en associant des représentants des États membres – notamment, des experts nationaux issus des administrations nationales – ainsi que des experts scientifiques ou des représentants des milieux économiques et professionnels, non seulement à l'élaboration, mais aussi à la mise en œuvre de la législation européenne. En effet, la « gouvernance par comités » intéresse les aspects techniques de la législation européenne et vise à outiller la Commission de solides expertises scientifiques permettant d'élaborer des actes techniques de façon rapide et efficace, tout en consentant aux États membres d'« assister et [de] contrôler[6] » les activités de mise en œuvre de la Commission. Ce mécanisme met donc en évidence « deux niveaux dans l'édiction des règles communautaires contraignantes à base législative : un premier niveau, celui de l'adoption des actes législatifs par le Conseil et le Parlement européen, selon les procédures prévues par le traité ; un deuxième niveau, celui de l'adoption des mesures d'exécution par la Commission[7] ». Ainsi, dans le cadre de ce « deuxième niveau » du processus de légiférération européenne, la Commission élabore des actes délégués ou d'exécution des « instruments de base[8] », tout en étant « assistée par ses propres services et [en pouvant] recourir à un comité de comitologie, un groupe d'experts ou une agence (entre autres[9]) ».

1. Dans ce sens : N. Fligstein et A. Stone Sweet, "Constructing Polities and Markets: an Institutionalist Account of European Integration", *American Journal of Sociology*, vol. 107, n° 5, 2002, cité *in* C. Robert, « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne. Bilans et perspectives de recherche », *op. cit*.

2. Commission européenne, 19 déc. 2013, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, aff. C-427/12, § 61, conclusions de l'avocat général.

3. Conseil de l'Union européenne, *Convention d'entente entre le Parlement, le Conseil et la Commission*, Bruxelles, 14 avr. 2011, 8753/1/11, § 4.

4. I. Paré et E. Montpetit, « Comitologie, délibération et transferts de politiques : le cas de la politique européenne du génome humain », *Communication préparée pour le colloque annuel de l'Association canadienne de science politique*, London, Ontario, juin 2005, p. 4.

5. L'expression « comitologie » fait référence à un « *method of decision-making whereby committees consisting of representatives of the Member States and chaired by a representative of the Commission, assist the Commission in implementing Community legislation, by providing advice under procedures which, in certain cases, enable the Council to take over the work of implementation* ». L. Loen et A. Verhoeven, "Towards a legal framework for executive rulemaking in the EU? The contribution of the new comitology decision", *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000, p. 645.
Le mécanisme de la comitologie est un ensemble de procédures qui se sont développées lorsque le Conseil de l'Union européenne a commencé à déléguer des pouvoirs d'exécution à la Commission, pour que celle-ci puisse arrêter les mesures d'exécution des actes législatifs européens. Ces mesures correspondent à des ordonnances ou à des arrêtés ministériels fréquemment utilisés au niveau national. Bien que le terme « comitologie » ne soit « pas utilisé dans le processus de décision politique au niveau national […], le principe du législatif – le Conseil des ministres et le Parlement européen – qui confère des pouvoirs secondaires à l'exécutif (la Commission) pour adapter rapidement certains aspects de la législation de base existante est courant dans la plupart des démocraties. […] En jargon eurocratique, la formulation "comitologie" recouvre les nombreux comités techniques d'experts nationaux présidés par la Commission, qui ont commencé à être créés dans les années 1960 pour traiter des questions, allant du blé au sucre, qui devaient être abordées rapidement, parfois sur une base quotidienne, au titre de la politique agricole commune ». R. Watson, « Comitologie, un moyen de mettre de l'huile dans les rouages réglementaires », *Europolitique*, nº 4300, 6 févr. 2012, p. 4, disponible sur *www.pacteurope.eu/pact/wp-content/uploads/2012/02/eurf4360-supp.pdf*
Selon la procédure de comitologie, la Commission élabore des mesures d'exécution tout en étant assistée par des comités qu'elle préside, composés de représentants des États-membres. La première délégation du Conseil à la Commission eut lieu en 1962. Le 13 juillet 1987, le Conseil arrêta la « Décision sur la comitologie » en vertu de l'article 145 *ter* du Traité CEE – ajouté par l'Acte unique européen – en fixant les modalités d'exercice des compétences d'exécution de la Commission. Cette décision fut, ensuite, amendée par la décision 1999/468/CE et ultérieurement modifiée par la décision 2006/512/CE. Enfin, ce mécanisme a été simplifié par le Règlement (UE) nº 182/2011, remplaçant la décision 199/468/CE et « adopté dans le cadre du mandat établi à cet effet par l'article 291, paragraphe 3, TFUE, en vertu duquel, aux fins de l'attribution des compétences d'exécution prévue au paragraphe 2 dudit article, "le Parlement européen et le Conseil, statuant par voie de règlements conformément à la procédure législative ordinaire, établissent au préalable les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission" ». Commission européenne, 19 déc. 2013, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, préc., § 20.

6. Dans ce sens : G. Schäfer, "Linking Member State and European Administrations – the Role of Committees and Comitology", *in* A. Mads et A. Türk (ss. la dir.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Kluwer Law International, La Haye, Londres, Boston, 2000.

7. O. Maiscocq, « La comitologie ou les mesures d'exécution dans la Communauté européenne », *in Courrier hebdomadaire du CRISP*, nº 2066, 2010/21, p. 5.

8. L'acte dit « instrument de base » « peut être une directive, un règlement ou, dans certains cas rares, une décision qui donnera lieu à l'adoption de mesures d'exécution ». *Ibid*.

9. A. Hardacre et M. Kaeding, *Actes délégués et actes d'exécution. La nouvelle comitologie – Guide de référence de l'IEAP*, Version 3, sept. 2011, p. 6, disponible sur *www.eipa.eu/files/publications/Comitology_Brochure3FR_web.pdf*

100 Toutefois, bien que l'objectif de la comitologie soit une gouvernance efficace, permettant aux législateurs de se « concentrer sur le cœur de leur activité législative et [de transférer] les aspects techniques aux experts[1] », on se doit de souligner que ce mécanisme a dû être réformé à plusieurs reprises en raison de son « déficit démocratique[2] ». Notamment, en dépit de l'utilisation de groupes d'experts dans le but d'améliorer le processus législatif européen, le rôle des experts demeure controversé, étant « dominés par les lobbys de l'industrie pour les uns, par les intérêts nationaux pour les autres, ou au contraire vecteurs d'une démocratisation du processus décisionnel européen pour la Commission[3] ». Pour cette raison, le mécanisme comitologique a été reformé à plusieurs reprises, notamment en vertu des modifications apportées par le Traité de Lisbonne[4], dans le souci de limiter le glissement du processus d'élaboration de la législation secondaire du politique vers le technique.

1. A. Hardacre et M. Kaeding, *Actes délégués et actes d'exécution. La nouvelle comitologie – Guide de référence de l'IEAP*, *op. cit.*, p. 8.

2. Conférence des Présidents des commissions, *Guide de comitologie. Travaux du Parlement européen en matière de comitologie*, mars 2009, p. 2, disponible sur *www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200908/20090825ATT59758/20090825ATT59758FR.pdf*

3. En outre, Cécile Robert invite à réfléchir sur « l'identité des experts, les processus concrets de production de l'expertise, ou encore, sur un plan plus problématique, les raisons pour lesquelles ils pourraient assumer les fonctions qu'on leur attribue. Enfin, la manière dont s'y trouve mobilisée la notion d'expertise est souvent source de confusion, dans la mesure où elle consiste à prendre pour acquis le fait que les experts désignés comme tels par les institutions européennes le sont nécessairement, sans s'interroger plus avant sur la nature de leur activité ». C. Robert, « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne », *op. cit*., p. 8 et 10.

4. Dans le souci de délinéer un système plus transparent et démocratique, le Traité de Lisbonne a apporté de nouveaux changements visant à répartir les mesures relatives à la comitologie en deux situations distinguées : l'élaboration d'actes délégués, au sens de l'article 290 du TFUE, et l'élaboration d'actes d'exécutions, au sens de l'article 291 du TFUE. D'une part, la législation de base doit délimiter explicitement la durée, la portée, les conditions et les objectifs de la délégation des pouvoirs dont la Commission nécessite afin de compléter ou de modifier « certains éléments non-essentiels de l'acte législatif ». Aussi, la communication de la Commission du 9 décembre 2009 interprète l'article 290 en prévoyant de consulter « en temps utile, de façon systématique, les experts des autorités nationales de tous les États membres afin qu'ils puissent fournir une contribution utile et efficace ». Toutefois, force est de souligner que « la Commission peut consulter les experts nationaux, mais au cas par cas et sans vote », s'orientant plutôt « vers une consultation des "parties prenantes" sous la forme de Work ». Dans ce sens : D. Guéguen, *Comitologie : le Pouvoir européen confisqué*, 3e ed., 2011, p. 48 et 61.

101 En effet, la refonte du mécanisme comitologique, déterminée par le Traité de Lisbonne, vise à attribuer un rôle central au législateur européen en ce qui concerne l'encadrement des compétences exécutives de la Commission, ainsi que la délégation de pouvoirs de nature « quasi législative » à celle-ci, dans le but de « compléter ou de modifier certains éléments de l'acte législatif[1] ». Ainsi, d'une part, l'article 290 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) permet de déléguer à la Commission un pouvoir réglementaire tout en délimitant « explicitement les objectifs, le contenu, la portée et la durée de la délégation de pouvoir » ; tandis que, d'autre part, l'article 291 habilite de façon subsidiaire la Commission à adopter des mesures d'exécution – qui relèvent, en principe, des États membres – en vertu de l'existence d'une « cause objective : la nécessité que les actes juridiquement contraignants de l'Union soient exécutés dans des conditions uniformes[2] ». Cette réforme a été parachevée par le Règlement (UE) no 182/2011, lequel a enfin encadré les compétences d'exécution de la Commission par le biais de deux procédures permettant le contrôle de la part des États membres – les procédures d'examen et consultative[3] – qui renforcent considérablement le système de *checks and balances* communautaire. Des mécanismes de contrôle démocratique semblent, en effet, essentiels lorsque le pouvoir exécutif se voit attribuer un véritable pouvoir quasi-normatif, dans le cadre d'une gouvernance participative qui encourage le lobbying de la part de groupes d'intérêt particuliers.

1. Commission européenne, 19 déc. 2013, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, préc., § 29.

2. *Ibid*., § 34.

3. Règlement (UE) no 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

102 Les mécanismes prévus par les articles 290 et 291 sont donc particulièrement intéressant puisqu'ils visent à faire face à la technicisation des

domaines qui font l'objet de la régulation, tout en conjuguant efficacité et contrôle démocratique. En effet, la complexité qui détermine le besoin d'expertises et l'intérêt d'une gouvernance participative est aussi à l'origine d'un glissement vers la sectorisation, la spécialité et la technicité non seulement des institutions chargées d'élaborer les « instruments de régulation » mais également de ces instruments. La délégation de pouvoirs de régulation au niveau le plus proche de la problématique concernée ainsi que l'élaboration d'actes exécutifs d'une technicité accrue doivent donc être vues comme une conséquence inhérente à la complexité des domaines faisant l'objet de la régulation. Dans ce sens, la nécessité d'une législation secondaire, hautement technique, ainsi que la croissante expansion d'instruments d'autorégulation – tels que, par exemple, la normalisation technique et la standardisation – illustrent expressément le glissement « du gouvernement par les lois vers la gouvernance par les nombres[1] ».

1. A. Supiot, *Du gouvernement par les lois vers la gouvernance par les nombres*, cours dispensé au Collège de France, 31 janv. au 25 avr. 2013, disponible sur *www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2506259580362905969_SUPIOT2012_2013.pdf*

103 Comme nous le mettrons en lumière au cours de la prochaine section, le « glissement sémantique du "gouvernement" à la "gouvernance" est une nouvelle façon de diriger les hommes que donne à voir l'analyse juridique. La raison du pouvoir n'est plus recherchée dans une instance souveraine transcendant la société, mais dans des normes témoignant de son bon fonctionnement[1] ». Ainsi, la délégation d'un pouvoir « quasi législatif[2] » à la Commission européenne ou d'un pouvoir « quasi normatif[3] » à des autorités administratives indépendantes est justifiée par leur « magistère technoscientifique sur le pouvoir[4] », en vertu duquel ces entités administratives sont supposées être en mesure de répondre à l'intérêt public de manière plus efficace par rapport aux représentants élus[5]. Ce phénomène témoigne de l'érosion des pouvoirs de l'État-Nation mais aussi de l'affaiblissement du pouvoir législatif en faveur des pouvoirs judiciaire et exécutif, et, notamment, des administrations publiques[6], ainsi que d'une importance croissante de la normalisation technique de la régulation privée[7] et de la régulation sectorielle, en mesure d'encadrer les différents secteurs du marché par le truchement d'arguments « scientifiques[8] ».

1. A. Supiot, *Du gouvernement par les lois vers la gouvernance par les nombres*, *op. cit.*

2. Commission européenne, 19 déc. 2013, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, préc., § 8.

3. Dans ce sens : CE, *Rapport public 2001 : Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, Études et documents, n° 52, La Documentation française, Paris, 2001, disponible sur *www.conseil-etat.fr/cde/media/document//rapport-public2001.pdf*. M.-C. Roques-Bonnet, *Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ?*, *op. cit*.

4. A. Supiot, *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, *op. cit.*, p. 227.

5. Dans ce sens : A. Moravcsik, "Is There a 'Democratic Deficit' in World Politics ? A Framework for Analysis", *Government and Opposition*, n° 39, 2004, p. 344-345.

6. Dans ce sens : A. Palumbo, "Governance e post-democrazia", *in* A. Palumbo et S. Vaccaro (ss. la dir.), *Governance e democrazia*, Mimesis, Milan, 2009, p. 21.

7. Voir n^{os} 265 et s.

8. Comme nous le mettrons en exergue au cours des prochains développements, les choix technoscientifiques révèlent une importante dimension politique et, pour cette raison, la normalisation technique ne se limite pas à déterminer un glissement du politique vers le technique mais comporte une véritable transformation du politique en technique. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, *op. cit.*

104 Comme nous l'avons souligné, la collaboration d'une pluralité de parties prenantes est nécessaire afin d'apporter les expertises nécessaires à l'encadrement de domaines hautement techniques et multidimensionnels. Ainsi, le recentrage du rôle de l'État et la coopération avec des acteurs non étatiques ne doivent pas être considérés exclusivement comme les objectifs de réformes de « bonne gouvernance » de type néolibéral[1] mais comme des conditions essentielles afin de pouvoir réguler des secteurs économiques dont la complexité impose une démarche multi-parties prenantes. Dans la prochaine section, nous mettrons en évidence deux phénomènes complémentaires. Dans le but d'une régulation efficace, la nouvelle gestion publique a promu l'institution d'autorités de régulation et d'agences en tant que vecteurs de la gouvernance, tandis que, parallèlement, l'élaboration de l'autorégulation s'est « institutionnalisée » par le truchement de la normalisation technique et de la standardisation.

1. Les réformes dites « néolibérales » ont été implémentées sous l'impulsion principalement de la Banque Mondiale et du FMI afin de promouvoir la déréglementation, l'équilibre budgétaire, la privatisation, la libéralisation commerciale, etc., depuis les années 1990. Comme le souligne Jules Duchastel, ces réformes reposent sur « la conviction que l'État représente un obstacle au développement et que seul le marché est apte à créer de la richesse et à permettre ultimement sa juste distribution. Il vise ainsi le démantèlement des politiques publiques, restreignant l'État à son rôle incontournable d'assurer la validité des contrats et la sécurité des personnes ». J. Duchastel « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*, p. 3.

SeCtiON **2**

Une régulation décentralisée

105 Comme nous l'avons mis en lumière au cours de la section précédente, la notion de « gouvernance » ne se base pas sur la nécessité d'une structure hiérarchique. Elle se fonde, plutôt, sur l'inclusion du plus grand nombre de parties dans le cadre de processus ouverts et généralement décentralisés dans le but de définir des mécanismes et d'élaborer des outils de régulation efficaces par le biais d'une démarche associative. Ce paradigme « postmoderne » se fonde donc sur l'efficacité, la participation et la décentralisation, et trouve sa configuration idéale dans une gouvernance multi-acteur et multi-niveau s'exprimant par le biais d'une structure réseautique. En effet, une structure en réseau se fonde sur la décentralisation de la fonction de régulation, sur la base des principes de spécificité et de subsidiarité et vise à impliquer des acteurs non étatiques dans l'élaboration des politiques publiques et des instruments normatifs qui réguleront un secteur donné. Une telle décentralisation régulatoire semble être plus efficace par

rapport à la traditionnelle organisation pyramidale – typiquement associée au paradigme étatique moderne – dans le but de réguler des domaines hautement spécifiques. Dans ce sens, la notion de « gouvernance » suggère que « le rôle surplombant de contrôle et de commandement, centré sur une construction institutionnelle, [soit] remis en cause au profit d'une approche plurale et interactive du pouvoir[1] ».

1. J.-P. Gaudin, « La gouvernance moderne, hier et aujourd'hui : quelques éclairages à partir des politiques publiques françaises », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, mars 1998, p. 51.

106 Ainsi, comme nous l'avons souligné précédemment, la diffusion de la gouvernance coïncide avec la consolidation d'un paradigme participatif, prônant l'association d'une pluralité de parties prenantes à l'identification de problématiques communes et, par la suite, à la définition d'instruments visant à leur régulation. La participation d'une pluralité de parties prenantes permet donc d'évaluer les différentes facettes d'un secteur de haute spécificité et technicité. Comme nous le démontrerons dans cette section, l'existence d'entités administratives en mesure de faciliter l'élaboration et la mise en œuvre d'instruments de régulation adaptés est un élément fondamental dans le souci de mettre en place une gouvernance à la fois efficace et démocratique. Notamment, nous remarquerons l'importance du rôle des agences, assorties de fonctions exécutives, et des « autorités administratives indépendantes[1] » en tant qu'instances de gouvernance et centres de régulation.

1. Comme le souligne le Conseil d'État, la notion d'autorité administrative indépendante « n'est pas dépourvue d'ambiguïté ». CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 287. Cette formule doit être considérée comme une commodité de langage. En effet, bien que cette définition soit formellement utilisée pour caractériser certaines autorités, telles que la Commission nationale de l'informatique et des libertés (CNIL) ou l'Autorité de la concurrence, on se doit de remarquer que le législateur français emploie des formules hétérogènes afin de définir les AAI. Dans ce sens, nous pouvons remarquer que le Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) est classifié en tant qu'« autorité publique », l'Autorité des marchés financiers (AMF) est considérée comme une « autorité publique indépendante », tandis que le Défenseur des droits est qualifié d'« autorité constitutionnelle ». Pour une comparaison des différentes qualifications utilisées par le législateur français, voir la page Légifrance consacrée aux AAI, disponible sur *www.legifrance.gouv.fr/Sites/Autorites-independantes*

107 En effet, l'émergence des agences et des AAI vise à décentraliser à la fois la mise en œuvre des politiques publiques et la fonction de régulation, en suivant les postulats du NPM. Notamment, la création d'autorités de régulation sectorielle vise à édulcorer les logiques néolibérales qui prônent la retraite de l'État – considéré comme un obstacle au développement du marché – et confient la régulation des « domaines fonctionnels » de l'économie à l'autorégulation marchande ou, en dernier recours, à la régulation de l'autorité judiciaire. Effectivement, au sens d'une approche néolibérale, l'autorégulation et la régulation juridique sont présumées assurer « le libre déploiement de la logique du marché[1] » tout en garantissant la flexibilité et l'efficacité nécessaires au fonctionnement harmonieux du système par le biais de règles minimales[2]. Cette approche détermine donc l'affaiblissement du rôle de l'État, en présumant son incapacité à réguler efficacement le marché dans un contexte mondialisé, caractérisé par une complexité

croissante et une évolution continue. Toutefois, en dépit de la diffusion de réformes néolibérales, sous l'impulsion d'organisations à vocation économique – telles que la Banque Mondiale, le Fonds monétaire international ou l'OCDE – le glissement du gouvernement à la gouvernance ne comporte pas un processus d'obsolescence de l'État mais une nécessité de renouvellement de son organisation.

1. J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*, p. 5.
2. *Ibid.*

108 Comme nous l'avons souligné précédemment, l'État providence, classiquement structuré dans une optique de centralisation et de hiérarchisation, souffre d'un manque d'efficience et d'efficacité, caractéristiques essentielles afin de piloter l'administration moderne. Ainsi, l'organisation étatique entreprend un réaménagement dans un souci d'efficacité et sur la base d'un principe de spécialité visant à attribuer à des AAI le pouvoir de réguler les différents secteurs économiques ou de garantir les libertés publiques, en définissant « les conditions élémentaires de l'échange, de la production et de la circulation des biens et services [et en assurant le respect] des droits et libertés fondamentaux et la sécurité des personnes[1] ». Le renouvellement de l'architecture étatique vise donc à concentrer l'action de l'État régalien sur le pilotage de l'action publique ; à décentraliser la régulation de secteurs spécifiques ; à déléguer à des entités administratives autonomes la mise en œuvre des politiques publiques ; et à accepter que l'État soit côtoyé par des acteurs privés dans l'élaboration normative.

1. J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*

109 Pour cette raison, l'utilisation de la notion de « gouvernance » semble particulièrement adaptée afin « de comprendre l'évolution des processus de gouvernement[1] » de la société vers une configuration décentralisée et réseautique. Dans ce sens, Jean-Pierre Gaudin a argué que la gouvernance se fonde sur une sorte de « sainte Trinité[2] » constituée par les agences de régulation, les politiques contractuelles et les forums de débat public qui permettent « une négociation explicite des normes, des partenariats sur projets et des modalités développées de concertation[3] ». La participation multi-parties prenantes vise donc à permettre aux différentes stakeholders d'expliquer leurs intérêts et faire en sorte qu'ils soient pleinement considérés dans le cadre d'un effort de négociation[4] dont l'objectif est l'élaboration d'instruments de régulation efficaces[5] qui seront mis en œuvre par des autorités administratives. Ainsi, la gouvernance doit être considérée comme le processus ouvert et inclusif, par le biais duquel a lieu l'élaboration négociée des règles qui façonneront les conduites des acteurs opérant dans un secteur donné.

1. N. Holec et G. Brunet-Jolivald, *« Gouvernance »*, *op. cit.*, p. 11.
2. J.-P. Gaudin., *Pourquoi la gouvernance ?*, *op. cit.*

3. *Ibid.*

4. À ce sujet : les huit caractéristiques de la gouvernance dans G. Hermet, A. Kazancigil et J.-F. Prud'homme, *La gouvernance. Un concept et ses applications*, Paris, 2005, p. 10 ; les trois vertus profanes et les six paradigmes de la gouvernance, dans D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, *op. cit.*, p. 173-174.

5. S. Cavaliere, « Citoyenneté et Gouvernance », *in* M. Hufty *et al*., *Jeux de gouvernance. Regards et réflexions sur un concept*, Institut universitaire d'études du développement, 2007, p. 88.

110 Au cours de cette section, nous tâcherons d'identifier les mécanismes qui permettent l'élaboration et la mise en œuvre de la régulation sectorielle. Ainsi, on se doit de constater qu'à présent, la plupart des systèmes juridiques reposent sur un mélange d'instruments normatifs « classiques », qui trouvent une position précise au sein de la hiérarchie des normes kelsenienne, et d'outils « atypiques ». Ceux-ci peuvent être catégorisés en tant que « droit de la régulation[1] » et peuvent être élaborés par des autorités sectorielles ou être produits par des acteurs non étatiques par le biais d'une démarche participative visant à l'autorégulation ou à la régulation privée[2]. La coexistence d'instruments régulatoires de nature différente nous suggère donc la consolidation d'un paradigme normatif pluraliste[3], dans le cadre duquel les différentes parties intéressées peuvent contribuer directement à définir la régulation du secteur dans lequel elles opèrent, et « le pouvoir normatif ne se traduit plus dans une réglementation uniforme imposée du Centre à tous également[4] ». Ainsi, la consolidation de nouveaux centres de régulation sectorielle et la superposition d'une pluralité d'instruments normatifs de nature différente mettent en lumière un phénomène de « régression » de l'État concurrencé « par d'autres forces, économiques et scientifiques notamment, qui fixent leurs propres règles et élaborent leurs propres procédures[5] ». Une gouvernance ouverte, multi-acteur et multi-niveau doit donc viser une régulation à la fois efficace et démocratique, en surmontant la dichotomie existante entre une vision étatiste et extra-étatiste du pluralisme. D'une part, la conception étatiste suggère que le pluralisme est un phénomène totalement maîtrisé et encadré par l'État, n'étant rien d'autre qu'une prolifération de « droits spéciaux » dont l'existence s'appuie « sur l'autonomie juridique que le droit étatique accorde aux individus, de façon générale par la liberté contractuelle[6] ». D'autre part, l'approche extra-étatiste du pluralisme juridique admet l'existence de différentes formes d'autorégulation qui prolifèrent en dépit de l'homologation formelle étatique. La gouvernance multi-parties prenantes vise donc à permettre la communication et la coordination des différentes entités et des différents systèmes juridiques avec lesquels – au sens de la notion de « pluralisme juridique » – l'État se trouve en interaction constante[7], dans le but de réguler efficacement les conduites des acteurs opérant dans un secteur donné.

1. Dans ce sens : M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, nº 7, 2001. Aussi, pour une analyse détaillée de la notion de « régulation en droit administratif français », L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, LGDJ, Paris, 2009. Notamment, selon ce dernier, la régulation doit être définie en vertu d'une approche fonctionnelle, permettant de délinéer les contours de la régulation à partir des missions confiées dans l'espèce à chaque autorité administrative. Aussi, G. Marcou et F. Moderne, (ss. la dir.), *Droit de la régulation, service*

public et intégration régionale, l'Harmattan, Paris, 2005 ; A. Laget-Annamayer, *La régulation des services publics en réseaux. Télécommunications et électricité*, Bruylant, Bruxelles-Paris, LGDJ, 2002.

2. Dans ce sens, F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation. Participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit.* Voir aussi n^os^ 265 et s. À propos de l'élaboration de la régulation privée des noms de domaine génériques de premier niveau, voir n^os^ 401 et s.

3. Dans ce sens, Jacques Chevallier souligne que le « droit est aujourd'hui pluriel en ce qu'il résulte d'acteurs multiples, d'abord au plan supra-étatique pour réguler la mondialisation (OMC, ONU, UE), ensuite au plan infra-étatique par l'autorégulation des groupes professionnels et la place toujours croissante des négociations collectives, mais aussi par la nouvelle régulation des autorités locales et des administrations indépendantes ». J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit*.

4. G. Timsit, « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *RF adm. publ.*, n° 78, 1996, p. 384-385, cité par J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit*., p. 54. Aussi, dans ce sens, André-Jean Arnaud affirme que l'État est « supplanté dans sa fonction souveraine de diseur du droit ». A.-J. Arnaud, « De la régulation par le droit à l'heure de la globalisation. Quelques observations critiques », *Dr. et sociétés*, n° 35, 1997, p. 11-35.

5. S. Braconnier, « La régulation des services publics », *RFDA*, n° 1, 2001, p. 57, cité par J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit*., p. 50.

6. J.-G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *op. cit.*, p. 17.

7. J.-A. Arnaud, *Critique de la raison juridique*, LGDJ, Paris, 1981, p. 369-387, cité *in* J.-G. Belley, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales : pour une problématique du pluralisme juridique », *op. cit*., note 21.

111 Ainsi, si la gouvernance doit être vue comme un processus associatif visant à fournir de l'ordre à des systèmes complexes en élaborant, puis en mettant en œuvre, les instruments régulatoires les plus appropriés. D'autre part, les différentes formes de régulation – tant d'origine publique que privée – doivent être considérées comme des vecteurs d'équilibre dans ces systèmes.

SOUS-SeCtiON 1

La régulation et son « institutionnalisation »

112 La fonction de régulation vise à « équilibrer » un secteur donné, dans le cadre duquel les intérêts des différents acteurs s'opposent naturellement. Ainsi, tel que le souligne Frison-Roche, la régulation « peut se percevoir comme l'ensemble des instruments corrélés entre eux ayant vocation à engendrer et à maintenir des équilibres là où les seules forces en présence ne les produisent pas[1] ». Pour cette raison, toute entité en mesure d'assurer le fonctionnement correct d'un « ordre juridique[2] » ou de maintenir en équilibre un secteur spécifique peut être considéré comme une instance de régulation. En effet, on se doit de souligner que ce processus d'« équilibration » ne se fond pas exclusivement sur l'utilisation d'instruments juridiques « classiques » tels que la loi, le contrat et le jugement mais, au contraire, promeut l'adoption de techniques alternatives, choisies en vertu de leur efficacité telles que la médiation, la négociation de compromis[3], la normalisation technique ou encore la formulation d'engagements volontaires[4]. La régulation ne doit donc pas être considérée en tant que synonyme de réglementation[5] mais comme

un ensemble plus ample de solutions réglementaires dont la réglementation étatique est seulement une catégorie. Il est donc plus approprié de considérer la réglementation comme un « instrument disponible de la régulation[6] » car cette dernière représente le *genus* dont la réglementation est une *species*.

1. M.-A. Frison-Roche, « Le droit, source et forme de régulation mondiale », *in* P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, p. 314.

2. On rappelle que l'on souhaite considérer un ordre juridique comme un « ensemble de normes » qui détermine la nature et l'entité des sanctions, les sujets qui doivent le mettre en œuvre et leur modalité d'exécution. N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *op. cit.*

3. Dans ce sens : CE, *Rapport public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 258.

4. Le recours à des engagements et accords volontaires de la part d'acteurs du secteur privé est spécialement évident non seulement dans le domaine numérique, comme nous le verrons dans le prochain chapitre, mais également en droit de l'environnement et met en exergue le « développement particulièrement important des sources privées et semi-privées du droit ». L. Fontaine, « Les sources nouvelles en droit de l'environnement », *op. cit.*

5. On se doit de souligner que la doctrine anglophone peut être une source involontaire de confusion, car le terme « "régulation" a souffert de son homonymie avec le mot anglais *regulation*, lequel doit se traduire par "réglementation" ». M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610.

6. *Ibid.*

113 L'utilisation d'un ample éventail d'instruments régulatoires présente l'avantage d'identifier les solutions les plus appropriées afin de faire face à la « complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation tant des modes d'élaboration que d'application de la règle de droit[1] ». Une telle complexité est mise en exergue, d'une part, par la multiplication des niveaux administratifs territoriaux et, d'autre part, par l'« élargissement des intervenants dans l'élaboration des politiques publiques[2] » concernant des secteurs économiques donnés. Ainsi, ces deux phénomènes stimulent une croissante décentralisation du pouvoir qui s'exprime, notamment, par l'institution d'autorités ayant un rôle de régulateur afin de pouvoir équilibrer des secteurs naturellement « déséquilibrés ». Dans ce sens, Marie-Anne Frison-Roche a mis en lumière que « le droit de la régulation constitue une branche du droit regroupant l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui ne peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, comme le droit de la régulation financière, le droit de la régulation énergétique, le droit du secteur audiovisuel et des télécommunications, etc.[3] ».

1. L. Boy, « Le droit de la concurrence. Régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *EUI Working paper Law*, nº 2004/9.

2. D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État*. La question du droit dans la gouvernance publique, *op. cit.*, p. 27.

3. M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », *op. cit.*, p. 610.

114 La régulation se caractérise donc par sa nature sectorielle et par l'utilisation d'un outillage juridique qui surmonte la distinction entre droit public et droit privé[1]. En effet, l'objectif principal de toute solution régulatoire est la provision d'ordre et d'équilibre dans un domaine spécifique, en dépit du vecteur – soit-il juridique, économique ou technique – par le biais duquel cet équilibre est atteint. D'une part, le caractère sectoriel de la régulation

vise à l'élaboration de solutions efficaces et adaptées aux particularités d'un domaine spécifique. Dans ce sens, la régulation ne vise pas simplement à préserver la libre concurrence dans les domaines fonctionnels de l'économie mais aussi à mettre en œuvre la protection des différents droits fondamentaux de façon transversale, lorsque ceux-ci sont mis en danger par des activités économico-sociales spécifiques. D'autre part, la spécialité[2] des autorités de régulation représente une véritable source de légitimité pour ces entités car la dévolution d'une compétence spécifique résulte explicitement de la volonté du législateur mais impose aussi aux régulateurs de se légitimer sur la base de l'efficacité de leur régulation sectorielle, ne pouvant pas s'appuyer sur un mandat représentatif[3].

1. Dans ce sens, par exemple : F. Cafaggi, « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », *in EUI Working Paper Law*, n° 2005/06 ; M.-A. Frison-Roche (ss. la dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, *op. cit.*

2. Bien que l'identification des éléments caractérisant les agences soit particulièrement difficile en raison de la variété de leurs structures et de leurs fonctions, ces entités administratives présentent « un objet unique ou bien circonscrit, [leur] seul point commun [étant] de ne pas être des ministères, c'est-à-dire un assemblage d'activités multiples ». OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique. Agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*, p. 37.

3. Comme nous le soulignerons dans ce chapitre, une dynamique analogue est à la base de la création des agences internationales, bien qu'au niveau international la délégation d'une compétence spécifique ait lieu par le truchement d'un accord international. Voir n^{os} 120 et s.

115 La gouvernance multi-parties prenantes doit donc être analysée comme une phase prodromique à la régulation car elle vise à permettre l'interaction et la négociation entre les différents acteurs dans le but de délinéer les mécanismes de régulation les plus efficaces[1]. Aussi, en raison de la porosité des différents secteurs qui font l'objet de la régulation, on comprend que l'une des raisons de la nécessaire multi-dimensionnalité de la gouvernance est la possibilité de permettre la communication non seulement entre les différents niveaux territoriaux de régulation mais aussi entre les différentes entités sectorielles qui élaborent des outils régulatoires « communicants[2] ».

1. On se doit de souligner que, lorsqu'on se positionne dans la perspective de l'économie politique internationale, ces « mécanismes de régulation » sont intégrés dans les différents « régimes internationaux ». Dans ce sens : S. D. Krasner (ss. la dir.), *International Regimes*, *op. cit.* ; P. Noël « Théories des régimes, économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *op. cit.*

2. Dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, par exemple, la régulation des réseaux électroniques, la régulation de la communication audiovisuelle, la régulation de la diffusion des œuvres, la régulation de la vie privée sont intimement entremêlées et, pour cette raison, elles nécessitent la mise en place d'instances de gouvernance permettant la communication et la coordination infra-sectorielle et « infra-parties prenantes ».

116 Ainsi, le rôle des pouvoirs publics entreprend une évidente transformation, en évoluant d'une situation « moderne », caractérisée par un État interventionniste, vers une configuration postmoderne[1], caractérisée par la coexistence de plusieurs centres de régulation et par un État qui vise à faciliter la collaboration et la coordination des différentes parties prenantes dans un cadre transparent. Dans ce sens, on remarque que l'État providence – accusé de déformer le libre marché, en lui empêchant de « redistribuer les fruits du progrès économique[2] » – est contraint à une évolution structurale ouvrant le chemin à l'État régulateur qui se recentre

sur ses responsabilités fondamentales, assume une fonction stratégique de « barreur et non de rameur[3] », et souhaite être considéré comme un « acteur parmi d'autres[4] ». L'évolution vers la configuration d'un État régulateur suggère donc une « acception allemande » de la gouvernance, influencée par le modèle de l'« économie sociale de marché » selon lequel, « si le marché est le moteur du développement économique, l'État reste le garant de l'équilibre entre les potentialités dynamiques du marché et une vision prospective, politique, sociale et environnementale cohérente[5] ».

1. Dans ce sens, Jacques Chevallier souligne que « l'État providence […] va entrer en crise à la fin du XXe siècle sous l'impulsion de facteurs idéologiques, économiques et politiques, conduisant à réévaluer la place de l'État, mais aussi de la mondialisation, qui va poser la question de la pertinence du modèle étatique ». J. Chevallier, *L'État postmoderne*, *op. cit*., chap. 1 : La reconfiguration des appareils d'État.

2. Dans ce sens, Milton et Rose Friedman ont argué que le « *free market system distributes the fruits of economic progress among all people. That's the secret of the enormous improvements in the conditions of the working person over the past two centuries* ». M. Friedman et R. Friedman, *Free to Choose: a Personal Statement*, Harvest, 1990.

3. Ainsi selon David Osborne et Ted Gaebler le gouvernement devrait « *steer not row* ». D. Osborne et T. Gaebler, *Reinventing Government: How the Entrepreneurial Spirit is Transforming the Public Sector*, Plume, 1992.

4. Dans ce sens : I. Bories-Azeau et A. Loubès, « Territoire prescrit, territoire construit : quels rôles pour l'État stratège », Ministère de l'Économie et des Finances, Strasbourg, ENA 13 mars 2013.

5. A. Losser, 1992, « La stratégie du développement dans la pensée et la politique économique allemandes », *Mondes en développement*, t. 20, nº 77-78, p. 177-189, cité *in* I. Biagiotti, « Gouvernance mondiale : discours, acteurs et processus de négociation – l'exemple du Protocole de Biosécurité », *op. cit*., p. 47.

117 Dans ce sens, l'émergence d'autorités de régulation sectorielle dans le panorama administratif constitue « le quasi-corollaire d'un désengagement de l'État, fruit d'une volonté de libéralisation[1] » des secteurs antérieurement dominés par le contrôle étatique, notamment dans les secteurs afférents aux services publics en réseaux, tels que les télécommunications, l'énergie et la poste. Comme nous le soulignerons dans cette section, les AAI ayant des fonctions de régulation représentent un élément de rupture avec la traditionnelle structure administrative française, caractérisée par la centralisation et la soumission de l'ensemble des composantes de l'administration « au pouvoir de direction, ou du moins de contrôle du Gouvernement[2] ». En effet, la diffusion des autorités de régulation peut être vue comme le reflet d'un phénomène plus conséquent qui « rénove l'action gouvernementale, redessine la place du pouvoir régalien, crée des outils juridiques [et] instrumentalise la norme[3] ». Ainsi, l'institutionnalisation des autorités de régulation a lieu dans l'optique d'accompagner le désengagement étatique sans pour autant abandonner les secteurs en cause « aux forces du marché ou aux seuls intérêts propres des opérateurs[4] ». Notamment, au niveau européen, les autorités de régulation sectorielles ont été considérées comme une solution optimale afin de permettre la transition vers une organisation concurrentielle[5], tout en garantissant la protection des droits fondamentaux. Dans ce sens, force est de souligner que la prolifération des autorités de régulation au niveau européen met en lumière la tendance à utiliser ces entités comme des instruments d'intégration du marché unique[6] tout en permettant à la logique marchande de se réconcilier avec l'intérêt général[7]. La transition

de l'État de monopole à la concurrence a donc « obligé l'administration à confronter l'approche du droit privé et l'approche du droit public, les préoccupations des juristes et celles des économistes, la dimension communautaire avec la dimension nationale[8] » et, dans une telle optique, la régulation sectorielle peut être considérée comme un vecteur d'achèvement du marché intégré.

1. A. Losser, 1992, « La stratégie du développement dans la pensée et la politique économique allemandes », *op. cit.*, p. 280.

2. CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes, op. cit.*, p. 257.

3. D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *RID éco*., 2007, p. 345-371.

4. *Ibid.*

5. Dans ce sens : M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », *op. cit.*, 1991. Aussi, Danièle Briand-Meledo souligne que « le processus d'ouverture à la concurrence conduit à une démarche séquentielle. D'abord, les pouvoirs publics recherchent l'avis de l'autorité de concurrence sur la réglementation du secteur concerné et la transposition des directives européennes. Ensuite, [i]l appartient aux autorités sectorielles de participer à l'adaptation du nouveau cadre réglementaire, de veiller au comportement des opérateurs historiques et des nouveaux entrants, tout en organisant le service public. En conséquence, les vides, les blancs ou les creux de la réglementation législative nationale ou communautaire laissent une place considérable à la régulation normative juridique née des autorités sectorielles ou de concurrence ». D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op. cit.*, p. 365.

6. Dans ce sens : C. Kirchner, "Regulating toward what?", *in* H. Ullrich (ss. la dir.), *The Evolution of European Competition Law*, Cheltenham, 2006, p. 241, cité *in* D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op. cit*., note 18.

7. Dans ce sens : C. Hannoun, « La déontologie des activités financières : contribution aux recherches actuelles sur le néo-corporatisme », *RTD com*, 1989, p. 417, cité par L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *op. cit*., note 4.

8. D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op. cit*., p. 357.

118 L'évolution de l'architecture institutionnelle vers une configuration décentralisée peut donc être vue par le biais de deux perspectives territoriales. D'une part, la prolifération des AAI et des agences[1] au niveau européen est intimement liée au processus d'harmonisation qui rapproche les architectures administratives des États membres, en prônant l'adoption de solutions communes en ce qui concerne à la fois la régulation et la mise en œuvre des politiques publiques. D'autre part, ce phénomène met en exergue l'évolution de l'architecture administrative étatique vers une structure polycentrique, qui ne s'accorde guère aisément avec l'idéal-type kelseniano-wébérien, fondé sur la centralisation et la hiérarchie à la base du « centralisme républicain à la française[2] ». Toutefois, force est de remarquer que la diffusion des AAI et des agences n'implique pas le « démembrement de l'État » mais, au contraire, renforce la nécessité que l'État postmoderne joue son rôle de « stratège, garant de l'intérêt général[3] » et qu'il assure la cohérence d'une architecture administrative polycentrique. Dans ce sens, l'adoption de mécanismes de gouvernance ouverts, multi-acteur et multi-niveau semble être une démarche prodromique à la prise en compte des intérêts concernés, dans le but d'élaborer une régulation sectorielle efficace.

1. Comme le souligne le Conseil d'État, les AAI et les agences ne doivent pas être confondues. En effet, bien que le développement de ces entités soit allé de pair, les AAI sont caractérisées par l'indépendance tandis que « les agences sont seulement autonomes. L'indépendance des AAI se traduit notamment par l'irrévocabilité de leurs membres.

Aucune règle équivalente n'existe pour les dirigeants d'agence ». En outre, les agences ont été mises en place dans tous les domaines de politique publique, en assumant des fonctions et des missions très hétérogènes tandis que les AAI se rencontrent « dans deux domaines principaux : la protection des libertés fondamentales et la régulation d'activités économiques ». CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *Les rapports du Conseil d'État*, 2012, p. 23 et 48.

2. J.-M. Siroën, *Gouvernance, biens publics et globalisation, op. cit.*

3. Dans ce sens : C. Blanc, *Pour un État-stratège garant de l'intérêt général*, Rapport de la Commission « État, administration et services publics de l'an 2000 » pour le Commissariat général du plan, La Documentation française, Paris, 1993.

119 Dans les développements qui suivent, nous prendrons donc en considération le phénomène de prolifération d'entités administratives indépendantes et autonomes, que nous définirons comme phénomène d'« agencification[1] », dans le souci de mettre en exergue le rôle de ces entités en tant que mécanismes de gouvernance et vecteurs de régulation. Notamment, nous analyserons les deux dimensions territoriales du phénomène d'agencification – c'est-à-dire le volet national et le volet international – en soulignant l'apport de ce phénomène à la définition de « nouveaux équilibres[2] » parmi la pluralité d'intérêts qui s'entrecroisent au sein des différents secteurs de leur compétence.

1. Nous utilisons, ici, le terme « agencification » pour faire référence à la diffusion d'autorités indépendantes ayant une fonction de régulation et des agences ayant des fonctions exécutives, au niveau national ; ainsi que des organisations intergouvernementales et leurs organes subsidiaires, au niveau international. En effet, les AAI et les agences nationales sont définies comme « *agencies* » en langue anglaise, tandis que les organisations internationales sont traditionnellement définies comme « agences spécialisées » ou « institutions spécialisées », lorsqu'elles sont rattachées à l'ONU, et leurs organes subsidiaires revêtent une fonction analogue à celle des agences exécutives nationales. Dans ce sens : E. Chiti et R. A. Wessel, "The Emergence of International Agencies in the Global Administrative Space: Autonomous Actors or State Servants?", *in* R. Collins et N. D. White (ss. la dir.), *International Organizations and the Idea of Autonomy: Institutional Independence in the International Legal Order*, Routledge Research in International Law, Routledge, 2011, p. 142 et s.

2. Dans ce sens : L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *op. cit.*

§ 1 – Le processus d'« agencification » nationale

120 Le processus d'agencification nationale trouve ses origines dans la tradition administrative suédoise, française et étasunienne[1]. En Suède et aux États-Unis, les agences ont été instituées par le pouvoir législatif afin de gérer des missions spécifiques de façon autonome ou indépendante, tout en surmontant une traditionnelle méfiance vis-à-vis du pouvoir politique et de l'administration centrale. Dans ce sens, l'architecture administrative suédoise a témoigné de la diffusion des agences exécutives depuis le XVII[e] siècle – et de leur consécration constitutionnelle en 1809[2] – en confiant à ces entités la mise en œuvre des politiques publiques, tandis que la définition des politiques et l'élaboration des projets d'actes législatifs ont traditionnellement été confiées aux ministères, ayant une fonction stratégique. Au niveau français, en revanche, le phénomène d'agencification trouve ses origines dans la diffusion d'organismes dénommés « offices », au début du XX[e] siècle[3], auxquels l'État conférait des fonctions exécutives très hétérogènes dans le but de mettre en œuvre les politiques publiques nationales. L'expérience étasunienne est, quant à elle, particulièrement

importante, car c'est aux États Unis que les autorités de régulation ont été instituées pour la première fois et depuis la fin du XIX[e] siècle, les *agencies* représentent la « forme principale d'action de l'État fédéral, en dehors des domaines régaliens[4] » et sont utilisées afin d'élaborer des « réponses concrètes à des problèmes techniques complexes, juridiquement difficiles et politiquement sensibles[5] ».

1. Dans ce sens : CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.* ; CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*

2. *Ibid*., p. 60.

3. *Ibid*., p. 27.

4. *Ibid*., p. 63.

5. *Ibid*., p. 64. La plupart des « *agencies* » sont « créées par le Congrès à travers des statuts appelés "*enabling acts*" qui définissent le champ d'action de l'autorité de l'agence, les objectifs vers lesquels l'agence doit tendre, ainsi que, le cas échéant, les domaines importants sur lesquels l'agence a le pouvoir de légiférer. Bien que la Constitution ne mentionne pas expressément les agences fédérales, les décisions ou règlements de l'agence ont force de loi fédérale tant qu'ils sont en vigueur ». Secrétariat général du Parlement européen, *Congrès des États-Unis & Parlement européen Fonctions et dépenses Étude pour le groupe de travail commun du Bureau et de la commission des budgets sur le budget du Parlement européen*, déc. 2012, p. 36.

121 Au niveau étasunien, notamment, depuis l'institution de la première entité catégorisable comme une agence de régulation – c'est-à-dire l'*Interstate Commerce Commission*, en 1887 – on a pu remarquer l'établissement d'une véritable constellation d'agences[1], dont le but primaire est de soutenir le Président des États-Unis dans l'exercice de ses responsabilités de nature constitutionnelle et légale[2]. Les agences se sont particulièrement développées depuis l'ère progressiste, sous la configuration de commissions indépendantes de régulation – dénommées successivement *independent regulatory agencies*[3] – dans le but d'éloigner l'administration de l'influence des pouvoirs politiques et économiques et de créer des instances de prise de décisions fondées sur des expertises techniques et scientifiques. L'élaboration d'une régulation efficace, axée sur des arguments scientifiques et indépendants d'intérêts particuliers doit donc être considérée comme la véritable raison d'être des agences. Ainsi, dans un but d'efficacité et d'indépendance, les *agencies* étasuniennes sont caractérisées par une dimension fédérale et par le fait d'être dirigées par un ou plusieurs sujets nommés directement par le Président et confirmés par le Sénat[4]. Toutefois, on se doit de souligner qu'en raison de leur diffusion considérable et de la variété des tâches qui leur sont attribuées, les *agencies* étasuniennes présentent des caractéristiques fonctionnelles et structurelles très hétéroclites qui rendent particulièrement difficile l'élaboration d'une taxinomie précise[5].

1. La remarquable diffusion des agences aux États-Unis peut être expliquée sur la base de deux raisons historiques. D'une part, la création d'agences indépendantes résulte de la non-correspondance des compétences à attribuer aux agences avec celles des *départments* existants. D'autre part, lors de la Guerre civile l'emploi de commissions (ancêtre des *agencies*) ayant un directeur unique avait mis en exergue un plus grand niveau d'efficacité et de responsabilité de ces entités par rapport à l'utilisation d'organes collégiaux. Dans ce sens : L. M. Short, *The Development of National Administrative Organization in the United States*, Johns Hopkines Press, 1923.

2. Dans ce sens : D. E. Lewis et J. L. Selin, *Sourcebook of United States Executive Agencies*, déc. 2012, p. 20.

3. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique. Agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*, p. 276.

4. D. E. Lewis et J. L. Selin, *Sourcebook of United States Executive Agencies, op. cit.*, p. 16.

5. En effet, au niveau étasunien, nous pouvons remarquer l'existence d'une pluralité de définitions d'agences, car le Congrès des États-Unis définit « *what an* "*agency*" *is in relation to particular laws rather than provide one overarching definition* ». D. E. Lewis et J. L. Selin, *ibid.*, p. 13. Dans ce sens, le *Paperwork Reduction Act* de 1980, énumère seize agences de régulation indépendantes mais affirme que ce statut peut être attribué à « *any other similar agency designated by statute as a Federal independent regulatory agency or commission* ». 44 US Code, § 3502 (5), 2013. Aussi, l'*Administrative Procedure Act* (APA), qui encadre la plupart des agences fédérales, donne une définition particulièrement large des agences, en considérant comme telle toute entité ayant un rôle instrumental pour le gouvernement, n'étant pas rattachée au pouvoir législatif ou judiciaire. Ainsi, au sens de l'APA, le terme *agency* désigne « *each authority of the Government of the United States, whether or not it is within or subject to review by another agency, but does not include the Congress, the courts of the United States, the governments of the territories or the possessions of the United States, the government of the District of Columbia, agencies composed of representatives of the parties or of representatives of organizations of the parties to the disputes determined by them, courts martial and military commissions, military authority exercised in the field in time of war or in occupied territory* ». 5 US Code, § 551 (1), 2013.

122 En dépit de leur hétérogénéité, les agences fédérales étasuniennes peuvent être réparties en deux « supercatégories » qui ont inspiré la dichotomie existant entre les agences exécutives et les agences indépendantes de régulation dans le cadre de l'UE. Au niveau étasunien, la distinction entre agences exécutives et de régulation se fonde sur les règles qui établissent leurs interactions avec le pouvoir exécutif et, particulièrement, sur leur degré d'indépendance par rapport au Président[1]. En effet, le spectre des agences étasuniennes balaye un vaste ensemble d'« entités » administratives qui peuvent avoir un lien étroit avec l'autorité présidentielle – comme dans le cas des agences exécutives dont les directeurs peuvent être destitués *at will*[2] par le Président des États-Unis[3] – ou qui peuvent être caractérisées par une indépendance politique plus importante, généralement attribuée aux agences de régulation. L'indépendance politique semble être, en effet, une condition essentielle afin de pouvoir exercer les nombreux pouvoirs confiés à ces entités. En ce sens, en dehors des fonctions administratives classiques d'autorisation et de contrôle, les *regulatory agencies* jouissent du pouvoir d'édicter des règles générales, de veiller à leur application et de résoudre des litiges dans le but de discipliner efficacement les domaines économiques[4] relevant de leur compétence, tout en assurant l'intérêt général.

1. Traditionnellement, l'indépendance ne se définit pas en raison du rattachement à un département exécutif, mais en vertu des caractéristiques structurelles de l'agence. L'indépendance doit donc être vue par rapport à l'ingérence politique, en particulier par rapport à la possibilité de destitution du directeur ou des membres de l'organe collégial de l'agence par le Président. Généralement, l'indépendance est garantie par la présence d'une clause de protection de la destitution en manque d'une juste cause, ou « *for-cause removal protection clause* », telles que « l'inefficacité, la négligence ou la preuve de malversations » de la part du directeur ou des membres de l'organe collégial. K. Datla et R. L. Revesz, "Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)", *in Cornell Law Review*, vol. 98, nº 4, 2012 ; D. E. Lewis et J. L. Selin, *Sourcebook of United States Executive Agencies, op. cit.*, p. 49.

2. *Ibid.*

3. Dans ce sens, nous pouvons citer la *Central Intelligence Agency* (CIA), la National Security Agency (NSA) ou, encore, le *Federal Bureau of Investigation* (FBI).

4. Dans ce sens, nous pouvons citer la *Federal Communications Commission* (FCC), la *Federal Trade Commission* (FTC) ou, encore, la *Food and Drug Administration* (FDA).

123 Il est intéressant de noter que le critère de l'indépendance a été repris par le Conseil d'État français afin de délimiter la frontière entre AAI et agences, en affirmant que seules les premières peuvent être considérées comme des entités indépendantes[1]. Aussi, la distinction entre agences exécutives

et de régulation peut être repérée au sein de l'architecture administrative communautaire, où les agences exécutives revêtent des fonctions de gestion des programmes de l'UE, sous le contrôle de la Commission européenne[2], tandis que les agences de régulation sont « chargées de participer à l'exercice de la fonction exécutive en adoptant des actes contribuant à la régulation d'un secteur déterminé[3] ».

1. Comme nous l'avons rappelé précédemment, l'indépendance des AAI se traduit par l'irrévocabilité de leurs membres. Notamment, le Conseil d'État a précisé que l'indépendance fait en sorte que, lorsque le président d'une AAI a atteint la limite d'âge de son grade dans son corps d'origine, il n'est pas possible de mettre fin à son mandat de président de cette autorité. CE, Ass., 7 juill. 1989, *Ordonneau, Rec*., p. 161.

2. Règlement n° 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires. En guise d'exemple, nous pouvons citer la « Fondation européenne pour la formation » ou *European Training Foundation* (ETF), une agence exécutive qui contribue au développement des systèmes de formation professionnelle des pays d'Europe centrale et orientale en renforçant la coopération dans le domaine de la formation professionnelle et en assurant la coordination de l'aide. Règlement (CEE) n° 1360/90 du Conseil, 7 mai 1990, portant création d'une ETF.

3. CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit*., p. 73. En guise d'exemple, nous pouvons citer l'Autorité bancaire européenne (ABE), « une autorité indépendante de l'UE qui œuvre afin de garantir un niveau de réglementation et de surveillance prudentielles efficace et cohérent dans l'ensemble du secteur bancaire européen ». Règlement (UE) n° 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une autorité européenne de surveillance (Autorité bancaire européenne), modifiant la décision n° 716/2009/CE et abrogeant la décision 2009/78/CE de la Commission.

124 L'agencification est donc une manifestation flagrante du glissement de la pyramide au réseau, mettant en lumière la consolidation d'une architecture administrative décentralisée au niveau national et international[1]. Comme nous le mettrons en exergue dans les développements qui suivent, bien que la diffusion des AAI et des agences bouleverse la théorie de la séparation des pouvoirs et puisse « déstabiliser » la hiérarchie des normes[2], ces entités permettent l'élaboration de solutions régulatoires plus efficaces, non seulement en raison de leur spécificité mais aussi de la participation d'une pluralité de parties prenantes à leur processus d'élaboration.

1. Voir n[os] 136 et s.

2. Dans ce sens : J. Chevallier, *L'État post-moderne, op. cit.*

▪ A – Les autorités administratives indépendantes

125 Les AAI se sont répandues dans le système juridique français[1] depuis la fin des années 1970[2], dans un double but de régulation socio-économique et de protection des libertés publiques. Parallèlement, ces entités se sont largement diffusées au niveau européen[3] dans le but d'encadrer des secteurs « sensibles » en élaborant des règles efficaces, capables de conjuguer la logique du marché et l'intérêt public, tout en permettant la communication entre des valeurs originaires de systèmes différents[4]. Ainsi, l'institution d'une pléthore d'AAI correspond à la volonté d'attribuer à ces entités une fonction de régulation consistant à « assurer un fonctionnement correct et […] maintenir un équilibre[5] » dans un secteur spécifique. Dans ce sens, Claudio Franchini et Sabino Cassese ont souligné que l'« éruption des AAI »

vise à sauvegarder des intérêts ayant une relevance constitutionnelle, en confiant leur régulation à des entités caractérisées par la technicité, l'impartialité[6] et l'indépendance à la fois des pouvoirs politiques et économiques[7].

1. La diffusion des AAI a suggéré au Conseil d'État de mettre en exergue le risque de la multiplication excessive des AAI. En effet, afin d'éviter un tel excès, le Conseil d'État a proposé des lignes directrices pour le gouvernement : « s'assurer de la nécessité du recours à une AAI plutôt qu'à une autre solution institutionnelle ; exclure l'attribution de pouvoirs de décision dans certains domaines (comme ceux qui risquent de mettre en jeu la responsabilité régalienne de l'État) ; si une mission de régulation est décidée, donner les pouvoirs pour l'exercer ; prévoir un réexamen périodique du maintien de l'AAI ». : D. Briand-Meledo, *op. cit.*, p. 352 ; CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000*, *op. cit.*

2. Notamment, la CNIL fut la première institution à être qualifiée d'« autorité administrative indépendante » par la loi nº 78-17 du 6 janvier 1978 relative à l'informatique, aux fichiers et aux libertés.

3. Dans ce sens : CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*, p. 60-75 ; J. M. Pontier (ss. la dir.), « Les Autorités administratives indépendantes en Europe », *Annuaire européen d'administration publique 2008*, t. 31, Presses universitaires d'Aix-Marseille, Aix-en-Provence, 2009.

4. Dans ce sens : L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *op. cit.*

5. Dans ce sens : L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.*

6. On se doit de remarquer que le principe d'impartialité de l'action administrative est largement répandu dans les systèmes juridiques européens et représente un principe général du droit français, *ergo* il est applicable aux autorités administratives indépendantes. CE, Sect., 20 juin 1958, *Louis, Rec.*, p. 368 ; Cons. const., 28 juill. 1989, déc. nº 89-260 DC, *Rec.*, p. 71. Au niveau européen, certains systèmes juridiques ont élevé le principe d'impartialité au rang constitutionnel. Dans ce sens, l'article 97 de la Constitution italienne affirme que « Les services publics sont organisés suivant les dispositions de la loi, de manière à assurer le bon fonctionnement et l'impartialité de l'administration ». De plus, l'impartialité de l'administration est ultérieurement corroborée par l'article 41.1 de la charte des droits fondamentaux de l'UE, au sens duquel « Toute personne a le droit de voir ses affaires traitées impartialement, équitablement et dans un délai raisonnable par les institutions et organes de l'Union ». Ce droit fondamental recoupe une jurisprudence communautaire largement établie, au sens de laquelle, « le respect des garanties conférées par l'ordre juridique communautaire dans les procédures administratives revêt une importance fondamentale [et parmi] ces garanties figurent, notamment, l'obligation pour l'institution compétente d'examiner, avec soin et impartialité […] ». CJUE, du 21 nov. 1991, *Technische Universität München c/ Hauptzollamt München-Mitte*, aff. C-269/90, § 14.

7. Dans ce sens : S. Cassese et C. Franchini, *I garanti delle regole. Le autorità indipendenti*, Il Mulino, Bologna, 1996.

126 En effet, selon le Conseil d'État, il est possible de constater l'existence de trois causes fondamentales qui ont déterminé la création et la propagation des AAI en France :

– « offrir à l'opinion une garantie renforcée d'impartialité des interventions de l'État ;
– permettre une participation élargie de personnes d'origines et de compétences diverses, et notamment de professionnels, à la régulation d'un domaine d'activité ou au traitement d'un problème sensible ;
– assurer l'efficacité de l'intervention de l'État en termes de rapidité, d'adaptation à l'évolution des besoins et des marchés et de continuité dans l'action[1] ».

1. CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 276-277.

127 Ainsi, on s'aperçoit que les AAI ont été créées en raison de la volonté d'instituer de nouvelles entités caractérisées par la spécificité, la participation et l'efficacité, afin de mettre en œuvre les axiomes du NPM[1], qui se fonde sur la nécessité de réorganiser la structure étatique en créant des acteurs plus indépendants et efficientes, et en dissociant la fonction de régulation de domaines spécifiques de l'élaboration des politiques publiques relatives. Aussi, le constat que les AAI visent à faciliter la « participation élargie de

personnes d'origines et de compétences diverses » met en exergue la fonction de gouvernance de ces entités. Dans ce sens, on se doit de remarquer que les AAI ne doivent pas être considérées comme des simples vecteurs de contrôle des équilibres dans un secteur donné du marché, mais, au contraire, qu'elles doivent être appréciées dans leur rôle de facilitateurs de la « participation des sujets de droit à l'élaboration de la règle applicable[2] ». D'une part, les AAI assument un important rôle de plateforme gouvernantaliste multi-parties prenantes, visant à la considération des intérêts particuliers concernés et à la négociation entre ceux-ci dans le but d'une régulation efficace. D'autre part, elles peuvent être considérées non seulement comme « les acteurs mais surtout [comme] les promoteurs essentiels de [la] gouvernance multi-niveaux, qu'il s'agisse des niveaux structurels verticaux : du communautaire au local ou encore des niveaux structurels horizontaux : les relations entre AAI ou entre AAI et ministères[3] ».

1. Comme on l'a mis en lumière, la nouvelle gestion publique ou NPM vise à obtenir une exécution plus efficiente des politiques et une réduction des dépenses, en empruntant des critères et des méthodes de gestion au secteur privé et en remettant en cause l'organisation bureaucratique et hiérarchique traditionnelle.

2. N. Thirion, « Régulation : le mot et les choses », *Working Paper-PAI*, VI/06-CG-4, 2009, p. 1 et 14, disponible sur *http://iap6.cpdr.ucl.ac.be/docs/CG/WP-PAI.VI.06-CG-4.pdf*

3. D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op. cit.*, p. 358.

128 Toutefois, on se doit de remarquer que les AAI représentent un véritable « oxymore juridique[1] » en raison de la pluralité d'attributions qui leur sont conférées. En effet, tout comme les *independent regulatory agencies* étasuniennes, ces entités peuvent être dotées de la faculté d'édicter des règles (pouvoir réglementaire), de contrôler leur exécution (fonction exécutive) et, éventuellement, de régler les différends tout en pouvant prononcer des sanctions administratives[2], dans le but d'atteindre leurs objectifs régulatoires efficacement. Force est donc de souligner que cette combinaison d'attributions quasi normatives, quasi judiciaires semble suggérer l'existence d'une « fonction hyper-administrative[3] » des AAI, tout en bouleversant le principe de la séparation des pouvoirs[4]. En ce sens, un exemple parlant peut être individué dans le règlement sur la protection du droit d'auteur dans les réseaux de communication électroniques, élaboré par l'Autorité pour la garantie des communications ou *Autorità per le garanzie nelle comunicazioni* (AGCOM) italienne[5]. En effet, ce règlement, qui a été approuvé par l'AGCOM suite à une consultation multi-parties prenantes, définit un système de mise en œuvre de la protection du droit d'auteur par le biais d'une série de procédures administratives[6] – orchestrées par l'AGCOM même – au lieu d'actions civiles ou pénales. Bien qu'il ne soit pas ici possible d'effectuer une analyse détaillée du susdit règlement, force est de remarquer qu'un tel mécanisme met en lumière une triplicité de pouvoirs affirmée par l'AGCOM, en vertu de laquelle l'Autorité s'auto-attribue la compétence de légiférer en matière de droit d'auteur et, parallèlement, de juger et de mettre en œuvre ses décisions[7].

1. P. Gélard, *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, rapport fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, AN, nº 3166, 2006, p. 22.

2. Au sujet du pouvoir réglementaire et de sanction des AAI, le Conseil constitutionnel a statué que « la loi peut […], sans qu'il soit porté atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, doter l'autorité indépendante […] de pouvoirs de sanction dans la limite nécessaire à l'accomplissement de sa mission ». Cons. const., 17 janv. 1989, nº 88-248 DC, concernant la loi modifiant la L. nº 86-1067, 30 sept. 1986, relative à la liberté de communication, § 27.

3. G. Dellis, « Régulation et droit public "continental". Essai d'une approche synthétique », *RDP-LGDJ*, nº 26, juill.-août 2010.

4. Cons. const., 28 juill. 1989, nº 89-260 DC, Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier.

5. AGCOM, *Regolamento in materia di tutela di diritto d'autore sulle reti di comunicazione elettronica e procedure attuaive ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003*, nº 70, Delibera nº 680/13/CONS, approuvé le 12 déc. 2013.

6. *Ibid*., « Procedure a tutela del diritto d'autore online ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2003, nº 70, Capo III ».

7. Notamment, au sens du règlement, la mise en œuvre des décisions de l'Autorité devrait avoir lieu en ordonnant aux fournisseurs d'accès Internet d'empêcher l'accès aux œuvres en violation du droit d'auteur, ou de rediriger automatiquement les utilisateurs vers une page Web de courtoisie ; ou en ordonnant aux « fournisseurs de services » d'éliminer de façon sélective les œuvres numériques en violation du droit d'auteur, c'est-à-dire en éliminant le contenu d'une page Web spécifique ou le lien hypertexte conduisant à ce contenu. *Ibid*., art. 1 et 9.

129 Ainsi, en raison du statut « de maîtres d'œuvre, mais aussi de contrôleurs et de producteurs de règles[1] » des AAI, le Conseil constitutionnel français a été appelé à se prononcer sur le syncrétisme de pouvoirs qui caractérise ces entités. Notamment, le Conseil constitutionnel a apprécié la compatibilité du pouvoir de sanction des AAI avec le principe de séparation des pouvoirs, statué par l'article XVI de la Déclaration des droits de l'homme, et avec le principe d'attribution du pouvoir réglementaire au Premier ministre, consacré par l'article XXI de la Constitution, en statuant « qu'aucun principe ou valeur constitutionnelle ne fait obstacle à ce qu'une autorité administrative, agissant dans le cadre de prérogatives de puissance publique, puisse exercer un pouvoir de sanction », tout en assujettissant l'exercice de ce pouvoir, d'une part, à la condition que « la sanction susceptible d'être infligée [ne concerne pas la] privation de liberté et, d'autre part, que l'exercice du pouvoir de sanction [soit] assorti par la loi de mesures destinées à sauvegarder les droits et libertés constitutionnellement garantis[2] ». Ainsi, le Conseil constitutionnel a repéré les limites du pouvoir de sanction des AAI dans le respect des droits et libertés fondamentaux ainsi que des lois et décrets, tout en soulignant que les AAI ne jouissent pas d'un pouvoir réglementaire autonome et qu'elles doivent être considérées comme des entités à caractère « non juridictionnel[3] ».

1. Dans ce sens : D. Briand-Meledo, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », *op. cit.*, p. 363.

2. Cons. const., 28 juill. 1989, déc. nº 89-260 DC, § 6.

3. *Ibid*., § 18.

130 À la lumière de ce raisonnement, nous pouvons inférer que les AAI ne sont pas dotées d'une fonction hyper-administrative mais, plutôt, d'une fonction « hyper-régulatoire ». En effet, en vertu de leur combinaison de quasi-pouvoirs, les AAI jouissent simultanément des diverses prérogatives régulatoires qui correspondent aux pouvoirs législatif, judiciaire et exécutif. Notamment, on se doit d'observer qu'à leur pouvoir quasi législatif correspond l'élaboration de normes et règlements ; qu'à leur pouvoir quasi judiciaire correspond la sanction de comportements irréguliers ; et, enfin,

qu'au pouvoir quasi exécutif correspondent les facultés de vérification dont jouissent les AAI en raison de leur pouvoir d'enquête. Dans ce sens, la prééminence de la fonction de régulation des AAI a été considérée comme le caractère distinctif de ces entités[1] tout en stimulant la diffusion de la définition doctrinale[2] d'autorités de régulation.

1. Dans ce sens : J. Chevallier, « Les agences : effet de mode ou révolution administrative ? » *Études en l'honneur de Georges Dupuis*, LGDJ, Paris, 1997.

2. L. Boy, « Le droit de la concurrence : régulation et/ou contrôle des restrictions de concurrence », *op. cit.* ; L. Calandri, *Recherche sur la notion de régulation en droit administratif français*, *op. cit.* ; M.-A. Frison-Roche, « Droit de la régulation », *op. cit.*

131 Enfin, l'indépendance des AAI – en termes de non-soumission à l'égard d'une entité hiérarchiquement superordonnée[1] – se révèle être une autonomie *de facto*, car la portée de leur compétence est déterminée par le législateur, tandis que l'ampleur de leur budget est définie soit par le législateur lui-même, soit par le ministère afférent à leur champ de compétence[2]. Ainsi, bien que l'indépendance des AAI soit une condition essentielle pour que ces entités puissent exercer leurs pouvoirs dans l'intérêt général, on se doit de souligner que le pouvoir exécutif peut exercer une influence indirecte sur les AAI car le Gouvernement aura toujours la possibilité de saisir le Parlement d'un projet de loi visant à redéfinir les compétences et les moyens attribués à une AAI, à corriger et réorienter sa structure organisationnelle ou, éventuellement, à la supprimer. De plus, le lien intime entre indépendance et spécificité des AAI soulève la question de leur articulation, non seulement, avec les composantes « traditionnelles » de l'administration étatique mais, surtout, avec les autres entités spécifiques ayant des compétences analogues mais opérant dans une dimension territoriale différente. Cela met donc en exergue l'intérêt d'instituer des mécanismes de gouvernance réticulaire afin de coordonner des unités administratives tout en maximisant leur performance[3]. Cette exigence de coordination sectorielle semble particulièrement évidente au niveau supranational, où nous pouvons observer l'existence d'enceintes de coordination à la fois de type informel, telles que le Réseau international des autorités de la concurrence ou *International Competition Network* (ICN), et de type formel, telles que l'institutionnalisation de l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE) ou *Body of European Regulators for Electronic Communications* (BEREC, selon son acronyme anglais), doté d'un office jouissant d'« autonomie juridique, administrative et financière[4] ».

1. Dans ce sens : M. Collet, *Le contrôle juridictionnel des actes des autorités administratives indépendantes*, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », 2003.

2. On se doit de remarquer que l'AMF représente une exception, en jouissant d'une complète autonomie financière. En effet, au sens de l'article L. 621-5-2 du Code monétaire et financier, le budget de l'AMF est arrêté par son collège, sur proposition du secrétaire général.

3. On se doit de souligner que, comme nous l'avons remarqué précédemment, un tel désir de coordination dans un souci d'efficacité est à la base de la théorie de la gouvernance d'entreprise.

4. Parlement européen et Conseil, Règlement (CE) nº 1211/2009, 25 nov. 2009, considérant nº 11 instituant l'ORECE ainsi que l'Office.

▪ B – Les Agences

132 La prolifération des agences représente un des indicateurs les plus évidents de la décentralisation de la machine administrative française, phénomène qui s'est accéléré considérablement, à partir des années soixante, et qui a été consacré définitivement sous l'impulsion du NPM. Comme le souligne le Conseil d'État, « la plupart des agences ont été créées par soustraction d'une fonction de l'État sans qu'une conception positive du nouveau rôle de l'administration centrale soit formulée[1] », ce qui a déclenché un phénomène de « dispersion du pouvoir de contrôle[2] ». Ainsi, tout comme les AAI, ces entités administratives répondent à la logique de la « sectorisation » mais, à la différence des AAI, les agences ne jouissent pas de l'indépendance car bien qu'elles soient dans un « rapport d'autonomie avec l'État[3] », elles sont généralement rattachées à une autre entité administrative, telle un ministère.

1. CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, *op. cit.*, p. 24.

2. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique. Agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*, p. 38.

3. CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*, p. 75.

133 Toutefois, bien que la tendance à l'agencification se soit particulièrement répandue au niveau européen, on se doit de remarquer que le système juridique français connaît la catégorie de l'agence depuis environ un siècle, en vertu de la diffusion des offices[1]. Ainsi, l'institution d'agences exécutives ne représente pas un phénomène inédit mais doit être vue, au contraire, comme un retour à « la pratique que l'on privilégiait dans les premières années de l'État administratif[2] » au sens de laquelle l'action politique, l'élaboration des politiques publiques et l'administration devaient être maintenues séparées « en créant des entités indépendantes chargées d'assumer les nouvelles compétences du secteur public[3] ».

1. Nous pouvons citer, par exemple : l'Office du travail, créé en 1891, l'Office national du tourisme, créé en 1910, l'Office national de la navigation, créé en 1912, etc.

2. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique. Agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*, p. 40.

3. *Ibid.*

134 Dans ce sens, en dépit du processus d'intégration fonctionnelle[1] de l'administration dans des ministères – qui a eu lieu au cours du XX^e^ siècle – l'administration nationale a souvent confié des missions spécialisées à des unités administratives, autonomes à l'égard de la structure ministérielle, dans un souci d'efficacité[2]. Les lourdeurs déterminées par l'intégration fonctionnelle ont rendu nécessaire le processus d'agencification qui a visé à « démembrer » les superstructures ministérielles, en séparant la fonction de conception des politiques publiques de la fonction de gestion dans une perspective d'efficacité et d'efficience économique. Dans ce sens, la Commission européenne a mis en exergue que les agences permettent de « recentrer ses [propres]

ressources sur ses missions essentielles[3] », tout en exploitant l'aptitude de ces entités « à tirer parti d'un savoir-faire sectoriel de haute technicité[4] ». En effet, en raison de leur flexibilité structurale, les agences peuvent être chargées de tout type de missions spécifiques et circonscrites – telle que la fourniture de services, les missions de police, etc. – dans le but de rendre l'État plus compétitif par le biais d'une définition plus ciblée des missions et des objectifs à atteindre[5], tout en permettant un suivi ponctuel des activités des agences de la part des autorités auxquelles elles sont rattachées.

1. L'intégration fonctionnelle découle d'une approche wébérienne, fondée sur « une longue chaîne hiérarchique d'autorité […] censée réduire les coûts et conflits administratifs, faciliter la surveillance par le siège, diminuer le nombre de responsables rapportant aux dirigeants politiques, favoriser la coordination d'activités connexes et promouvoir l'uniformité dans la prestation des services publics ». Toutefois, ce paradigme classique a été considéré comme inefficiente, car il « fait primer le respect des règles sur les résultats et l'uniformité sur l'initiative ». *Ibid.*, p. 41-42.

2. *Ibid.*

3. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, *op. cit.*, p. 28.

4. *Ibid.*

5. Selon l'OCDE, la nature typiquement managériale des agences est à l'origine de leur diffusion dans le pays ressortant de l'ère communiste où les agences sont considérées un succédané efficace des structures de planification communistes. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique : agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*

135 Enfin, on se doit de souligner que, nonobstant le NPM associe l'institution des agences à l'efficience de l'administration publique, la mise en place de ces entités « se traduit presque toujours par un renforcement quantitatif et qualitatif des moyens affectés à la politique publique concernée[1] » en suggérant donc la nécessité d'une reconsidération de la rationalité économique des agences.

1. OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique : agences, autorités administratives et établissements publics*, *op. cit.*, p. 78.

§ 2 – Le processus d'« agencification » internationale

136 Bien que la création d'agences de régulation soit une tendance consolidée dans une multitude d'espaces administratifs nationaux[1], on se doit de souligner que le phénomène de l'agencification ne relève pas simplement du droit interne mais que, au contraire, celui-ci semble être particulièrement évident dans le système international. En effet, si les agences et les AAI sont utilisées afin d'« amortir les tensions, régler les conflits, assurer le maintien d'un équilibre d'ensemble[2] » dans le cadre de secteurs spécifiques au niveau national, les mêmes exigences stimulent le processus d'agencification international qui vise à « ordonner » des « domaines fonctionnels » ayant une dimension transnationale. Force est donc de souligner que plusieurs domaines faisant l'objet de la régulation sectorielle des AAI sont parallèlement encadrés par des régimes internationaux[3] au sein desquels opèrent des organisations intergouvernementales spécialisées.

1. CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*, p. 60-75.

2. J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 829.

3. En guise d'exemple, nous pouvons énumérer l'Agence française de lutte contre le dopage et l'Agence mondiale antidopage ; l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes et l'Union internationale des télécommunications (UIT) ; l'Autorité de sûreté nucléaire et l'Agence internationale de l'énergie atomique, etc.

137 Dans ce sens, on se doit de rappeler que, bien que le droit international considère la compétence territoriale étatique comme étant sans limite, les États souverains peuvent « limiter l'exercice de leur compétence par la conclusion d'accords internationaux[1] » visant à la définition de régimes internationaux. Ainsi, les États souverains peuvent conclure des traités multilatéraux visant à attribuer à des organisations intergouvernementales les compétences nécessaires afin de traiter leurs problèmes communs dont l'ampleur excède les frontières nationales. La constitution d'une organisation internationale doit donc être vue comme une fragmentation des attributs étatiques en vertu de laquelle les États confèrent à la nouvelle entité « les instruments juridiques indispensables et nécessaires à l'accomplissement des fonctions qui [lui] sont attribuées[2] ». Cette attribution de compétences a lieu par le biais de l'acte constitutif d'une organisation internationale et vise à créer une entité jouissant de l'expertise technique nécessaire afin de réguler un domaine socio-économique spécifique ou de bâtir un système de protection des droits de l'homme à vocation universelle ou régionale. Le phénomène de l'agencification est donc mis en lumière, d'une part, par la prolifération d'institutions spécialisées, notamment dans le cadre de l'ONU[3] et, d'autre part, par la diffusion d'« organes subsidiaires » ayant des prérogatives régulatoires semblables à celles des institutions spécialisées, mais ne jouissant pas de l'indépendance[4].

1. J. Ziller, « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *RFDA*, sept.-oct. 2010, p. 902.

2. R. Ranjeva et C. Cadoux, *Droit international public*, Vanves EDICEF, 1992, p. 106.

3. Dans ce sens : N. M. Blokker et H. G. Schermers (ss. la dir.), "Proliferation of International Organizations", La Haye, Kluwer Law International, 2001.

4. Comme nous l'avons mis en exergue précédemment, la jouissance de l'indépendance est le principal critère marquant la distinction entre les agences de droit administratif interne, qui sont des entités formellement « autonomes », et les AAI qui sont caractérisées par l'indépendance. CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*, p. 48.

138 Ainsi, tout comme les AAI et les agences exécutives, les organisations intergouvernementales – et les organes subsidiaires qui peuvent être établis au sein de celles-ci ou afin de permettre la coopération entre celles-ci – sont créées « en réponse ponctuelle à une difficulté se présentant à un moment donné[1] » et visent à la régulation économique et la protection des droits et libertés fondamentaux[2]. En effet, bien que les AAI et les agences spécialisées internationales opèrent à des niveaux territoriaux différents, la logique sous-jacente à la création de ces entités correspond toujours au besoin d'un État ou d'un groupe d'États de « résoudre un problème donné [en] intervenant dans des domaines sensibles, complexes, techniques[3] ». En guise d'exemple, nous pouvons considérer l'UIT, fondée en 1865, dans

le but de gérer un des domaines les plus typiquement transnationaux, c'est-à-dire la régulation des réseaux télégraphiques internationaux[4].

1. CE, *Rapport Public 2001. Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes, op. cit.,* p. 270.

2. CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit*., p. 23.

3. M.-C. Roques-Bonnet, « Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ? », *op. cit*., p. 2.

4. Selon son site Web, l'UIT « a été fondée à Paris en 1865 sous le nom d'Union télégraphique internationale. Elle porte son nom actuel depuis 1932 ». Disponible sur *www.itu.int/fr/about/Pages/history.aspx*
Par la suite, en vertu de la Convention internationale des télécommunications de 1947, l'UIT est devenue une institution spécialisée des Nations unies dans le domaine des télécommunications et des technologies de l'information et de la communication. Au sens de l'accord entre l'UIT et l'ONU contenu dans l'Annexe V de la Convention internationale des télécommunications, « les Nations unies reconnaissent l'UIT comme l'institution spécialisée chargée de prendre toutes les mesures appropriées conformes à son Acte constitutif pour atteindre les buts qu'elle s'est fixée dans cet Acte ». Convention internationale des télécommunications, 2 oct. 1947, art. 1er, ann. V.

139 Aussi, au niveau international, les « organes quasi-autonomes[1] » – tels que les différents organes subsidiaires opérant au sein des institutions spécialisées des Nations unies – peuvent être institués sur la base de la décision d'une organisation intergouvernementale[2] afin de traiter une problématique spécifique afférant à son domaine de compétence. L'institution d'organes subsidiaires ne se fonde donc pas sur un engagement contracté par des États souverains sur la base d'un traité multilatéral et peut résulter de décisions conjointes de plusieurs organisations visant à établir une coopération inter-organisationnelle[3]. Les organes subsidiaires revêtent donc une fonction d'« agence » – selon l'acception délinée par le Conseil d'État[4] – ou d'« administration de mission[5] » par rapport aux organisations internationales qui les instituent. Tout comme leurs « organisations mères », les organes subsidiaires sont généralement organisés autour de quatre « piliers » : un organe collégial, composé des représentants de tous les membres ; un comité exécutif, composé des représentants d'un nombre limité de membres ; des organes internes, responsables de tâches spécifiques ; et un secrétariat administratif, composé de fonctionnaires internationaux au service de l'organisme international[6].

1. P. Szasz, "The Complexification of the United Nations System", *in Max Plack Yearbook of United Nations Law*, 1999, vol. III.

2. E. Chiti et R. A. Wessel, "The emergence of international agencies in the global administrative space : Autonomous actors or state servants?", *op. cit*.

3. Dans ce sens, Edoardo Chiti et Ramses A. Wessel soulignent que les organes subsidiaires peuvent être établis sur la base d'un traité conclu entre les organisations internationales (comme, le Centre international d'amélioration du maïs et du blé [CIMMYT], créée en 1988 par la Banque mondiale et le Programme des Nations unies pour le développement) ainsi que sur la base de décisions prises au sein des organisations concernées. Voir : *ibid*., p. 143.

4. C'est-à-dire « un organisme dédié à une mission spécifique, autonome, doté de moyens juridiques et humains appropriés ». CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit*., p. 22.

5. Tel que le théorisa Edgard Pisani, l'« administration de mission est adaptée à un problème, à un temps, à un lieu ; elle est localisée, elle est spécialisée ». E. Pisani « Administration de mission, administration de gestion », *RF sc. pol*., 1956, cité *in* CE, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *op. cit.*, p. 33.

6. E. Chiti et R. A. Wessel, "The emergence of international agencies in the global administrative space: Autonomous actors or state servants?", *op. cit.*, p. 144.

140 En prenant, encore une fois, l'UIT en guise d'exemple, nous pouvons remarquer que cette agence spécialisée est structurée en trois organes permanents

ou « secteurs », dotés d'organes subsidiaires et correspondant aux trois pôles fondamentaux dans lesquels est organisée son activité[1] : la normalisation technique des télécommunications (UIT-T) ; l'allocation et la définition de procédures d'utilisation des fréquences radioélectriques (UIT-R) ; et la coordination et l'assistance technique au développement des télécommunications (UIT-D). Les trois secteurs de l'UIT sont dotés de conférences mondiales[2] qui déterminent le programme de travail du secteur, d'un bureau permanent et de commissions d'études, lesquelles s'occupent d'analyser des questions techniques afin d'élaborer des projets de recommandation ou des normes[3]. D'une part, l'UIT se prête particulièrement bien à notre analyse en raison de son rôle fondamental concernant la régulation et le développement international des télécommunications[4] et, d'autre part, cette agence internationale est particulièrement intéressante en raison de son mécanisme de gouvernance, lequel prône explicitement une participation multi-parties prenantes. En effet, bien que l'UIT soit organisé selon une logique hiérarchique classique, on se doit de souligner que l'un de ses objets constitutionnels est « d'encourager et d'élargir la participation d'entités et d'organisations aux activités de l'Union et d'assurer une coopération et un partenariat fructueux entre elles et les États membres[5] ». On se doit également de relever que depuis la conférence plénipotentiaire de Guadalajara, en 2010, l'UIT a explicitement décidé « d'admettre les établissements universitaires, les universités et les instituts de recherche associés s'occupant du développement des télécommunications/technologies de l'information et de la communication à participer aux travaux des trois secteurs[6] ».

1. La structure et le fonctionnement de l'UIT sont délinéés par deux textes fondamentaux, lesquels peuvent être amendés ou révisés par la conférence plénipotentiaire de l'UIT : la Constitution et la Convention. « La Constitution définit les objectifs essentiels et les principes fondamentaux de l'Union, sa composition, les droits et obligations de ses membres […]. La Convention complète la Constitution et concerne le fonctionnement même de l'Union ». F. Dehousse et T. Zgajewski, « De l'UIT à l'OMC : les mutations de droit international des télécommunications », *op. cit.*, p. 278.

2. On se doit de remarquer que, au sein de l'UIT-R, l'assemblée des radiocommunications est associée aux conférences mondiales des radiocommunications dans le but de préparer les travaux de la conférence mondiale des radiocommunications, tandis que, dans le cadre de l'UIT-T, l'Assemblée mondiale de normalisation des télécommunications (AMNT) définit les activités de l'UIT-T à échéance quadriennale. Aussi, l'UIT-R et l'UIT-D peuvent convoquer des conférences régionales. Pour une représentation schématique de la structure de l'UIT, *www.itu.int/net/about/structure-fr.aspx*

3. Dans ce sens : F. Dehousse et T. Zgajewski, « De l'UIT à l'OMC : les mutations de droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, Bruylant, Bruxelles, 1999/1.

4. On se doit de souligner que l'UIT dispose d'un large éventail d'instruments de régulation. Dans ce sens, l'UIT « facilite la normalisation mondiale des télécommunications, […] arrête des réglementations, adopte des résolutions, formule des recommandations et des vœux […] ». UIT, *Constitution de l'Union internationale des télécommunications*, art. 2.c et 2.h. Notamment, on se doit de souligner que les textes fondamentaux de l'UIT sont complétés par deux règlements administratifs qui définissent des règles communes à tous les membres : le Règlement des télécommunications internationales (RTI) et le Règlement des radiocommunications (RR).

5. UIT, *Constitution de l'Union internationale des télécommunications*, *op. cit.*, art. 1.a. *bis.* D'une part, la Convention de l'UIT encourage la participation seulement de certaines « entités et organisations ». Notamment, au sens de l'article 19 de la convention de l'UIT, « le secrétaire général et les directeurs des Bureaux encouragent [la participation des] exploitations reconnues, organismes scientifiques ou industriels et organismes de financement ou de développement approuvés par l'État membre intéressé ; *b)* autres entités s'occupant de questions de télécommunication approuvées par l'État membre intéressé ; *c)* organisations régionales et autres organisations internationales de télécommunication, de normalisation, de financement ou de développement ». D'autre part, les résolutions successives au SMSI ont explicitement souligné la « nécessité d'adopter une approche multi-parties prenantes ». UIT, *Examen d'ensemble de la mise en œuvre des résultats du Sommet mondial sur la société de l'information*, Résolution 172, Guadalajara, 2010 ; UIT, *Définitions et termes relatifs à l'instauration de la confiance et de la sécurité dans l'utilisation des technologies de l'information et de la communication*, Résolution 181, Guadalajara, 2010.

6. UIT, *Admission d'établissements universitaires, d'universités et d'instituts de recherche associés à participer aux travaux des trois secteurs de l'Union*, Résolution 169, Guadalajara, 2010, § 1.

141 Ainsi, bien que seuls les États membres puissent exercer le pouvoir normatif de l'UIT, en adoptant et en révisant des instruments juridiques lors des différentes conférences mondiales, force est de souligner qu'une pluralité de parties prenantes sont associées tout au long de son processus préparatoire. Dans le cadre de l'UIT-T, par exemple, la définition des politiques générales du secteur ainsi que l'identification des « questions techniques, d'exploitation et de tarification » qui seront examinées par les commissions d'études sont effectuées par l'AMNT, au sein de laquelle sont représentés non seulement les États membres et leurs régulateurs des télécommunications, mais aussi les entités issues du secteur privé, du milieu universitaire, du milieu associatif ou intergouvernemental[1]. Par la suite, les commissions d'études, véritables organes subsidiaires de l'UIT-T, analysent les thèmes définis par l'AMNT et élaborent des recommandations visant à normaliser les télécommunications à l'échelle mondiale[2].

1. *Répertoire de l'UIT : membres des secteurs, associés et universités*, disponible sur *www.itu.int/en/membership/Pages/sector-members.aspx*

2. Notamment, les commissions d'études de l'UIT-T s'occupent d'analyser les questions afférentes à « l'interconnexion, la structure des réseaux, les codes de transmission, la compatibilité et la performance des systèmes de télécommunications, les principes de tarification internationale et les questions liées à la comptabilisation entre systèmes nationaux (pays de destination, de transit et de départ) ». F. Dehousse et T. Zgajewski, « De l'UIT à l'OMC : les mutations de droit international des télécommunications », *op. cit.*, p. 276. Aussi, on se doit de souligner les commissions d'études de l'UIT-T mettent souvent en œuvre une collaboration inter-organisationnelle avec l'Organisation internationale de normalisation (ISO) et la Commission électronique internationale (CEI) afin d'élaborer des recommandations dans des domaines d'intérêt commun. Dans ce sens, on peut rappeler que la norme sur le « codage vidéo à haute efficacité » ou High Efficiency Video Coding (HEVC) a été élaborée par une équipe mixte de collaborateurs UIT/ISO/CEI. Norme UIT-T H.265 | ISO/CEI 23008-2. Bien que les recommandations soient des documents juridiquement non contraignants, destinés à encourager des bonnes pratiques, elles sont « généralement respectées en raison de leur qualité élevée ». *Recommandations et autres publications de l'UIT-T*, disponible sur *www.itu.int/fr/ITU-T/publications/Pages/default.aspx*. Cependant, on se doit de souligner, qu'à l'occasion de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales de Dubaï, en 2012, le Parlement européen a souligné que le règlement des télécommunications internationales « devrait préciser que les recommandations de l'UIT sont des documents non contraignants destinés à encourager les meilleures pratiques ». *Résolution du Parlement européen sur la prochaine Conférence mondiale sur les télécommunications internationales (CMTI-12) de l'Union internationale des télécommunications, et l'éventuelle extension du champ d'application du règlement des télécommunications internationales*, 2012/2881 (RSP), 20 nov. 2012, § 11.

142 À l'aune de cette brève analyse, nous pouvons inférer que l'objectif du processus d'agencification international – et, notamment, de l'institution d'agences spécialisées de l'ONU et de leurs organes subsidiaires – est la régulation de différents secteurs sensibles en établissant de véritables « ordres transnationaux[1] ». Dans ce but, les États souverains confèrent à des organisations intergouvernementales une « capacité de régulation autonome dont l'influence se fait sentir, à travers le filtre étatique, sur les acteurs économiques et sociaux[2] ». En outre, on se doit de constater qu'en l'absence d'un ordre juridique mondial, il est essentiel que le processus d'agencification s'accompagne d'une gouvernance internationale en mesure d'organiser la coordination et la coopération inter-agences afin d'écarter le risque de redondance, ayant lieu lorsque plusieurs organisations adressent la même question, ou le risque de

lacune lorsque des situations spécifiques « ne sont régies par aucune règle juridique[3] ». Dans ce sens, Pierre Jacquet *et al.* ont mis en exergue que « la gouvernance internationale s'est dès l'origine construite sur un principe de spécialisation. Chaque agence gère, sur la base d'accords internationaux spécifiques, un domaine délimité [et c'est] précisément parce qu'elles ont reçu, par traité le mandat d'exercer une fonction donnée dans un domaine délimité, que les institutions internationales peuvent être considérées comme légitimes[4] ».

1. J. Chevallier, « La régulation juridique en question », *op. cit.*, p. 836.
2. *Ibid.*
3. Dans ce sens : M.-A. Frison-Roche, « Le droit, source et forme de régulation mondiale », *op. cit.*, p. 316.
4. P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, p. 74-75.

143 Ainsi, nous pouvons conclure que la recherche d'une gouvernance démocratique visant à une régulation efficace doit s'appuyer sur l'inclusion du plus grand nombre de parties intéressées et sur une utilisation conjointe des principes de spécialité et de subsidiarité, en définissant les compétences et les responsabilités de chaque entité impliquée et en déléguant la prise des décisions « au niveau le plus décentralisé dès lors que le passage à un niveau supérieur ne s'impose pas[1] ».

1. P. Jacquet, J. Pisani-Ferry et C. Boissieu, *Gouvernance mondiale*, *op. cit.*, p. 87.

SOUS-SECTION **2**

L'autorégulation

144 Comme nous l'avons mis en lumière, l'évolution du « vieux modèle juridique du gouvernement[1] » vers la gouvernance s'appuie sur l'inclusion d'une pluralité de parties prenantes dans un mécanisme de concertation, consultation, coopération et coordination, visant à élaborer des solutions régulatoires communes et à permettre le dialogue entre les différents centres de régulation. Dans ce sens, le glissement du schéma monolithique pyramidal vers une architecture normative polycentrique est favorisé par la croissante participation de sujets non étatiques – de façon individuelle ou collective – dans le cadre de mécanismes de gouvernance, visant à faciliter la régulation d'un secteur spécifique.

1. J. Caillosse, « Questions sur l'identité juridique de la gouvernance », *op. cit.*

145 La diffusion du paradigme participatif gouvernantaliste met donc en lumière la montée en puissance d'une nouvelle technique de production normative, dans le cadre de laquelle les individus, les acteurs de la société civile et les acteurs économiques ne se voient plus attribuer un simple rôle de destinataire de la régulation, mais assument une fonction proactive dans l'élaboration des outils régulatoires. La gouvernance revêt donc un rôle

prodromique à la régulation car elle permet l'élaboration et la mise en œuvre de plusieurs typologies d'outils régulatoires, par le biais d'un processus participatif ayant une structure réticulaire. Ainsi, tel que le souligne Fabrizio Cafaggi, « à la participation dans l'activité régulatrice, phénomène consolidé aussi bien dans les systèmes juridiques nationaux qu'européen, se sont ajoutés des modèles structurés d'autorégulation ou de régulation privée participative. Selon une distinction qui tient à la typologie des acteurs impliqués, l'autorégulation implique une coïncidence substantielle entre auteurs et destinataires de la régulation, alors que dans le cas de la régulation privée participative, d'autres personnes privées que les destinataires participent au processus de régulation[1] ».

1. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit.*, p. 23.

146 Lorsque la fonction de régulation est confiée à une autorité publique, celle-ci peut impliquer des acteurs non étatiques dans une démarche participative, afin que leurs expertises et leurs intérêts particuliers puissent être pris en considération dans l'élaboration d'outils régulatoires d'intérêt général. Toutefois, la consultation multi-parties prenantes de la part des régulateurs publics ne doit pas être vue comme l'unique modalité d'implication d'acteurs non étatiques dans la régulation d'activités spécifiques. D'une part, la diffusion de la régulation privée donne lieu à de « nouveaux modèles de coopération réglementaire[1] » en vertu desquels des acteurs privés définissent des règles concernant la fourniture de services spécifiques, par le truchement d'accords contractuels[2]. D'autre part, on remarque la propagation de l'autorégulation qui se fonde sur la coïncidence entre les auteurs et les destinataires des instruments régulatoires – et prend donc en considération « essentiellement les intérêts des régulés[3] ». Ainsi, comme nous le mettrons en lumière dans les paragraphes qui suivent, lorsque l'autorégulation est élaborée dans l'intérêt général, il est nécessaire qu'elle soit le résultat d'un processus « hétéro-parties prenantes » impliquant un ensemble hétérogène d'auteurs/régulés afin de refléter le plus grand nombre d'intérêts concernés.

1. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit*.

2. L'élaboration de la régulation privée du DNS peut être considérée comme un exemple particulièrement intéressant dans ce sens. Voir n[os] 401 et s.

3. *Ibid*., p. 26.

147 Comme le souligne Pierre Trudel, l'autorégulation peut être considérée comme un ensemble de « normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité [et] est souvent présentée comme une façon d'alléger la réglementation publique en prenant avantage des motivations existant au sein de l'industrie[1] ». Le phénomène de l'autorégulation revêt donc une « fonction supplétive[2] » par rapport à la régulation publique en se développant lorsque la régulation étatique n'est

pas en mesure d'atteindre son objectif régulatoire[3] ou lorsque l'objectif régulatoire est en dehors de la compétence de la régulation publique[4]. Dans ce sens, les pouvoirs publics ont la possibilité de déléguer la fonction régulatoire ainsi que certaines prérogatives de puissance publique à des entités associatives de nature privée[5] et, par la suite, reconnaître et légitimer les outils autorégulatoires élaborés par celles-ci, par le truchement « de mesures d'approbation, ou par simple incorporation dans un acte législatif ou administratif[6] ».

1. P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *RDUS*, vol. 19, 1989, p. 247.

2. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit*., p. 27-28.

3. Dans ce sens, Pierre Trudel souligne qu'il « vaut sans doute mieux, dans certains domaines, prendre avantage d'un régime autoréglementaire qui fonctionne avec des résultats modestes, que de mettre au point un régime de réglementation étatique lourd et si coûteux qu'il demeurera lettre-morte ». P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 250.

4. Dans ce sens, on se doit de remarquer que l'autorégulation a été traditionnellement employée afin de définir les règles déontologiques afférentes à une catégorie professionnelle, les spécifications techniques concernant un produit non réglementé ou, encore, les règles encadrant l'exercice d'une pratique sportive déterminée.

5. Nous pouvons observer, en guise d'exemple, que les ordres professionnels ont la faculté de s'autoréguler par le biais d'un code de déontologie qui sera validé par les pouvoirs publics. Aussi, en vertu de leur fonction d'intérêt public, ces entités d'origine médiévale jouissent de véritables prérogatives de puissance publique, telles que la capacité d'édicter de délibérations et décisions ayant caractère administratif, bien que leur structure interne relève du droit privé. Dans ce sens : G. Liet-Veaux, *Ordres professionnels. Règles communes*, *JCP A*, fasc. 145, juill. 2004.

6. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit*., p. 32.

148 Aussi, on se doit de souligner qu'une pluralité d'outils autorégulatoires peut affecter une même technologie ou une même communauté. Une telle cohabitation autorégulatoire peut avoir lieu lorsque différents acteurs d'un même marché – ou différents consortiums d'entrepreneurs – édictent des instruments autorégulatoires concurrents, en exprimant « diverses philosophies d'entreprise et de régulation[1] ». Comme nous le mettrons en exergue dans le prochain chapitre, ce « pluralisme normatif » caractérise, notamment, l'environnement internautique, dans le cadre duquel, en paraphrasant Santi Romano, chaque entité élabore ses propres règles et secrète un ordre normatif particulier[2].

1. *Ibid*., p. 29.

2. Selon Santi Romano, « chaque institution sécrète son ordre juridique particulier ». S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, 1975.

149 Comme nous l'indiquerons dans les paragraphes qui suivent, l'élaboration de normes techniques[1] est au cœur du phénomène de l'autorégulation, à la fois au niveau national et international, en permettant à la « communauté » de sujets concernés par la diffusion d'un bien ou d'un service spécifique d'en uniformiser les caractéristiques par le truchement d'une norme ou d'un standard commun. Aussi, nous mettrons en lumière que, bien que l'autorégulation ne soit pas un instrument régulatoire obligatoire « au sens où l'est la règle de droit édictée par l'État[2] », rien n'empêche les pouvoirs publics d'attribuer une force contraignante aux outils autorégulatoires car,

comme le souligne Jean Carbonnier, « la règle de droit est capable de s'approprier n'importe quelle autre règle sociale, tandis que l'inverse n'est pas vrai[3] ».

1. Selon l'article 1.4 de la directive 83/189/CEE, la « norme » est « une spécification technique approuvée par un organisme reconnu à activité normative pour application répétée ou continue, dont l'observation n'est pas obligatoire et qui relève de l'une des catégories suivantes : (i) norme internationale : norme qui est adoptée par une organisation internationale de normalisation et qui est mise à la disposition du public ; (ii) norme européenne : norme qui est adoptée par un organisme européen de normalisation et qui est mise à la disposition du public ; (iii) norme nationale : norme qui est adoptée par un organisme national de normalisation et qui est mise à la disposition du public ». Au sujet de la normalisation, voir « Aspects juridiques de la normalisation technique », *LPA*, Paris, 27 nov. 1997. Aussi : A. Penneau, « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *JCP E* 1996, I, p. 599.

2. P. Trudel, F. Abran, K. Benyekhlef et S. Hein, *Droit du cyberespace*, Thémis, Montréal, 1997.

3. J. Carbonnier, « Les phénomènes d'internormativité », *European Yearbook in Law and Sociology*, Martinus Nijhoff, La Haye, 1977, p. 42 cité par P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit*., p. 258.

§ 1 – La normalisation technique : une autorégulation « *imperio rationis* »

150 Au cours des dernières décennies, on a pu assister à une remarquable diffusion du phénomène de la normalisation technique[1] en raison de l'efficacité de cet outil autorégulatoire dans le but de faciliter la diffusion de biens et de services et, par conséquent, de la croissante « complémentarité » entre normes et textes réglementaires[2]. La normalisation est, en effet, un phénomène autorégulatoire par le biais duquel « des "normes" sont développées par un organisme s'attachant à mettre au point, par voie consensuelle, des spécifications techniques accessibles à tous les intéressés[3] » et son principal objectif est « la définition de prescriptions techniques ou qualitatives volontaires auxquelles des produits, des procédés de fabrication ou des services actuels ou futurs peuvent se conformer[4] ». Ainsi, bien que les normes techniques et les règles de droit puissent être catégorisées comme des « normes », on se doit de constater que la règle de droit suppose « un caractère obligatoire conforté par l'autorité étatique[5] », tandis que la norme technique « présuppose l'absence de contrainte étatique[6] ». Ainsi, la normalisation technique est l'expression immédiate des contributions présentées par les parties impliquées puisqu'elle « n'émane pas d'une autorité étatique supérieure, mais de ceux qui ont un intérêt à son adoption[7] ». Notamment, au niveau européen la normalisation est « organisée par et pour les parties prenantes concernées sur la base de représentations nationales[8] ».

1. On se doit de souligner que certains auteurs critiquent âprement la normalisation technique. Dans ce sens, Thierry Brugvin met en exergue que « dans la gouvernance, on observe une "normalisation technique envahissante" qui tente d'évacuer la dimension politique sous le discours de la neutralité, en se cachant derrière le langage de la gouvernance des entreprises. La gouvernance conduit à remplacer les normes juridiques (décidées par les pouvoirs publics représentant le peuple) par des normes techniques (créées par des intérêts privés) ». T. Brugvin, « La gouvernance par la société civile : une privatisation de la démocratie ? », *in* A. Caillé, *Quelle démocratie voulons-nous ? Pièces pour un débat*, La Découverte, Paris, 2006, p. 74.

2. Dans ce sens, la direction générale de la compétitivité, de l'industrie et des services a mis en exergue que « la mondialisation, l'élargissement des marchés, les défis de la diffusion de l'innovation et les délais et difficultés de mise à jour des textes réglementaires conduisent à souligner la complémentarité entre norme et réglementation ». DGCIS, *Guide relatif à la bonne utilisation des normes dans la réglementation*, *op. cit.*, p. 5.

3. P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 255.

4. Parlement européen et Conseil, 25 oct. 2012, Règlement (UE) 1025/2012, relatif à la normalisation européenne, considérant n° 1.

5. P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 254.

6. *Ibid.*

7. H. Aubry, « La normalisation, une norme, en principe non obligatoire », *in* F. Péraldi Leneuf (ss. la dir.), *Gouvernance démocratique et normalisation*, 2010, p. 128.

8. Parlement européen et Conseil, 25 oct. 2012, préc., considérant n° 2.

151 Aussi, bien que la langue anglaise emploie le mot *standard* pour faire référence indifféremment aux normes techniques et aux standards « privés », la langue française, elle, permet davantage de précision en reflétant dans la distinction terminologique la différence de leur processus d'élaboration. En effet, bien qu'il s'agisse de spécifications techniques analogues, les normes techniques sont élaborées par des organisations – ou des organismes reconnus – de normalisation. À l'inverse, les standards sont produits et adoptés par des acteurs non institutionnels, souvent dans le cadre de consortiums d'entreprises, sur la base d'un consensus plus restreint car limité aux parties prenantes ayant le statut de membres du consortium. Ainsi, la différence entre norme technique et standard se situe « au niveau des acteurs en jeu et des procédures de consensus attachées[1] » mais aussi au niveau du stimulus qui active leur processus d'élaboration. En effet, la normalisation découle généralement d'une exigence d'intérêt général telle qu'« assurer la sécurité, la santé, la protection de l'environnement, la loyauté des transactions[2] ». Au contraire, le stimulus qui déclenche la standardisation se fonde sur une exigence d'intérêt privé telle que la facilitation des échanges économiques en vertu de la diffusion d'un produit ou d'un service spécifique dans le marché.

1. G. Chartron et J.-M. Noyer, « Introduction », *Revue Solaris*, n° 6, Normes et documents numériques : quels changements ?, déc. 1999-janv. 2000.

2. DGCIS, *Guide relatif à la bonne utilisation des normes dans la réglementation, op. cit.*, p. 5.

152 Au niveau européen, « l'importance et l'opportunité[1] » de la normalisation technique ainsi que sa complémentarité par rapport à la régulation publique ont été mises en lumière depuis les années 1980[2]. En effet, en raison du rôle instrumental joué par ces outils autorégulatoires en ce qui concerne la facilitation de la production industrielle et de la prestation de services, le Conseil et la Commission européenne ont considéré la normalisation comme une « partie intégrante des politiques […] visant à "mieux légiférer", à renforcer la compétitivité des entreprises et à éliminer les barrières au commerce au niveau international[3] ». La propagation de ce phénomène normatif a fait en sorte que les sources juridiques d'origine étatique cohabitent avec des instruments autorégulatoires élaborés par le biais d'un mécanisme consensuel qu'on pourrait définir comme *imperio rationis* car fondé sur la rationalité, l'efficacité et l'élaboration de données empiriques[4]. En effet, la normalisation technique est traditionnellement « présentée comme une forme de codification des connaissances par et

pour les professionnels[5] » et diffère substantiellement de la normalisation juridique car elle relève de l'universalité et la véridicité scientifiques. Pour cette raison, bien que certains auteurs aient suggéré que la norme technique doit être considérée comme une « source du droit[6] », son caractère juridique demeure assujetti à l'intégration de la norme, par voie directe ou par renvoi, dans l'ordre juridique national[7].

1. Résolution du conseil, 7 mai 1985, concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (85/C 136/01).

2. Comme le souligne Laurence Boy, « en 1985, priorité est donc donnée à la reconnaissance mutuelle. L'harmonisation est ainsi "renouvelée" dans la mesure où lorsque l'adoption de directives s'avère nécessaire, les institutions communautaires utilisent la technique du renvoi aux normes. Dans les directives "nouvelle approche", ne sont visées que les exigences essentielles. Les spécifications "techniques" doivent, elles, faire l'objet de normes harmonisées, élaborées par les organismes privés européens de normalisation que sont principalement le Comité européen de normalisation (CEN), le Comité européen de normalisation en électronique et en électrotechnique (CENELEC) et l'*European Telecommunications Standards Institute* (ETSI). C'est ainsi la norme publique qui appelle en complément nécessaire la normalisation privée ». L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *Cahiers du Conseil constitutionnel nº 21 (Dossier : La normativité)*, janv. 2007, disponible sur *www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/cahiers-du-conseil/cahier-n-21/normes-techniques-et-normes-juridiques.50558.html*

3. Communication de la commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes {SEC (2004) 1251}.

4. Dans ce sens, Guy Hermet souligne que « l'idée d'une loi inscrite dans le marbre se voit rejetée au profit de normes définies de manière consensuelle par les acteurs pertinents pour le temps où ces lois demeurent applicables et désirables. La norme tend à remplacer la loi, en tant que simple prescription opportune dictée par des arguments techniques, fort différente de la majestueuse disposition légale régie par le pouvoir régalien ou la volonté souveraine ». G. Hermet, *Nous sommes en 1775. Gouvernance et après-démocratie, op. cit.*, p. 14.

5. A. Brunet, « Les acteurs de la normalisation », *in* F. Péraldi Leneuf (ss. la dir.), *Gouvernance démocratique et normalisation, op. cit.*, p. 104.

6. M. Lanord, « La norme technique : une source de droit légitime *?* », *RFDA.*, juill.-août 2005, p. 739.

7. Dans ce sens : P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 263-265. En effet, n'étant pas produites par un législateur, les normes techniques ne se rapportent pas aisément à une conception positiviste, selon laquelle le droit doit nécessairement émaner de l'État, car la validité d'une règle de droit découle exclusivement du processus formel par le biais duquel elles sont produites. Dans ce sens, par exemple : N. Bobbio, *Teoria della norma giuridica*, Giappichelli Editore, Turin, 1958, p. 57.

153 De plus, en raison de leur nature autorégulatoire, les normes techniques « ne sont pas revêtues de l'autorité résultant de la possibilité de faire appel aux tribunaux pour en assurer la sanction étatique[1] ». La validité et l'observance de la norme technique ne se fondent donc pas sur le pouvoir légal-rationnel wébérien, capable d'imposer une règle dans un territoire délimité mais, au contraire, sur la rationalité qui leur est intrinsèque ainsi que sur leur élaboration consensuelle. Ainsi, comme le souligne Laurence Boy, « s'appuyant sur les lois naturelles de la science, laquelle serait une "vérité extérieure", la norme se rapprocherait de l'être [*sein*] et non du devoir-être [*sollen*[2]] ». Aussi, l'auteur remarque que nonobstant le fait que les normes techniques n'aient pas de valeur impérative, cela ne signifie pas qu'elles ne produisent pas des effets de droit[3] ou qu'elles soient dépourvues de force contraignante. En effet, bien que la norme technique ne soit pas assortie de la contrainte étatique, consistant en la sanction prononcée par des instances publiques, son respect devient une *conditio sine qua non* afin d'avoir accès au marché. Ainsi, en dépit du caractère de *soft law* de la norme et bien qu'elle soit dépourvue de juridicité[4], les acteurs du marché sont obligés de s'y conformer en raison d'une « contrainte marchande » au

sens de la laquelle le non-respect de la norme technique empêche l'accès à un segment spécifique du marché. La diffusion de la norme technique n'est donc pas liée simplement à son caractère participatif et rationnellement justifié mais, au contraire, aux avantages économiques déterminés par son adoption – notamment, l'accès au marché – ainsi qu'à la sanction marchande en cas de non-adoption – c'est-à-dire, l'exclusion du marché. Par exemple, l'application des normes fixées par le Comité européen de normalisation (CEN) permet d'exporter des produits ou de fournir des services au sein de l'UE. Les acteurs économiques acceptent donc de se soumettre volontairement à la normalisation technique, non seulement puisqu'ils ont la possibilité de participer directement à son élaboration, mais aussi puisqu'elle « présente l'avantage d'assurer la cohésion des normes qui garantissent la fonctionnalité des produits et des systèmes[5] ».

1. *Ibid*., p. 251.

2. L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *op. cit.* ; aussi, pour une digression sur le concept kelsénien de norme en tant que « devoir être », N. Bobbio, *Teoria generale del diritto*, Giappichelli Editore, Turin, 1993, p. 276 ; H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der normen (Théorie générale des normes)*, Manz Verlag, Wien, 1979, trad. fr. O. Beaud et F. Malkani, PUF, Paris, 1996.

3. Dans ce sens, Laurence Boy souligne que de façon générale, « les juges interprètent la norme en lui faisant produire des effets de droit, notamment dans l'examen des responsabilités des professionnels qui ne l'ont pas respectée[15]. Cet aspect nous semble acquis même si la doctrine s'y attarde encore de nos jours. Les normes techniques d'application volontaire sont un indice pour l'appréciation des responsabilités civiles et pénales. La contribution des normes, *via* le droit de la responsabilité, à la construction des systèmes juridiques est incontestable et témoigne de la juridicité de ces dernières ». L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *op. cit*.

4. Bien que les standards soient élaborés par des consortiums d'entreprises et échappent au processus qui vise les normes techniques, force est de souligner que ces outils réglementaires ne sont pas totalement dépourvus de juridicité. En effet, dans le cadre du contentieux judiciaire, le respect des standards peut être apprécié en tant que critère afin de déterminer la « sécurité légitime ». F. Péraldi Leneuf (ss. la dir.), *Gouvernance démocratique et normalisation*, 2010, p. 7.

5. *European Parliament, Committee on Industry, Research and Energy*, 2011/0150 (COD), p. 19, disponible sur *www.europarl.europa.eu/meetdocs/2009_2014/documents/itre/pa/884/884637/884637en.pdf*

§ 2 – L'assujettissement de la normalisation aux pouvoirs publics français

154 Comme nous l'avons mis en lumière, bien que la standardisation et la normalisation soient l'expression directe d'un processus participatif consensuel impliquant « ceux qui prennent part à une activité[1] », ces deux outils autorégulatoires diffèrent sous le profil de l'institutionnalisation de leur processus d'élaboration ainsi qu'en raison du stimulus qui en déclenche l'élaboration. Aussi, comme nous le remarquerons dans ce paragraphe, à la différence de la standardisation, la normalisation technique peut être assimilée par le droit public par le truchement de la référence aux normes dans la réglementation, qui vise à « aider les administrations à traiter des contraintes techniques nécessaires pour promouvoir les finalités d'intérêt général relevant de leur compétence[2] ».

1. P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 247.

2. DGCIS, *Guide relatif à la bonne utilisation des normes dans la réglementation*, *op. cit.*, p. 9.

155 En France, le statut de la normalisation est consacré par le décret nº 2009-697 du 16 juin 2009 selon lequel « la normalisation est une activité d'intérêt général qui a pour objet de fournir des documents de référence élaborés de manière consensuelle par toutes les parties intéressées, portant sur des règles, des caractéristiques, des recommandations ou des exemples de bonnes pratiques, relatives à des produits, à des services, à des méthodes, à des processus ou à des organisations[1] ». En effet, le haut niveau de connaissance technique requis afin de concevoir ces instruments ne rend guère possible l'intervention directe du législateur et demande, au contraire, la mise en œuvre d'un processus d'élaboration faisant converger les expertises des sujets directement affectés par la norme en l'espèce. Le susmentionné décret prévoit donc que « l'élaboration des projets de normes est assurée, par délégation de l'Association française de normalisation [AFNOR], par les bureaux de normalisation sectoriels », consacrant donc le rôle des bureaux de normalisation en tant qu'auteurs formels des projets normatifs[2]. Toutefois, en raison de la fonction « d'intérêt général » de l'activité de normalisation, le décret nº 2009-697 demande que l'élaboration de la normalisation technique soit effectuée par le biais d'un mécanisme gouvernantaliste ouvert et inclusif, donnant la possibilité à « toutes les parties intéressées » de contribuer à la formulation de cet outil autorégulatoire. Dans ce sens, l'article suivant du décret précise que les normes « sont élaborées par les bureaux de normalisation […] avec le concours de commissions de normalisation regroupant toutes les parties intéressées qui souhaitent participer à cette élaboration[3] », en attribuant donc aux commissions de normalisation une fonction d'enceinte d'élaboration multi-parties prenantes de la norme[4].

1. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 1er.

2. Dans ce sens : A. Brunet, « Les acteurs de la normalisation », *in* F. Péraldi Leneuf (ss. la dir.), *Gouvernance démocratique et normalisation*, *op. cit.*

3. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 12.

4. On se doit de souligner que l'ouverture à la participation multi-parties prenantes est corroborée par les dispositions concernant la participation de l'AFNOR aux travaux de normalisation supranationaux. En effet, après avoir précisé que l'AFNOR est le membre français au sein des organisations non-gouvernementales de normalisation au niveau européen et international, le décret affirme qu'« [u]n comité, créé auprès de l'Association française de normalisation et aux travaux duquel le délégué interministériel aux normes ou son représentant participe, élabore et arrête, en concertation avec toutes les parties prenantes, les positions exprimées par le représentant français au sein des organisations non-gouvernementales de normalisation européennes et internationales ». D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 5.

156 Bien que la diffusion de la normalisation technique puisse suggérer que l'État soit « concurrencé dans sa capacité de production du droit[1] », on se doit de souligner que cette forme d'autorégulation se situe dans une perspective pluraliste étatiste, étant assujettie à plusieurs niveaux de contrôle de la part des pouvoirs publics et s'inscrivant dans une stratégie d'« assimilation » de la part du droit public, suite à son « homologation[2] ». Le processus *imperio rationis* qui caractérise l'élaboration de la norme technique est donc assujetti à un mécanisme *ratione imperii* dans le but de légitimer

cet instrument autorégulatoire ou, exceptionnellement, de lui attribuer une force contraignante[3]. En effet, bien que l'élaboration des projets de normes soit confiée aux bureaux de normalisation sectoriels de l'AFNOR, force est de remarquer que l'orientation de la politique de normalisation est définie par le ministère chargé de l'Industrie, sur la base des propositions du groupe interministériel des normes, « composé des responsables ministériels aux normes, désignés, après avis des ministres concernés, par un arrêté du ministre chargé de l'Industrie[4] » et présidé par le délégué interministériel aux normes. Ainsi, la définition et la mise en œuvre de la politique française des normes n'échappent pas à l'architecture pyramidale étatique, étant assujetties à la supervision du délégué interministériel sous l'autorité du ministère chargé de l'Industrie[5].

1. L. Fontaine, « Les sources nouvelles en droit de l'environnement », *in* Association Henri Capitant, *Le droit et l'environnement*, 2010. Aussi, dans ce sens : D. Mockle, *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, *op. cit*.

2. L'homologation « consiste à reconnaître officiellement les normes. Cette reconnaissance permet de les utiliser comme référence dans une réglementation ou un marché public ». DGCIS, *Guide relatif à la bonne utilisation des normes dans la réglementation*, *op. cit*., p. 7.

3. Ainsi, « les pouvoirs publics peuvent rendre une norme d'application obligatoire, en prenant un arrêté spécifique à cet effet ». DGCIS, *ibid*., p. 9. Notamment, le ministère chargé de l'Industrie ou d'autres ministères intéressés peuvent conférer une force obligatoire à la norme pour des raisons d'ordre public, telles que la « sécurité publique, protection de la vie et de la santé des personnes, protection des consommateurs ou de l'environnement ». L. Boy, « Normes techniques et normes juridiques », *op. cit.*

4. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 4.

5. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 3.

157 De plus, on se doit de souligner que le délégué interministériel exerce une forme ultérieure de contrôle, en jouissant du pouvoir d'opposer son veto[1] aux délibérations d'homologation émises par le conseil d'administration de l'AFNOR, lorsque celles-ci sont « contraires à des dispositions législatives, réglementaires, aux orientations de la politique française des normes ou lorsqu'elles sont de nature à compromettre l'exercice de la mission d'intérêt général de l'[AFNOR[2]] ». L'homologation de la norme technique revêt un rôle essentiel car, comme l'a mis en exergue le Conseil d'État, la décision d'homologation est dotée du caractère réglementaire[3], ce qui attribue à cet acte « une portée générale et exécutoire, entraînant la norme elle-même, puisque l'acte d'homologation est bien celui qui l'approuve et l'authentifie[4] ». Le délégué interministériel peut donc s'opposer à l'homologation afin d'empêcher que « les normes ne se transforment en "privilèges", c'est-à-dire conformément à l'étymologie en lois privées, que s'octroient les professionnels au détriment des non-professionnels, notamment les consommateurs et les collectivités territoriales[5] ».

1. Le délégué a le pouvoir de s'opposer aux délibérations d'homologation d'une norme « dans le délai d'un mois à compter de la transmission qui lui en est faite ». D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 16.

2. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 10.

3. CE, ss-sect. 6 et 2 réunies, 14 oct. 1991, nº 90260.

4. F. Péraldi Leneuf (ss. la dir.), *Gouvernance démocratique et normalisation*, *op. cit.*, p. 6.

5. A. Brunet, « Les acteurs de la normalisation », *op. cit.*, p. 123. Aussi, le délégué interministériel peut « suspendre ou retirer l'agrément » aux bureaux de normalisation qui ne respectent pas leurs obligations. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 11, III.

158 Aussi, force est de remarquer qu'en dehors de l'orientation du ministère de l'Industrie, du contrôle « anté-homologation » opéré par le délégué interministériel, ainsi que de l'éventuel contrôle de légalité « post-homologation » qui peut être effectué par le juge national, l'AFNOR est soumise au contrôle du comité d'audit et d'évaluation qui est « chargé d'organiser l'évaluation de l'activité des bureaux de normalisation […] et de contrôler la conformité et l'efficacité de l'activité[1] » de l'AFNOR. Notamment, le comité d'audit et d'évaluation revêt un rôle essentiel dans le souci d'évaluer l'ouverture du processus de normalisation en vérifiant « la bonne association de toutes les parties intéressées dans les travaux des bureaux de normalisation, notamment les associations de consommateurs, les syndicats représentatifs de salariés et les petites et moyennes entreprises[2] ». En effet, un tel contrôle semble être incontournable afin d'empêcher une dérive corporatiste, qui est naturellement stimulée par la spécificité des connaissances nécessaires afin de pouvoir participer au processus de normalisation. Toutefois, étant effectué *ex post*, le contrôle du comité ne pourra que mettre en exergue une carence de participation, sans pouvoir exercer une véritable influence sur la composition des bureaux et des commissions. Dans ce sens, force est de remarquer la possibilité que les bureaux de normalisation deviennent de véritables « émanations des organisations professionnelles[3] » car, comme le souligne Andrée Brunet, ces bureaux ont été créés « sous l'esprit » du décret du 24 mai 1941, qui prévoyait, notamment, qu'ils fussent « constitués à la diligence et sous l'autorité des groupements professionnels[4] ». Aussi, en considérant que les coûts liés à la participation aux travaux des commissions de normalisation peuvent être supportés plus aisément par de grands groupes industriels, il semble évident que les « parties intéressées » disposant d'une capacité financière plus importante jouissent d'un avantage remarquable en ce qui concerne l'accessibilité aux processus décisionnels[5] et, par conséquent, la possibilité d'exercer une influence continue.

1. D. nº 2009-697, 16 juin 2009, art. 8.

2. *Ibid.*

3. A. Brunet, « Les acteurs de la normalisation », *op. cit.*, p. 108.

4. *Ibid.*, p. 109.

5. Dans ce sens, Jacques Chevallier a remarqué que « l'accessibilité des acteurs sociaux aux processus décisionnels dépend des ressources qu'ils peuvent mobiliser, de leur degré d'organisation, ainsi que de leur aptitude à se plier aux contraintes du jeu collectif ». J. Chevallier, *L'État post-moderne*, *op. cit.*, p. 214.

159 Enfin, on se doit de souligner que, bien que l'homologation de la norme technique corrobore une conception étatique du pluralisme juridique, la prolifération de vecteurs normatifs « non homologués » – tels que la standardisation et la régulation contractuelle élaborées par des acteurs privés – met en exergue l'utilité d'une gouvernance multi-acteurs et multi-niveaux afin

de considérer les différentes options régulatoires et confier la fonction de régulation à l'entité qui pourra l'exercer de la façon la plus efficace et indépendamment par rapport aux intérêts particuliers.

SeCtiON **3**

Conclusion préliminaire

160 Comme nous l'avons mis en lumière au fil de ce premier chapitre, le glissement « de la pyramide au réseau » doit être lu à l'aune d'une pluralité de facteurs intimement mêlés. D'une part, le modèle légal-rationnel pyramidal prôné par Weber nécessite d'être corrigé afin de pouvoir saisir et réguler des phénomènes qui excèdent la dimension nationale et qui sont caractérisés par un haut niveau de spécificité, tels que les différents domaines fonctionnels du marché et leurs intersections avec la protection des droits fondamentaux. D'autre part, la hiérarchie monolithique des normes, délinéée par Hans Kelsen, se voit concurrencée par des outils régulatoires « atypiques » d'origine non étatique – généralement assimilés à de la *soft law* – qui peuvent être considérés comme le produit d'une croissante vie sociale transnationale et qui, nonobstant l'absence de force contraignante formelle, revêtent un rôle extrêmement important afin de réguler les susdits phénomènes transnationaux.

161 Force est donc de remarquer que la consolidation d'une structure réticulaire devient nécessaire en raison de la cohabitation d'une normativité impérative et centrifuge, esquissée par les législateurs, et d'une normativité d'adhésion, pétrie de façon autonome par des acteurs privés et sociaux, ou en vertu d'une coopération public-privé se déroulant dans des instances ayant une dimension mondiale, régionale ou nationale. Ainsi, la coexistence d'une pluralité de centres de régulation et l'hétérogénéité des instruments régulatoires produits par ceux-ci suggèrent l'intérêt d'une gouvernance multi-acteurs et multi-niveaux, afin de permettre la concertation, la consultation, la coopération et la coordination – c'est-à-dire une « gouvernance en 4C[1] » – entre les différents acteurs qui régulent et qui sont régulés dans un secteur spécifique. On peut donc inférer que la gouvernance est susceptible de permettre une nouvelle dynamique démocratique, en élargissant le spectre des sujets légitimés à la participation dans le façonnement de la société postmoderne, lorsque les modalités d'interaction de ces sujets sont définies sur la base « de la transparence, de l'imputabilité et de la participation[2] ».

1. Voir n[os] 78 et s.

2. Dans ce sens : J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.* ; P. Hirst, "Democracy and Governance", *op. cit.* ; OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, *op. cit.* ; World Bank, *Governance. The World Bank Perspective*, *op. cit.*

162 Dans ce contexte, l'État se voit concurrencé par d'autres foyers de production normative et est donc obligé de réformer son rôle[1] en devenant un arbitre, un régulateur et un contrôleur, afin de borner le pouvoir des acteurs économiques, lesquels sont motivés par une logique de marché et non pas par la sauvegarde de l'intérêt public. Au cours du prochain chapitre, nous analyserons l'évolution de l'Internet, dans le souci de mettre en exergue sa structure essentiellement polycentrique, dans le cadre de laquelle les acteurs privés revêtent un rôle primordial, le pluralisme normatif qui découle d'une telle architecture et la nécessité de localiser les « principes constitutionnels » du réseau des réseaux dans des outils normatifs d'origine non étatique, plutôt que dans des règles de droit positif.

1. Voir n[os] 125 et s.

163 Le paradigme gouvernantaliste ne se limite donc pas à une simple réorganisation de l'architecture administrative étatique, sur la base des axiomes du NPM, mais vise à consacrer l'inclusion de parties prenantes non étatiques par le biais de démarches associatives dont le but est d'obtenir une « meilleure régulation ». Dans ce sens, nous pouvons remarquer la correction des logiques néolibérales incarnées dans le « consensus de Washington[1] », par le biais d'une approche participative, qui semble s'exprimer dans le « consensus de Copenhague[2] » et qui, dans le domaine internautique, sera consacré par le « consensus de Tunis[3] ». D'une part, cette évolution vise à l'amélioration des politiques publiques et des différentes formes de régulation par la prise en considération des « effets externes » qu'elles peuvent déterminer sur l'ensemble des *stakeholders*. D'autre part, la contribution des *stakehoders* ne se limite pas à la concertation et à la consultation à titre liminaire, mais peut se concrétiser dans un effort collaboratif visant à l'élaboration d'outils de régulation sectorielle, ainsi que dans la coopération et la coordination avec les pouvoirs publics afin de contribuer à une mise en œuvre efficace de ces outils. Ainsi, comme nous l'avons suggéré dans la première section et comme nous le mettrons en exergue lors de l'analyse du modèle de cadre sur la neutralité du Net[4], l'apport participatif des parties prenantes non étatiques par le biais d'une « gouvernance en 4C » peut mener à l'élaboration de véritables modèles de lois, expression d'un effort multi-parties prenantes visant à la formulation d'outils technoscientifiques efficaces. Le but de ces outils de *soft law* est, en effet, la régulation d'enjeux particulièrement spécifiques, en conjuguant les logiques technoscientifiques avec les différents intérêts mis en exergue par les parties prenantes. Pour cette raison, leur élaboration doit se dérouler par le truchement d'un processus transparent et stimulant la participation du plus grand nombre de sujets intéressés dans le but de considérer l'entier éventail d'intérêts concernés.

1. Dans ce sens, Jules Duchastel souligne que l'expression « *Consensus de Washington* résume de manière imagée le programme néolibéral. La localisation des principales organisations internationales à vocation économique, le FMI et la Banque mondiale, dans la capitale américaine […]. Le *Consensus de Washington* repose sur la conviction que l'État représente un obstacle au développement et que seul le marché est apte à créer de la richesse et à permettre

ultimement sa juste distribution ». J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*

2. Dans ce sens, Jules Duchastel souligne que « le sommet mondial sur le développement social tenu à Copenhague en 1995 représente un moment fort dans la mobilisation et la concertation des groupes de la société civile vers une resocialisation sinon une repolitisation de l'espace de régulation transnationale » et que le nouveau « *Consensus de Copenhague* fait le pari d'évaluer les conséquences économiques des politiques néolibérales dans les mêmes termes de profits, de déficits et de retour sur l'investissement ». *Ibid.*

3. Voir n° 277.

4. Voir n^{os} 527 et s.

164 Dans ce premier chapitre, nous avons mis en lumière que la fonction de régulation sectorielle peut être déléguée à des entités administratives sectorielles – ayant une dimension nationale ou internationale – mais aussi à des entités privées, dont les instruments autorégulatoires ou la régulation privée sont susceptibles d'être « légitimés » ou « homologués » par les pouvoirs publics. Dans le prochain chapitre, nous examinerons le pluralisme normatif internautique afin de mettre en exergue la superposition d'une pluralité d'outils régulatoires, dont l'adoption ne dépend pas de leur homologation par les pouvoirs publics mais, au contraire, de leur efficacité technique, de leur instrumentalité dans le souci de faciliter les logiques marchandes ou de leur effectivité dans le but de réguler contractuellement des cyberespaces donnés.

165 Cette étude visera donc à étudier les différentes sphères de normativité qui se juxtaposent et qui interagissent dans le cadre de l'environnement internautique, ainsi que les différents mécanismes gouvernantalistes à l'origine de ces sphères de normativité, dans le but de pouvoir « distiller » les principes permettant de mettre en œuvre une gouvernance de l'Internet qui soit à la fois efficace et démocratique.

CHaPitre **2**

Le pluralisme normatif internautique

« La seule constante de l'Internet c'est le changement. »

B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, RFC 1958, juin 1996.

166 Comme nous l'avons souligné au cours du premier chapitre, la gouvernance se caractérise par l'interaction d'acteurs de nature différente lesquels peuvent élaborer des vecteurs normatifs hétérogènes qui coexistent, régulant les aspects différents d'un même phénomène. Le concept de la gouvernance est donc intimement lié à un changement de paradigme qui peut être idéalement représenté par le glissement de l'organisation pyramidale vers une structure en réseaux. Cette mutation de paradigme, qui se fonde sur la participation d'acteurs non institutionnels dans l'élaboration et la mise en œuvre des outils régulatoires, a été favorisée par la diffusion des TIC et notamment par l'Internet[1].

1. Selon Yves Poullet, ce sont les caractéristiques mêmes des TIC qui sapent les fondements du droit : « la globalisation, la dématérialisation, le caractère interactif, l'absence de toute autorité centrale, heurtent les bases mêmes de l'action réglementaire ou plaident en tout cas pour des modes de régulation nouveaux dont le droit étatique a été écarté dans un premier temps. Son retour progressif s'explique au fur et à mesure que l'Internet devient un fait sociétaire majeur et que ses applications envahissent nos entreprises, administrations et foyers ». Y. Poullet, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, Hiver/Winter 2006, disponible sur *www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm*. Aussi, dans ce sens : P. Trudel, *Droit du cyberespace*, Thémis, Montréal, 1997 ; E. Katsch, *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York, 1995.

167 Plusieurs auteurs[1] ont ainsi souligné que la régulation du réseau Internet, comme celle de tout secteur qui excède les frontières nationales, demande l'utilisation conjointe d'une pluralité d'instruments normatifs afin de pouvoir aboutir à des résultats efficaces. L'ensemble des vecteurs normatifs qui encadrent l'environnement internautique se déploie donc sur plusieurs dimensions intimement liées : une dimension d'origine étatique, laquelle est susceptible de donner lieu à une juxtaposition de sphères normatives

publiques, lorsque la protection de valeurs « domestiques » de la part de la législation nationale produit des « effets extraterritoriaux[2] » ; une dimension corégulatoire qui s'inscrit dans une logique coopérative, dans le cadre de laquelle les acteurs étatiques peuvent « orienter » l'autorégulation élaborée par des acteurs non étatiques ; et une dimension privée qui peut s'articuler par le biais d'une approche autorégulatoire ou par le truchement d'une régulation privée ou *private ordering*, dans le cadre de laquelle les acteurs non étatiques définissent des règles contractuelles et des standards de façon autonome par rapport aux pouvoirs publics. Cette pluralité dimensionnelle donne donc lieu à un entremêlement d'outils de nature différente dont les caractéristiques systémiques seront analysées au cours de cette section.

1. Dans ce sens : E. Katsh, *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press US, 1989 ; H. H. Jr. Perrit, "The Internet as a Threat to Sovereignty ? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *Chicago-Kent College of Law*, Illinois Institute of Technology, vol. 5, nº 2 ; O. Pollicino et M. Bassini, "Internet Law in the Era of Transnational Law", *EUI Working Papers*, 2011 ; J. R. Reidenberg, "Governing Networks and Cyberspace Rule-Making", *Emory Law Journal*, vol. 45.

2. Dans ce sens : J. R. Reidenberg, "Yahoo and Democracy on the Internet", *Jurimetrics Journal*, vol. 42, 2002, p. 261-280 ; T. Schultz, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface", *The European Journal of International Law*, vol. 19, nº 4, 2008 ; UNODC, *Comprehensive Study on Cybercrime*, mai 2013.

168 Aussi, nous mettrons en exergue qu'en raison de la méthode participative et non hiérarchique grâce à laquelle la structure technique de l'Internet a été conçue – qui se reflète dans son organisation décentralisée et dans la conséquente capacité d'autonomisation de l'utilisateur ou « *end-user empowerment* » –, l'Internet a représenté l'environnement propice à la mise en place d'une véritable « cyberdémocratie mondiale ». Cette dernière est gérée par un corpus de règles qui commence « à être [mis] en œuvre à l'intérieur même du réseau, avant d'être progressivement [étendu] par osmose à l'ensemble des institutions du monde international réel[1] ». En effet, les différents réseaux qui composent l'Internet[2], ainsi que les comportements des individus ayant accès à ces réseaux, sont façonnés par le biais d'une pluralité d'instruments normatifs qui excèdent la seule réglementation étatique en donnant naissance à une juxtaposition de « règles » de nature diverse. L'Internet peut donc être considéré comme un véritable cas de figure de coexistence de plusieurs idéaux-types régulatoires de nature différente[3] qui s'influencent réciproquement et interagissent dans le cadre de la « gouvernance internautique[4] ».

1. B. Warusfel, « La gestion de l'Internet entre autorégulation et rivalités institutionnelles : un phénomène mondial à la recherche de son modèle de gouvernance », *Annuaire français de relations internationales*, nº 1, 2000.

2. L'Internet est « une collection de réseaux interconnectés par un ensemble de routeurs qui leur permettent de fonctionner comme un seul large réseau virtuel ». O. Jacobsen et D. Lynch, *Glossaire des termes réseaux, RFC 1208*, mars 1991, p. 7, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/pdf/rfc1208.pdf*
Aussi, l'Internet peut être structuré en « systèmes autonomes », c'est-à-dire des ensembles de routeurs sous une seule administration technique. Un système autonome peut être géré par un plusieurs opérateurs de réseaux ayant une politique de routage unique et clairement définie. J. Hawkinson et T. Bates, « Lignes directrices pour la création, sélection, et l'enregistrement d'un système autonome (AS) », *RFC 1930*, mars 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1930#section-3* ; R. Housley *et al*., *The Internet Numbers Registry System, RFC 7020*, août 2013 disponible sur *www.rfc-editor.org/rfc/rfc7020.txt*

3. À ce sujet, Jacques Chevallier souligne que « les difficultés de régulation d'Internet […] témoigneraient, non seulement de l'incapacité de l'État à saisir un objet dématérialisé n'ayant pas de contact avec un territoire, mais aussi

de l'inadéquation des frontières entre les catégories juridiques classiques ». J. Chevallier, « L'État post-moderne », *Dr. et sociétés*, LGDJ, vol. 35, Paris, 2003, p. 129. Aussi : Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, 2004.

4. C'est en raison du lien intime entre les différents outils de régulation de l'Internet que Lawrence Solum invite à « se concentrer sur la connexion entre l'architecture de l'Internet et les politiques sociales » afin de pouvoir comprendre les différentes facettes de la gouvernance de l'Internet. L. B. Solum, "Models of Internet Governance", L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, Oxford University Press, 2009.

169 Comme l'a mis en lumière Joel R. Reidenberg, « l'Internet et ses flux d'information numérisés bouleversent le droit et la stabilité juridique. Le cyberespace et son réseau mondial, composés de petits réseaux et d'ordinateurs "tissés dans une sorte de grande toile d'araignée", reposent sur une dématérialisation et une délocalisation des activités économiques et sociales[1] ». En effet, au fil de l'histoire (et de la préhistoire) de l'Internet, un éventail d'acteurs – au fur et à mesure plus ample – a pu consacrer son rôle dans la gestion et la régulation d'un « système mondial de réseaux d'ordinateurs interconnectés[2] », dont la dimension transnationale se juxtapose aux diverses dimensions nationales, en donnant naissance à un véritable système polycentrique de gouvernance.

1. J. R. Reidenberg, *L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberespace*. Présentation au colloque « Les incertitudes du droit ? » à la Faculté de droit de l'université de Montréal, 23 mars 1998, disponible sur *www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf*

2. I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet*, 2004, disponible sur *www.nethistory.info*

170 Le fonctionnement et la régulation du réseau Internet se fondent donc sur la coexistence de plusieurs « familles axiologiques[1] » de règles qui mettent en situation de concurrence les différentes valeurs dont ces sphères normatives sont porteuses. Dans cette section, nous analyserons le développement du réseau Internet afin de pouvoir mettre en évidence les différents instruments régulatoires qui le régissent, et, afin de comprendre comment son actuelle structure de gouvernance multi-acteur et multi-niveau s'est développée. En effet, l'évolution de l'Internet a vécu plusieurs étapes qui ont déterminé une complexification graduelle de ses modalités organisationnelles et qui ont permis d'aboutir à l'actuel entremêlement d'autorégulations techniques, de régulation privée et de réglementations étatiques.

1. Dans ce sens : J. Do-Nascimento, « L'Internet entre acteurs publics et privés. Vers une régulation centrifuge ou centripète ? », *in* A. Dahmani, J. Do-Nascimento, J.-M. Ledjou et J.-J. Gabas, *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*, 2007, p. 67.

171 Le caractère transnational des interactions ayant lieu dans le cadre d'une interconnexion de réseaux électroniques « appelle des approches allant au-delà du seul droit étatique[1] » mettant en exergue la valeur normative[2] de la « *lex informatica* » de la « *lex electronica*[3] », instruments de régulation non étatique qui coexistent avec des sources normatives d'origine publique. Notamment, ces divers vecteurs normatifs peuvent être

considérés comme les produits des différents processus d'établissement de régimes internationaux – c'est-à-dire l'harmonisation multilatérale, l'imposition unilatérale et la diffusion transnationale – que nous avons énoncées précédemment[4] et qui permettent à des acteurs publics et privés de « réguler » les réseaux électroniques et les différents « cyber-espaces » qui composent l'Internet. Ainsi, comme nous le mettrons en exergue, les acteurs privés ayant la capacité de réguler les réseaux dans lesquels s'articule l'Internet, ainsi que les acteurs pouvant réguler les « plateformes en ligne » par le biais desquelles les services de la société de l'information peuvent être fournis, jouissent d'un véritable pouvoir normatif puisque leur régulation peut faciliter ou limiter l'exercice des droits des utilisateurs d'Internet[5].

1. P. Trudel, « La Lex electronica », *in* C.-A. Morand (ss. la dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, 2001.

2. Tel que le souligne Pierre Trudel, « [l]es régulations peuvent découler de normativités technologiques, de normativités gestionnaires ou de normativités juridiques. Rien n'indique que la normativité juridique ou une autre logique normative soit invariablement en position dominante. Il y a en effet concurrence entre les diverses logiques en vertu desquelles se produisent les régulations : les logiques technologiques, celles du marché et les logiques du droit ne concordent pas toujours ». P. Trudel, *La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux*, texte préparé pour le cours DRT 3808, 2010, p. 6, disponible sur *www.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/RegulInternetmodelereso.pdf*
Aussi, dans ce sens, Thomas Schultz met en exergue la valeur normative de l'autorégulation et de la « régulation par la technique », T. Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne : Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005, p. 103-108 et 123-127.

3. Les formules « *lex informatica* » et « *lex electronica* » se rapprochent intentionnellement de l'expression « *lex mercatoria* », dans le souci de mettre en évidence leurs origines et développements en dehors des institutions politiques traditionnelles. D'une part, la *lex mercatoria* fait référence à l'ensemble de règles originairement développées et mises en œuvre par les marchands médiévaux afin de régir les échanges commerciaux transfrontaliers. Cet outil autorégulatoire a été développé, depuis le XI^e siècle, par les réseaux de commerçants parcourant la région méditerranéenne, en l'absence d'une autorité étatique effective. D'autre part, la *lex informatica* fait référence à l'ensemble de protocoles et de standards développés par la communauté technique et par des acteurs privés qui permet le bon fonctionnement du réseau Internet, tandis que la *lex electronica* désigne « l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique » généralement incorporées dans des accords contractuels. V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex electronica », *RDAI*, n° 5, 1997, p. 547. Aussi, dans ce sens : L. Lessig, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harward Law Review*, n° 113, 1999 ; *id*., *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, 2006 ; H. J. Kleinsteuber, "The Internet between Regulation and Governance", *in* OSCE, *The Media Freedom Internet Cookbook*, Vienna : OSCE, 2004 ; J. R. Reidenberg, "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology", *Texas Law Review*, vol. 76, n° 3, févr. 1998. Pour une digression concernant la *lex mercatoria*, E. Loquin, « Où en est la lex mercatoria ? », *Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XX^e siècle*, Mélanges Ph. Kahn, Litec, 2000 ; F. Osman, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, 1992.

4. Voir n^os 20 et s.

5. Comme le constate John Ruggie, représentant spécial du secrétaire général des Nations unies chargé de la question des droits de l'Homme, des sociétés transnationales et autres entreprises de 2005 à 2011, l'activité des acteurs du secteur privé peut avoir une incidence considérable sur un ample éventail de droits de l'Homme. Pour cette raison, le cadre de référence « protéger, respecter, réparer » adopté par le Conseil des droits de l'Homme des Nations unies en juin 2011 a attribué aux entreprises la responsabilité de respecter les droits de l'Homme, ce qui suppose « qu'elles évitent de porter atteinte aux droits d'autrui et qu'elles remédient aux effets négatifs sur les droits de l'Homme dont elles sont responsables ». Dans ce sens : CIDSE, « Le cadre des Nations unies "Protéger, respecter, réparer" et ses Principes directeurs : moteurs du changement ? », mars 2013 ; Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du Représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie, op. cit.*
La responsabilité des acteurs privés est particulièrement évidente lorsqu'on considère les conséquences des régulations privées adoptées aussi bien par les opérateurs qui gèrent les réseaux électroniques composant l'Internet, que par les prestataires de services, notamment en ce qui concerne la possibilité de limiter la pleine jouissance de la liberté d'expression ou du droit à la vie privée des usagers. Pour cette raison, l'auteur de ce travail a décidé de proposer la création d'une coalition dynamique sur la responsabilité des plateformes en ligne dans le but d'élaborer des clauses contractuelles modèles qui pourraient être adoptées par les prestataires de services, par diffusion transnationale, en raison de leur efficacité. Les détails de cette initiative seront élucidés dans la deuxième partie de ce travail.

SeCtiON **1**

Le rôle incontournable de la *lex informatica*

172 La préhistoire et les premières décennies de l'histoire de l'Internet ont été marquées par le rôle primordial de la communauté technique, composée de chercheurs et d'informaticiens, laquelle a conçu les instruments d'autorégulation – et les logiciels mettant en œuvre ces instruments – en vertu desquels le réseau Internet a pu être bâti. Comme nous le soulignerons au cours de cette section, en raison de sa conception et de son développement au sein de la communauté scientifique et en dehors du contrôle étatique, l'Internet a déterminé la perte du monopole normatif étatique[1] et, parallèlement, la montée en puissance de vecteurs normatifs d'origine privée. En effet, la structure logique de l'Internet est réglée par des protocoles[2] et des standards techniques, dont l'élaboration et la mise en œuvre – par des acteurs privés – peuvent être considérées comme la signification originelle de l'expression « gouvernance de l'Internet[3] ». Notamment, l'interopérabilité[4] des réseaux électroniques composant l'Internet – caractéristique fondamentale de l'Internet – est garantie par les protocoles et standards élaborés par la communauté technique, essentiellement composée de représentants du secteur privé et d'universitaires.

1. À ce sujet : E. Loquin et C. Kessedjian, *La mondialisation du droit. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux* (CREDIMI), vol. 19, 2000.

2. Les protocoles sont de simples procédures visant à permettre l'échange de données et, plus particulièrement, les protocoles Internet peuvent être définis comme des « séries de règles et conventions en vertu desquelles des ordinateurs différents peuvent communiquer entre eux ». A. S. Tanenbaum, *Computer Networks*, vol. 17, Prentice Hall, 1996, cité *in* L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper n° 55*, juin 2003, note 101. Les protocoles de communication sont donc des spécifications techniques dont le but est l'interopérabilité et la connexion des réseaux. Comme le souligne Laura DeNardis, « *protocols are literally the blueprints, or standards, that technology developers use to manufacture products that will inherently be compatible with other products based on the same standards. Routine Internet use involves the direct engagement of hundreds of standards ranging from Bluetooth wireless, Wi-Fi standards, the MP3 format for encoding and compressing audio files, an array of VoIP protocols, HTTP for information exchange among Web browsers and servers* ». L. DeNardis, "The Emerging Field of Internet Governance", *Yale Information Society Project Working Paper Series*, sept. 2010, p. 6. Ainsi, comme Mathiason *et al*. l'ont mis en exergue, « le concept clé est l'"interconnexion de réseaux" : les protocoles Internet ont été conçus pour relier des réseaux à d'autres réseaux ». J. Mathiason *et al.*, "Internet Governance: The State of Play", *The Internet Governance Project*, 9 sept. 2004, p. 6.

3. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith, "From Internet Governance to Internet Politics", *in* F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, 2012, p. 19.

4. Comme nous l'avons mis en exergue, « l'interopérabilité est la capacité d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement les informations échangées ». Cass. 1re civ., 20 oct. 2011, n° 975 (10-14.069).

173 Comme nous le mettrons en exergue, la « standardisation Internet » donne lieu à un véritable « régime international[1] » qui se propage par le biais d'un mécanisme de diffusion transnationale[2]. Aussi, nous remarquerons que, l'utilisation d'instruments d'autorégulation mis en œuvre par le biais de logiciels informatiques se révèle être particulièrement intéressante, non seulement en raison de son aptitude à saisir des environnements virtuels et transnationaux, mais aussi en raison de la remarquable efficacité de ses

instruments, due à leur mise en œuvre automatique[3] (*self-enforcement*) et potentiellement indépendante de la coercition étatique. C'est donc cette indépendance de l'autorégulation et de la régulation privée des frontières territoriales étatiques – et, par conséquent, des pouvoirs publics en ce qui concerne leur mise en œuvre – qui défie la primauté de la régulation étatique, en favorisant l'instauration d'une gouvernance de l'Internet caractérisée par la « concurrence des souverainetés[4] ».

1. Voir n[os] 73 et s.

2. *Ibid.*

3. Jonathan Zittrain appelle cette mise en œuvre automatique « préemption », en soulignant que la technologie numérique moderne est particulièrement propice à préempter. Notamment, Zittrain met en exergue que, d'une part, les partisans de la préemption numérique exaltent son potentiel d'élimination de la possibilité de choisir un comportement illégal *ab originem*, tandis que, d'autre part, les critiques de la préemption soulignent le potentiel restrictif que la privation de la liberté de choix peut avoir sur les individus, même si cela est dans un effort de prévention de crimes. J. Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It*, 2008, p. 108-112.

4. K. Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica*, vol. 8, n° 1, automne 2002, disponible sur *www.lex-electronica.org/docs/articles_135.pdf*

SOUS-SECTION 1

L'état de nature internautique : une gouvernance à vocation technique

174 Les balbutiements de l'Internet ont eu lieu entre 1957 et le début des années 1970[1], période au cours de laquelle le gouvernement étasunien entreprit le financement de plusieurs projets visant à la création d'un réseau de communications résistant et décentralisé[2]. La création de l'*Advanced Research Projects Agency* (ARPA[3]), une agence exécutive rattachée au département de la Défense étasunien, a notamment représenté le premier pas dans la direction de l'élaboration du réseau ARPANet, une forme « archaïque » d'Internet qui, pour la première fois, a mis en communication plusieurs « nœuds » constitués par des ordinateurs localisés dans plusieurs universités ayant une relation contractuelle avec l'ARPA[4]. Cette forme embryonnaire d'Internet était fondée sur le concept de la « commutation de paquets de données[5] » ou *packet-switching* et sur la technique du « *time-sharing*[6] ». Ces deux idées se révélèrent essentielles pour le développement du réseau. Toutefois, le réseau ARPANet se limitait à mettre en communication un ordinateur par institution connectée. Il est donc essentiel de souligner que bien qu'ARPANet puisse être considéré comme l'ancêtre de l'Internet, il constituait en réalité un réseau d'ordinateurs[7] et non pas une interconnexion de réseaux d'ordinateurs, ce qui est la caractéristique fondamentale de l'Internet.

1. Bien que le berceau de l'Internet soit essentiellement étasunien, il doit être considéré comme un enfant ayant plusieurs pères. En effet, il est le résultat d'un effort coopératif dans le cadre duquel plusieurs projets scientifiques se sont entremêlés. À ce propos : F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *Le Temps des médias*, n° 18, 2012/1, p. 31 ; I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet*, *op. cit*.

2. En effet, ce fut en octobre 1957 que, suite au lancement du satellite Spoutnik I, le gouvernement des États-Unis comprit que son territoire était devenu vulnérable à de potentielles attaques nucléaires soviétiques provenant de

satellites. Le Congrès étasunien créa donc une nouvelle agence de recherche dans le souci de développer un système de communication en mesure de faire face à la menace nucléaire soviétique. Bien que cela ne fût pas la cause directe de la création de l'Internet, les stratégies militaires et défensives étasuniennes subirent un changement substantiel, en promouvant la création d'outils de communication dont la structure décentralisée aurait pu résister à des attaques extérieures. Dans ce sens : J. Bing, "Building cyberspace: a brief history of Internet", *in* L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions, op. cit.* Comme le souligne Ian Peter, « *Bob Taylor, the Pentagon official who was in charge of the Pentagon's Advanced Research Projects Agency Network (or Arpanet) program, insists that the purpose was not military, but scientific* ». I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet, op. cit.*

3. Ce fut le secrétaire à la Défense Neal McElroy qui, le 21 octobre 1957, présenta la création de l'ARPA au Congrès étasunien. J. Bing, "Building Cyberspace: a brief History of Internet", *op. cit.*, p. 19. Ensuite, le 23 mars 1972, la dénomination de l'agence indépendante changea, en devenant *Defense Advanced Research Project Agency* (DARPA).

4. Lorsque ARPAnet devint opérationnel, ses deux premiers nœuds furent l'université de Californie à Los Angeles (UCLA) et l'institut de recherche de Stanford (SRI) auxquels s'ajoutèrent rapidement l'université de Californie à Santa Barbara et l'université de l'Utah. J. Bing, "Building Cyberspace: a brief History of Internet", *op. cit.*, p. 23-25. À ce moment-ci, la gestion de ce « réseau » était confiée à l'équipe de chercheurs qui avait créé ces nœuds. À ce sujet : J. Malcolm, *Multi-Stakeholder Governance and the Internet Governance Forum*, Terminus Press, Perth, 2008, p. 31.

5. Le concept de « commutation de paquets de données » est un élément essentiel dans le but de la transmission d'informations sur Internet. À la différence des réseaux traditionnels, fondés sur la « commutation de circuits », les réseaux de commutation de paquets ne nécessitent pas d'un chemin (c'est-à-dire d'une ligne) prédéfini afin de transmettre des données d'une extrémité à une autre, car les différents paquets peuvent être acheminés par le biais de différents chemins. D'une part, Paul Baran a développé le concept de commutation de paquets dans le cadre de ses recherches pour l'US Air Force, concernant les réseaux de communication distribuée, publiés en 1962, concept ultérieurement détaillé dans une série de onze articles intitulée "*On Distributed Communications*", en 1964. Dans ces documents, Baran fonde les réseaux de commutation de paquets sur trois idées principales : en premier lieu, une architecture distribuée permettant de rejoindre un même point par le biais de plusieurs chemins ; en deuxième lieu, la fragmentation des messages dans des « blocs de message », qui seront successivement définis comme « paquets » ; et, en troisième lieu, l'acheminement des blocs par le biais de la méthode de commutation dite « *store and forward* ». P. Baran, "On Distributed Communications Networks", The RAND Corporation, Santa Monica, sept. 1962, disponible sur *http://pages.cs.wisc.edu/~akella/CS740/F08/740-Papers/Bar64.pdf*
D'autre part, un mécanisme analogue avait été théorisé par Donald Davies au *National Physical Laboratory* (NPL), au Royaume-Uni, en 1965. Davies développa le concept de « réseaux à commutation de paquets » et proposa la création d'un réseau national de commutation de paquets, en 1967. L. G. Roberts, "The Evolution of Packet Switching", *Proceedings of the IEEE*, vol. 66, nº 11, p. 1307-1313, 1978 ; R. Zakon, *Hobbes' Internet Timeline, RFC 2235*, nov. 1997, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2235*
Enfin, sur la base des travaux de Paul Baran, le français Louis Pouzin avait théorisé la communication par le biais de « datagrammes », des paquets de données acheminés de façon indépendante et ré-assemblés au point de destination. Ce concept fut mis en œuvre en 1972, par le truchement du réseau Cyclades. L. Pouzin, "A Proposal for Interconnecting Packet Switching Networks", *Proceedings of EUROCOMP*, Bronel University, mai 1974, p. 1023-36 ; *id., The Cyclades computer network: towards layered network architectures*, North-Holland Pub. Co., 1982 ; A. Simeray, *A Technical History of CYCLADES*, 10 janv. 1998, disponible sur *www.cs.utexas.edu/users/chris/think/Cyclades/Bibliography/interview.htm*

6. La technique du *time-sharing* visait à permettre à des institutions de recherche de partager la puissance de traitement d'« ordinateurs centraux » avec d'autres institutions lorsque celles-ci devaient entreprendre des opérations de calcul particulièrement conséquentes. Dans ce sens : I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet, op. cit.*
L'idée d'une interconnexion d'ordinateurs à distance exploitant la technique du *time-sharing* avait déjà été abordée par le système *Semi-Automatic Ground Environment* (SAGE), un projet de défense aérienne développé par le *Massachusetts Institute of Technology* (MIT) entre 1950 et 1963, qui, pour la première fois dans l'histoire, mit en pratique une interaction entre plusieurs ordinateurs. Dans ce sens : D. F. Winkler et J. L. Webster, *Searching the Skies: The Legacy of the United States Cold War Defense Radar Program*, 1997.

7. Dans ce sens : DARPA, *A History of the ARPAnet: The First Decade*, Rapport nº 4799 préparé par Bolt Beranek and Newman, Inc., Arlington, Virginia, 1er avr. 1981.

175 Tout comme la communication entre les réseaux qui composent l'Internet, celle entre les nœuds d'ARPANet a été rendue possible grâce à l'utilisation d'une série de « protocoles de communication », à savoir des documents autorégulatoires définissant un système de règles communes, qui étaient élaborées par le groupe de travail sur le réseau (*Network Working Group*), à partir de 1968. Ces documents étaient diffusés parmi les membres de ce groupe, afin que chaque personne concernée puisse les commenter et proposer d'éventuelles modifications concernant leur contenu. Comme Jon Bing l'a mis en exergue, le groupe de travail sur le réseau peut être vu

comme le « premier exemple de gouvernance de l'Internet » et ses pratiques sont encore aujourd'hui à la base de certains mécanismes d'élaboration de la *lex informatica*, un corpus d'outils autorégulatoires qui regroupe les protocoles et les standards définissant l'architecture internautique. Ainsi, on se doit de souligner que, dès son origine, l'Internet a été le résultat d'un effort collaboratif visant à déterminer des règles et des procédures communes, considérées comme essentielles afin de pouvoir mettre en place une interconnexion efficace de « nœuds » – et par la suite de réseaux – d'ordinateurs. Comme nous le soulignerons dans les paragraphes qui suivent, la méthode participative et l'indépendance des pouvoirs publics ont caractérisé, jusqu'à présent, l'élaboration de la *lex informatica*.

§ 1 – La *lex informatica* : une autorégulation « performative »

176 Bien que le développement du réseau ARPANet – et, ensuite, de l'Internet – se soit déroulé sous l'impulsion d'une agence étasunienne – à savoir l'ARPA[1] –, son évolution a eu lieu en toute autonomie de l'Administration étasunienne. En effet, le fonctionnement et l'interopérabilité des réseaux électroniques qui composent l'Internet sont le fruit de l'intersection d'une pluralité de travaux de recherche, souvent développés en dehors des États-Unis[2], dont la compatibilité et la coordination ont été permises par l'utilisation de standards et de protocoles élaborés par une communauté scientifique internationale, partageant des objectifs et des valeurs communs. Ainsi, dans le souci de garantir la compatibilité des différentes technologies utilisées – par exemple, afin de permettre la connexion aux « ordinateurs centraux[3] » dans le cadre de la technique du *time-sharing* – la communauté des fondateurs de l'Internet a développé la *lex informatica*, une série de protocoles de nature autorégulatoire. Bien que le but ultime de la *lex informatica* soit la facilitation de l'interopérabilité, force est de remarquer que, comme le soulignait le rapport *Paul*, ces outils autorégulatoires ne se limitent pas aux aspects techniques, mais peuvent établir de véritables « règles de conduite[4] », qui consacrent une sorte de « contrat social internautique » en vertu duquel chaque membre de la communauté internautique a intérêt à se conformer à l'« autorégulation communautaire[5] ».

1. En 1972, l'ARPA est devenue DARPA, acronyme signifiant *Defense Advanced Research Projects Agency*, c'est-à-dire « agence pour les projets de recherche avancée de défense ». *www.darpa.mil/*

2. Dans ce sens, nous pouvons rappeler, par exemple, que le concept fondamental de « commutation de paquets » est le fruit de plusieurs travaux de recherche développés par des individus et des entités différents dans des États différents. Voir n° 174, note 5.

3. Voir n° 174, note 6.

4. C. Paul, *Du droit et des libertés sur Internet, rapport au Premier ministre*, La Documentation française, Paris, coll. « Rapports officiels », 2001, p. 45.

5. Un exemple emblématique de cette autorégulation communautaire peut être identifié dans la Nétiquette, document qui consacre, la « première source en date de régulation de l'Internet ». Celle-ci consistait en un ensemble de lignes directrices que les « nouveaux » usagers d'Internet auraient dû suivre afin de faciliter l'interaction entre individus en ligne. L'efficacité de la Nétiquette ne s'appuyait pas sur la contrainte juridique mais sur la sanction sociale, c'est-à-dire l'exclusion de la communauté technique du sujet qui ne respectait pas ses prescriptions. F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *op. cit.* ; Network Working Group, "Netiquette Guidelines", *RFC 1855*, oct. 1995, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt*

177 La *lex informatica* s'inscrit donc dans un plus ample phénomène de prolifération de la « création de normes » en dehors de l'État-Nation[1]. Depuis ses origines, ce vecteur normatif de nature privée a pu être adopté seulement après avoir sollicité les commentaires et avoir obtenu l'approbation « majoritaire », soit le manque d'opposition de la part de tous les membres de la communauté technique ayant participé à sa conception. Le réseau représente donc à la fois l'objet de l'autorégulation et l'instrument par le truchement duquel la règle est élaborée, car les membres de la communauté technique se concertent en réseau, en pétrissant des documents autorégulatoires en vertu de la méthode du « consensus approché[2] » ou *rough consensus*. Cette méthode consacre le principe de la démocratie participative au sein de la communauté technique, stimulant chaque membre de cette communauté à coopérer sur un plan égalitaire en participant directement à l'élaboration des protocoles et standards, qui sont arrêtés uniquement lorsqu'une solution consensuelle est atteinte[3]. Jusqu'à présent, cette méthode « habermassienne[4] » a été mise en œuvre par le truchement de la diffusion de documents dénommés *Requests for Comments* (RFC)[5], ou de véritables demandes de commentaires visant à stimuler la collaboration de tout internaute intéressé à l'élaboration des « normes internautiques ».

1. Dans ce sens : G.-P. Calliess et P. Zumbansen, *Rough Consensus and Running Code. A Theory of Transnational Private Law*, Hart Publishing, 2010, p. 19.

2. C. Paul, *Du droit et des libertés sur Internet, rapport au Premier ministre, op. cit.*

3. Le consensus approché n'implique pas nécessairement l'aboutissement à un accord unanime mais l'absence d'opposition substantielle. Une telle acception du consensus est partagée par l'ISO, selon laquelle le consensus est « l'accord général caractérisé par l'absence d'opposition ferme à l'encontre de l'essentiel du sujet émanant d'une partie importante des intérêts en jeu et par un processus de recherche de prise en considération des vues de toutes les parties concernées et de rapprochement des positions divergentes éventuelles ». ISO/CEI Guide 2 : 1996, définition 1.7.

4. Selon Jurgen Habermas, « le résultat d'un discours ne peut pas être décidé, ni par contrainte logique, ni par contrainte empirique, mais par la force du meilleur argument ». Pour cette raison, les seules normes qui peuvent être considérées comme valides sont celles qui ont pu faire l'objet d'un discours interpellant tous les participants. Ainsi, Habermas soutient que la légitimité des normes ne doit pas se fonder sur leurs « propriétés sémantiques formelles », mais sur l'existence de conditions formelles permettant « la formation de la volonté rationnelle » par le biais de la participation au discours qui les génère. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes, op. cit.* ; R. Shelly, "Habermas and the Normative Foundations of a Radical Politics", *Thesis Eleven*, n° 35, 1993, p. 65-67 ; D. Volpato Dutra, « Les enjeux de la théorie de l'argumentation comme base de l'éthique discursive », *op. cit.*

5. Le développement des *RFC* fera l'objet d'une analyse plus approfondie dans la deuxième sous-section (voir n[os] 200 et s.) et sera repris dans la deuxième partie (voir n[os] 290 et s.) de ce travail de recherche.

178 Ainsi, la *lex informatica* repose sur la nécessité d'une consultation préalable, en concrétisant l'impératif délibératif habermassien selon lequel, la norme ne peut être considérée comme étant légitime que si elle se fonde sur « des raisons publiques résultant d'un processus de délibération inclusif et équitable, auquel tous les citoyens peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement[1] ». Les modalités d'élaboration de ces normes informatiques habermassiennes se fondent donc sur un paradigme participatif[2] qui implique tous les membres de la communauté technique – considérés comme des « citoyens internautiques » ou *netizens* – de façon égalitaire, tout en considérant les instances d'élaboration de la *lex informatica*, telles que l'IETF[3], comme un espace « dépourvu de rois et

présidents[4] » dans le cadre duquel le « consensus est approximatif et les règles sont évolutives[5] ».

1. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*
Dans ce sens, Blondiaux et Sintomer affirment que, face à la complexité des sociétés modernes, « les formes traditionnelles de gouvernement devraient céder le pas à des modes nouveaux de gouvernance, mieux adaptés à la société en réseaux, plus horizontaux et plus souples, impliquant une pluralité d'acteurs plutôt qu'une direction centralisée de l'évolution sociale ». L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *op. cit.* ; à ce sujet : M. Castells, « La société en réseaux », *L'ère de l'information*, vol. 1, Fayard, Paris, 2001.

2. Au sens de la *RFC 2026*, « *the process of creating an Internet Standard is straightforward: a specification undergoes a period of development and several iterations of review by the Internet community and revision based upon experience, is adopted as a Standard by the appropriate body* […] *and is published.* […] *These procedures are intended to provide a fair, open, and objective basis for developing, evaluating, and adopting Internet Standards. They provide ample opportunity for participation and comment by all interested parties* ». S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3e révision), RFC 2026*, BCP 9, oct. 1996, trad. par Jean-Jacques Solari, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/rfc2026.html#rfc2026-2-2*

3. Cette organisation sera analysée aux nos 183 et s.

4. Voir la déclaration de Dave Clark, aujourd'hui devise de l'IFTF dans : M. Davies, C. Clark et D. Legre, *Proceedings of the Twenty-Fourth Internet Engineering Task Force Massachusetts Institute NEARnet of Technology*, Cambridge, 13-17 juill., 1992, p. 543 ; aussi, dans ce sens : C. Huitema, *Et Dieu créa l'Internet*, Eyrolles, 1995.

5. Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet (GTGI), *Rapport de base*, juin 2005, § 61.

179 En effet, dès le début des années 1970, une communauté croissante de chercheurs et de techniciens a commencé à développer de façon collaborative une série de protocoles techniques qui ont d'abord été appliqués au réseau ARPANet et qui sont aujourd'hui indispensables pour le fonctionnement du réseau Internet. Ces protocoles informatiques revêtent donc un rôle primordial en ce qui concerne la détermination des caractéristiques structurelles des réseaux électroniques composant l'Internet ainsi que les interactions pouvant avoir lieu entre ceux-ci et par leur biais. La *lex informatica* peut donc être considérée comme un instrument de régulation internautique car, en délinéant la structure logique de l'Internet, elle définit quel type d'activités sont possibles ou interdites pour les usagers. Pour cette raison, Lawrence Lessig a appelé « code informatique[1] » l'ensemble de protocoles, standards et logiciels qui permet de façonner la structure de l'Internet. La thèse « lessiguienne » met donc en exergue la relation existant entre les deux sphères axiologiques de la normativité internautique : d'une part, l'architecture technique et, d'autre part, l'ensemble des principes juridiques – et valeurs éthiques[2]. Ainsi, partant du constat selon lequel « la nature de l'Internet et du cyberespace est déterminée par le code, c'est-à-dire les logiciels et les machines qui mettent en œuvre l'Internet[3] », Lessig souligne que la sphère normative technique et celle normative juridique sont intimement mêlées[4]. En effet, en pétrissant l'environnement internautique, la *lex informatica* définit le spectre des comportements sociaux, économiques et culturels qui peuvent être adoptés par les internautes[5]. On se doit de remarquer que le design de l'architecture internautique – structuré par le « code informatique » – détermine les activités qui peuvent se dérouler ou non sur l'Internet[6], de la même façon que les choix architecturaux urbains ont la capacité d'influencer les activités humaines qui peuvent avoir lieu au sein de l'espace citadin[7].

1. Force est de souligner que, bien que la thèse selon laquelle *code is law* – c'est-à-dire « le code informatique fait loi » – ait été popularisée et développée par Lawrence Lessig, son origine doit être repérée dans les travaux de William

J. Mitchell. W. J. Mitchell, *City of Bits: Space, Place, and the Infobahn*, the MIT Press, 1998 ; L. Lessig, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, nº 113, 1999, p. 501-502. Aussi, on se doit de souligner que Lawrence Lessig a dénommé le code informatique « code de la côte ouest », en soulignant ses origines californiennes et en l'opposant au « code de la côte est », c'est-à-dire la légifération élaborée par le Congrès à Washington DC. Voir : L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, version 2.0, op. cit.*, p. 72-74.

2. À ce sujet, Françoise Massit-Folléa met en lumière que bien que les standards et les normes opèrent de façon collective, ils sont élaborés, codifiés et mis en œuvre de façon différente et parfois contradictoire. Toutefois, force est de remarquer l'effort perpétré par certaines politiques publiques – et certains internautes informés – dans le sens de l'encadrement du développement des technologies Internet par des règles préexistantes ou nouvelles. F. Massit-Folléa, "Standards Agreements and Normative Collisions in Internet Governance", *op. cit*., p. 69.

3. L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*, p. 12.

4. L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, version 2.0, op. cit.*

5. À ce sujet, Lisa J. Damon met en exergue que l'« *Economic sovereignty is threatened by controls placed upon segments of the economy by foreign corporations, international data networks or governments*.[…] *Cultural sovereignty can be threatened by the influence the new technology may have on a nation's culture and people.* », L. J. Damon, "Freedom of Information Versus National Sovereignty: The Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder data Flow Problems", *Fordham International Law Journal*, nº 10, 1986-1987, p. 262, 263, citée par K. Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit*., note 17, disponible sur *www.lex-electronica.org/docs/articles_135.pdf*

6. Le cryptage des transmissions de données ou l'usage d'un mot de passe, par exemple, peuvent restreindre ou élargir le spectre des activités permises à chaque internaute et, parallèlement, les droits même dont les internautes peuvent jouir. Comme le souligne Lawrence Lessig « *whether a part of cyberspace – or the Internet generally – can be regulated turns on the nature of its code. Its architecture will affect whether behavior can be controlled* ». Dans ce sens, Lawrence Lessig a mis en exergue que le code informatique équivaut à la loi de l'Internet et l'architecture logique équivaut à ses politiques. L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, version 2.0, op. cit.*, p. 24.

7. Comme Lawrence Lessig l'a mis en lumière, « *Laws, norms, the market, and architectures interact to build the environment that "Netizens" know* ». L'architecture joue un rôle primordial à la fois dans le monde internautique et dans le monde réel. Lessig souligne, par exemple, que la réussite de la troisième Révolution française doit être attribuée, en partie, à l'architecture de la ville de Paris qui permit aux révolutionnaires de s'emparer du contrôle de la capitale en pouvant bâtir des barricades dans des rues étroites. Le constat de l'importance de cette caractéristique architecturale encouragea ensuite Louis Napoléon III à promouvoir une modernisation de la capitale grâce à d'amples boulevards qui empêchaient la construction de barricades. *Ibid*., p. 127.

180 Ainsi, la *lex informatica* doit être considérée comme une catégorie de « norme performative[1] » car elle ne se limite pas à préciser un concept mais elle le rend opérationnel, en façonnant directement l'architecture internautique. Par conséquent, selon Lessig, « les codes dans le cyberespace peuvent aisément se substituer aux lois et aux normes [sociales]. Ils permettent de discipliner plus subtilement les comportements. Ils constituent un instrument apte à remplacer avantageusement ces autres modes et contraintes[2] ». Ainsi, bien que la *lex informatica* n'ait pas les caractéristiques formelles d'une loi, on se doit de remarquer son évidente valeur normative. D'une part, les protocoles et les standards exercent un effet régulateur sur les comportements des « internautes[3] », tandis que, d'autre part, ils atteignent leur but de façon particulièrement efficace puisque la liberté de l'internaute est précisément délimitée par l'architecture cyberspatiale. Cela est dû au fait que, comme nous l'avons souligné, le code qui met en œuvre la *lex informatica* est « autoexécutoire », ce qui transforme la *lex informatica* en un vecteur normatif performatif, qui ne nécessite pas du support d'une entité tierce pour être appliquée. Dans ce sens, nous pouvons arguer que si dans le « monde réel[4] » l'« empire des lois est plus fort que celui des hommes[5] », dans l'environnement internautique l'empire des protocoles et du code informatiques est plus fort que celui des lois[6].

1. P. Mazeau, « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation », *Responsabilité et environnement*, nº 67, juill. 2012.

2. L. Lessig, "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *op. cit.*

3. Dans ce sens, Éric Labbé affirme que « les conduites des internautes et les normes qui leur sont destinées sont façonnées par la technique ». E. Labbé, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *Juriscom.net*, 8 nov. 2000, p. 3, disponible sur *www.juriscom.net/uni/doc/20001108.htm#_ftn58*

4. La dichotomie qui voit le « monde réel » s'opposer à l'Internet fut supportée par David Johnson et David Post dès 1996. D. J. Johnson et D. G. Post, "Law and Borders. The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996.

5. Traduction de « *Imperia legum potentiora quam hominum* ». Cette expression formulée par l'historien romain Tite-Live est considérée être à l'origine de l'expression anglaise *rule of law* (primauté du droit). En effet, au cours du XVI[e] siècle la formule de Tite-Live fut traduite par Philemon Holland par "*the authority and the Rule of laws, more powerful and mighty than those of men*". F. A. Hayek, *La Constitution de la liberté*, 1960, p. 163, note 14, cité par E. Carpano, *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des modèles juridiques*, L'Harmattan, 2005, p. 42 ; Tite-Live, *Ab urbe condita*, livre II, § I, disponible sur *http://fr.wikisource.org/wiki/Histoire_romaine_(Tite-Live)/Livre_II?match=la*

6. La communauté technique qui élabore les protocoles peut donc être considérée comme un groupe de « démiurges » qui pétrit le nouveau monde virtuel par le biais du code informatique. Cette capacité a été considérée par certains auteurs comme un nouveau type de souveraineté, définie comme « souveraineté numérique », qui s'impose dans l'environnement internautique par le truchement de la *lex informatica*. Dans ce sens : H. Halpin, « La souveraineté numérique. L'aristocratie immatérielle du World Wide Web », *Multitudes*, n° 35, avr. 2008, p. 201-213.

§ 2 – La constitution technique de l'Internet

181 Dans ce paragraphe, nous mettrons en exergue les principes techniques fondamentaux en vertu desquels le réseau Internet a été conçu. En effet, le fonctionnement de ce réseau des réseaux se fonde sur des choix techniques bien précis qui définissent l'architecture logique de l'Internet et qui correspondent à des valeurs et principes spécifiques, consacrés dans la *lex informatica*. La fonction de la *lex informatica*, dans l'organisation de la transmission des informations par le truchement des réseaux, peut être considérée comme analogue à celle des plans de déplacements urbains[1], qui définissent « les principes de l'organisation des transports de personnes et de marchandises, de la circulation et du stationnement, dans le périmètre de transports urbains[2] ». En effet, bien que la *lex informatica* encadre le transport d'informations dans un système de réseaux électroniques interconnectés ayant une dimension mondiale, et non pas les déplacements au sein du périmètre de transport urbain, ces normes partagent l'objectif de la mise en place d'un « usage coordonné de tous les modes de déplacements »[3] ainsi que l'amélioration de « l'accessibilité des réseaux ».

1. Après avoir été consacré par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, le rôle des plans de déplacements urbains a été corroboré et ultérieurement renforcé par la loi n° 2000-1208 du 13 décembre 2000 relative à la solidarité et au renouvellement urbains.

2. L. n° 82-1153, 30 déc. 1982, art. 28.

3. Différemment des plans de déplacement urbains, la *lex informatica*, encadre le transport des « datagrammes » au sein des différents réseaux électroniques. Comme nous l'avons souligné, un « paquet de données » ou « datagramme » est une unité de transmission d'informations numériques, acheminée dans un réseau à commutation de paquets. Voir n° 174, note 5.

182 Ainsi, bien que l'on puisse soupçonner la *lex informatica* d'avoir une portée purement technique, son analyse met en exergue une évidente valeur normative ainsi que l'existence de véritables normes et principes fondamentaux internautiques. Dans les développements qui suivent, nous

mettrons donc en lumière ces normes et principes fondamentaux. D'une part, nous soulignerons l'existence d'une « hiérarchie des normes informatiques », en vertu de laquelle tout type de données est fragmenté et acheminé au travers de l'Internet. D'autre part, nous remarquerons que l'architecture logique ouverte et décentralisée qui caractérise le réseau Internet est organisée sur la base d'un principe de subsidiarité qui permet à tout usager d'Internet de s'autodéterminer, en délocalisant l'intelligence du réseau dans « l'extrémité des mailles et au lieu de la centraliser dans le réseau lui-même[1] ». Comme nous l'expliquerons dans ce travail, le corollaire fondamental de cette architecture ouverte et décentralisée est un principe de non-discrimination dans le traitement du « trafic Internet[2] », aujourd'hui appelé « neutralité du réseau[3] ».

1. B. Benhamou, « Les enjeux politiques de l'architecture et de la régulation de l'Internet », *Les Cahiers du Numérique*, Éd. Hermès CNRS, 2002, p. 3 ; B. Benhamou et T. Amico, *Neutralité de l'Internet. Enjeux et perspectives politiques en Europe et aux États-Unis*, 2006, disponible sur *www.netgouvernance.org/US-Europe-NetNeutralite.pdf*

2. Le trafic Internet « est le flux de données qui passe par l'Internet ; en d'autres termes, il s'agit de l'utilisation de l'Internet à tout moment, comme pour accéder à une page en ligne ». Contrôle européen de la protection des données (CEPD), *Respect de la vie privée et protection des données personnelles peuvent rétablir la confiance des consommateurs dans la société numérique*, Communiqué de presse EDPS/2013/10, Bruxelles, vendredi 15 nov. 2013.

3. Dans ce sens : L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer, Berlin, 2015. L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users'Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, *op. cit.* ; C. T. Marsden, *Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, 2010 ; T. Wu, "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003, p. 141.

▪ A – La suite TCP/IP : une « hiérarchie des normes informatiques »

183 Lorsque l'on considère l'architecture logique de l'Internet, force est de mettre en lumière le rôle de deux protocoles essentiels pour son fonctionnement : le TCP et l'IP, communément associés dans l'acronyme TCP/IP[1]. Ces deux protocoles constituent une sorte de *lex informatica* fondamentale[2], se trouvant à la base de l'homonyme « suite » ou « pile » TCP/IP[3], un ensemble de standards techniques et logiciels essentiels pour la transmission des données sur Internet, qui revêt une fonction constitutive en ce qui concerne la définition de l'architecture logique de l'Internet.

1. Le *Transmission Control Program*, subséquemment renommé TCP, fut élaboré par Vinton G. Cerf et Robert E. Kahn en 1974. Par la suite, les spécifications techniques du TCP furent consacrées dans la *RFC 675* afin qu'elles puissent être peaufinées et concordées par la communauté technique. V. G. Cerf et R. E. Kahn, "A Protocol for Packet Network Interconnection", *IEEE Transactions on Communication Technology*, COM-22, nº 5, 1974, disponible sur *www.fulminiesaette.it/_uploads/foto/legame/CerfKahn1974.pdf* ; V. Cerf, Y. Dalal et C. Sunshine, *Specification of Internet Transmission Control Program, RFC 675*, déc. 1974, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc675*. Le TCP fut introduit en 1977 et, en 1978, le protocole IP fut ajouté à la suite afin de créer un mécanisme d'adressage unique qui pût être compris par chaque réseau. J. Bing, "Building Cyberspace: a Brief History of Internet", *op. cit.*, p. 25.

2. À propos du rôle des protocoles TCP et IP, Bernard Benhamou a souligné que « la Constitution de l'Internet existe déjà mais ses articles sont cachés dans d'obscures lignes de code informatique et ne donnent jamais lieu à consultation ou référendum ». M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet governance and the Taming of Cyberspace*, The MIT Press, 2004, p. 8.

3. L'expression « suite TCP/IP » est utilisée afin de désigner les protocoles TCP et IP, ainsi que les autres protocoles qui y sont associés et qui permettent la transmission de paquets d'informations et donc la communication sur Internet. Ainsi, Laura DeNardis souligne que « *[i]n Internet vernacular, however, the term TCP/IP has a more taxonomical function of encompassing a large family of protocols, historically including protocols for electronic mail such as Simple Mail Transport Protocol (SMTP); for file transfer including File Transfer Protocol (FTP); an assortment of routing protocols; and*

protocols for information exchange between a Web client and Web server such as HTTP ». L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, *op. cit.*, p. 7.

184 En effet, bien qu'il ne soit pas possible de déterminer avec certitude le moment exact de la naissance de l'Internet, on se doit de souligner que c'est l'utilisation des protocoles TCP et IP qui a permis l'interconnexion de multiples réseaux informatiques qui constituent l'Internet, en les rendant interopérables. Pour cette raison, la naissance de l'Internet est conventionnellement associée à l'introduction du TCP/IP en tant que double standard régulant l'interconnexion des réseaux à commutation de paquets[1]. Ainsi, tel que l'explique David D. Clark, le but ultime de l'architecture réseautique développée dans le cadre du projet DARPA était l'interconnexion des réseaux d'ordinateurs déjà existants[2]. C'est donc en vertu de l'utilisation de ce « double protocole » que l'Internet a vu le jour, en permettant à un ensemble de réseaux hétérogènes de devenir interopérables, donnant donc naissance à un unique interréseau[3] (*internetwork*, en anglais) à vocation mondiale[4].

1. Ces deux outils autorégulatoires permettent l'interconnexion de réseaux hétérogènes par le biais de « passerelles informatiques » ou *gateways* qui s'attellent à décapsuler les paquets de données en entrée, pour en déterminer la destination, et par la suite à les ré-encapsuler dans un format compatible avec le réseau de destination. Dans ce sens, la *RFC 675* prévoit que « *[a]t a GATEWAY between networks, the internetwork packet is unwrapped from its local packet format and examined to determine through which network the internetwork packet should travel next. The internetwork packet is then wrapped in a local packet format suitable to the next network and passed on to a new packet switch* ». V. Cerf, Y. Dalal et C. Sunshine, *Specification of Internet Transmission Control Program*, *op. cit.*, p. 2.
Pour ce faire, l'apport du protocole IP est essentiel afin de permettre l'acheminement de datagrammes grâce à des adresses IP uniques attribuées à chaque machine ou objet connecté au réseau Internet. En raison de son efficacité et de son aptitude à faciliter l'interconnexion des réseaux informatiques, le TCP/IP fut adopté dès 1980 par le département de la Défense étasunien et, en 1983, il fut adopté officiellement par l'ARPA. Pour une explication détaillée du fonctionnement du protocole TCP/IP, B. A. Forouzan, *TCP/IP Protocol Suite*, New York, 2002 ; W. R. Stevens, *TCP/IP Illustrated: the Protocols*, Addison-Wesley Publishing Company, vol. 1, 1994.

2. D. D. Clark, "The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols", *SIGCOMM '88 Symposium proceedings on Communications architectures and protocols*, New York, 1988, p. 106-114.

3. L'étymologie même du mot « Internet » en décrit la nature : c'est une association du mot latin *inter* et du mot anglais *net* (réseau) qui veut symboliser l'interconnexion et la ramification incontournables de ses composants. Dans ce sens : J. Abbate, *Inventing the Internet*, Cambridge, 1999 ; M. Hauben et R. Hauben, *Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet*, Los Alamitos, 1997. En effet, le but ultime de l'Internet était et reste l'interconnexion de plusieurs réseaux dans le cadre d'un réseau unique. Dans ce sens : T. Schultz, "Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface", *op. cit.*, p. 803 ; J. Zittrain, "Be Careful What You Ask For: Reconciling a Global Internet and Local Law", *in* A. Thierer et C. W. Crews (ss. la dir.), *Who Rules the Net? Internet Governance and Jurisdiction*, 2003, p. 13.

4. Dans ce sens, Philippe Quéau souligna que l'Internet « est avant tout la mise en forme [de] l'idée de fédérer, grâce à une norme commune, tous les ordinateurs et tous les réseaux de télécommunications, et donc de permettre la communication de n'importe quel ordinateur de la planète avec n'importe quel autre ordinateur par tout moyen de télécommunication ; dont naturellement le réseau téléphonique mondial ». P. Quéau, « Internet, média pour le XXI[e] siècle », *Le Monde diplomatique*, juin 1995, cité *in* J. J. Lavenue, « Cyberespace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », *Droit prospectif*, 1998, disponible sur *http://droit.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/enseignants/lavenue/cyberart.pdf*

185 Dans le but d'assurer le fonctionnement et l'interopérabilité des différents réseaux composant l'Internet, il est essentiel d'utiliser une série de protocoles communs. Dans ce sens, comme Lawrence B. Solum et Minn Chung l'ont mis en exergue, si un protocole informatique peut être considéré comme une série de règles grâce à laquelle des ordinateurs connectés à des réseaux informatiques peuvent communiquer

entre eux[1], les protocoles TCP et IP doivent être considérés comme les normes fondamentales sur la base desquelles les connexions interréseautiques peuvent avoir lieu. La fonction des protocoles informatiques peut donc être comparée non seulement avec celle des sources de droit encadrant le déroulement des relations juridiques intersubjectives, mais aussi avec celle de la grammaire et de la syntaxe définissant les modalités de communication interpersonnelle. Ainsi, tout comme la communication écrite et orale est possible seulement lorsqu'on utilise un langage commun, organisant notre capacité d'expression sur la base de règles grammaticales définies, la communication internautique se fonde sur des protocoles communs qui permettent la transmission et l'échange de données de façon « potentiellement[2] » universelle.

1. L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*, p. 21 ; D. D. Clark, "The Design Philosophy of the DARPA Internet Protocols", *op. cit.* Aussi, dans ce sens : A. S. Tanenbaum, *Computer Networks*, *op. cit.*

2. Bien que l'adoption de protocoles communs vise à rendre les échanges de données universels, on se doit de souligner que les entités jouissant du contrôle sur les réseaux électroniques composant l'Internet peuvent mettre en œuvre des techniques de gestion susceptibles d'empêcher l'usage de certains protocoles, de bloquer certains émetteurs ou de filtrer certains types de données. Voir n^os^ 255 et s.

186 Le double protocole TCP/IP vise donc à garantir l'interopérabilité et, par conséquent, permettre la « connectivité universelle[1] » de tout ordinateur connecté à chaque réseau composant l'Internet. Dans le but de permettre la communication entre des réseaux hétéroclites, le protocole TCP/IP a été conçu comme un protocole-logiciel, capable d'opérer indépendamment des caractéristiques d'un ordinateur et d'un réseau spécifique. Pour cette raison le TCP/IP est considéré comme le « code informatique pur[2] » qui détermine l'organisation logique de l'Internet. L'architecture de l'Internet dépend donc de cette « norme technique fondamentale », en vertu de laquelle le TCP encadre le processus de fragmentation des informations à transmettre sous forme de « paquets de données[3] », tandis que l'IP s'occupe de les adresser, en localisant toute « machine » connectée par le biais d'un système d'adressage unique[4].

1. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit.*, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt*

2. Dans ce sens : L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*, p. 20-23 ; W. R. Stevens, *TCP/IP Illustrated: the Protocols*, *op. cit.*, p. 21 ; L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, *op. cit.*, p. 68.

3. Les paquets de données ou datagrammes sont structurés de manière à pouvoir être transférés sur des réseaux utilisant le protocole Internet. Ces unités se composent d'un « en-tête » ou *header*, d'une « charge utile » ou *payload* et d'une « remorque » ou *trailer*. L'en-tête contient des métadonnées, incluant des informations d'acheminement comme l'adresse d'origine, l'adresse de destination, le numéro de séquence de paquet et d'autres informations de routage ; la charge utile contient une portion des informations qui doivent être transférées ; et la remorque contient la « valeur de contrôle de redondance cyclique », c'est-à-dire une série de données utilisées pour la vérification des informations et la détection d'erreur lors de la réception. Dans ce sens : R. Braden, *Exigences pour les hôtes Internet. Application et prise en charge*, *RFC 1123*, oct. 1989, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/rfc1123.html* ; K. Giridhar, "Packet Switched Data Network and its Evolution", *Information Technology and Communications Ressources for Sustainable Development*, IIT Madras, 2002, p. 4, disponible sur *www.eolss.net/sample-chapters/c15/e1-25-01-02.pdf*

4. Dans ce sens : W. Dabbous, « Le protocole IP, simple mais efficace », *Dossier pour la Science*, n° 66, 2010 ; C. Paul, *Du droit et des libertés sur Internet, rapport au Premier ministre*, *op. cit.*, p. 25.

187 Bien que ces protocoles fondamentaux puissent être remplacés par des protocoles fonctionnellement analogues, tout comme l'ordre constitutionnel étatique peut être redéfini par une nouvelle constitution, force est de remarquer que l'utilisation d'une autre suite de protocoles donnerait lieu à un réseau différent, tout comme la révolution de l'ordre constitutionnel donne naissance à une nouvelle structure étatique. Ainsi, on se doit de souligner que le TCP/IP a une valeur constitutionnelle puisque, sans ce double protocole, l'interopérabilité et la communication entre réseaux autonomes ne seraient pas possibles et, par conséquent, l'Internet n'existerait pas. Par conséquent, la suite TCP/IP est un élément constitutif[1] du réseau Internet car c'est uniquement en raison de son utilisation que l'Internet est « un seul large réseau virtuel[2] » d'ordinateurs et de réseaux interopérables[3]et interconnectés.

1. En effet, le 24 octobre 1995 le *Federal Networking Council* étasunien délibéra que « *Internet refers to the global information system that – (i) is logically linked together by a globally unique address space based on the Internet Protocol (IP) or its subsequent extensions/follow-ons ; (ii) is able to support communications using the Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) suite or its subsequent extensions/follow-ons, and/or other IP-compatible protocols ; and (iii) provides, uses or makes accessible, either publicly or privatelyhigh level services layered on the communications and related infrastructure described herein* ». Cette définition inspira, ensuite, le législateur californien qui, dans le Code des affaires et des professions de l'État de Californie, définit l'Internet comme « *the global information system that is logically linked together by a globally unique address space based on the Internet Protocol (IP), or its subsequent extensions, and that is able to support communications using the Transmission Control Protocol/Internet Protocol (TCP/IP) suite, or its subsequent extensions, or other IP-compatible protocols* […] ». *California Business and Professions Code*, sect. 2947.1.(i).

2. O. Jacobsen et D. Lynch, *Glossaire des termes réseaux*, *op. cit.*, p. 7.

3. En effet, l'interopérabilité fournie par le TCP/IP fait en sorte que le réseau Internet fonctionne grâce au « routage » des « paquets d'informations » qui, à l'instar des réseaux à « communication de circuit » (tels que les réseaux téléphoniques), fait abstraction d'une ligne établie entre l'expéditeur et le destinataire des informations. Pour cette raison, Jonathan Zittrain parle de « nuage Internet » ou *Internet cloud* afin de décrire le chemin imprévisible qu'un paquet d'information suivra pour rejoindre sa destination. Aussi, cette schématisation de l'Internet en tant que « nuage » ne doit pas être confondue avec l'expression « informatique en nuage » ou *cloud computing* qui décrit la fourniture à distance d'un service informatique par le biais de l'Internet. J. Zittrain, "Internet Points of Control", *Boston College Law Review*, vol. 44, nº 2, 2003. Pour une explication détaillée du fonctionnement du réseau Internet : AN, *Rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, nº 3336, 2011, p. 17-21, disponible sur *www.assemblee-nationale.fr/13/pdf/rap-info/i3336.pdf* ; *European Digital Rights* (EDRi), "How the Internet works: A Guide for Policy-Makers", *The EDRi Papers*, 2012, disponible sur *www.edri.org/files/2012EDRiPapers/how_the_internet_works.pdf*

188 Aussi, cette *grundnorm* informatique définit l'architecture logique du réseau Internet par le truchement d'un « modèle en couches[1] » qui organise le transport des données à travers le réseau en vertu d'une séquence d'étapes fonctionnelles, qui sont séparées et structurées selon une hiérarchie verticale. L'objectif d'un système en couches est la séparation des diverses fonctions de traitement et de transport des informations. En effet, chaque couche fonctionnelle communique avec la couche supérieure et inférieure afin de pouvoir se servir des fonctions mises en œuvre par les couches adjacentes, tout en leur fournissant ses propres fonctions. Ainsi, pour que la communication interréseautique puisse avoir lieu, toute information est numérisée par une application spécifique et décomposée en paquets de données qui traversent chacune des couches au niveau de la machine émettrice pour être par la suite recomposée lorsqu'elle

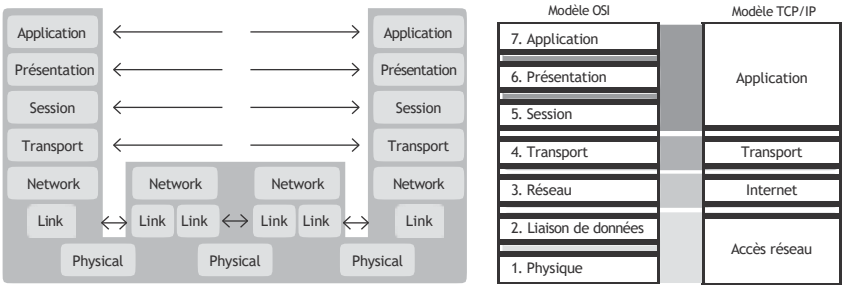
atteint sa destination, en parcourant les différentes couches dans l'ordre inverse[2].

1. Le nombre de « couches » ou *layers* diffère dans les deux modèles utilisés afin de schématiser l'architecture logique de l'Internet. Voir : figure n° 1. Notamment, le modèle en couches déterminé par le double protocole TCP/IP est organisé en quatre niveaux fonctionnels : la couche d'accès réseau ou liaison ; la couche réseau ou couche IP ; la couche de transport ; et la couche d'application. R. Braden, *Exigences pour les hôtes Internet – Couches de communication, RFC 1122*, oct. 1989 ; *id*., *Exigences pour les hôtes Internet – Application et prise en charge*, *op. cit*. Aussi, dans ce sens : L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*, p. 20-23 ; W. R. Stevens, *TCP/IP Illustrated: the Protocols*, *op. cit.*
Ce modèle a été ultérieurement détaillé par l'Organisation internationale de normalisation (ISO) qui, en 1994, a esquissé le modèle d'« interconnexion de systèmes ouverts » ou modèle *Open Systems Interconnection* (OSI), visant à encadrer l'architecture de l'Internet par le biais d'une structure en sept couches, tout en comprenant une « couche physique ». Cette dernière fait partie du système de communication mais ne doit pas être associée à la suite TCP/IP, car cette suite est une structure essentiellement logique et non pas physique. Pour cette raison, la couche physique du modèle OSI est comprise dans la couche d'accès au réseau du modèle TCP/IP, tandis que les trois premières couches du modèle OSI sont incluses dans la couche d'application du modèle TCP/IP.
Selon le modèle OSI, la structure de l'Internet peut être organisée de la façon suivante :
– la couche d'application permet à des logiciels d'exploiter l'Internet pour fournir des services (par exemple, le *World Wide Web*, qui exploite le protocole de transfert hypertexte (HTTP), les courriers électroniques qui exploitent le SMTP, ou encore le DNS qui permet d'associer un nom à une adresse IP) ;
– la couche de présentation ou couche des contenus est chargée du « codage des données applicatives », c'est-à-dire de transmettre les symboles et les images qui sont communiqués ;
– la couche de session gère la synchronisation des échanges entre « hôtes », c'est-à-dire les ordinateurs des usagers ;
– la couche de transport gère le transport des données, en fragmentant les données en paquets et en organisant les communications de bout à bout (grâce au TCP) ;
– la couche de réseau gère le chemin que les données doivent parcourir (grâce à l'IP), en organisant le « routage et adressage » des paquets dans le cadre de la communication entre machines ;
– la couche de liaisonde données est l'interface qui relie les ordinateurs à la couche physique : elle gère les flux de données, en adressant la communication entre deux machines directement connectées grâce à un support physique ;
– la couche physique est consacrée à de la transmission des signaux entre les interlocuteurs par le biais d'une structure physique (*i.e*. câbles, fibre optique, etc.) ; ISO/IEC 7498-1 : 1994 ; aussi : O. Ricou, « La mécanique d'Internet », *id*., *Les coulisses de l'Internet*, version 2.1α, disponible sur *www.ricou.eu.org/e-geopolitique/internet/*
Enfin, on se doit de souligner que l'architecture internautique peut être simplifiée par le biais d'un modèle en couche tripartite, comprenant une couche de transport physique, une couche logique et une couche de contenus. Dans ce sens : Y. Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", *Federal Communications Law Journal*, vol. 52, 2000, p. 561 ; B. Benhamou, et T. Amico, *Neutralité de l'Internet. Enjeux et perspectives politiques en Europe et aux États-Unis*, *op. cit.*
Ainsi, Thomas Schultz a décrit ce modèle tripartite en soulignant qu'«[e]n premier lieu, on compte le niveau matériel ou physique : les lignes de téléphone, les appareils téléphoniques, les ordinateurs, les centrales de routage, c'est-à-dire les éléments matériels qui permettent aux informations de voyager, d'être transmises. En deuxième vient la strate logicielle : le code (applications, protocoles), enregistré autrefois dans les transistors et aujourd'hui dans les puces électroniques et les disques durs, qui fait fonctionner le niveau matériel et qui détermine comment les informations sont transmises. Le troisième niveau est celui du contenu, des informations effectivement transmises : les messages envoyés par courrier électronique, les réunions organisées par vidéoconférence, les sites Web visités ». T. Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, *op. cit*., p. 20.

2. L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*, p. 4.

189 Le TCP/IP revêt donc un véritable rôle constitutionnel en ce qui concerne la structure technique de l'Internet car il se trouve au sommet d'un « régime international[1] » de type technique, dont les éléments se répandent en vertu de leur efficacité[2] par le truchement d'un mécanisme de diffusion transnationale. Ainsi, en raison de son rôle fondamental, ce double protocole doit être considéré comme « l'institution la plus importante de la gouvernance de l'Internet[3] ».

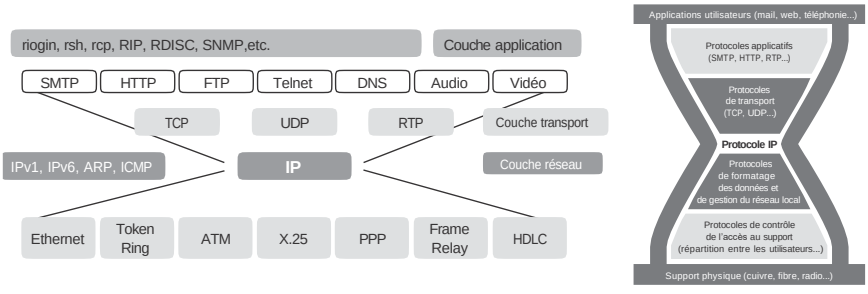
Transmission de paquets de données et comparaison de modèles en couches OSI et TCP/IP



1. Voir n[os] 73 et s.
2. Voir n[os] 204 et s.
3. L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions, op. cit.*, p. 68.

190 On se doit de remarquer que ce « principe de la superposition des couches » ou *layering principle*[1], consacré dans la structure du TCP/IP, détermine une véritable « séparation des pouvoirs » internautiques sur la base de laquelle les fonctions de transport sont nettement distinguées des fonctions de traitement des informations[2]. En raison de cette séparation fonctionnelle fondamentale, chaque couche pourvoit une fonction différente tout en ajoutant des informations – c'est-à-dire des métadonnées – à l'en-tête de chaque datagramme. En effet, une fois que les informations à communiquer sont numérisées par les standards déterminant les différentes applications, elles sont fragmentées en datagrammes et mises en réseau par le TCP – ou par d'autres protocoles tels que l'*User Datagram Protocol* (UDP) au niveau de la couche de transport – et adressées grâce au IP dans la couche réseau afin qu'elles puissent traverser la couche de liaison et se déplacer par le biais de la couche physique jusqu'à leur destination[3]. À ce moment-ci, chaque datagramme parcourt les différentes couches à rebours et les métadonnées contenues dans l'en-tête permettent de recomposer l'information initiale.

Représentation « en sablier » des modèles TCP/IP et OSI



1. Dans ce sens, *ibid.* ; B. Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like*, 11 juin 2012 ; C. S. Yoo, "Protocol Layering and Internet Policy", *Penn Law Faculty Scholarship Paper*, n° 454, 2013, disponible sur *http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/454*

2. Dans ce sens : B. Benhamou et T. Amico, *Neutralité de l'Internet. Enjeux et perspectives politiques en Europe et aux États-Unis, op. cit.* ; L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*

3. Dans ce sens, *ibid.* ; L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions, op. cit.*, p. 81-82.

191 Ainsi, la suite TCP/IP consacre le « principe de la superposition des couches » dans l'architecture même de l'Internet, ce qui donne lieu à une double hiérarchie normative. D'une part, le modèle déterminé par la suite TCP/IP est organisé sur la base d'une hiérarchie verticale qui organise la décomposition, le transport et la recomposition des informations ; d'autre part, ce modèle étant à la base de la communication internautique, il représente une véritable « constitution technique[1] » qui se situe au sommet du système de la *lex informatica*. Ce « code informatique pur » est donc une source technique fondamentale car tout type d'application et de service Internet exploite le modèle en couches délinéé par le TCP/IP afin de pouvoir transmettre des informations. Cela fait en sorte que ce double protocole acquiert un caractère constitutionnel par rapport à l'architecture logique internautique car il représente la norme technique fondamentale dans le but de son interopérabilité.

1. Dans ce sens, la suite TCP/IP revêt un rôle analogue à celui de la Constitution qui, dans son acception formelle, peut être considérée comme « un ensemble de normes placées au sommet de la hiérarchie de l'ordre juridique ». M. Troper, « Constitution », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993, p. 103.

▪ B – Une architecture ouverte, distribuée et générative *by design*

192 Comme nous l'avons souligné, l'interopérabilité est une condition essentielle afin de mettre en œuvre une interconnexion globale, tout en évitant la fragmentation des réseaux qui composent l'Internet. En effet, la principale préoccupation des « pionniers » de l'Internet était la mise en œuvre d'un réseau capable de maximiser la communication et la réception d'informations sans limiter la possibilité d'innovation dans les différentes « couches Internet ». Dans ce but, l'interopérabilité fournie par le TCP/IP représente une condition essentielle afin de permettre à tout ordinateur disposant d'une adresse IP[1] de transmettre des données par le truchement de réseaux hétéroclites. Cette architecture logique interopérable est donc essentielle afin de garantir le bon fonctionnement de l'Internet et doit être considérée comme étant indissociablement liée et interdépendante par rapport à deux autres principes fondamentaux de l'Internet : celui d'ouverture et celui du *end-to-end*[2] ou « bout à bout », qui ont caractérisé la structure logique du réseau et guidé l'élaboration de la *lex informatica* de ses origines[3] jusqu'à présent.

1. On se doit de remarquer que le bon fonctionnement de l'Internet ne peut pas faire abstraction de l'utilisation d'adresses IP uniques, puisque celles-ci permettent à chaque « machine » connectée d'être localisée et, par conséquent, de recevoir et de communiquer des paquets de données. Le système d'allocation des adresses IP et des numéros de systèmes autonomes est décrit dans la *RFC 7020*. R. Housley *et al*., *The Internet Numbers Registry System, op. cit.*

2. En vertu du principe du bout à bout, l'« intelligence du réseau » doit être placée aux extrémités de ses mailles plutôt qu'à son cœur, afin que les ordinateurs qui « gèrent » le réseau n'exécutent que les tâches les moins complexes. Comme Lawrence Lessig l'a souligné, grâce au principe de l'*end-to-end*, « la complexité et l'intelligence du réseau sont repoussées vers ses lisières ». L. Lessig, *L'avenir des idées*, Presses universitaires de Lyon, 2005. Pour une description détaillée du principe du bout à bout, J. Saltzer, D. P. Reed et D. D. Clark, "End-to-End Arguments in System Design", deuxième conférence internationale sur les systèmes informatiques distribués, 1981, p. 509-512 ;

D. D. Clark et M. S. Blumenthal, *Rethinking the Design of the Internet: The End-to-End arguments vs. the Brave New World*, 25th Telecommunications Policy Research Conference, 2000 ; B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit.* L. Belli, "End-to-end, Net Neutrality and Human Rights" *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, *op. cit.* En outre, le rôle fondamental du principe du *end-to-end* a été réitéré à la fois par le Conseil européen et par la Commission européenne : *Conclusions du Conseil « télécommunications » des 26-27 juin 2005 relatives au SMSI* ; *Communication de la Commission du 29 septembre 2008 : les réseaux et l'Internet du futur*, COM (2008) 594 ; *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – La gouvernance de l'Internet : les prochaines étapes*, COM (2009) 0277.

3. Dans ce sens : J. Saltzer, D. P. Reed et D. D. Clark, "End-to-End Arguments in System Design", *op. cit.* ; L. B. Solum et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*

193 En effet, on se doit de souligner que la supériorité du réseau Internet par rapport aux autres réseaux de communication est engendrée par sa souplesse et sa plasticité qui permettent à tout utilisateur de l'exploiter pour tout type de finalité. Cette propriété, que Jonathan Zittrain a définie comme « générativité[1] », consiste en la « capacité d'un système donné à produire des évolutions non anticipées au travers des contributions non filtrées des utilisateurs[2] » et trouve ses fondements dans l'architecture interopérable, ouverte et décentralisée de l'Internet. Le principe d'ouverture ainsi que celui du *end-to-end* – qui, comme nous le soulignerons, donne lieu à une véritable décentralisation de l'« intelligence » du réseau – revêtent donc un rôle instrumental dans le but de permettre l'autodétermination de tout usager d'Internet, garantissant la générativité de ce réseau, tout en limitant l'imposition de barrières commerciales et d'obstacles à la participation individuelle[3], dans le cadre d'un « lieu pascalien dont le centre est partout et la circonférence est nulle part[4] ».

1. J. Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It*, *op. cit.*

2. *Ibid*., p. 70.

3. Dans ce sens, Andrew McDiarmid et Matthew Shears soulignent que l'Internet « *offers opportunities for people to reach new audiences at very low cost compared to other forms of mass media. To an unprecedented degree, the Internet transcends national borders and reduces barriers to the free flow of information, enabling free expression, democratic participation, and the enjoyment of other rights* ». A. McDiarmid et M. Shears, "The Importance of Internet Neutrality to Protecting Human Rights Online", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow. Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality*, oct. 2013, disponible sur *http://networkneutrality.info/sources.html*. Dans le même sens : M. Lemley et L. Lessig, "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era" *UCLA Law Review*, vol. 48, 2001, p. 925 ; UNESCO, *Liberté de connexion, liberté d'expression : écologie dynamique des lois et règlements qui façonnent l'Internet*, 2012, disponible sur *http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002160/216029f.pdf*

4. M. Vivant, *Internet et droit*, disponible sur *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1328/6.pdf*

194 Ainsi, la générativité qui caractérise l'Internet est due, dans une large mesure, à son architecture ouverte, interopérable et distribuée, fondée sur des « standards ouverts[1] ». Ce principe d'ouverture fait en sorte que tout usager ait la possibilité de développer des applications en exploitant librement les spécifications techniques qui règlent la structure logique de l'Internet, en ayant la possibilité d'ajouter de la valeur au réseau Internet et en contribuant directement au développement de la *lex informatica*. En effet, les standards Internet se caractérisent, non seulement par leur développement collaboratif, mais aussi par leur format non propriétaire, les rendant disponibles gratuitement et sans recours à des accords contractuels[2]. Il est donc évident que l'Internet diffère substantiellement des autres réseaux, ayant des caractéristiques techniques analogues, mais fondés sur

des standards propriétaires, tels que le Minitel[3], car ces derniers sont généralement conçus dans un but précis et, en raison du caractère propriétaire des standards qui définissent leur architecture logique, leur utilisation est strictement encadrée par l'opérateur du réseau. En revanche, la générativité de l'Internet se fonde sur son ouverture, ce qui fait de celui-ci un réseau polyvalent d'application générale, dont le but n'est pas prédéterminé par l'opérateur mais défini par l'usager même[4].

1. Au sens de l'article 4 de la loi n° 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, « [o]n entend par standard ouvert tout protocole de communication, d'interconnexion ou d'échange et tout format de données interopérable et dont les spécifications techniques sont publiques et sans restriction d'accès ni de mise en œuvre ».

2. Dans ce sens : ISOC, *ISOC Contribution to World Telecommunications Standards Assembly: the Internet and Standards*, 17 oct. 2008.

3. A. Gonzalez et E. Jouve, « Minitel : histoire du réseau télématique français », *in Flux*, 2002/1, n° 47, p. 84-89, disponible sur *http://www.cairn.info/revue-flux-2002-1-page-84.htm*

4. À ce sujet, le Conseil de l'Europe rappelle que « le succès mondial de l'Internet est dû au fait qu'il est ouvert, non-discriminatoire et facilement accessible ». Cons. Europe, *Gouvernance de l'Internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, doc. CM (2011) 175 final, 15 mars 2012, § I.8. Dans le même sens : Y. Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production Transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006 (traduction : *La richesse des réseaux*, Presses universitaires de Lyon, 2009) ; Berkman Center for Internetand Society, *Roadmap for Open ICT Ecosystems*, 2005 disponible sur *http://cyber.law.harvard.edu/epolicy/roadmap.pdf* ; ISOC, *The Value of Openness for a Sustainable Internet, A Proposed Vision for the Post-2015 Agenda*, oct. 2013, disponible sur *www.internetsociety.org/doc/value-openness-sustainable-internet* ; M. Lemley et L. Lessig, "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", *op. cit.* ; OCDE, *Communiqué sur les principes applicables à la politique de l'Internet*, 28-29 juin 2011 ; B. Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, The MIT Press, 2010 ; J. Zittrain, *The Future of the Internet and How to Stop It*, *op. cit.* ; FCC, *Report and Order on the Open Internet*, 2010.

195 On se doit de souligner que le principe d'ouverture de l'architecture internautique vise à diminuer les obstacles susceptibles d'entraver la participation de tout sujet intéressé à contribuer à l'évolution de l'Internet par le biais de tout type d'activité, qu'elle soit économique, politique ou sociale[1]. Pour cette raison, le caractère ouvert et distribué de l'architecture internautique représente le vecteur de la « formidable capacité d'innovation aux "extrémités" du réseau[2] », consacré par le principe du *end-to-end*[3]. Ce principe doit être appréhendé comme un élément consubstantiel à l'architecture de l'Internet, laquelle repose sur une connectivité de bout à bout en vertu de laquelle l'intelligence de l'Internet doit se situer « au sommet de sa structure en couche, c'est-à-dire à ses extrémités où les utilisateurs pourvoient des informations et des applications[4] » et non dans le réseau même. Ainsi, le principe du *end-to-end* affirme que l'objectif du réseau Internet est « la connectivité » et sa fonction consiste exclusivement en la transmission de datagrammes « aussi efficacement et souplement que possible[5] ». Dans ce sens, toute autre activité de traitement des informations devrait être effectuée au sein de la couche d'application, mise en œuvre « sur les extrémités[6] » de l'Internet, plutôt que dans la couche réseau – laquelle, au contraire, doit s'occuper de l'adressage et du routage – car l'intelligence de l'Internet « est de bout à bout » et non pas « cachée dans le réseau[7] ».

1. L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users'Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, *op. cit.*, p. 13-14. On se doit de souligner que l'ouverture de l'architecture internautique permet aux utilisateurs de pouvoir non seulement choisir, mais aussi de développer les services dont ils ont besoin, ou les contenus dans la langue qu'ils veulent, et de les partager globalement. Ainsi, comme la Commission européenne l'a mis en lumière, « [l]e succès de cette architecture ouverte et neutre a permis à

de nombreux autres acteurs de tirer avantage de la flexibilité et de l'efficacité inhérentes à l'Internet pour fournir des services et l'utiliser en tant que plate-forme pour leurs propres innovations ». Voir : *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – La gouvernance de l'Internet : les prochaines étapes*, préc., disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0277:FR:NOT*

2. F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *op. cit.*, p. 31.

3. Ce principe a été esquissé pour la première fois par Saltzer *et al*., et a été par la suite intégré dans la *lex informatica*. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit.* disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1958.txt* ; J. H. Saltzer, D. P. Reed et D. D. Clark, "End-to-end Arguments in System Design", *op. cit.*

4. M. Lemley et L. Lessig, "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", *op. cit*., p. 930.

5. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit.*

6. *Ibid*.

7. *Ibid*.

196 Dans une perspective technique, le principe du *end-to-end* vise à garantir le fonctionnement des applications Internet en cas de dysfonctionnement du réseau. Pour cette raison, la décentralisation des fonctions de traitement des informations a été fondée sur l'observation selon laquelle ces fonctions peuvent « être mises en œuvre complètement et correctement uniquement avec la connaissance et l'aide de l'application qui se trouve aux extrémités du système de communication[1] ». Le principe du *end-to-end* a donc été conçu essentiellement dans une optique d'efficacité puisque, comme David D. Clark et Marjory S. Blumenthal l'ont mis en exergue[2], la décentralisation des fonctions de traitement détermine des avantages manifestes en réduisant la complexité de l'infrastructure et, par conséquent, les coûts concernant sa mise à jour, en permettant l'adoption de nouvelles applications sans devoir adapter les réseaux qui les supportent et en rendant le fonctionnement des applications indépendant des éventuels dysfonctionnements des réseaux, ce qui augmente considérablement la fiabilité du traitement. Par conséquent, cela implique qu'une fonction de traitement ne devrait pas être placée dans le réseau si elle peut être décentralisée au niveau de la couche d'application – c'est-à-dire aux extrémités du réseau – à condition que sa mise en œuvre dans la couche d'application puisse avoir lieu de façon « complète et correcte ».

1. J. H. Saltzer, D. P. Reed et D. D. Clark, "End-to-end Arguments in System Design", *op. cit.* ; B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit*.

2. D. D. Clark et M. S. Blumenthal, *Rethinking the design of the Internet: The End-to-End Arguments vs. the Brave New World*, *op. cit*.

197 Ainsi, force est de remarquer que le principe du *end-to-end* revêt une fonction analogue à celle du principe de subsidiarité tel qu'il est consacré par le TUE, au sens duquel « […] l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union[1] ». En effet, tout comme le principe de subsidiarité organise le partage des compétences entre les différents échelons de l'organisation administrative étatique et supranationale, le principe du *end-to-end* encadre l'attribution des fonctions de transport et de traitement des informations entre les différentes

couches de l'architecture logique, délinéées par le TCP/IP. Dans ce sens, Barbara van Schewick a mis en exergue que le principe du *end-to-end* détermine une double prescription[2] : d'une part, il établit que l'intelligence – c'est-à-dire la mise en œuvre de l'application et la capacité de détecter une erreur d'exécution – soit décentralisée au niveau des extrémités du réseau Internet, dans la mesure où une telle localisation ne nuit pas à la performance de l'application[3] ; d'autre part, il stipule qu'une fonction ou un service soit centralisé au sein de la couche réseau uniquement lorsqu'une telle centralisation correspond à une nécessité commune à tous les utilisateurs du réseau car la localisation d'une fonction au sein de la couche réseau la rend applicable à tous les utilisateurs du réseau[4].

1. TUE, art. 5.3.

2. B. Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, *op. cit.*, p. 41 et 89-91.

3. *Ibid*., p. 60.

4. *Ibid*., p. 67.

198 Le principe de la superposition des couches et le principe du *end-to-end* représentent donc les éléments structuraux les plus essentiels du réseau Internet et doivent être considérés comme la raison même de l'ouverture de l'architecture internautique à tout type d'innovation[1]. En effet, on se doit de remarquer que la conséquence du choix technique de la délégation des fonctions de traitement aux extrémités a été la mise en place d'un réseau « aveugle[2] » par rapport aux applications, contenus et services communiqués et reçus par les utilisateurs et, par conséquent, l'impossibilité d'appliquer un traitement favorable ou défavorable à certains types de fonctions de traitement[3]. Ainsi, bien que ces principes aient été conçus pour des raisons d'efficacité technique, ils engendrent d'évidentes implications économiques, politiques, sociales[4] et juridiques[5]. D'une part, il semble manifeste que cette architecture ouverte a soutenu la générativité de l'Internet, en se montrant un vecteur crucial de la créativité et de la liberté d'entreprise des utilisateurs d'Internet. D'autre part, il est évident que l'impossibilité structurelle d'influencer l'adoption des applications utilisées – ou utilisables – représente un incroyable propulseur de la liberté des utilisateurs « de recevoir ou de communiquer des informations et des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence[6] » ainsi que de corollaires de cette liberté : « le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias[7] ». Dans ce sens, comme nous le mettrons en exergue dans la deuxième partie de ce travail, la consécration au niveau législatif d'un principe de non-discrimination dans le traitement du trafic Internet – généralement dénommé principe de neutralité du réseau – vise à maintenir ouverte l'architecture de l'Internet, dans un contexte où l'évolution technique permet aux opérateurs des réseaux d'interférer dans le libre choix de tout utilisateur.

1. Comme le souligne le groupe d'expert sur la *Future Internet Architecture* (FIArch), coordonné par la Commission européenne, l'application du principe de l'*end-to-end* « *results in a network that is transparent to the host application communication (abstraction principle) and provides for a general transport service capable of supporting many different applications. So, contrary to the telephony networks (PSTN), the Internet is not tailored for any single application but is*

designed for generality and (expectedly) evolvability ». FIArch, *Future Internet Design Principles*, janv. 2012, p. 12. Dans ce sens : M. Lemley et L. Lessig, "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", *op. cit.* ; B. Schewick, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like, op. cit.*

2. Dans ce sens : B. Schewick, *Internet Architecture and Innovation, op. cit.*, p. 72-75 ; *id.*, *Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like, op. cit.*

3. Pour cette raison, le principe de neutralité du réseau Internet – ou neutralité du Net – est le corollaire du principe de l'*end-to-end*. Le débat concernant la neutralité du Net touche « la question de savoir si les fournisseurs de services Internet devraient être autorisés à limiter, filtrer ou bloquer l'accès à l'Internet ou à diminuer ses performances. Le concept de neutralité du réseau repose sur l'idée que l'information sur Internet devrait être transmise de manière impartiale, sans considération de contenu, de destination ou de source, et que les utilisateurs devraient être en mesure de décider quels applications, services ou matériel ils veulent utiliser ». Cons. Europe, *Gouvernance de l'Internet – Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, préc.

Le principe de la neutralité du réseau Internet prescrit que « le trafic Internet doit être traité de façon égalitaire, sans discrimination, restriction ni ingérence fondée sur l'expéditeur, le destinataire, la catégorie ou le contenu, de sorte que la liberté de choix des usagers d'Internet ne soit pas limitée par l'application d'un traitement favorable ou défavorable à la transmission du trafic Internet lié à des contenus, services, applications ou appareils particuliers ». Voir : Annexe « Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet », nº 537.

En effet, la délégation du traitement des informations à la couche d'application fait en sorte que les autres couches doivent se limiter à la transmission des informations, ne pouvant pas « filtrer certains paquets de données en fonction de leur contenu, […] les authentifier, les traquer ou de les modifier ». V. Mayer-Schoenberger et M. Ziewitz, *Jefferson Rebuffed – The United States and the Future of Internet Governance*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, mai 2006, p. 15.

4. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance, op. cit.* ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, Version 2.0, op. cit.*

5. Le fait que les réseaux électroniques soient « aveugles » par rapport aux applications, contenus et services communiqués est la raison principale pour laquelle les opérateurs sont exempts de la responsabilité concernant l'illégalité des informations transmises, leur activité étant catégorisée comme « simple transport » ou « Mère conduit ». En ce sens : art. 12 de la directive 2000/31/CE, dite « directive sur le commerce électronique », section 512 du Digital Millennium Copyright Act (DMCA), 1998.

6. Conv. EDH, art. 10.1. Toutefois, force est de souligner que les choix architecturaux originairement conçus par la communauté technique de l'Internet sont à la base non seulement des avantages positifs en matière de maximisation de la liberté d'expression et d'information mais aussi des effets négatifs tels que la vulnérabilité à la surveillance ainsi que la difficulté de limiter le phénomène des « communications commerciales non sollicitées » ou *spam*. Notamment, on se doit de souligner qu'en dépit de l'illégalité des communications commerciales non sollicitées, au sens de l'article 13 de la directive 2002/58/CE, celles-ci représentent entre 70 % et 80 % du trafic mondial de courriers électroniques. ISOC, *Combating Spam: Policy, Technical and Industry Approaches*, oct. 2012, disponible sur *www.internetsociety.org/doc/combating-spam-policy-technical-and-industry-approaches*

7. Dans ce sens : CEDH, 7 juin 2012, *Affaire Centro Europa 7 Srl et Di Stefano c/ Italie*, nº 38433/09, § 71 ; *Recommandation CM/Rec(2007) 2 du Comité desministres auxÉtats membres sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias*, 31 janv. 2007 ; *Déclaration du Comité desministres sur le rôle des médias associatifs dans la promotion de la cohésion sociale et du dialogue interculturel*, 11 févr. 2009.

Aussi, force est de remarquer qu'au niveau de l'Union européenne, la valeur fondamentale de ce principe est explicitement évoquée par l'article 11.2 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, au sens duquel, « [l] a liberté des médias et leur pluralisme sont respectés » et réitérée par le quatrième alinéa de l'article 167 du TFUE, au sens duquel « [l]'Union tient compte des aspects culturels dans son action au titre d'autres dispositions des traités, afin notamment de respecter et de promouvoir la diversité de ses cultures ».

199 Enfin, on se doit de souligner, qu'en dépit de leur rôle incontournable, les principes fondamentaux de l'Internet ne sont pas le résultat d'un processus de légifération. Au contraire, comme nous le mettrons en exergue dans le paragraphe qui suit, l'élaboration des standards Internet, qui consacrent ces principes dans des outils technonormatifs, est le résultat de processus d'autorégulation, se fondant sur un effort collaboratif visant à la définition de règles efficaces. Toutefois, bien que ces processus n'aient pas lieu au sein d'institutions encadrées par le droit public, leur rôle ainsi que leur *modus operandi* et les règles qui régissent leurs activités nécessitent d'être analysés non seulement dans un simple souci académique mais, principalement, pour que le potentiel de cette méthode puisse être compris et, éventuellement, transposé du domaine technique au domaine réglementaire.

SOUS-SeCtiON **2**

Le « système technicien »

200 La naissance et l'institutionnalisation d'entités chargées de l'élaboration de la *lex informatica*, à savoir des protocoles et des standards qui définissent l'architecture de l'Internet, ainsi que de l'« administration[1] » des ressources critiques internautiques, c'est-à-dire les identifiants sur lesquels se fonde le système de noms de domaine[2], ont déterminé le développement de véritables centres de régulation internautique qui interagissent dans le cadre d'un « système technicien[3] ». Ainsi, comme on le mettra en lumière dans les développements suivants, la coexistence de sources de normalisation technique et de sources traditionnelles législatives et juridiques donne naissance à une gouvernance internautique multi-acteur et multi-niveau, caractérisée par la présence de plusieurs centres de régulation de nature différente ainsi que par la juxtaposition de plusieurs « couches » normatives.

1. Ici, le terme « administration » se situe sur le terrain de la gestion privée d'un service public. Ainsi, comme on le mettra en lumière au cours de la prochaine section, dans le cadre de l'administration du DNS, l'ICANN, qui est une entité privée, gère une « mission de service public », en exerçant des fonctions régulatoires (par exemple, en accréditant les registres de noms de domaine, en établissant les prix de base pour les noms de domaine, en évaluant l'utilité sociale des nouveaux noms de domaine de premier niveau [*Top-Level Domains*], etc.) par le truchement d'outils de droit privé. Dans ce sens : H. Klein, "ICANN Reform: Establishing the Rule of Law", *Internet and Public Policy Project*, 2005.

2. Le DNS sera abordé au cours de la prochaine sous-section tandis que son administration sera analysée au cours de la prochaine section.

3. La *lex informatica* est une composante fondamentale d'un « système technicien » dans le cadre duquel « un ensemble d'éléments en relation les uns avec les autres de telle façon que toute évolution de l'un provoque une évolution de l'ensemble, toute modification de l'ensemble se répercutant sur chaque élément ». Le concept de « système technicien » a été élaboré par Jacques Ellul. J. Ellul, *Le système technicien*, Callman-Lévy, Paris, 1977.

201 La première forme de gouvernance du réseau a commencé à se développer à partir de 1968, lorsqu'un groupe de chercheurs se faisant appeler « groupe de travail réseau » ou *Network Working Group*[1] (NWG) commence à établir une série de documents techniques qui pouvaient être commentés et utilisés par tous les sujets intéressés à participer à leur discussion. En raison du processus essentiellement participatif qui caractérisait leur élaboration, ces documents ont été dénommés « demandes de commentaires » ou RFC. Bien que les premières RFC concernent la régulation technique d'un réseau d'ordinateurs et non d'une interconnexion de réseaux interopérables – c'est-à-dire de l'Internet – on se doit de souligner que les coutumes établies par le NWG ont revêtu un rôle essentiel et ont été, jusqu'à présent, à la base du *modus operandi* des institutions de la gouvernance technique de l'Internet.

1. Le 7 avril 1969, la première demande de commentaire fut distribuée aux membres du NWG par l'informaticien Stephen Crocker, qui l'envoya par courrier ordinaire. Fin 1969, les chercheurs impliqués dans le NWG commencèrent à utiliser ARPANet comme outil de distribution des RFC. J. Bing, "Building cyberspace: a Brief History of Internet", *op. cit.*, p. 24. Pour un historique détaillé de l'évolution des mille premières RFC : NWG, *Request for Comments Reference Guide, RFC 1000*, août 1987, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1000.txt*

202 La première institution de gouvernance technique de l'Internet a été l'*Internet Configuration Control Board* (ICCB), créé en 1979 par l'ARPA, afin

d'élargir le spectre des chercheurs impliqués dans le développement de l'Internet et de ses caractéristiques structurales[1]. Bien que les interactions entre les membres de la communauté technique internautique continuent à se dérouler de façon informelle et sur un plan égalitaire, la création de l'ICCB représente une étape historique, car elle doit être considérée comme le premier effort d'institutionnalisation de la « communauté internautique ». En 1983, l'ARPA a décidé de remplacer l'ICCB par l'*Internet Activities Board* (IAB) – renommé *Internet Achitecture Board* en 1992[2] – auquel a été attribuée la responsabilité de diriger le processus de normalisation internautique[3]. L'IAB était subdivisé en dix « groupes de travail », ou *task forces*, parmi lesquels l'*Internet Engineering Task Force* (IETF) et l'*Internet Research Task Force* (IRTF) qui ont acquis un rôle primordial dans le cadre du système technicien. Notamment, l'IRTF et IETF ont été ultérieurement structurés en de nombreux groupes de travail[4] consacrés à des thèmes spécifiques : l'IETF est actuellement la « principale structure engagée dans l'élaboration des spécifications pour les nouveaux standards de l'Internet[5] » et ses groupes de travail s'occupent de problématiques d'ingénierie à « court terme[6] », tandis que les groupes de travail qui composent l'IRTF sont consacrés à la recherche et à des analyses de long terme.

1. R. E. Kahn, "The Role of the Government in the Evolution of the Internet", *in* National Academy of Engineering, *Revolution in the US Information Infrastructure*, 1995, p. 16.

2. V. Cerf, *IETF and the Internet Society*, 18 juill.1995, disponible sur *www.internetsociety.org/internet/what-internet/history-internet/ietf-and-internet-society*

3. À présent, le statut de l'IAB est à la fois celui de comité de l'IETF et d'organe consultatif de l'ISOC. Comme le souligne *le Tao de l'IETF*, l'IAB « est en charge de conserver une vision d'ensemble de l'Internet et se concentre sur la planification et la coordination à long terme des différents domaines d'activité de l'IETF. […] Le rôle de l'IAB est aussi de :
– Approuver les nominations proposées par l'*Internet Engineering Steering Group* (IESG) ;
– Examiner en appel les actions engagées contre certaines décisions de l'IESG et du Comité de surveillance administrative de l'IETF ou *IETF Administrative Oversight Committee* (IAOC) ;
– Encadrer la rédaction des RFC par l'intermédiaire du RFC *Series Oversight Committee* (RSOC) ;
– Approuver la nomination de l'Autorité d'attribution des adresses Internet ou *Internet Assigned Numbers Authority* (IANA) ;
– Conseiller l'*Internet Society* (ISOC) ;
– Encadrer les liens de l'IETF avec les autres organismes de standardisation ».
B. Carpenter, *Charter of the Internet Architecture Board (IAB), RFC 2850*, BCP 39, mai 2000, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc2850* ; P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*, disponible sur *www.ietf.org/tao-translated-fr.html*

4. Les modalités de création des groupes de travail de l'IETF sont consacrées par l'*IETF Working Group Guidelines and Procedures*, *RFC 2418*, septembre 1998, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc2418.txt*

5. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

6. Voir à ce sujet le site Web de l'IETF *http://irtf.org/* dernière visite le 3 août 2012.

203 Comme nous le mettrons en exergue au cours du prochain paragraphe, c'est au sein de l'IETF que coopèrent les « démiurges » internautiques qui déterminent l'architecture et le fonctionnement de l'Internet, à partir des normes consacrées dans les RFC.

§ 1 – La « démocratie participative » du système technicien

204 L'IETF est « la principale structure engagée dans l'élaboration des spécifications pour les nouveaux standards de l'Internet[1] » et doit donc être

considérée comme l'un des principaux centres d'élaboration de la *lex informatica*, dans le cadre du « système technicien ». Dans ce sens, l'énoncé de mission de l'IETF affirme que l'objectif principal de ce comité d'études en génie technique d'Internet est d'améliorer le fonctionnement de l'Internet[2] et de maintenir son interopérabilité, en élaborant dans ce but des standards et des protocoles, en identifiant des « pratiques exemplaires courantes[3] » ou *Best Current Practices* (BCP) et en publiant des documents informatifs[4].

1. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

2. Selon son énoncé de mission, l'IETF vise à « *produce high quality, relevant technical and engineering documents that influence the way people design, use, and manage the Internet in such a way as to make the Internet work better. These documents include protocol standards, best current practices, and informational documents of various kinds* ». Aussi, comme le soulignent le *Tao de l'IETF* et son énoncé de mission, l'IETF « a pour but de :
– Identifier les problèmes urgents opérationnels et techniques liés à l'Internet et proposer des solutions ;
– Spécifier l'élaboration ou l'usage des protocoles et définir les architectures les mieux adaptées à court terme pour résoudre ces problèmes ;
– Faire des recommandations à l'*Internet Engineering Steering Group* (IESG) sur la standardisation et l'usage des protocoles appliqués à l'Internet ;
– Faciliter le transfert technologique entre l'*Internet Research Task Force* (IRTF) et la communauté de l'Internet en général ;
– Favoriser l'échange d'informations au sein de la communauté de l'Internet entre les fournisseurs, utilisateurs, chercheurs, entrepreneurs et gestionnaires de réseaux ».
H. Alvestrand, *A Mission Statement for the IETF. RFC 3935*, oct. 2004, § 1, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc3935.txt* ;
P. Hoffman, *Le Tao de l'IET. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

3. Comme le souligne la *RFC 1818*, « *[t]he BCP process is similar to that for proposed standards. The BCP is submitted to the IESG for review, and the existing review process applies, including a "last call" on the IETF announcement mailing list. However, once the IESG has approved the document, the process ends and the document is published. The resulting document is viewed as having the technical approval of the IETF, but it is not, and cannot become an official Internet Standard.* » J. Postel, T. Li et Y. Rekhter, *Best Current Practices, RFC 1818*, BCP 1, août 1995, disponible sur *https:// tools.ietf.org/html/rfc1818*

4. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

205 Les « standards Internet[1] » de l'IETF étant à la base du fonctionnement des réseaux qui composent l'Internet, force est de souligner le rôle primordial de cette entité qui représente non seulement un des mécanismes[2] essentiels afin de définir la régulation technique de l'Internet, mais aussi un exemple parlant de gouvernance participative déployant ses effets et ses produits normatifs par diffusion transnationale[3]. En dépit du fait que les standards Internet concernent des solutions techniques, on se doit de souligner que ces normes engendrent de considérables répercussions sociales, politiques et économiques[4] vis-à-vis d'un réseau ayant une évidente « valeur de service public[5] », qui doit être « comprise comme étant le fait pour les personnes de compter de manière significative sur l'Internet comme un outil essentiel pour leurs activités quotidiennes[6] ». L'analyse du fonctionnement de l'IETF se révèle donc essentielle afin de comprendre les modalités d'élaboration des outils autorégulatoires qui organisent l'architecture du réseau des réseaux. Cette analyse nous permet également de saisir les développements qui ont déterminé l'institutionnalisation de la gouvernance et de la régulation du DNS de l'Internet[7]. Enfin, elle nous aide à identifier des éléments procéduraux qui sont susceptibles d'être transposés dans la gouvernance internationale de l'Internet, afin de permettre l'élaboration participative de « modèles régulatoires[8] ».

1. Au sens de la *RFC 3935*, le terme « standard » « *describes a specification of a protocol, system behaviour or procedure that has a unique identifier, and where the IETF has agreed that "if you want to do this thing, this is the description of*

how to do it". *It does not imply any attempt by the IETF to mandate its use, or any attempt to police its usage – only that "if you say that you are doing this according to this standard, do it this way". The benefit of a standard to the Internet is in interoperability – that multiple products implementing a standard are able to work together in order to deliver valuable functions to the Internet's users* ». *Ibid*.

2. Ce travail de recherche ne prendera pas en considération toutes les instances de standardisation existantes et se concentrera principalement sur le processus de l'IETF en raison de ses caractéristiques « habermassiennes ». Les autres organisations de standardisation ayant la possibilité de façonner la régulation technique de l'Internet sont : l'ISO, l'UIT, l'*Institute of Electrical and Electronics Engineers* (IEEE), le W3C, l'ETSI.

3. Voir n[os] 73 et s.

4. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, *op. cit.*

5. Dans ce sens : Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, préc.

6. *Ibid*.

7. Voir n[os] 294 et s.

8. Voir n[os] 290 et s.

206 Le processus de standardisation Internet est formellement une activité de l'*Internet Society* (ISOC)[1] organisée et administrée, au nom de la « communauté Internet », par l'IAB et l'IESG[2] et elle se déroule essentiellement par le truchement des travaux de l'IETF. L'IETF est structurée en huit domaines techniques dont les travaux sont coordonnés par huit « directeurs de domaine » ou *Area Directors* qui composent l'IESG et qui sont nommés par le comité de nomination de l'IETF pour un mandat bisannuel[3]. L'élaboration de la *lex informatica* a lieu au sein des différents groupes de travail qui composent les huit domaines de l'IETF et qui se concentrent sur les enjeux techniques que les FAI et les fournisseurs de services doivent affronter. Tout groupe de travail dispose d'un « coordinateur » ou *chair* et définit ses objectifs et son plan d'action de manière autonome, par le biais d'une charte rédigée lors d'un meeting initial, dit *Birds of a Feather meeting*[4], qui doit être autorisé par le directeur de domaine afférent au groupe de travail concerné. Lorsque la charte est arrêtée, le directeur de domaine intéressé peut recommander à l'IESG la création du nouveau groupe de travail[5].

1. L'ISOC est une organisation à but non lucratif qui vise à la promotion de l'Internet en tant qu'infrastructure globale de communication, ayant une mission pédagogique et scientifique d'envergure internationale. Dans la section qui suit, nous soulignerons le fait que la création de l'ISOC a été rendue nécessaire afin de fournir un cadre organisationnel à l'IETF. Ainsi, l'ISOC fournit un « cadre juridique » ou *legal umbrella* à l'IETF et supporte l'élaboration des standards Internet. Notamment au sens de la *RFC 2031*, « *[t]o avoid the fact that the IETF has to construct its own legal structure to protect the standards and the standards process, ISOC should provide a legal umbrella. The legal umbrella will at least cover:*
1) legal insurance for all IETF officers (IAB, IESG, NomCom and WG chairs) ;
2) legal protection of the RFC series of documents; In such a way that these documents can be freely (i.e. no restrictions financially or otherwise) distributed, copied etc. but cannot be altered or misused. And that the right to change the document lies with the IETF.
3) *legal protection in case of Intellectual property rights disputes over Internet Standards or parts thereof* ».
Aussi l'ISOC « *will assist the standards process by*
1) appointing the NomCom chair
2) approving IAB candidates
3) reviewing and approving the documents that describe the standards process […]
4) *acting as the last resort in the appeals process* ».
E. Huizer, *IETF-ISOC relationship*, *RFC 2031*, oct. 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2031*

2. S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3[e] révision)*, *op. cit.*

3. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*, § 2.2.2.

4. La formule « *birds of a feather* » dérive du proverbe anglais « *Birds of a feather flock together* » traduisible par l'expression « Qui se ressemble s'assemblent ». En effet, le proverbe se réfère au fait que les *birds of a feather*, c'est-à-dire les « oiseaux qui ont le même genre de plumes » se rassemblent avec des oiseaux de leur propre espèce. *Ibid*., § 5.

5. *Ibid*.

207 Par la suite, les problématiques prises en compte par les groupes de travail sont analysées par le biais d'un processus coopératif et consensuel dont « les objectifs […] sont : l'excellence technique ; une mise en œuvre et des essais préalables ; une documentation claire, concise et facilement compréhensible ; l'ouverture et l'impartialité ; la ponctualité[1] ». Ce processus débute avec le partage d'un « projet Internet[2] » ou *Internet Draft* qui donne lieu à une séquence de commentaires et de reformulations du projet dans le cadre des listes de diffusion (ou *mailing-list*s) des différents groupes de travail, qui sont ouvertes[3] à la participation de tout individu intéressé. Cette « révision » participative est répétée jusqu'à atteindre un niveau technique nécessaire pour que le directeur de domaine puisse soumettre le projet à l'IESG[4]. L'IESG évalue donc la clarté et la qualité technique du projet Internet et exhorte les membres de « la communauté Internet en général[5] » à fournir leurs commentaires au cours du « dernier appel » ou *Last Call*[6], suite auquel le standard sera testé en le mettant en œuvre par le biais de logiciels. Enfin, le processus s'achève avec la publication d'une RFC définitive, par le sujet désigné en tant que rédacteur en chef des RFC ou *RFC Editor*[7]. Comme nous l'avons souligné, ces documents peuvent délinéer des solutions techniques ou consacrer des pratiques optimales et sont élaborés sur la base d'un processus ouvert et essentiellement transparent, puisque les archives contenant toute communication ayant lieu par le biais des listes de diffusion de l'IETF sont publiques[8] et permettent donc à tout individu de pouvoir examiner les modalités de prise de décision.

1. S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3e révision), op. cit.*

2. *Ibid.*

3. Les travaux de l'IETF se fondent sur un processus ouvert, puisque « *any interested person can participatein the work, know what is being decided, and make his or her voice heard on the issue. Part of this principle is our commitment to making our documents, our WG mailing lists, our attendance lists, and our meeting minutes publicly available on the Internet* ». H. Alvestrand, *A Mission Statement for the IETF, op. cit.*

4. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force, op. cit.*,§ 6.1.

5. *Ibid*., § 6.1.2.

6. *Ibid.*

7. Le *RFC Editor* prépare, formate et publie les travaux qui prennent alors le statut de RFC. Le(s) nom(s) indiqué(s) en haut de toute RFC se réfèrent donc au(x) RCF Editor(s). Comme le souligne la *RFC 6635*, « *[o]riginally, there was a single person acting as editor of the RFC Series (the RFC Editor). The task has grown, and the work now requires the organized activity of several experts, so there are RFC Editors, or an RFC Editor organization.*[…] *The RFC Editor is an expert technical editor and series editor, acting to support the mission of the RFC Series. As such, the RFC Editor is the implementer handling the editorial management of the RFC Series, in accordance with the defined processes* ». O. Kolkmanet J. Halpern, *RFC Editor Model (Version 2), RFC 6635*, juin 2012, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc6635#page-3*

8. Les archives de l'IETF peuvent être consultées sur *www.ietf.org/mail-archive/web/ipsec/current/maillist.html*

208 Les participants aux travaux de standardisation se réunissent au sein de groupes de travail[1] dédiés à un sujet spécifique et coopèrent par le biais de *mailing-lists* – listes de diffusion ouvertes et publiques, modérées par un ou deux modérateurs – et dans le cadre des ateliers se déroulant

lors des meetings de l'IETF, organisés à échéance quadrimensuelle. En effet, la plupart des travaux élaborés par l'IETF se déroulent au sein de groupes de travail, qui représentent le « mécanisme de standardisation fondamental[2] » de l'IETF et qui opèrent par le biais de ces *mailing-lists*[3]. Ainsi, la standardisation Internet se déroule par le biais d'un processus ascendant ou *bottom-up*[4] en vertu duquel, tout individu[5] peut proposer – individuellement ou dans le cadre d'un groupe de travail – l'analyse d'une problématique spécifique qui sera débattue au sein d'une liste de diffusion[6]. Tout individu, ayant les compétences techniques et le temps nécessaires afin de suivre les développements parfois très chronophages et maîtrisant la langue anglaise, peut donc participer directement au processus collaboratif visant à l'élaboration d'un standard de l'IETF. En effet, quelle que soit l'identité du sujet à l'initiative de l'*Internet Draft*, lorsque son processus de révision donne lieu à une solution consensuelle et efficace, celle-ci est consacrée dans une RFC par le rédacteur en chef des RFC.

1. Les procédures suivies par les groupes de travail sont délinéées dans les BCP 25. S. Braner, *IETF Working Group Guidelines and Procedures*, *RFC 2418*, BCP 25, sept. 1998, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2418*

2. *Ibid*., p. 3.

3. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

4. Comme Scott Bradner le met en lumière, « idéalement, la direction de l'IETF est entièrement établie par les participants ». Voir : S. Bradner, "The Internet Engineering Task Force", *in* C. DiBona, S. Ockman et M. Stone, (ss. la dir.) *Opensources: Voices from the Open Source Revolution*, Cambridge, 1999.

5. Selon la *RFC 1083*, « tout le monde peut inventer un protocole, le documenter, le mettre en œuvre, le tester, et ainsi de suite ». IAB, *IAB Official Protocol Standards*, *RFC 1083*, déc. 1988, p. 2, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1083*

6. Au sens du *Tao de l'IETF*, le processus de standardisation Internet s'articule selon les étapes suivantes :
– « Publier le document comme un avant-projet Internet ;
– Recevoir des commentaires sur l'avant-projet ;
– Modifier votre avant-projet en tenant compte des commentaires ;
– Répétez les trois premières étapes plusieurs fois ;
– Demandez à un directeur de domaine de transmettre l'avant-projet à l'IESG (s'il s'agit d'une soumission individuelle). Si l'avant-projet est une production officielle du groupe de travail, le responsable du [groupe de travail] demande au Directeur de domaine de le transmettre à l'IESG ;
– Si le directeur de domaine accepte la soumission, ils effectueront leur propre examen initial et pourront demander des mises à jour avant de le faire évoluer ;
– Obtenez des bilans auprès d'une base élargie de membres de l'IETF. En particulier, certains domaines de l'IETF ont organisé des équipes de bilan pour vérifier les avant-projets qui sont déjà prêts à être envoyés à l'IESG. Deux des équipes de bilan les plus actives proviennent du Directorat de la sécurité (SecDir) et de l'équipe du bilan du domaine général (Gen-Art). N'oubliez pas que tous ces bilans permettent d'améliorer la qualité de la RFC éventuelle ;
– Discutez des problèmes avec les membres de l'IESG. Leurs problèmes peuvent être résolus en apportant une réponse simple, ou ils peuvent impliquer des ajouts ou des modifications au document ;
– Attendez que le document soit publié par l'éditeur RFC ».
P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

209 Ainsi, on se doit de remarquer qu'afin d'être formalisés par le *RFC Editor*, les projets doivent avoir atteint un consensus approximatif et doivent aussi démontrer leur efficacité dans la pratique. En effet, la règle du « code qui fonctionne » ou *running code* prévaut qu'avant qu'un projet de standard ne puisse être consacré en tant que RFC, il doit « faire l'objet d'une mise en œuvre, son bon fonctionnement et sa bonne interopérabilité doivent être testés par plusieurs tiers indépendants, et [ce projet de standard] doit être utilisé dans des environnements de plus en plus exigeants, avant d'être adopté comme standard Internet[1] ». L'objectif des standards de l'IETF étant

l'excellence technique[2], la démonstration de leur mise en œuvre par le biais d'essais préalables représente la phase conclusive du processus de standardisation ainsi qu'une *conditio sine quanon* afin que l'*Internet Draft* puisse devenir formellement une RFC. L'effectivité des RFC est donc une conséquence directe de leur efficacité car seuls les projets de standard dont l'efficacité est prouvée peuvent atteindre le statut de RFC[3]. On se doit de remarquer que ce mécanisme de gouvernance, fondé sur une autorégulation et sur une successive diffusion transnationale, pourrait théoriquement être transposé dans l'élaboration de standards juridiques tels que des modèles de lois, élaborés de façon participative et être adoptés par les régulateurs ou législateurs nationaux en vertu de leur efficacité[4], tout comme les standards Internet sont adoptés volontairement par les opérateurs et les fournisseurs de services autonomes qui composent l'Internet, en raison de leur valeur technique et de leur « *running code* ».

1. S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3e révision), RFC 2026*, BCP 9, octobre 1996, § 1.2, disponible sur : *ftp://ftp.rfc-editor.org/in-notes/rfc2026.txt*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. C'est, en effet, une telle réflexion qui a stimulé l'auteur de ce travail à créer une coalition dynamique sur la neutralité du réseau, dans le but d'élaborer un modèle de cadre sur la neutralité du réseau par le biais d'une approche participative et en utilisant les éléments contenus dans les actes législatifs existants dont l'efficacité était prouvée. Cette méthode vise à rendre les systèmes juridiques nationaux « interopérables » par le biais d'un modèle fournissant des solutions communes, tout comme les standards Internet rendent interopérables les systèmes autonomes qui composent l'Internet. Cette méthode sera analysée dans la deuxième partie de ce travail. Dans ce sens : L. Belli et M. Bergen, *A Discourse principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application, op. cit.*

210 Enfin, l'adoption de standards Internet par les acteurs du marché consacre leur succès[1] et, dans ce sens, force est de souligner que « l'impératif d'interopérabilité à l'échelon mondial donne à certaines RFC un véritable statut de norme technique obligatoire[2] », en corroborant leur force normative en vertu de la contrainte marchande au sens de laquelle le non-respect de la norme technique empêche l'accès au marché[3].

1. Comme le souligne la *Déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes*, signée le 28 août 2012 par l'IEEE, l'IAB, l'IETF, l'ISOC et le W3C, « les normes sont volontairement adoptées et le succès est déterminé par le marché ». *Déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes*, pilier nº 5 « L'Adoption volontaire », disponible sur *http://open-stand.org/wp-content/uploads/2012/08/Modern-Paradigm-for-Standards-Principles_16Aug12-FR-FINAL.pdf* Aussi, dans ce sens : J. Reagle, *Why the Internet Is Good: Community Governance That Works Well*, 1998, disponible sur *http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/people/reagle/regulation-19990326.html*

2. En ce sens : Commission des communautés européennes, *L'organisation et la gestion de l'Internet. Enjeux internationaux et européens 1998-2000*, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, COM (2000) 202 final, Bruxelles, 11 avr. 2000, p. 33.

3. En ce sens, voir nos 150 et s.

▪ A – Un nouveau modèle organisationnel

211 Bien que l'IETF puisse être définie comme un « groupe informel et autoorganisé[1] », on se doit de remarquer qu'elle constitue le « principal organisme de normalisation technique de l'Internet [qui] rassemble une immense communauté internationale ouverte d'architectes de réseau, d'opérateurs, de fournisseurs [de services] et de chercheurs, soucieux de l'évolution de

l'architecture et du bon fonctionnement de l'Internet[2] ». Ainsi, bien que l'IETF puisse être considérée comme une organisation *de facto*, elle ne disposait pas d'un cadre institutionnel jusqu'en 1992. En ce sens, en janvier 1992 l'ISOC a été instituée en tant qu'organisation à but non lucratif, au sens du droit du *District of Columbia*[3], afin de combler le manque de personnalité juridique de l'IETF et afin de fournir un support administratif et financier à des organismes tels que l'IAB, l'IETF, l'IRTF et l'IESG[4]. Ainsi, au sens de la RFC 1602[5], l'ISOC est devenue donc le cadre institutionnel de l'IETF, de l'IAB et de l'IESG, tandis que la standardisation Internet est devenue une « activité organisée par l'ISOC[6] », bien que le développement des standards demeurât une prérogative de l'IETF.

1. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*

2. S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3e révision)*, *op. cit.* ; P. Hoffman, *Defining the IETF*, *RFC 3233*, févr. 2002, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc3233* ; R. Hovey et S. Bradner, *The Organizations Involved in the IETF Standards Process*, *RFC 2028*, BCP 11, oct. 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/bcp11* ; ISOC, *One Page Overview of the IETF*, disponible sur *www.ietf.org/about/about-the-ietf-fr.pdf*

3. *District of Columbia Nonprofit Corporation Act*, DC Code, § 29-301.01 et s.

4. V. Cerf, *IETF and the Internet Society*, *op. cit.* Aussi : R. Austein et B. Wijnen, *Structure of the IETF Administrative Support Activity (IASA)*, *RFC 4071*, BCP 101, avr. 2005, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc4071*

5. IAB et IESG, *The Internet Standards Process – Revision 2*, *RFC 1602*, mars 1994, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc1602*

6. *Ibid.*, p. 6.

212 Ainsi, on se doit de remarquer que l'instauration de ces nouvelles entités, structurées sur la base de l'ouverture[1], de la transparence, de la décentralisation et de la coopération sur un pied d'égalité[2], peut être considérée comme la configuration d'un nouveau paradigme organisationnel[3] en évidente rupture avec le *modus operandi* qui caractérise traditionnellement l'activité des organisations de normalisation[4]. En effet, l'IETF et l'IAB – et, dans une certaine mesure, le *World Wide Web Consortium*[5] (W3C), l'organisation qui s'occupe de l'élaboration de standards concernant l'implémentation du *World Wide Web*[6] – ont été fondés et développés sur la base de l'ouverture, de la transparence et de la décentralisation, tout en s'opposant à la méthode bureaucratique qui caractérise la « diplomatie technique[7] » ayant lieu au sein des organisations internationales traditionnellement chargées de la normalisation technique – c'est-à-dire l'ISO et l'UIT.

1. Bien évidemment, ici, le terme « ouverture » ne se réfère pas à l'architecture du réseau Internet mais au processus inclusif, permettant l'accès et la participation à toute partie intéressée.

2. Ce principe d'égalité peut être inféré en analysant la devise de l'IETF – qui se fonde sur une phrase prononcée par le premier président de l'IAB, Dave Clark – selon laquelle la communauté technique « rejet[te] les rois, les présidents et les votes [et croît] en un consensus approximatif et en un code qui fonctionne ». P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.* ; C. Huitema, *Et Dieu créa l'Internet*, Eyrolles, 1995, p. 80.

3. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *op. cit.*

4. *Ibid.*

5. Le W3C est un consortium à vocation internationale dans le cadre duquel les organisations membres, le personnel à plein temps et le public coopèrent au développement de standards Web. Le W3C « poursuit sa mission essentiellement par la création de standards Web et de lignes directrices visant à assurer la croissance à long terme pour le Web ». À la différence de l'IETF, le processus de standardisation du W3C est partiellement ouvert, car seules les organisations s'acquittant des frais de participation peuvent être membres. Toutefois, les individus qui ne sont pas

liés à des organisations membres peuvent participer à certaines listes de diffusion, formuler des commentaires au sujet des ébauches de standards et participer à des forums spécifiques conçus pour des commentaires. C. Vincent et J. Camp, "Setting Standards: Looking to the Internet for Models of Governance", *op. cit.* ; Site officiel du W3C disponible sur *www.w3.org/*

6. Le *World Wide Web* est un système de dissémination des informations au sein de l'Internet par le biais de liens hypertextes. Le Web utilise le langage de balisage hypertexte (HTML) – créé par Tim Berners Lee en 1992 – afin d'établir une liaison directe à des documents ou des images et le protocole HTTP pour transmettre les données. Depuis sa première version, la norme HTML n'a cessé d'être mise à niveau avec de nouvelles fonctionnalités pour permettre la gestion de bases de données, de vidéos et d'animations. Le travail de normalisation HTML (et XHTML et XML) est effectué dans le cadre du W3C. En se référant au modèle organisationnel du W3C, Tim Berners-Lee a explicitement affirmé : « On imagine que la société puisse fonctionner sans qu'un gouvernement hiérarchique et bureaucratique soit impliqué dans chaque démarche, si seulement on découvrait un bon ensemble de règles d'interaction entre pairs. Notre conception de l'Internet et du Web est [inspirée par] la recherche d'un ensemble de règles qui permette aux ordinateurs de travailler ensemble en harmonie. Et notre quête spirituelle et sociale est un ensemble de règles qui permette à tout le monde de travailler ensemble en harmonie. ». T. Berners-Lee et M. Fischetti, *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor*, Paw Prints, 2008.

7. R. Hawkins, "Standards-Making as Technological Diplomacy: Assessing Objectives and Methodologies in Standards Institutions", *in* R. Hawkins, R. Mansell et J. Skea, *Standards, Innovation and Competitiveness. The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, 1995, p. 147-158.

213 En effet, à la différence de la « normalisation institutionnalisée » qui se déroule dans le cadre d'organisations intergouvernementales où « chaque État membre est représenté par son gouvernement et dispose d'une voix[1] », la participation au sein des « organisations techniques Internet » ou « groupe I*[2] » ne repose pas sur un critère de représentativité nationale mais sur l'intérêt – qu'il soit personnel ou commercial – portant sur l'élaboration d'un standard ou d'une politique donné(e). Dans ce sens, l'utilisation de listes de diffusion par ces organisations permet la mise en œuvre d'une véritable « consultation publique » internationale et démocratise le processus de standardisation, en élargissant de façon potentiellement illimitée l'éventail des sujets pouvant y prendre part directement. Cette méthode participative confère donc au processus d'élaboration des standards Internet une nature « quasi démocratique[3] », en étant l'expression directe de la communauté qui y prend part. Pour cette raison ce processus habermassien, consistant en une régulation participative sur la base d'arguments logiques et scientifiques et visant à l'efficacité, doit être considéré comme la source même de la légitimité de la *lex informatica*. Dans ce sens, les autres organisations techniques Internet ont choisi de répliquer cette méthode non seulement dans un souci d'efficacité et d'inclusivité mais aussi afin de consolider leur légitimité[4].

1. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, "Standards Agreements and Normative Collisions in Internet Governance", *op. cit.*, p. 68.

2. La formule « organisations techniques Internet » ou « groupe I* » – se prononçant groupe « *Ai star* » – se réfère à un groupe composé de l'ISOC, l'IAB, l'IETF, le W3C, l'ICANN et des registres Internet régionaux. Dans ce sens : IAB, *Montevideo Statement on the Future of Internet Cooperation*, 7 oct. 2013, disponible sur *https://www.iab.org/documents/correspondence-reports-documents/2013-2/montevideo-statement-on-the-future-of-internet-cooperation/* ; ISOC, *Statement from the I* Leaders Coordination Meeting*, Santa Monica, 14 févr. 2014, disponible sur *www.internetsociety.org/news/statement-i-leaders-coordination-meeting-santa-monica-14-february-2014*

3. R. Hawkins et A. Bouillon, « Vers une évolution ou vers une disparition de la "démocratie technique" ? L'avenir de la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication », *Réseaux*, vol. 18, n° 102, 2000, p. 122.

4. Dans ce sens, voir n^{os} 294 et s.

214 Toutefois, on se doit de remarquer qu'en dépit du processus essentiellement participatif, par le biais duquel la *lex informatica* est élaborée, la composition de la « communauté technique Internet » – c'est-à-dire l'ensemble des individus prenant part à l'élaboration des protocoles et standards – représente un filtre important, faisant en sorte que ce processus soit défini comme multi-parties prenantes et non pas comme une démocratie directe. D'une part, ce mécanisme peut être rapproché de la démocratie athénienne qui, bien qu'à la base de la conception moderne de démocratie, n'était pas une véritable démocratie puisque seuls les citoyens – à savoir les individus de sexe masculin de plus de 20 ans, libres et nés de parents athéniens – avaient le droit de siéger dans l'assemblée du peuple, l'*Ecclésia*. Dans ce sens, bien que l'IETF soit « ouverte » à tout individu, seuls ceux qui jouissent à la fois de compétences techniques et d'une maîtrise de l'anglais élevées, du temps nécessaire à suivre les travaux et des ressources économiques nécessaires pour effectuer les voyages internationaux et s'acquitter des frais d'inscription aux meetings de l'IETF, peuvent participer *de facto* à cette « *Ecclésia informatica* » et exercer une influence significative. D'autre part, force est de souligner que les meetings et les interactions en ligne qui se déroulent dans le cadre de l'IETF – tout comme dans le cadre des autres organisations techniques Internet – voient la participation d'une multitude d'experts que, en dépit de leur participation à titre individuel sont aussi rattachés à des sociétés privées[1], et visent donc à orienter l'élaboration de solutions techniques dans le sens de la promotion d'intérêts commerciaux particuliers[2]. Dans un tel contexte, il est évident qu'à « l'éthique de la discussion et de la persuasion rationnelle, que présuppose la démocratie, [risquent de se substituer] une persuasion a-rationnelle et une intention arrêtée de convaincre[3] » les participants à adopter une solution technique favorable à des intérêts particuliers très circonscrits.

1. En analysant la liste des participants d'un meeting de l'IETF, nous pouvons donc découvrir que 80,8 % des participants sont rattachés à des entreprises privés. Voir *https://www.ietf.org/registration/ietf91/attendance.py*

2. Dans ce sens, l'IAB a affirmé la nécessité de financements indépendants du secteur commercial afin de permettre qu'une évolution de l'infrastructure internautique soit indépendante d'intérêts particuliers. Dans ce sens, la *RFC 3869* souligne que « *no single organization (e.g., no single government, softwarecompany, equipment vendor, or network operator) has a sense of ownership of the global Internet infrastructure, research on the general issues of the Internet infrastructure are often not adequately funded* ». Ainsi, « *[i]n our current challenging economic climate, it is not surprising that commercial funding sources are more likely to fund that research that leads to a direct competitive advantage. The principal thesis of this document is that if commercial funding is the main source of funding for future Internet research, the future of the Internet infrastructure could be in trouble* ». *IAB Concerns and Recommendations Regarding Internet Research and Evolution*, *RFC 3869*, août 2004, p. 3, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc3869.txt*

3. E. L. Bernays, *Propaganda*, 1928, trad. de l'anglais par Oristelle Bonis, La Découverte, Paris, 2007, p. 29.

215 Ainsi, bien que le *modus operandi* de l'IETF soit caractérisé par une dimension essentiellement démocratique, force est de remarquer que le *demos* à l'origine de la standardisation risque d'être biaisé et lourdement influencé par des intérêts privés[1], qui risquent d'être les uniques intérêts représentés. En effet, la représentation exclusive d'intérêts individuels dans le processus de négociation qui détermine la standardisation Internet fait en sorte que le *demos* sur lequel se fonde ce processus se révèle être un *oligos*, composé

majoritairement de professionnels – qui ne visent pas la poursuite de l'intérêt général et ne peuvent pas être considérés comme des « interprètes physiques » de la volonté des usagers d'Internet – qui agissent comme un « groupe social dirigeant supra-étatique[2] » visant à maintenir un ordre normatif qui lui soit favorable par le truchement de la *lex informatica*. En ce sens, force est de souligner que l'ISOC – qui jouit d'une influence considérable sur l'organisation du processus de standardisation Internet[3] – est financée en grande partie par des sociétés privées[4] ayant des intérêts directs dans des enjeux régulatoires d'importance majeure comme la neutralité du réseau. Pour cette raison, comme nous le soulignerons dans la suite de ce travail, afin de pouvoir exploiter un modèle participatif multi-parties prenantes pour l'élaboration de la régulation de l'Internet de manière démocratique, force est d'insérer un tel modèle dans un cadre transparent où les intérêts sectoriels doivent être représentés mais doivent aussi être constamment évalués en fonction de leur impact sur les droits fondamentaux des individus.

1. Dans ce sens, Françoise Massit-Folléa remarque que, bien qu'en principe les chercheurs publics représentassent la majorité des informaticiens impliqués dans ces groupes d'experts, à présent la plupart de ces informaticiens travaillent pour des sociétés dominantes dans le secteur de la haute technologie. En effet, « une des conséquences de la prolifération des organisations de standardisation est que seulement de grandes sociétés peuvent participer à des dizaines de meetings, mobiliser un grand nombre de délégués et investir des millions d'euros (ou de dollars) dans cette activité ». F. Massit-Folléa, "Standards Agreements and Normative Collisions in Internet Governance", *op. cit.*, p. 71-73. Aussi, dans ce sens, Bertrand du Marais affirme que « défendre son point de vue dans ces forums informels de régulation exige une présence physique régulière, voire constante, qui représente un véritable investissement financier ». B. Marais, « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *op. cit.*, disponible sur *www.lex-electronica.org/docs/articles_145.htm* Enfin, on se doit de remarquer que la décision de Comcast – le plus grand fournisseur d'accès Internet et, aussi, le plus grand fournisseur de contenus au niveau étasunien – de signer un « accord de mécénat » d'une durée de neuf années avec l'ISOC, afin de financer les activités de l'IETF, se prête à des critiques évidentes en ce qui concerne la possibilité d'une ingérence du mécène. L. Daigle, *NBCUniversal and Comcast Sign Strategic Sponsorship Agreement for Internet Society and Internet Engineering Task Force*, 20 mars 2014, disponible sur *www.internetsociety.org/blog/institutional/2014/03/nbcuniversal-and-comcast-sign-strategic-sponsorship-agreement-internet*

2. D. Touret, *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit – la bio-logique du droit*, Litec, 1995.

3. Voir nº 206, note 5.

4. La liste des organisations membres de l'ISOC – et notamment de ces *platinum contributors* s'acquittant d'une contribution annuelle de 100 000 $ – peut être consultée à l'adresse *www.internetsociety.org/get-involved/join-community/organisations-and-corporations/list-members*

▪ B – Un corpus normatif internautique

216 Comme l'a souligné Joel R. Reidenberg, la *lex informatica* « se distingue de la réglementation étatique sous plusieurs aspects : la structure du régime, la juridiction, le contenu, les règles supplétives et leur élaboration, les sources ainsi que le mode d'exécution principal[1] ». Ainsi, les matériels et les logiciels qui supportent les réseaux et applications composant l'Internet constituent une véritable juridiction dans le cadre de laquelle la *lex informatica* opère et «[s]on contenu normatif est formé de règles figées par des standards technologiques inaltérables et de règles flexibles permises par la personnalisation d'environnements plus souples, ces dernières se présentant comme les normes supplétives du régime[2] ».

1. J. R. Reidenberg, "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Throught Technology", *op. cit.*, p. 554, cité *in* E. Labbé, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *op. cit.*, p. 10.

2. *Ibid.*

217 En effet, la *lex informatica* représente un « corpus normatif internautique[1] » qui comprend un « corps de règles rigides » formé de standards poursuivant des objectifs principalement techniques (tels que le protocole TCP) ; des normes ayant une finalité normative (telles que les normes *Platform for Privacy Preferences*[2] [P3P] ou les standards délinéant les systèmes de gestion des droits numériques ou DRM[3]) ; et, enfin, l'ensemble des règles définissant le *modus operandi* des organisations de standardisation internautique qui constitue un véritable « droit coutumier internautique[4] ». Comme nous l'avons mis en lumière, ce droit coutumier internautique a été « codifié » par l'IETF en plusieurs formes telles que les RFC et, notamment, les « pratiques exemplaires courantes[5] » ou BCP. Dans ce sens, des exemples parlants de la codification du droit coutumier internautique peuvent être localisés dans la « Nétiquette[6] », un code comportemental résultant de la compilation des pratiques originellement partagées par la communauté technique, ainsi que la déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes[7] ou *OpenStand*, signée le 28 août 2012 par l'IEEE, l'IAB, l'IETF, l'ISOC et le W3C. Notamment, la Nétiquette, consacrée dans la *RFC 1855*, est le premier exemple d'autorégulation internautique prônant des bonnes pratiques pour un usage responsable du réseau et peut être considérée comme une véritable mise en œuvre de l'allégorie rawlsienne du « voile de l'ignorance ». En effet, son élaboration participative par les membres de la communauté technique vise à dégager des « principes de justice à partir d'une position d'égalité[8] », tout en explicitant un ensemble de « normes implicites[9] », qui étaient perçues comme inhérentes à cette communauté. D'autre part, l'*OpenStand* vise à consacrer la volonté des organisations techniques susmentionnées de fonder le nouveau paradigme de standardisation sur la base de principes coutumiers qu'elles partagent, tels que : la reconnaissance mutuelle de « l'autonomie, intégrité, procédures et règles concernant la propriété intellectuelle[10] » de la part des différentes organisations signataires ; le respect de « cinq principes fondamentaux d'élaboration des normes[11] » ; la coopération dans la recherche[12] ; l'accessibilité des normes « à tous pour la mise en œuvre et le déploiement » dans des conditions équitables[13] ; et l'adoption volontaire des standards sur la base de leur efficacité et de leur mérite technique en vertu du principe selon lequel leur « succès est déterminé par le marché[14] ».

1. À ce sujet, il est intéressant de considérer la thèse exprimée par Laura DeNardis, selon laquelle « *protocols are political. They control the global flow of information and make decisions that influence access to knowledge, civil liberties online, innovation policy, national economic competitiveness, national security, and which technology companies will succeed.* […] *Technical protocols are functionally similar to real-world protocols. Cultural protocols are not necessarily enshrined in law, but they nevertheless regulate human behavior* ». L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance, op. cit.*, p. 6.

2. Les normes P3P sont un ensemble de standards techniques développés par le W3C – dont l'utilisation est facultative – qui visent à la protection des données à caractère personnel. Elles opèrent en tant que module complémentaire de navigation Internet ou *browser add-on*, et peuvent être comprises dans la catégorie des technologies renforçant le « respect de la vie privée » ou *privacy enhancing technologies* (PETs). À ce sujet : I. Rubintein, "Regulating Privacy by Design", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2012, p. 1409 et s.

3. Ces mesures techniques visent à la protection du droit d'auteur sur Internet. Leur adoption a été encouragée par l'article 12 du traité de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle (OMPI) sur le droit d'auteur, transposé

au niveau européen par la Directive 2001/29/CE 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information. Cette directive a ensuite été transposée, au niveau français, par la loi nº 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information (DAVDSI).

4. Dans ce sens : E. Longworth, « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, UNESCO, Economica, Paris, 2000, p. 41.

5. Au sens de la *RFC 2026*, la sous-série des pratiques exemplaires courantes « (BCP) de la série des RFC est conçue comme un moyen de standardiser les pratiques et les résultats de délibérations de la communauté. Un document BCP est soumis au même ensemble de procédures de base que les documents du circuit des standards, et c'est donc un vecteur par lequel la communauté IETF peut définir et ratifier les meilleures réflexions courantes sur une déclaration de principe ou sur ce qui est estimé la meilleure façon d'effectuer certaines opérations ou la meilleure façon de réaliser une fonction du processus de l'IETF ». S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3e révision)*, *op. cit.*

6. La Nétiquette est, en effet, le résultat de la « codification » des pratiques partagées par la communauté technique qui a conçu le réseau. Voir nº 177, note 1.

7. Voir nº 211, note 8.

8. J. Rawls, *Théorie de la justice*, Seuil, 1997, p. 18-19, cité *in* R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par l'Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, Université de Renne I, soutenue le 2 juill. 2004, t. II, p. 219.

9. La distinction entre « normes explicites » et « normes implicites » est mise en exergue par Roderick A. Macdonald, selon lequel les « normes implicites […] n'émanent pas d'une procédure institutionnelle consciemment élaborée, mais sont plutôt repérables à des comportements sociaux, en famille, au travail ou dans le voisinage ». R. A. Macdonald, « Les vieilles gardes. Hypothèse sur l'émergence des normes, l'internormativité et le désordre à travers une typologie des institutions normatives », *in* J.-G. Belley (ss. la dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996, p. 233, cité *in* E. Labbé, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *op. cit.*, p. 11.

10. *Déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes*, *op. cit.*, pilier nº 1.

11. Notamment, les signataires de l'*OpenStand* s'engagent à respecter :
– « Équité des procédures. Les décisions sont prises avec équité et impartialité entre les participants. Aucune partie ne domine ni ne guide l'élaboration des normes. Les procédures de normalisation sont transparentes et il est possible de faire appel des décisions. Les procédures régulières d'examen et de mise à jour des normes sont bien définies ;
– Large consensus. Les procédures permettent de prendre en compte et de traiter tous les points de vue, de manière à trouver un accord parmi un large éventail d'intérêts ;
– Transparence. Les organismes de normalisation donnent un préavis public des activités d'élaboration des normes proposées, de la portée des travaux à entreprendre et des conditions de participation. Des dossiers facilement accessibles sur les décisions et les documents utilisés lors de la prise de décision sont fournis. Des périodes de consultation publique sont prévues avant l'approbation finale et l'adoption des normes ;
– Équilibre. Les activités de normalisation ne sont pas exclusivement dominées par une personne, une société ou un groupe d'intérêt en particulier ;
– Ouverture. Les procédures de normalisation sont ouvertes à toutes les parties intéressées et avisées ».
Ibid., pilier nº 2. Toutefois, force est de souligner qu'en dépit de l'engagement explicite des organisations signataires envers ces principes, l'*OpenStand* a été élaboré en tant qu'engagement multilatéral, en l'absence d'une démarche consultative. Notamment, bien que la communauté technique de l'IETF n'ait pas été impliquée dans l'élaboration de l'*OpenStand* et que ceci ait été rendu public seulement après sa signature, son texte a été transposé littéralement dans la *RFC 6852*, sans tenir compte des observations exprimées par la communauté technique. R. Housley *et al.*, *Affirmation of the Modern Paradigm for Standards*, *RFC 6852*, janv. 2013, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc6852*

12. *Ibid.*, pilier nº 3.

13. *Ibid.*, pilier nº 4.

14. *Ibid.*, pilier nº 5.

218 Toutefois, on se doit de remarquer que, bien que le droit coutumier internautique puisse être codifié, l'effectivité de cet outil autorégulatoire se fonde sur la cohésion de la communauté et sur le consensus des membres, et non sur l'application contraignante propre à la régulation étatique. L'effectivité de ce droit coutumier ne se base donc pas sur une sanction juridique mais, au contraire, elle se fonde sur une sanction sociale. Dans ce sens, le mépris des coutumes procédurales de l'IETF conduit à ne pas être considérés ou véritablement ignorés par les membres de la communauté technique, tout comme le non-respect de la Nétiquette déterminait l'exclusion de l'individu – par le biais de l'ostracisme ou de la déconnexion de la plateforme

en ligne – de la part de la communauté numérique[1]. Ainsi, comme le souligne Paul Mathias, la disparition progressive de toute référence à la Nétiquette est fondamentalement due à la « disparition des pionniers de l'Internet[2] », qui étaient porteurs des valeurs consacrées dans cette autorégulation et qui constituaient la communauté numérique en mesure de la faire respecter. En revanche, la déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes donne une nouvelle force au droit coutumier internautique, en consacrant les principes en vertu desquels la normalisation internautique doit se dérouler et en formalisant l'engagement des « normalisateurs internautiques » à la respecter. En effet, les signataires de cette déclaration ont expressément affirmé que l'adoption du paradigme moderne de normalisation exige le respect des éléments fondamentaux susmentionnés.

1. Dans ce sens : R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par l'Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p. 261.

2. P. Mathias, "From Code to Law", *in* F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, *op. cit.*, p. 52.

219 On se doit donc de souligner que le corpus normatif de la *lex informatica* peut être considéré comme le produit d'un « ordre spontané global et cohérent[1] », dont les principes fondamentaux sont consacrés par les piliers fondamentaux énoncés par l'*OpenStand* et dont l'effectivité est une conséquence de son efficacité et de son pragmatisme[2] plutôt que déterminée par la contrainte autoritaire. En effet, l'adoption et l'effectivité des standards sont déterminées en raison d'une logique concurrentielle, qui les soumet à une véritable « sélection darwinienne[3] », selon laquelle seules les solutions les plus efficaces[4] seront choisies par les acteurs du marché. Dans une telle logique, force est de souligner, d'une part, l'inapplicabilité des standards techniques inefficaces et, d'autre part, le « statut de norme technique obligatoire[5] » dont les standards techniques jouissent lorsque le marché consacre leur « succès ».

1. Dans ce sens : R. Berthou, *L'évolution de la création du droit engendrée par l'Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, *op. cit.*, p. 254.

2. Cela est mis en exergue par la devise de l'IETF, selon laquelle seul le « code qui fonctionne » ou *running code* peut être considéré comme un référent satisfaisant. Voir n° 13, note 2.

3. J.-F. Legendre, « Éthique de la normalisation ou éthique dans la normalisation ? », *in* J. Perriault et C. Vaguer, *La norme numérique. Savoir en ligne et Internet*, 2011, p. 222.

4. À l'instar d'une loi, l'efficacité d'un standard ou d'une norme autorégulatoire doit être considérée comme l'aptitude à atteindre « l'effet désiré par son auteur ou, si ce n'est celui-là même, à tout le moins un effet qui se situe dans la direction souhaitée par l'auteur et non pas en contradiction avec elle ». G. Rocher, « L'effectivité du droit », *in* A. Lajoie, R. A. Macdonald, R. Janda et G. Rocher, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Montréal, 1998, p. 135.

5. Dans ce sens : Commission des communautés européennes, *L'organisation et la gestion de l'Internet. Enjeux internationaux et européens 1998-2000*, *op. cit.*, p. 33.

§ 2 – La complémentarité juridico-technique

220 Traditionnellement, la relation entre droit et technique[1] a vu la technique jouer un rôle instrumental afin de mettre en œuvre le droit, ce dernier se trouvant dans une position hiérarchiquement supérieure, puisque le législateur a généralement été en mesure de définir les modalités d'exploitation des moyens techniques[2] au sein d'un « territoire géographique déterminable[3] ». Dans ce sens, on se doit de remarquer que tout au long des époques, moderne puis contemporaine, les innovations techniques telles que l'imprimerie, les nouvelles techniques de construction et d'aménagement, l'invention et la diffusion de la radio, de la télévision et – enfin – de l'Internet ont eu des conséquences directes sur le domaine du droit, en déterminant la nécessité d'établir de nouvelles branches du droit[4] telles que le droit d'auteur, le droit de l'urbanisme et le droit des médias. Le droit n'étant donc pas un environnement étanche ou un phénomène insensible au progrès technique, il doit être considéré comme une « éponge » qui se nourrit des évolutions techniques et afin d'élaborer des « solutions et [des] catégories pragmatiques[5] » visant à les encadrer. En effet, la sphère du droit et celle de la technique s'influencent mutuellement[6] et, par conséquent, la normalisation et la standardisation doivent être considérées comme des vecteurs par le biais desquels le droit peut être « incorporé » dans la technologie même, en en définissant les caractéristiques[7].

1. Ici, le terme « technique » doit être considéré dans son acception wébérienne de « somme des moyens nécessaires à la réalisation d'une activité ». M. Weber, *Économie et société*, trad. de l'allemand par Julien Freund *et al.*, Pocket, Paris, 1995, p. 63.

2. Dans ce sens, Éric Labbé met en exergue que « si la technique peut être pensée et planifiée, elle peut être orientée en fonction d'intérêts les plus divers, autres que celui de produire une technique efficace » et, encore, que « la technique est le fruit de l'intervention humaine et qu'elle est ainsi susceptible d'être connotée de bien des façons ». E. Labbé, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *op. cit.*, p. 4.

3. M. Weber, *Le savant et le politique*, *op. cit.*, p. 100.

4. Force est de souligner que le droit même pourrait être considéré comme « une technologie de l'ingénierie sociale, [qui] tend à orienter, organiser, encadrer, réguler les effets sociaux des technologies ». J. Frayssinet, *Droit, droits et nouvelles technologies*, Rapport présenté au XXXe congrès de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Le Caire, déc. 2006. Aussi, dans ce sens : R. Trégouët, *Des pyramides du pouvoir aux réseaux de savoirs*, Rapport d'information n° 331/1997-1998, t. I.

5. M. Dulong de Rosnay, *La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique*, Thèse pour l'obtention du doctorat en droit de l'Université Panthéon-Assas Paris II, présentée et soutenue publiquement le 26 oct. 2007, p. 58.

6. Dans ce sens : R. Côté et G. Rocher (ss. la dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Thémis, Montréal, 1994.

7. C'est le cas, par exemple du principe de la *Privacy by design* qui « peut se traduire comme étant la protection intégrée de la vie privée dès la conception. Le but de ce principe est d'assurer la protection de la vie privée en l'intégrant dans les normes de conception des technologies, des pratiques internes et des infrastructures matérielles ». Dans ce sens : A. Cavoukian, *Privacy by Design*, 2009, disponible sur *www.ipc.on.ca/images/Resources/privacybydesign.pdf* ; I. Rubintein, "Regulating Privacy by Design", *op. cit.*

221 Force est de remarquer que la régulation technique de l'Internet et le droit revêtent un rôle mutuellement instrumental[1]. D'une part, grâce à sa capacité de définir la structure même de l'Internet, la *lex informatica* détermine directement le spectre d'activités permises aux différents usagers et, pour

cette raison, elle est susceptible d'influencer l'éventail de droits dont ces derniers jouissent[2]. En effet, la régulation technique[3] déterminée par la *lex informatica* offre de nouvelles opportunités de régulation des comportements humains en ligne, en introduisant une « couche » supplémentaire de règles ne nécessitant pas de mise en œuvre, ces normes étant caractérisées par une nature « auto-exécutable », ou *self-enforcement*, et performative[4]. D'autre part, on se doit de remarquer que bien que la structure technique de l'Internet – qui consiste en un « tissu connectif » transnational – soit susceptible de réduire l'effectivité des règles législatives étatiques, cela ne comporte pas l'obsolescence de la régulation étatique qui reste valide mais « s'applique, non sans difficulté[5] ».

1. À ce sujet : M. Dulong de Rosnay, *La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique*, *op. cit.* chap. 1er et 2. Aussi, pour une analyse des effets de la régulation technique sur la protection des libertés publiques et de l'intérêt général : L. Lessig, *Free culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press, 2004 ; *id.*, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, Random House, New York, 2001.

2. Dans ce sens : J. R. Reidenberg, *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology*, *op. cit.* Pour une digression concernant l'utilisation d'instruments techniques afin de réguler et restreindre les comportements internautiques : R. Côté et G. Rocher (ss. la dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, *op. cit.* ; E. Labbé, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *op. cit.* ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, *op. cit.*

3. La régulation technique est généralement opposée à la régulation d'origine étatique qui représente une autre « couche » réglementaire. En effet, la régulation technique diffère de la régulation étatique notamment par la non-nécessité de sa mise en œuvre et par sa dimension transnationale. P. De Filippi, *Copyright Law in the Digital Environment*, 2012, p. 36-48 ; G. B. Dinwoodie, "Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring", *Journal of Institutional and Theoretical Economy*, 2004.

4. En ce sens, voir nos 176 et s.

5. G. Broglie (ss. la dir.), *Le droit d'auteur et l'Internet*, juill. 2000, p. 27, disponible sur *www.asmp.fr/travaux/gpw/droitdauteur/rapport.pdf*
Aussi, à ce sujet Karym Benyekhlef a relevé la présence d'une « concurrence » de souveraineté, en soulignant que le « pouvoir de l'État de contrôler ses frontières et d'assurer le respect de ses lois sur son territoire est amoindri par l'avènement des nouvelles voies électroniques de communication », et a mis en exergue que le « territoire physique, fondement théorique, mais également bien concret de la souveraineté est appelé à se dédoubler en territoire virtuel […] Cette tension dialectique [prend] une nouvelle tournure avec l'apparition d'espaces virtuels transnationaux ». K. Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit.*, p. 7.

222 Dans ce sens, l'utilisation de standards techniques – et de logiciels les mettant en œuvre – permet de restreindre ou de revigorer le spectre des droits de l'usager par rapport à l'environnement « réel ». En guise d'exemple, nous pouvons souligner que la régulation de l'accès et de l'utilisation des œuvres de l'esprit et des informations, par le biais de systèmes de gestion des droits numériques (DRM *systems*[1]), peut réduire le spectre des exceptions au droit d'auteur en mettant en œuvre une régulation privée[2], définie par l'ayant droit en vertu d'un accord contractuel[3]. D'autre part, la protection des droits fondamentaux des usagers peut être renforcée par le biais de standards techniques mis en œuvre par des logiciels tels que les technologies de renforcement du respect de la vie privé[4] (PETs), comme le standard *do not track*[5] ou le logiciel *The Onion Router* (TOR[6]).

1. Voir no 217, note 6.

2. Comme le souligne le Conseil de l'Europe, « les usagers peuvent se voir contraints de payer pour l'utilisation d'une œuvre dont l'accès est gratuit dans l'environnement analogique (du fait d'exemptions au droit d'auteur) […]. Les DRM permettent aux ayants droit de déterminer les conditions d'accès aux contenus et leur utilisation même lorsque

les droits sont venus à expiration ou bien n'ont jamais existé, ou lorsque l'usager est autorisé à bénéficier d'une exemption au droit d'auteur ». Cons. Europe, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, Rapport préparé par le groupe de spécialistes sur les droits de l'Homme dans la société de l'information (MC-S-IS), sept. 2008, p. 9-10.

3. Dans ce sens, le Conseil de l'Europe a mis en exergue que l'article 6 de la directive 2001/29/CE relative à l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information « prévoit que, en l'absence de mesures volontaires prises par les titulaires de droits, les États membres doivent prendre des mesures appropriées pour assurer que les bénéficiaires des exceptions et limitations prévues par le droit national puissent bénéficier desdites exceptions et limitations dans la mesure nécessaire pour en bénéficier lorsque le bénéficiaire a un accès licite à l'œuvre protégée ou à l'objet protégé en question. Par conséquent, les gouvernements de l'Union européenne sont autorisés à intervenir pour permettre au bénéficiaire d'une exemption d'en bénéficier lorsqu'il n'existe pas d'accord volontaire entre les ayants droit et les usagers, mais ils ne peuvent intervenir lorsqu'un contrat a été établi entre ces parties ». *Ibid.*, p. 9.

4. Dans ce sens, le considérant n° 46 de la directive 95/46/CE « exige que des mesures techniques […] appropriées soient prises tant au moment de la conception qu'à celui de la mise en œuvre du traitement [des données], en vue d'assurer en particulier la sécurité et d'empêcher ainsi tout traitement non autorisé ». Dir. 95/46/CE, 24 oct. 1995, du Parlement européen et du Conseil, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *JO*, n° L. 281, 23 nov. 1995.

5. Le standard *Do Not Track* permet de désactiver le suivi d'un utilisateur dans une application Web. *http://paranoia.dubfire.net/2011/01/history-of-do-not-track-header.html*

6. TOR est un logiciel libre qui donne naissance à un réseau décentralisé de routeurs organisés en couches, tels qu'un oignon. Son but est la transmission anonyme des flux TCP. *https://www.torproject.org/about/overview.html.en*

223 Cependant, il faut souligner que, bien qu'elles partagent une « fonction de régulation », la régulation étatique et la régulation technique diffèrent fondamentalement. En premier lieu, la régulation technique n'est pas élaborée par les pouvoirs publics mais par des organismes privés de standardisation. En deuxième lieu, elle ne s'applique ni sur une base territoriale, ni *a posteriori* mais de façon aprioristique et dans le cadre de réseaux informatiques ou afin de réguler des plateformes en ligne à dimension transnationale. Ainsi, le constat selon lequel l'effet régulateur de la *lex informatica* serait indépendant de la dimension territoriale tout en jouissant d'une « applicabilité universelle[1] » avait conduit David Johnson et David Post à prôner l'autonomie du cyberespace du « monde réel[2] ». En effet, ces deux auteurs considéraient le cyberespace comme un « endroit » totalement détaché des instruments de régulation traditionnels[3], arguant que les structures du cyberespace, fondées sur l'autorégulation, semblent être les plus adaptées pour faire face aux enjeux juridiques du Net[4]. Dans ce sens, les deux professeurs suggèrent que « la plupart des dilemmes juridictionnels et substantiels déterminés par les communications électroniques transnationales pourraient être résolus par le biais d'un simple principe : la conception du cyberespace comme un "endroit" distingué aux fins de l'analyse juridique, en reconnaissant une frontière entre le cyberespace et le "monde réel[5]" ». D'après cette perspective, le cyberespace ne pourrait pas être réglé par des règles législatives nationales car l'application de celles-ci à un espace distingué du « monde réel », tel que l'Internet, demanderait l'application simultanée de toute législation existante à chaque activité ayant lieu sur le Net[6].

1. Selon Johnson et Post, « *some standards apply through technical protocols on a nearly universal basis* ». D. J. Johnson et D. G. Post, "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996.

2. *Ibid.*

3. Cette vision était soutenue par le courant « libertarianiste » selon lequel l'Internet n'aurait pas pu être encadré par des lois élaborées par des gouvernements nationaux : elle fut soutenue en des termes quasi-révolutionnaires par l'essayiste étasunien John Perry Barlow, dans sa célèbre *Déclaration d'indépendance du cyberespace*. Ainsi, à l'occasion

de la promulgation du *Communications Decency Act*, intégré en 1996 au *Telecommunications Act* et visant à censurer certains contenus offensants, Barlow s'exprimait en ces mots : « Gouvernements du monde industriel, géants fatigués de chair et d'acier, je viens du cyberespace, nouvelle demeure de l'esprit. Au nom de l'avenir, je vous demande, à vous qui êtes du passé, de nous laisser tranquilles. Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'avez aucun droit de souveraineté sur nos lieux de rencontre. Nous n'avons pas de gouvernement élu et nous ne sommes pas près d'en avoir un, aussi je m'adresse à vous avec la seule autorité que donne la liberté elle-même lorsqu'elle s'exprime. Je déclare que l'espace social global que nous construisons est indépendant, par nature, de la tyrannie que vous cherchez à nous imposer. Vous n'avez pas le droit moral de nous donner des ordres et vous ne disposez d'aucun moyen de contrainte que nous ayons de vraies raisons de craindre. » Les idées exprimées par Barlow dans sa *Déclaration* représentent les bases d'un véritable courant de pensée cyberanarchiste qui prône la liberté totale du Web. Selon cette théorie, le cyberespace serait un endroit totalement anarchique, bien loin de tout modèle d'organisation sociale. Un tel argument a été démenti, en soulignant que les comportements humains peuvent être strictement encadrés et contrôlés sur Internet, par le biais de plusieurs vecteurs normatifs parmi lesquels le « code informatique ». L. Lessig, *Code: And Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, *op. cit.* ; J. R. Reidenberg, "States and the Internet Enforcement", *University of Ottawa Law & Technology Journal*, vol. 1, nº 213, 2004.

4. En 1965, Paul Baran avait soutenu que le réseau n'aurait pas eu besoin d'être encadré par des lois car, dans l'avenir, il aurait développé des mécanismes de régulation de façon autonome. P. Baran, *Communications, Computer and People*, The RAND Corporation, 1965, cité *in* O. Pollicino et M. Bassini, *Internet Law in the Era of Transnational Law*, *op. cit.*, p. 3.

5. Traduction libre de « *Many of the jurisdictional and substantive quandaries raised by border-crossing electronic communications could be resolved by one simple principle: conceiving of Cyberspace as a distinct "place" for purposes of legal analysis by recognizing a legally significant border between Cyberspace and the "real world"* ». D. J. Johnson et D. G. Post, "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", *op. cit*.

6. Dans ce sens, Uta Kohl suggère que les producteurs de flux d'informations (c'est-à-dire les fournisseurs de contenus Internet) devraient respecter les lois les plus draconiennes afin d'être sûrs de ne pas être traînés en justice de façon inattendue. U. Kohl, "Who Has the Right to Govern Online Activity? A Criminal and Civil Point of View", *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18, nº 3, 2004 ; *id*., "The Rule of Law, Jurisdiction and the Internet", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 12, nº 3, 2004 ; aussi : D. G. Post, "Governing Cyberspace", *Wayne Law Review*, vol. 43, 1996, p. 155-156.

224 Bien que les thèses de la non-régulabilité et de l'indépendance de l'Internet du « monde réel » aient été clairement démenties[1] – et que l'existence d'un cyberespace détaché de la réalité doive désormais être confinée à la fantaisie littéraire de William Gibson[2] –, le point de vue de Johnson et Post se révèle fort utile afin de souligner l'hétérogénéité des dimensions normatives qui s'entremêlent dans le cadre de la gouvernance de l'Internet et, notamment, de mettre en lumière sa structure polycentrique et la complémentarité des différents instruments de régulation de l'Internet. Ainsi, on se doit de remarquer que l'existence d'un ensemble de centres de régulation donne lieu à un véritable pluralisme normatif internautique dans le cadre duquel l'autorégulation joue un rôle primordial. Dans ce sens, Danièle Bourcier a souligné que la gouvernance de l'Internet porte « en elle une radicalité par rapport au rôle traditionnel de l'État régulateur dans le monde de la normativité[3] » car, bien qu'elle puisse être respectueuse du droit étatique, elle n'utilise pas le droit comme élément fondamental de la régulation des relations subsistant entre les différents acteurs. Toutefois, il faut mettre en avant que, bien que l'autorégulation technique se révèle être plus efficace par rapport à la régulation étatique, dans le cadre d'un environnement internautique a-territorial, l'efficacité des outils régulatoires techniques n'est pas absolue et peut demander une intervention publique afin d'être garantie. Dans ce sens, un exemple parlant peut être repéré dans les dispositions anti-contournement, prévues par l'article 11 du traité de l'OMPI sur le droit d'auteur et par l'article 18 du même traité sur les interprétations et exécutions et les phonogrammes. Celles-ci prévoient que

les parties contractantes sont tenues de « prévoir une protection juridique appropriée et des sanctions juridiques efficaces contre la neutralisation des mesures techniques », mettant en œuvre la législation sur le droit d'auteur[4].

1. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, 2006 ; T. Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, *op. cit.*

2. L'auteur William Gibson est à l'origine du concept de « cyberespace » et est considéré comme le fondateur du courant littéraire du cyberpunk. Selon cet auteur, le cyberespace est « une hallucination consensuelle vécue quotidiennement en toute légalité par des dizaines de millions d'opérateurs, dans tous les pays, par des enfants à qui des concepts mathématiques sont ainsi enseignés [u]ne représentation graphique de données extraites des mémoires de tous les ordinateurs du système humain ». W. Gibson, *Neuromancer*, New York, 1984.

3. D. Bourcier, « Comment s'accorder sur les normes ? Le droit et la gouvernance face à Internet », *Lex Electronica*, vol. 10, nº 3, hiver/Winter 2006, p. 9.

4. Ces provisions visant à prévoir une « protection juridique appropriée » contre le contournement de mesures techniques, telles que la cryptographie ou le « tatouage numérique », etc. Ces mesures ont été intégrées dans le système juridique européen par le truchement de l'article 6 de la directive 2001/29/CE 2006 et, par la suite, dans le système juridique français par le biais des articles 22 et 23 de la loi DAVDSI, instituant respectivement les articles L. 335-3-1 et L. 335-3-2 ainsi que L. 335-4-1 et L. 335-4-2 du Code de la propriété intellectuelle.

225 Comme nous l'avons souligné au cours de cette section, la standardisation Internet revêt un rôle normatif fondamental dans le cadre de la gouvernance de l'Internet. Cependant, dans la prochaine section nous mettrons en exergue que les « normalisateurs internautiques » ne sont pas les uniques sujets non étatiques à avoir des capacités de régulation dans le cadre du pluralisme normatif internautique. En effet, l'expansion du réseau Internet par le truchement d'une véritable privatisation a fait qu'une série d'intermédiaires privés, tels que les fournisseurs d'applications et contenus, les opérateurs de réseau ou encore les acteurs impliqués dans l'administration du DNS[1], doivent côtoyer les organisations de standardisation et les pouvoirs publics dans une gouvernance de l'Internet au fur et à mesure davantage multiparties prenantes.

1. Voir nos 226 et s.

SeCtiON **2**

L'élargissement des parties prenantes de la gouvernance de l'Internet

226 Entre la seconde moitié des années 1980 et la fin des années 1990, le réseau de réseaux a entrepris de considérables changements. Ceux-ci ont eu lieu en raison de nouvelles inventions ayant permis la vulgarisation de l'Internet – comme l'ordinateur personnel[1] mais aussi le DNS[2] et le *World Wide Web*[3] – ainsi que de la décision du gouvernement étasunien d'impliquer directement le secteur privé dans la gestion du réseau, afin de pouvoir financer son expansion, tout en encourageant son exploitation à des fins commerciales[4]. Ainsi, une telle évolution avait déterminé

la transformation de l'Internet en un environnement de moins en moins restreint au milieu scientifique et académique.

1. Comme le souligne Ian Pater, « *the invention that gave the Internet a real chance* […] *to make it the sort of network it is today, was the personal computer. Personal computers, networked over the global telephony infrastructure, is what created the network we have today. The first personal computer, the Altair 8800, cost 379 US dollars and was shipped in January 1975. Over 1000 were sold* ». I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet, op. cit.*

2. Le DNS est une application qui permet d'associer un nom de domaine à une ou plusieurs adresse(s) IP sur la base d'un protocole informatique conçu par Jonathan Postel, Paul Mockapetris et Craig Partridge. L'utilisation de « noms » ou « *standard host names* » avait été proposée pour la première fois par Postel, dans la *RFC 229*, en septembre 1971. Toutefois la *RFC 229* n'avait prévu aucun mécanisme d'association des noms aux adresses IP et se limitait à la définition d'une table énonçant les noms officiels et les adresses correspondantes. J. Postel, *Standard Host Names, RFC 229*, sept. 1971, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc229*

Certains concepts à la base du DNS avaient déjà été théorisés par Postel en 1982, et divulgués dans la *RFC 819, The Domain Naming Convention for Internet User Applications*. Cependant, la structure et le fonctionnement du DNS furent décrits de façon détaillée dans la *RFC 1591*, dans laquelle les noms de premier niveau – c'est-à-dire le suffixe qui se trouve à l'extrême droite du nom de domaine – furent catégorisés en noms génériques et noms nationaux. J. Postel, *Domain Name System Structure and Delegation, RFC 1591*, mars 1994, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1591*. Voir n^{os} 238 et s.

3. Voir n^{o} 213, note 2 ; T. Berners-Lee, M. Fischetti, *Weaving the Web: The Original Design and Ultimate Destiny of the World Wide Web by Its Inventor, op. cit.*

4. Comme le souligna Vint Cerf, « c'est bien plus tard, vers 1986, que l'on mesura l'étendue des extrapolations commerciales [de l'Internet]. Jusque-là, Internet présentait surtout un intérêt pour les institutions d'éducation et de recherche. Et ce n'est pas avant 1990 que le monde des affaires découvrit tous les avantages qu'il pouvait en attendre ». J.-J. Lavenue, « Cyberespace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », *op. cit.*

227 En effet, nous pouvons souligner que, parallèlement aux développements universitaires, une communauté composée de hackers avait commencé à bâtir des réseaux à vocation non scientifique – tels que le *Public Electronic Network* (PEN) à Santa Monica ou le *Whole Earth 'Lectronic Link* (WELL) à San Francisco[1] – qui, vers la fin des années 1980, ont été connectés dans l'Internet en raison de leur choix d'utiliser le TCP/IP[2]. Aussi, dans le but d'éviter les restrictions imposées à l'utilisation d'ARPANet par le département étasunien de la Défense, une pluralité de chercheurs commençèrent à développer des réseaux informatiques en exploitant les financements de la *National Science Foundation* (NSF) – l'agence étasunienne consacrée au soutien du financement de la recherche scientifique – donnant naissance au *Computer Science Network* (CSNet) qui substitua ARPANet en tant que réseau permettant la connexion de différents universités et instituts de recherche. Comme nous le verrons dans cette section, le CSNet, qui par la suite fut renommé *National Science Fondation Network* (NSFnet), devint l'épine dorsale du réseau mondial appelé Internet[3].

1. I. Peter, *Ian Peter's History of the Internet, op. cit.*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

228 Aussi, l'évolution technologique a été accompagnée par le processus de libéralisation et d'internationalisation des opérateurs de télécommunications qui a eu lieu entre 1987 et 1998[1]. Parallèlement, à partir de la fin des années 1990, l'intérêt des législateurs nationaux dans la régulation de l'Internet est devenu de plus en plus accentué et, entre 2002 et 2005, la « gestion » du réseau Internet a commencé à dominer les

agendas politiques internationaux, notamment avec le déroulement des deux phases du SMSI[2], qui ont marqué le commencement de la phase « moderne » de la gouvernance de l'Internet. En effet, le SMSI a revêtu un rôle essentiel dans la cristallisation du débat autour de la notion de « gouvernance de l'Internet[3] » ainsi que dans la prise de conscience de la nécessité d'une approche multi-parties prenantes qui s'est traduite par l'institution du Forum sur la gouvernance de l'Internet des Nations unies[4] ou *Internet Governance Forum* (IGF) et, parallèlement, par la mise en lumière des avantages concernant l'implication d'acteurs privés dans le cadre d'une « corégulation » de l'Internet[5].

1. Au niveau européen, l'effort de libéralisation des télécommunications commença, en juin 1987, lorsque la Commission européenne publia un Livre vert formulant des propositions représentant la trame de la future régulation des télécommunications. Le Livre vert détermina l'adoption de la directive du 16 mai 1988, relative à la concurrence dans les marchés de terminaux de télécommunications et, par la suite, de la « directive ONP » (*Open Network Provision*) du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunications par la mise en œuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunications. Enfin, la libéralisation des télécommunications fut mise en œuvre par le biais du premier « Paquet télécom », un ensemble de plusieurs directives concernant le droit des télécommunications : la directive « Licence » du 10 avril 1997, la directive « Interconnexion » du 20 juin 1997, la directive « Libéralisation » du 6 octobre 1997, et la directive « protection des données personnelles » du 15 décembre 1997. En France, la libéralisation du marché des télécommunications – après plus d'un siècle de monopole public – fut mise en œuvre par la loi n° 96-659 du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications. Cette loi mit fin au monopole de France Télécom, concernant « l'établissement des infrastructures filiaires publiques et la fourniture au public du service téléphonique fixe » depuis le 1er janvier 1998.

2. L'idée d'un SMSI ou *World Summit on the Information Society* (WSIS) fut avancée lors de la conférence des plénipotentiaires de l'UIT de 1998. UIT, *Résolution 73 de la Conférence de plénipotentiaires de l'UIT*, Minneapolis, 1998, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/73-fr.html*
Par la suite, le SMSI fut convoqué par l'Assemblée générale des Nations unies par le truchement de la Résolution 56/183 et organisé en deux phases – en décembre 2003 à Genève et en décembre 2005 à Tunis – par l'UIT, sous le haut patronage du Secrétariat général de l'Organisation des Nations unies (ONU). Nations unies, *Sommet mondial de la société de l'information*, Résolution A/RES/56/183, adoptée par l'Assemblée générale, 21 déc. 2001, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002-fr.pdf*
Dans une perspective plus vaste, le SMSI pourrait aussi être vu comme l'aboutissement des débats qui se sont déroulés au sein de l'UNESCO depuis la moitié des années 1970 autour du Nouvel ordre mondial de l'information et de la communication (NOMIC). En effet, le SMSI aurait dû représenter une opportunité de conjuguer les discussions concernant l'internationalisation du réseau à celles visant à sceller le rôle des nouvelles TIC en tant que vecteur du développement socio-économique durable. À ce sujet : M. Mathien, *Le sommet mondial sur la société de l'information et après ? Perspectives sur la cité globale*, Bruylant, 2008, p. 24-27.

3. L'expression « gouvernance de l'Internet » présente plusieurs acceptions. À l'issue de la seconde phase du SMSI, la définition de la gouvernance de l'Internet fut consacrée dans l'article 34 de l'agenda de Tunis pour la société de l'information. Selon cet article, « la gouvernance de l'internet est l'élaboration et l'application par les États, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'Internet ». Avant le sommet, deux définitions de la gouvernance de l'Internet prévalaient. D'une part, la gouvernance de l'Internet consistait en « la gestion technique des ressources critiques de l'Internet », telles que les noms de domaine, les adresses IP et les protocoles Internet. Dans ce sens : W. Kleinwächter "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *in* D. MacLean (ss. la dir.), *Internet Governance: a Grand Collaboration*, United Nations ICT Task Force Series n° 5, p. 31. D'autre part, elle était considérée comme « l'action collective de la part de gouvernements et/ou opérateurs privés de réseaux fondés sur la suite TCP/IP, afin d'établir des règles et procédures visant à mettre en œuvre les politiques publiques et résoudre les disputes concernant plusieurs juridictions ». Cette dernière définition est préférable, car moins floue que la définition consacrée dans l'agenda de Tunis et car elle ne fait pas référence à la sphère exclusivement technique. M. L. Mueller, J. Mathiason et H. Klein, "The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime", *Global Governance*, vol. 13, n° 2, 2007.

4. Voir nos 490 et s.

5. Dans ce sens : I. Brown, C. T. Marsden, *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, 2013 ; C. T. Marsden, *Internet Co-Regulation and Constitutionalism: Towards a More Nuanced View*, 2011, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1973328* ; Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, *op. cit*.

SOUS-SeCtiON 1

Le rôle du secteur privé dans l'expansion internautique

229 Comme nous le remarquerons au cours de cette sous-section, les inventions du DNS et du *World Wide Web* ont déterminé une considérable amélioration des potentialités communicatives de l'Internet, en rendant ce média particulièrement enclin à une exploitation économique de la part du secteur privé. Parallèlement, l'exploitation commerciale du réseau Internet a favorisé une augmentation exponentielle du trafic Internet et a déterminé le glissement de sa « gestion »[1] par la communauté scientifique vers une gouvernance de plus en plus hétéroclite, caractérisée par le rôle incontournable des acteurs du secteur privé.

1. Jusqu'à la première moitié des années 1980, la gestion du réseau était confiée exclusivement à la communauté technique, qui opérait sous l'égide de l'ARPA. Ce fut donc la commercialisation du réseau qui détermina un élargissement progressif du spectre des « parties prenantes » dans l'élaboration des politiques concernant la « gouvernance » de l'Internet. Dans ce sens, voir : Kleinwächter, W. "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS Tries to Enter the New Territory of Internet Governance", *op. cit.*, p. 35-36.

230 Ainsi, l'entrée d'acteurs privés dans le cadre de la gestion de la gouvernance de l'Internet a déterminé une évolution beaucoup plus intense du réseau Internet, accompagnée d'un croissant phénomène d'internationalisation. D'une part, la commercialisation du réseau a encouragé l'expansion de l'infrastructure physique – c'est-à-dire la création de réseaux électroniques – par le truchement de laquelle l'Internet a pu se développer. D'autre part, l'invention et la mise en œuvre du DNS ont déterminé une nouvelle organisation cyberterritoriale de l'Internet, dans le cadre de laquelle les acteurs non étatiques revêtent un rôle essentiel.

§ 1 – La « commercialisation » du réseau Internet

231 Comme nous l'avons évoquée, la montée en puissance des acteurs privés dans le cadre de la gouvernance internautique trouve un de ses fondements dans les politiques de privatisation et de libéralisation ayant eu lieu depuis la fin des années 1980. D'une part, au niveau étasunien, la NSF avait encouragé le développement de partenariats publics-privés afin de gérer les réseaux informatiques nationaux. D'autre part, au niveau international, les plénipotentiaires avaient concordé la libéralisation du marché des télécommunications au cours de la Conférence administrative mondiale télégraphique et téléphonique de 1988 (CAMTT-88), organisée sous l'égide de l'Union internationale des télécommunications. Notamment, au sens de l'article 9 du Réglement des télécommunications internationales (RTI), « [s]ous réserve de la législation nationale, les membres peuvent habiliter des administrations [ou exploitation(s) privée(s) reconnue(s)] ou d'autres organisations ou personnes à conclure de tels arrangements mutuels

particuliers avec des membres, des administrations [ou exploitation(s) privée(s) reconnue(s)] ou d'autres organisations ou personnes qui y sont habilitées dans un autre pays, dans le but d'établir, d'exploiter et d'utiliser des réseaux, des systèmes et des services de télécommunication particuliers[1] ».

1. UIT, *Règlement des télécommunications internationales*, art. 9 « Arrangements particuliers », disponible sur *www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/01/S02010000214004PDFF.pdf*. Aussi, à ce sujet : H. Zhao, *ITU and Internet Governance: Input to the 7th Meeting of the ITU Council Working Group on WSIS, 12-14 December 2004*, Geneva, 30 nov. 2004, p. 7, disponible sur *www.itu.int/ITU-T/tsb-director/itut-wsis/files/zhao-netgov02.pdf*

232 La privatisation et la libéralisation des réseaux de télécommunications doivent être vues comme des étapes particulièrement importantes car elles ont revêtu un rôle instrumental dans le développement de l'Internet et dans l'encouragement de son exploitation à des fins commerciales, tout en ajoutant une nouvelle catégorie de parties prenantes à la gouvernance de l'Internet.

▪ A - L'expansion « physique » de l'Internet

233 En 1985, la NSF avait promu le développement du NSFNet, successeur de l'ARPANet, à des fins de recherche et d'instruction. Le programme NSFNet comprenait à la fois un partenariat entre plusieurs institutions universitaires – coordonnées par la NSF – et la création d'un réseau physique, dénommé *backbone* (c'est-à-dire, colonne vertébrale), visant à permettre l'interaction et la collaboration parmi ces institutions. Bien que le NSFNet ait été conçu pour des fins exclusivement scientifiques[1], en 1991 l'échange de trafic de données *via* le double protocole TCP/IP a été ouvert à des usages commerciaux par le biais de la création du *Commercial Internet eXchange* (CIX), un point d'échange Internet[2] permettant l'interconnexion de réseaux privés et scientifiques.

1. En effet, au sens de ses politiques d'usage acceptable (*acceptable use policy*), les « *NSFNET Backbone services are provided to support open research and education in and among US research and instructional institutions, plus research arms of for-profit firms when engaged in open scholarly communication and research. Use for other purposes is not acceptable* ». *The NSFNET Backbone Services Acceptable Use Policy*, disponible sur *www.cybertelecom.org/notes/nsfnet.htm*

2. Un Internet Exchange Point (ou IX ou IXP ou point d'échange Internet), « également appelé Global Internet eXchange (ou GIX), est une infrastructure physique permettant aux différents fournisseurs d'accès Internet (ou FAI ou ISP) d'échanger du trafic Internet entre leurs réseaux de systèmes autonomes grâce à des accords mutuels dits de "*peering*". […] Le but premier d'un IXP est de permettre l'interconnexion directe des réseaux, par l'intermédiaire de points d'échanges, plutôt qu'à travers un ou plusieurs réseaux tiers. Les avantages de l'interconnexion directe sont nombreux mais les premiers sont le coût, le temps de latence et la bande passante. » *http://fr.wikipedia.org/wiki/Internet_Exchange_Point*

234 Aussi, en 1991, le Congrès étasunien approuva le *High Performance Computing and Communication Act* (HPCA), dont le but était l'implémentation du programme national de haute performance numérique (*national high-performance computing program*) qui visait à la coordination entre pouvoirs publics et entités privées afin d'atteindre une pluralité d'objectifs numériques majeurs[1]. Ce dernier programme peut être vu comme une véritable pierre milliaire de la privatisation de l'Internet qui aurait dû

s'opérer grâce à la réalisation de la *National Information Infrastructure*[2] (NII) fondée sur une série de principes fondamentaux : l'encouragement de l'investissement privé dans la NII ; la promotion et la protection de la concurrence ; l'ouverture de l'accès à la NII à tout individu (consommateur) et à tout fournisseur de service ; la préservation et la promotion de l'universalité du service afin d'éviter la fracture numérique et sociale au sein de la société de l'information ; et la définition d'un cadre réglementaire flexible afin qu'il puisse suivre le rythme des changements technologiques et de l'évolution du marché des télécommunications et de l'information[3].

1. Notamment, le HPCA prévoyait :
– la définition des objectifs et des priorités concernant la recherche, le développement et la création de réseaux numériques au niveau fédéral ;
– la coordination entre les différentes autorités (*agencies*) ;
– la supervision de la mise en œuvre et de l'évolution du *National Research and Education Network*, prévu dans le HPCA ;
– l'amélioration des logiciels ;
– l'accélération du système de développement numérique de haut niveau ; la mise en place de support technique, recherche et développement de logiciels et équipement essentiel pour adresser des problématiques scientifiques fondamentales, dites « Grands défis » ;
– assurer l'instruction des étudiants au niveau numérique ;
– assurer la sécurité.
High-Performance Computing Act of 1991, sect. 272, disponible sur *www.nitrd.gov/congressional/laws/HPC_Ac_as_amended_by_NGI_Research_Act_and_America_COMPETES_Act.pdf*

2. Pour une analyse détaillée de la NII, R. Kahn, "National Information Infrastructure Components", *Serials Review*, Spring/Summer 1992, p. 85-87 ; *National InformationInfrastructure Advisory council* (NIIAC), *Common Ground: Fundamental Principles for the National Information Infrastructure – First Report of The National Information Infrastructure Advisory Council*, mars 1995 ; M. Yogesh, A. Al-Shehri, J. J. Jones, *National Information Infrastructure: Myths, Metaphors And Realities*, 1995, disponible sur *www.brint.com/papers/nii/*

3. Dans ce sens : M. Yogesh, A. Al-Shehri, J. J. Jones, *National Information Infrastructure: Myths, Metaphors And Realities*, *op. cit.*, chap. I.

235 Ainsi, bien que les différents niveaux de l'administration étasunienne fussent appelés à jouer une fonction active pour garantir le développement efficace et le déploiement de la NII[1], force est de souligner que le secteur privé assumait un rôle essentiel dans le déploiement de la NII, en ayant la responsabilité de sa conception et de son fonctionnement. En effet, la mise en œuvre de la NII prévoyait l'émission d'un appel d'offres qui envisageait, entre autres, la création de points d'accès au réseau (*Network Access Points* ou NAP) grâce auxquels les fournisseurs privés d'accès à Internet auraient pu échanger leurs flux de données.

1. Dans ce sens, M. Yogesh *et al*. analysent l'apport des différents niveaux administratifs étasuniens au développement de la NII, en soulignant que « *[t]he Government will ensure vigorous competition, fair access, basic levels of services, and interoperability, and provide privacy and security protection for all NII's users. Government's main role is in ensuring the coordination of regulatory and policy-making efforts at Federal, state and local levels to complement the NII vision*. […] *The National Science and Technology Council (NSTC) is a permanent, cabinet-level body, chaired by the President of the United States, which prepares R& D strategies that are coordinated across Federal agencies.* […] *The Information Infrastructure Task Force (IITF), chaired by the Secretary of Commerce, was created by the Office of Science and Technology Policy (OSTP) and the National Economic Council (NEC) to ensure that the entire Federal Government acts in concert to accelerate deployment and use of the NII.* […] *The National Information Infrastructure Advisory Council (NIIAC) was created by an executive order at the end of 1993. The NIIAC has specifically focused on: defining the roles of the public and private sectors ; maintaining the balance of protection of intellectual property rights of creators and copyright owners with the needs of users ; generating national strategies for developing applications in electronic commerce* […]. *The National Institute of Standards and Technology (NIST) contributes to the NII by funding high-risk industrial ventures, performing laboratory research, and participating in policy and standards formation to ensure that the technologies are available for real-life applications of the NII* […]. » M. Yogesh, A. Al-Shehri, J. J. Jones, *National Information Infrastructure: Myths, Metaphors And Realities*, *op. cit.*, chap. III.

236 Enfin, on se doit de souligner que l'ouverture de l'Internet à l'exploitation commerciale, consacrée par la création des NAP, et la diffusion de réseaux électroniques gérés par des FAI – qui généralement sont aussi des opérateurs téléphoniques – ont fait en sorte que des acteurs privés acquièrent un rôle fondamental de gardiens de l'Internet ou *gatekeepers*[1]. Dans ce sens, bien que l'architecture décentralisée et *end-to-end* de l'Internet se différencie substantiellement de la structure centralisée asymétrique et unidirectionnelle des médias de masse traditionnels[2], toute transmission de données ayant lieu sur Internet dépend de l'action de plusieurs « intermédiaires[3] », qui « mettent en contact des tierces parties ou facilitent des transactions entre elles sur Internet [puisqu'ils] rendent accessibles, hébergent, transmettent et indexent les contenus provenant de tierces parties ou fournissent à des tiers des services reposant sur l'Internet[4] ». Ainsi, en vertu de leur position d'intermédiaire, ces entités – allant des FAI aux « prestataires de services de la société de l'information[5] » – jouissent de la capacité technique non seulement de faciliter mais aussi de « surveiller[6] » les communications électroniques et acquièrent donc une fonction prodromique à la mise en œuvre du droit national dans l'environnement numérique[7]. En effet, la gestion privée des réseaux électroniques qui composent l'Internet – ainsi que des plateformes fournissant des contenus et des applications – fait qu'une série d'intermédiaires privés deviennent de véritables « points de contrôle de l'Internet[8] ». Pour cette raison les intermédiaires qui jouent un rôle de *gatekeeper* représentent les vecteurs les plus efficaces afin de mettre en œuvre la législation nationale[9] mais aussi afin de préserver des intérêts économiques[10] en limitant l'ouverture à l'innovation tout en orientant les usagers vers les contenus et services de ces partenaires.

1. Dans ce sens : J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *New York University LawReview*, vol. 79, 2004 ; L. Lessig, *The Future of Ideas. The Fate of the Commons in a Connected World*, *op. cit.* ; C. S. Yoo, "Free Speech and the Myth of the Internet as an Unintermediated Experience", *The George Washington Law Review*, vol. 78, 2010, disponible sur *http://groups.law.gwu.edu/lr/ArticlePDF/78_4_Yoo.pdf*

2. Dans ce sens, Jack M. Balkin souligne que l'utilisation de réseaux électroniques interconnectés permet à tout utilisateur de communiquer « *with vast numbers of fellow human beings, routing around existing media gatekeepers and offering competing content. People are no longer simply consumers of prepackaged content from mass media companies that are controlled by a limited number of speakers. Instead, people can use the new telecommunications networks to become active participants in the production of public culture* ». J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *op. cit.*, p. 21.

3. Comme le souligne l'OCDE, « [l]es principales fonctions des intermédiaires Internet sont de i) fournir l'infrastructure ; ii) collecter, organiser et évaluer des informations dispersées ; iii) faciliter la communication sociale et les échanges d'information ; iv) agréger l'offre et la demande ; v) faciliter les processus de marché ; vi) établir la confiance ; et vii) prendre en compte à la fois les besoins des acheteurs/utilisateurs et des vendeurs/annonceurs ». Dans ce sens, l'OCDE considère en tant qu'intermédiaires : les FAI ; les fournisseurs de traitement de données et d'hébergement Web, y compris les registraires de noms de domaine ; les moteurs et portails de recherche Internet ; les intermédiaires du commerce électronique ; les systèmes de paiement sur l'Internet ; et les plateformes participatives, comprenant les plateformes d'édition et de diffusion. OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet. Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, OECD Publishing, 2011, p. 10.

4. *Ibid.*

5. Les « services de la société de l'information » sont définis par l'article 1er, paragraphe 2, de la directive 98/34/CE, telle que modifiée par la directive 98/48/CE. Les éléments caractérisant conjointement cette catégorie de services sont : a) la prestation à distance ; b) la prestation par voie électronique ; et c) la prestation à la demande individuelle d'un destinataire de services.

6. Comme le souligne Joe McNamee, l'exploitation des intermédiaires techniques – soient-ils des FAI ou des fournisseurs de contenus et applications – dans le but de surveiller les réseaux électroniques est le résultat de plusieurs facteurs : l'amélioration considérable des capacités techniques de monitorage des intermédiaires ; la croissante légitimation d'un tel monitorage de la part des législateurs nationaux ainsi que leur exploitation d'une telle capacité ; l'utilisation de pratiques de gestion du trafic Internet – telles que le blocage, le filtrage, le ralentissement et la priorisation – afin de favoriser les contenus, applications et services des propres partenaires économiques ou de défavoriser ses concurrents. J. McNamee, "Internet intermediaries – the New Cyberpolice?", *Global Information Society Watch*, 2011 ; *id.* "Privatised Online Enforcement Series", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow. Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality*, *op. cit.*

7. On se doit de souligner que le statut d'intermédiaire détermine une configuration particulière de la responsabilité civile de ces entités. Comme le souligne Nicolo Zingales, les intermédiaires « *can be held either directly liable for their actions, or indirectly (or "secondarily") liable for the actions of their users*. […] *Intermediary liability is not a peculiarity of Internet law. It represents a standard feature in fiduciary relationships governed by employment and insurance law, as well as banking and securities regulation* ». N. Zingales, "Internet Intermediary Liability: Identifying Best Practices for Africa", *in* Association for Progressive Communication (APC), *Intermediary Liability in Africa Research Series*, novembre 2013. Au niveau européen, la directive 2000/31/CE, dite « directive sur le commerce électronique » consacre les articles 12 à 15 au régime de la responsabilité des prestataires de services de la société de l'information.

8. J. Zittrain, "Internet Points of Control", *Boston College Law Review*, *op. cit.*

9. Dans ce sens : OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet. Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, *op. cit.*
Le rôle instrumental des intermédiaires techniques est particulièrement évident dans l'article 6, II de la loi du 21 juin 2004 pour la confiance à l'économie numérique, au sens de laquelle les FAI ainsi que les hébergeurs « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ».
Les intermédiaires revêtent donc un rôle instrumental dans le but de mettre en œuvre le droit national. Toutefois, comme le souligne le Conseil de l'Europe, les capacités techniques dont les FAI disposent « peuvent être utilisées dans des buts légitimes, par exemple pour mettre au point de nouveaux services, améliorer l'expérience des utilisateurs ou faciliter la gestion de réseaux ou encore pour assurer le respect de la loi [m]ais elles peuvent aussi être utilisées à des fins illicites ». Pour cette raison, de telles technologies doivent respecter « les garanties applicables relatives aux droits de l'homme », notamment en respectant le principe de légalité, le principe de la proportionnalité et le principe de nécessité dans une société démocratique. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur les risques présentés par le suivi numérique et les autres technologies de surveillance pour les droits fondamentaux*, 11 juin 2013.
Dans ce sens, le Conseil constitutionnel a explicitement souligné que les dispositifs techniques que les FAI peuvent mettre en place afin d'intercepter les communications électroniques concurrent « à la sauvegarde de l'ordre public, dans l'intérêt général de la population » lorsqu'ils sont justifiés « par les nécessités de la sécurité publique ». Cons. const., 28 déc. 2000, déc. n° 2000-441 DC, considérant n° 41.
Aussi, en soulignant l'incompatibilité de la directive sur la conservation des données avec la Charte des droits fondamentaux de l'UE, l'avocat général, M. Cruz Villalón, a précisé qu'il existe « un risque accru que les données conservées ne soient utilisées à des fins illicites, potentiellement attentatoires à la vie privée ou, plus largement, frauduleuses, voire malveillantes [puisque] les données ne sont pas conservées par les autorités publiques, ni même sous leur contrôle direct, mais par les fournisseurs de services de communications électroniques eux-mêmes ». Pour cette raison lorsque le législateur élabore « un acte imposant des obligations constitutives d'ingérences caractérisées dans les droits fondamentaux des citoyens de l'Union, il doit assumer sa part de responsabilité en définissant, à tout le moins, les principes devant présider à la définition, à l'établissement, à l'application et au contrôle du respect des garanties nécessaires ». CJUE, 12 déc. 2013, *Digital Rights Ireland Seitlinger e.a*, Luxembourg Conclusions de l'avocat général dans les affaires jointes C-293/12 et C-594/12, Communiqué de presse n° 157/13 ; CJUE, 8 avr. 2014, aff. C-293/12 et C-594/12.

10. Dans ce sens, Jack Balkin souligne que les acteurs économiques « *that control telecommunications networks will seek to limit forms of participation and cultural innovation that are inconsistent with their economic interests. Once again, the goal is not necessarily censorship of unpopular ideas but rather diversion and co-optation of audience attention. Businesses want to direct the Internet user toward increased consumption of their own goods and services as well as the products of their advertising partners* ». J. M. Balkin, "Digital Speech and Democratic Culture: a Theory of Freedom of Expression for the Information Society", *op. cit.*, p. 21.

237 Notamment, force est de souligner que les FAI se trouvent au centre d'un « marché biface[1] » : d'une part, les utilisateurs dépendent des FAI en ce qui concerne la possibilité d'avoir accès à tout contenu, application ou service en ligne ; tandis que, d'autre part, les fournisseurs de services de la société de l'information ne peuvent pas faire abstraction des FAI afin d'atteindre le public. Ainsi, l'utilisation de techniques de « gestion du trafic Internet[2] » permet aux FAI d'agir comme des points de contrôle et de bloquer, filtrer, prioriser et ralentir des flux spécifiques de données,

ce qui est susceptible de restreindre la capacité des internautes à accéder aux contenus, applications et services et à les partager et, par conséquent, d'affecter « l'exercice des droits de l'homme et des libertés fondamentales [des utilisateurs] tels que le droit à la liberté d'expression, à la liberté d'association, à l'information et à la communication, à l'éducation, et à des élections libres[3] ».

1. On se doit de rappeler que « d'un point de vue économique, Internet peut-être vu comme un marché biface. Au centre de ce marché biface, les fournisseurs d'accès gèrent les infrastructures permettant l'acheminement des données ». T. Decruyenaere, « La neutralité de l'Internet et ses enjeux Économiques », *Les cahiers de la DG Trésor*, n° 2011-03, déc. 2011, p. 7.

2. Tel que le souligne le contrôleur européen de la protection des données, la gestion du trafic Internet fait en sorte que le trafic Internet puisse « être bloqué ou filtré par les fournisseurs d'accès, par exemple pour empêcher les employés d'accéder à du contenu considéré comme non approprié à des fins professionnelles, pour restreindre l'accès à du contenu ou des services jugés discutables, pour freiner l'accès en cas de congestion et pour prévenir ou répondre à des atteintes à la sécurité ». CEPD, *Respect de la vie privée et protection des données personnelles peuvent rétablir la confiance des consommateurs dans la société numérique*, *op. cit*.

3. L. Belli, « Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'homme », Cons. Europe, Strasbourg, 30 mai 2013, p. 2. Aussi, au sujet du filtrage par le biais de la technique de l'inspection en profondeur des datagrammes ou *Deep Packet Inspection* (DPI), Christopher Marsden souligne que « *[i]ncreasing use of DPI is being created for both Western ISPs and more autocratic governments. In both cases, the method chosen is co-regulation – the government sets the rules and the ISPs are allowed a broad measure of independence as to process to achieve the results the government sets out. This is controversial in that it passes powers to control freedom of expression into private hands, often without the constitutional protections that govern public authority intervention and censorship* ». C. T. Marsden, *Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution*, *op. cit*., p. 19. La technique de la DPI sera élucidée dans la prochaine sous-section. Voir n[os] 259 et s.

▪ B – Le rôle des acteurs privés dans le nommage et l'adressage Internet

238 La localisation des « machines terminales » connectées à l'ARPANet et, par la suite, de toute ressource connectée à Internet était organisée par le biais de deux éléments fondamentaux : d'une part, des adresses IP[1], permettant de localiser tout ordinateur connecté à Internet par le biais d'un numéro unique et, d'autre part, des noms[2] alphanumériques associés aux adresses IP, visant à faciliter la localisation des ressources numériques sans devoir utiliser des adresses exprimées en chiffres. Cependant, l'augmentation considérable de la quantité d'ordinateurs et de réseaux interconnectés et la possibilité de différends concernant l'adoption d'une même dénomination pour plusieurs ordinateurs[3] a rendu nécessaire la création d'un système en mesure d'associer de façon univoque les noms aux adresses correspondantes.

1. Selon Wikipédia, « une adresse IP (avec IP pour *Internet Protocol*) est un numéro d'identification qui est attribué de façon permanente ou provisoire à chaque appareil connecté à un réseau informatique utilisant l'*Internet Protocol*. L'adresse IP est à la base du système d'acheminement (le routage) des messages sur Internet. Il existe des adresses IP de version 4 (sur 32 bits, soit 4 octets) et de version 6 (sur 128 bits, soit 16 octets) ». Wikipédia, *Adresse IP*, disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Adresse_IP*
On se doit de remarquer que le groupe article 29 a suggéré à plusieurs reprises que les adresses IP doivent être considérées en tant que « *data relating to an identifiable person* » en raison du fait que les « *Internet access providers and managers of local area networks can, using reasonable means, identify Internet users to whom they have attributed IP addresses as they normally systematically "log" in a file the date, time, duration and dynamic IP address given to the Internet user. The same can be said about Internet Service Providers that keep a logbook on the HTTP server. In these cases there is no doubt about the fact that one can talk about personal data in the sense of Article 2 a) of the Directive 95/46/CE* ». Working Party on Data Protection and Privacy, Opinion 4/2007 (01248/07/EN, WP 136), p. 16. Une

telle orientation a été retenue par la CJUE, selon laquelle les adresses IP sont « des données protégées à caractère personnel, car elles permettent l'identification précise desdits utilisateurs ». CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended AS c/ SABAM*, § 51.

2. Comme nous l'avons remarqué, les premiers « *standard host names* » furent définis par la *RFC 229*. J. Postel, *Standard Host Names, RFC 229, op. cit.*

3. Dans ce sens, le chercheur Craig Partridge souligne que ce problème devint évident lorsque « *the number of host computers rose above 2,000. Each host computer had to be given a name, and 'everyone wanted [their host computer] to be named Frodo* », c'est-à-dire le protagoniste du roman de J. R. R. Tolkien, *Le seigneur des anneaux*. J. Bing, "Building Cyberspace: a Brief History of Internet", *op. cit.*, p. 34.

239 En effet, en principe, tout ordinateur connecté à Internet était doté d'un fichier contenant tous les noms de domaine et les adresses IP correspondantes. Cependant, dans le but de rendre cette association plus efficace et de limiter le risque de litiges, trois chercheurs – notamment, Jonathan Postel, Paul Mockapetris et Craig Partridge – décidèrent de développer une application donnant lieu à un système unique, fonctionnant sur le même principe qu'un annuaire téléphonique, consultable chaque fois qu'un ordinateur souhaitait connaître l'adresse IP correspondant à un « nom » donné. Ainsi, cette application, dénommée « système de noms de domaine[1] » ou *Domain Name System*, permettait l'association d'un nom de domaine[2] « facile à mémoriser et à identifier[3] », consistant en une concaténation de plusieurs mots structurés de façon arborescente[4], à une ou plusieurs adresses IP. Le DNS était administré personnellement par Jonathan Postel[5] depuis l'Institut de sciences informatiques (ISI) de l'Université de la Californie du sud ou USC *Information Sciencies Institute*, au sein duquel se trouvait également le *Network Information Center* (NIC), c'est-à-dire l'entité chargée du maintien du fichier « hosts.txt[6] », contenant la liste de tous les noms d'hôtes et de leurs adresses, ainsi qu'un répertoire des RFC[7].

1. P. Mockapetris, *Domain Names – Concepts and Facilities, RFC882*, nov. 1983, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc882* ; P. Mockapetris, *Domain Names – Implementation and Specification, RFC883*, nov. 1983, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc883* ; J. Postel et J. Reynolds, *Domain Requirements, RFC 920*, octobre 1984, disponible sur *https://tools.ietf.org/rfc/rfc920.txtPostel* ; J. Postel, *Domain Name System Structure and Delegation, RFC1591, op. cit.* Le système de nommage et sa gouvernance feront l'objet d'une analyse approfondie, au cours du premier chapitre de la seconde partie de ce travail.

2. Avec le terme « nom de domaine », nous faisons référence à chaque « chaîne de texte alphanumérique à droite d'un "@" dans une adresse e-mail, ou immédiatement après les deux barres obliques dans une adresse World Wide Web ». M. A. Froomkin, "Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process", *in* C. T. Marsden (ss. la dir.), *Regulating the Global Information Society*, Warwick Studies in Globalisation, 2000, p. 213.
Bien que le nom de domaine ne jouisse pas d'un statut juridique propre, on se doit de souligner que la jurisprudence a souligné qu'au-delà de la fonction d'adressage, tout nom de domaine revêt une évidente fonction de communication – au même titre qu'une marque – en raison de son « caractère distinctif ». Cass. com., 26 mai 2009, n° 08-15856. Au sujet des noms de domaines : N. Beaurain et E. Jez, *Les noms de domaine de l'Internet (Aspects juridiques)*, Litec, coll. « *Droit@Litec* », 2001 ; J.-C. Galloux., *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. « Cors », 2e éd., 2003, p. 559 ; M.-E. Laporte-Legeais, « Droit des marques et noms de domaines », 2005.

3. OMPI, *La gestion des noms et adresses de l'Internet. Questions de propriété intellectuelle*, Rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet, 30 avr. 1999, p. 3, disponible sur *www.wipo.int/amc/fr/processes/process1/report/finalreport.html#II*

4. Dans ce sens : Z. S. Su et J. Postel, *The Domain Naming Convention for Internet User Applications, RFC 819*, août 1982, disponible sur *http://eduscol.education.fr/chrgt/marques-et-nom-de-domaine.pdf*

5. Dans ce sens : M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.* ; US DoC, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 5 juin 1998, Docket Number : 980212036-8146-02.

6. Comme on a pu le lire sous la plume de Michael Froomkin, le premier fichier « hosts.txt » (c'est-à-dire le prédécesseur de l'actuel « fichier racine ») fut préparé par la chercheuse Peggy Karp et ensuite remis à l'SRI au début de l'année 1972.

Pendant les quatorze années suivantes, le fichier « hosts.txt » a été mis à jour par le NIC du SRI, puis par le *Defense Data Network* (DDN), puis par le *Defense Information Systems Agency* (DISA). En 1985, la DISA transféra formellement la responsabilité de gérer l'expansion de l'espace de nommage à l'USC ISI. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *Duke Law Journal*, vol. 50, nº 17, 2000, p. 51-53.

7. M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.* ; ISOC, *Un bref historique de l'Internet*, disponible sur *www.internetsociety.org/fr/internet/qu%E2%80%99est-ce-que-l%E2%80%99internet/histoire-de-l%E2%80%99internet/un-bref-historique-de-linternet*

240 Par la suite, en 1989, le département du Commerce étasunien (DoC) et l'ISI ont signé un contrat dans le but d'attribuer la gestion du « fichier racine[1] » du DNS – qui avait remplacé le fichier « hosts.txt » – et l'affectation des blocs d'adresses IP[2] à une nouvelle « unité administrative » de l'ISI, financée directement par le département de la Défense étasunien[3] : l'*Internet Assigned Numbers Authority* (IANA)[4]. Successivement, en 1992, la NSF avait transformé le NIC en *Internet Network Information Center* (InterNIC) une entité visant à administrer les « services d'annuaire » concernant l'enregistrement des noms de domaine, les serveurs et les adresses IP. Ainsi, la NSF se chargeait de subsidier les différentes fonctions de l'InterNIC par le biais de trois accords coopératifs avec des sociétés privées[5], en vertu desquels : la société *Network Solutions Inc*. (NSI) était responsable de la maintenance du fichier racine[6] – selon les politiques établies par l'IANA – et de l'administration des fonctions d'enregistrement des TLDs[7] « .org », « .net » et « .com » ; parallèlement, l'opérateur téléphonique AT& T était responsable de la maintenance d'une pluralité de bases de données ; et enfin, la société *General Atomics* devait fournir des « services d'information[8] ». Toutefois, en 1994, la NSF a décidé d'arrêter de subsidier l'activité d'enregistrement des noms de domaine, en raison de la remarquable augmentation de cette activité, et a proposé la privatisation de l'enregistrement, en autorisant NSI à exiger le paiement de frais d'enregistrement[9].

1. Le fichier racine est une base de données, constamment mise à jour, qui décrit la délégation des différents noms de domaine et fournit les éléments techniques nécessaires pour que le protocole DNS puisse mettre en œuvre cette délégation. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit*., note 78.

2. W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit*., p. 35 ; M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit*., p. 93-94.

3. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit*., p. 54.

4. On se doit de souligner que le premier document faisant référence à l'IANA est la *RFC 1083*, au sens de laquelle l'IANA était rattachée à l'ISI et Jonathan Postel était désigné en tant que « contact ». IAB, *IAB Official Protocol Standards*, *RFC 1083*, *op. cit*.
Dans ce sens, le DoC a souligné que « *Postel, under the DARPA contracts, also published a list of technical parameters that had been assigned for use by protocol developers. Eventually these functions collectively became known as the Internet Assigned Numbers Authority (IANA).* » US DoC, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit*.
On se doit donc de remarquer que la « fonction IANA » était exercée par Postel même et que l'IANA ne doit pas être considéré comme une entité indépendante. Dans ce sens : M. L. Mueller, J. Mathiason et H. Klein, « The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime », *Global Governance*, vol. 13, nº 2, 2007, p. 238.

5. B. Kahin et J. Keller, *Public Access to the Internet*, 1996, p. 20.

6. Cet accord coopératif devint efficace le 1er janvier 1993. *Network Information Services Manager(s) for NSFNET and the NREN: INTERNIC Registration Services*, Cooperative Agreement, nº NCR-9218742, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-01jan93.htm*

7. On se doit de rappeler que tout nom de domaine est composé d'au moins deux « parties » séparées par un point. La partie la plus à droite est dénommée « domaine de premier niveau » ou « extension » (*Top Level Domain* en anglais), tandis que la partie qui la précède est dite domaine de second niveau. Voir n[os] 313 et s.

8. M. Barry, *Is the InterNIC's Dispute Policy Unconstitutional?*, oct. 1996, disponible sur *www.netpolicy.com/mbarticle1.html* ; B. Kahin et J. Keller, *Public Access to the Internet, op. cit.* ; M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, op. cit.*

9. M. L. Mueller, *ibid*., p. 121.

241 L'adoption d'un système de nommage unique, organisé sur la base d'une concaténation arborescente de noms de domaine, a donc offert la possibilité d'organiser le réseau Internet par le biais d'une structure hiérarchique, donnant lieu à de véritables « cyberterritoires[1] ». Une telle organisation a déterminé deux conséquences majeures. D'une part, comme nous le mettrons en lumière dans les prochains développements, le DNS a donné lieu à une véritable administration cyberterritoriale non étatique se ramifiant au niveau mondial. D'autre part, le fait que les entités au sommet d'une telle structure aient été localisées sur le territoire étasunien et contractuellement liées au gouvernement étasunien a initialement déterminé une extension de la juridiction étasunienne[2] au niveau global et, subséquemment, a consacré un rôle de « supervision » étasunienne sur une composante critique d'un réseau à vocation mondiale. Cela s'illustre par le fait que l'IANA ait été instituée en tant qu'unité administrative de l'ISI, dépendante d'une université étasunienne et contractuellement liée au département de la Défense, et qu'elle ait été subséquemment incorporée[3] au sein de l'ICANN, une entité privée contractuellement liée au DoC[4].

1. Voir n[os] 313 et s.

2. Dans ce sens, en s'exprimant au sujet de la creation de l'ICANN, Lawrence Lessig affirma: « *we are creating the most significant jurisdiction since the Louisiana purchase, and we are building it outside the review of the Constitution* ». L. Lessig, *Governance. Talk given at the New York New Media Association*, 10 juin 1998, p. 2, disponible sur *http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/Ny_q_d1.pdf*

3. On se doit de souligner que, formellement, l'IANA n'est pas une entité mais une « fonction » exercée par l'ICANN au sens du *Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority*, entre l'IETF et l'ICANN. Suite à sa signature, ce mémorandum a été consacré dans la *RFC 2860*. B. Carpenter *et al*., *Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority, RFC 2860,* juin 2000, disponible sur *www.rfc-editor.org/rfc/rfc2860.txt*

4. US DoC, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.* ; voir n[os] 251 et s. et n[os] 313 et s.

242 Aussi, on se doit de souligner que l'attribution des fonctions d'enregistrement à la société étasunienne *Network Solutions Inc*. ne se limitait pas à une simple privatisation de la gestion du DNS, mais correspondait à l'institution d'un véritable monopole privé, explicitement établi aux États-Unis. Dans cette perspective, lorsque l'UIT a consacré le rôle du secteur privé dans la gestion des « ressources critiques[1] » d'Internet – à l'occasion de la Conférence des plénipotentiaires de Minneapolis, en 1998 – les membres de l'UIT ont statué que « la gestion des noms de domaine et des adresses Internet [est] conduite par le secteur privé[2] » tout en soulignant que « les méthodes d'attribution des noms de domaine et des adresses Internet ne devraient pas privilégier un pays ou une région du monde au détriment des autres[3] ».

1. L'expression « ressources critiques » se réfère aux adresses IP et aux noms de domaine sur lesquels se fonde le fonctionnement du DNS.

2. UIT, *Gestion des noms de domaine et des adresses Internet*, Résolution 102, Minneapolis, 1998, disponible sur *www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/01/S02010000254002PDFF.pdf*
Aussi, la centralité du rôle joué par le secteur privé fut ensuite réitérée à plusieurs reprises. D'une part, l'article 34.b de l'agenda de Tunis pour la société de l'information affirma que « le secteur privé a toujours eu et devrait continuer [à] avoir un rôle important dans le développement de l'Internet, tant sur le plan technique que sur le plan économique », tandis que la Commission européenne souligna que « [l]e rôle central du secteur privé continue à remplir d'importants objectifs de politique d'intérêt général et doit être préservé et soutenu ». SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 35 ; *Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil – La gouvernance de l'internet : les prochaines étapes*, *op. cit.*

3. *Ibid.*

243 Tel que le souligne Wolfgang Kleinwächter, la Résolution n° 102 issue de la Conférence des plénipotentiaires de Minneapolis peut être vue comme un accord en vertu duquel le gouvernement étasunien a retiré son opposition à l'organisation d'un sommet mondial sur la société de l'information de la part de l'UIT – qui deviendra, par la suite, le SMSI – en échange d'une reconnaissance du leadership du secteur privé (qui était majoritairement étasunien) dans le nommage Internet. Toutefois, bien que ce « *Minneapolis Deal*[1] » ait déterminé la reconnaissance du rôle fondamental du secteur privé en ce qui concerne le nommage et l'adressage Internet, l'assujettissement à la juridiction étasunienne des entités au sommet de la « hiérarchie du DNS » a fait en sorte que les plénipotentiaires soulignèrent la nécessité d'une internationalisation de l'administration du DNS. En effet, comme nous le mettrons en exergue dans le paragraphe qui suit, l'encadrement de l'Internet par le biais du DNS équivaut à la mise en œuvre d'une administration cyberterritoriale privée, particulièrement concentrée aux États-Unis, dont l'internationalisation demeure inachevée[2].

1. L'expression « *Minneapolis Deal* » est utilisée par Wolfgang Kleinwächter afin de faire référence à l'accord entre pro-ICANN, c'est-à-dire le gouvernement étasunien, et anti-ICANN, c'est-à-dire les autres membres de l'UIT, consacré dans la Résolution 102 de l'UIT, issue de la Conférence des plénipotentiaires de Minneapolis. W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit.*, p. 40.

2. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *op. cit.*

§ 2 – Une nouvelle administration cyberterritoriale : de l'IAHC à l'ICANN

244 En novembre 1996, l'ISOC et l'IANA dirigées par Jonathan Postel ont décidé de créer le Comité international *ad hoc*, ou l'*International Ad Hoc Committee*[1] (IAHC), dans le souci d'envisager les améliorations à apporter au DNS et de réfléchir à la création de nouveaux noms de domaine internationaux[2]. L'IAHC réunissait à la fois des organisations intergouvernementales, telles que l'UIT, l'OMC et l'OMPI, des organisations non-gouvernementales, telles que l'ISOC et l'INTA[3], et des entités privées telles que l'IAB et l'IANA. L'IAHC avait été conçu afin de canaliser les « désaccords sur la perspective d'une gestion américaine continue des fonctions de l'IANA[4] » et de définir de façon conjointe les traits d'une nouvelle entité à vocation internationale qui aurait dû être chargée de l'administration du DNS. En effet, la position apicale étasunienne dans le cadre de la gestion des « ressources critiques » de l'Internet était difficilement conciliable avec la dimension essentiellement transnationale de ce

réseau de réseaux et la création de l'IAHC représentait la première tentative d'internationalisation qui a déclenché une véritable « guerre du DNS[5] ».

1. IAHC, *Final Report of the International* Ad Hoc *Committee: Recommendations for Administration and Management of gTLDs*, 4 févr. 1997, disponible sur *http://mailman.apnic.net/mailing-lists/apple/archive/1997/02/msg00008.html*

2. *Ibid.* Aussi, dans ce sens : W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit.* ; M. L. Mueller, *Ruling the root: Internet governance and the taming of cyberspace, op. cit.*

3. INTA est l'acronyme de l'*International Trademark Association.www.inta.org/Pages/Home.aspx*

4. N. Adam, « L'ICANN et la gouvernance d'Internet : une histoire organisationnelle », *Gouvernance d'Internet. Cahier de recherche CEIM*, nov. 2007, p. 30.

5. L'expression « guerre du DNS » ou « *DNS War* » se réfère à « l'absence de consensus quant à l'arrangement de la gouvernance du DNS ». Voir nº 7, note 10.

245 La mise en place de l'IAHC représentait une étape prodromique à un glissement vers une gestion internationalisée du DNS. En effet, l'objectif de ce comité était l'établissement d'une organisation multi-parties prenantes au sein de laquelle les organisations de standardisation Internet, les gouvernements et les représentants du secteur privé auraient pu coopérer afin que l'administration, l'usage et l'évolution de l'espace de nommage de premier niveau aient été mis en œuvre « de façon ouverte et publique, dans l'intérêt et au service du public[1] ». Au sens de son rapport final, l'IAHC aurait été coordonné par un « *Policy Oversight Committee* (POC) qui aurait agi comme instance décisionnelle ultime sur le DNS[2] ». En effet, selon les membres de l'IAHC, il était préférable d'internationaliser le système de noms de domaine, considéré comme une « ressource publique[3] », et dont l'administration aurait dû être détachée du DoC étasunien et encadrée par un « mémorandum d'entente[4] » ou *Memorandum of Understanding* (MoU), ouvert à la signature à la fois des pouvoirs publics et des acteurs privés. Ainsi, l'IAHC élabora un *Memorandum of Understanding on the Generic Top Level Domain Name Space of the Internet Domain System*[5] (gTLD-MoU) visant à définir un mécanisme d'administration du DNS indépendant du gouvernement étasunien – dénommé *Council of Registrars*[6] (CORE) – et, parallèlement, arrêtant ainsi le monopole de *Network Solutions Inc*. dans l'enregistrement de noms de domaine internationaux[7].

1. IAHC, *Rapport final de l'IAHC*, déposé le 4 févr. 1997 et disponible sur le site Internet de l'OMPI : *www.wipo.org*

2. W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit.*, p. 36.

3. Selon le rapport de l'IAHC, « [l]'espace du domaine de tête d'Internet est une ressource publique, objet de la confiance du public. Toute opération consistant à administrer, utiliser et/ou modifier l'espace du domaine de tête d'Internet est une question de politique [publique et il] paraît approprié qu'à cet égard la politique générale représente clairement et de façon équilibrée les intérêts des utilisateurs actuels et futurs de l'espace de nom Internet ». IAHC, *Rapport final de l'IAHC*, *op. cit*.

4. *Ibid.*

5. Pour un approfondissement au sujet du gTLD-MoU, M. L. Mueller, *Ruling the root: Internet governance and the taming of cyberspace, op. cit*., chap. 7.

6. *Ibid*., p. 143-146 ; NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 5 juin 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/statement-policy-management-internet-names-and-addresses#N_3_*

7. Dans ce sens : J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World, op. cit.*

246 La conclusion du susdit mémorandum aurait pu se révéler être un moment historique pour la gouvernance de l'Internet – et, notamment, pour la gouvernance du DNS – ainsi que pour le droit international[1] car, comme l'avait

souligné le secrétaire général de l'UIT, Pekka Tarjanne, le gTLD-MoU aurait donné naissance à une nouvelle forme de « multilatéralisme volontaire[2] », étant signé par des organisations intergouvernementales, des organisations non-gouvernementales et des entités privées. Toutefois, bien que les entités impliquées dans son élaboration eussent signé le gTLD-MoU le 1er mai 1997[3], le DoC étasunien – auquel l'IANA avait été liée en vertu d'un lien contractuel[4] – s'opposa fermement à cette « migration » du contrôle du DNS et proposa une solution alternative[5]. Ainsi, le 5 juin 1998, la *National Telecommunications and Information Administration* (NTIA), une agence rattachée au DoC étasunien, avait publié un Livre blanc sur la gestion des noms et adresses Internet[6], élaboré sur la base d'un Livre vert[7] et peaufiné grâce à une série de quatre conférences, connues sous le nom de « Forum international sur le Livre blanc[8] » ou *International Forum on the White Paper* (IFWP). Comme Milton Mueller l'a souligné, l'IFWP a été considéré comme un véritable « moment constitutionnel du cyberespace[9] » en définissant les bases du Protocole d'entente[10] ou *Memorandum of Understanding* (MoU) qui a donné naissance à l'ICANN[11], l'organisation sans but lucratif de droit californien qui, dès 1998, a été au sommet de l'« administration globale du DNS[12] ».

1. W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit*. Aussi, Kleinwächter souligne que les structures de gouvernance proposées par le gTLD-MoU auraient eu le potentiel pour imposer des changements dans le droit international. UIT, *80 Organizations Sign MoU to Restructure the Internet*, Press Release, mai 1, 1997, cité *in* W. Kleinwächter, "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *Loyola of Los Angeles aw Review*, vol. 36, 2003. Voir nº 7, note 6.

2. P. Tarjanne, *Internet Governance: Towards Voluntary Multilateralism, Keynote adressed by Dr Pekka Tarjanne, ITU Secretary-General, Internet Domain Names: Information Session, Meeting of Signatories and Potential Signatories of the Generic Top Level Domain Memorandum of Understanding (gTLD-MoU)*, UIT, Genève, 29 avr.-1er mai 1997, disponible sur *www.itu.int/newsarchive/projects/dns-meet/KeynoteAddress.html*

3. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 39.

4. US DoC, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

5. Comme le soulignent Goldsmith et Wu, suite à la signature du gTLD-MoU, le *Chief Internet Policy Advisor* du Président Bill Clinton, Ira Magaziner, affirma que « les États-Unis avaient payé pour l'Internet, le Net avait été créé sous ses auspices, et ce qui était encore plus important était que tout ce que Jonathan Postel et *Network Solutions Inc*. était encadré par des contrats avec le gouvernement étasunien » [traduction libre]. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit*., p. 41. Aussi, dans ce sens : W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS tries to enter the new territory of Internet Governance", *op. cit*.

6. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

7. Le Livre blanc avait été précédé par la publication d'un Livre vert, le 30 janvier 1998. Ce dernier visait à stimuler une consultation publique dans le but de recueillir des propositions et des commentaires concernant la gestion technique des noms et adresses Internet. Le Livre vert fut publié afin d'être commenté par toutes les parties intéressées pour une période de six mois. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses ; Proposed Rule*, 20 févr. 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/improvement-technical-management-internet-names-and-addresses-proposed-*

8. M. L. Mueller, *Ruling the root: Internet governance and the taming of cyberspace*, *op. cit.*, p. 3. Voir nos 813 et s.

9. *Ibid*.

10. *Memorandum of Understanding between the US Departement of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, disponible sur *www.icann.org/en/general/icann-mou-25nov98.htm*

11. L'ICANN fera l'objet d'une analyse détaillée au cours de la prochaine section.

12. Dans ce sens : B. Carotti et L. Casini, "A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet", *in* S. Cassese *et al.* (ss. la dir.), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, 2008 ; B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*, 2005 ; N. Krish et B. Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law, in the International Legal Order", *The European Journal of International Law*, vol. 17, nº 1.

247 Tel que le soulignent Mueller, Mathiason et Klein, l'instauration de l'ICANN avait été considérée comme une solution optimale dans le but d'éviter que « les gouvernements nationaux assujettissent l'aréna global de l'Internet à un mélange inconsistant et contradictoire de lois nationales[1] ». En effet, la mission icannienne consiste à « préserver la stabilité opérationnelle d'Internet, promouvoir la concurrence, assurer une représentation globale des communautés Internet, et élaborer des *policies* correspondant à sa mission suivant une démarche consensuelle ascendante[2] ». Dans ce but, le Livre blanc avait prévu que l'ICANN fût instituée en tant qu'entité privée, afin d'être douée d'une structure plus souple, plus adaptée à la nature dynamique de l'Internet et capable d'intégrer le processus participatif qui caractérisait l'activité des organismes de standardisation Internet et qui a permis la naissance et le développement du réseau[3]. Toutefois, force est de souligner que l'institution d'une entité privée contractuellement liée au DoC étasunien ne visait pas simplement à la souplesse organisationnelle, puisqu'une telle configuration a clairement permis au gouvernement étasunien d'asseoir « son autorité publique sur une structure majoritairement autorégulée avec l'objectif officiel de la privatiser[4] », une stratégie qui a commencé à montrer sa « contradiction inhérente » peu de temps après.

1. M. L. Mueller, J. Mathiason et H. Klein, « The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime », *op. cit*., p. 239.

2. Voir le site Web de l'ICANN : *www.icann.org/tr/french.html*

3. Dans ce sens, le Livre vert qui était consacré aux « principes pour un nouveau système » affirma que « *[a] private coordinating process is likely to be more flexible than government and to move rapidly enough to meet the changing needs of the Internet and of Internet users. The private process should, as far as possible, reflect the bottom-up governance that has characterized development of the Internet to date* ». NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses ; Proposed Rule*, *op. cit*., § V. « Principles for a New System » et ss-§ C. « Private, Bottom-Up Coordination ».

4. S. Botzem et J. Hofmann, "Transnational Governance Spirals: The Transformation of Rule-Making Authority in Internet Regulation and Corporate Financial Reporting", *Critical Policy Studies*, vol. 4, nº 1, p. 18, avr. 2010, cité *in*J. Weinberg, "Governments, Privatization, and 'Privatization': ICANN and the GAC", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 18, 2011, p. 193.

248 Comme nous le verrons au cours des prochains développements, le système de nommage donne lieu à une administration cyberterritoriale, dans le cadre de laquelle les noms de domaine peuvent être considérés comme de véritables cyberterritoires, administrés par des entités privées en vertu d'un « enchaînement de liens contractuels » qui déterminent une structure pyramidale[1] à vocation mondiale, au sommet de laquelle on trouve l'ICANN[2]. En effet, cette dernière octroie le droit d'administrer les différentes extensions de premier niveau – soient-elles génériques ou nationales – à des sociétés privées ou des associations à but non lucratif, dites « registres ». Subséquemment, les registres concèdent – par le truchement de licences d'exploitation – la possibilité d'enregistrer les noms de domaine aux bureaux d'enregistrement agrémentés par l'ICANN.

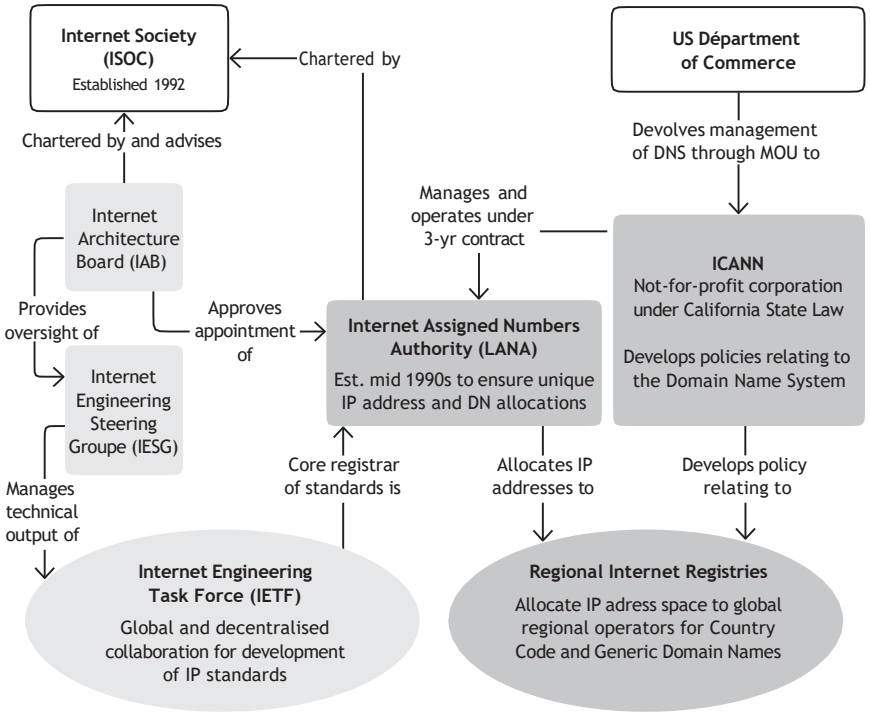
1. Plusieurs auteurs ont mis en lumière que la structure pyramidale icanienne donne lieu à un véritable système juridique privé. J. P. Kesan, *TheMarket for Private Dispute Resolution Services – An Empirical Re-Assessment of ICANN-UDRP Performance*,

Bepress Legal Series, Paper 480, 2005 ; T. Schultz, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 10, nº 5, disponible sur *http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol10/iss1/5*

2. La position de l'ICANN a fait ainsi qu'elle soit considérée comme ayant un « monopole *de facto* » sur l'architecture de l'Internet. F. Massit-Folléa, "Standards Agreements and Normative Collisions in Internet Governance", *op. cit.*, p. 71.

249 Parallèlement, l'IANA – qui, comme nous l'avons souligné, a été incorporée à l'ICANN dès 1998 – est au sommet de la « hiérarchie des registres d'adresses IP[1] », une autre structure pyramidale qui encadre l'affectation des adresses IP au sens de la *RFC* 2050[2]. Ainsi, l'IANA est responsable de la coordination du système global des protocoles Internet et de l'allocation des blocs d'adresses IP[3] aux cinq registres Internet régionaux[4] (RIR) qui, subséquemment, les affectent aux registres Internet nationaux (NIR) et locaux (LIR). Enfin, ces registres affectent des blocs d'adresses IP aux FAI qui les assignent[5] à toute « machine » connectée à Internet. Aussi, les RIR distribuent des blocs d'adresses IP en observant les *policies* concordées avec l'ICANN en étant donc des intermédiaires essentiels afin de mettre en œuvre la régulation des adresses IP, car l'IANA n'a pas de liens directs avec les NIR, les LIR et les FAI.

Relations subsistantes entre l'ICANN et les autres acteurs essentiels de la gouvernance du DNS, lors de la création de l'ICANN



1. K. Hubbard *et al.*, *Internet Registry IP Allocation Guidelines*, RCF 2050, Best Current Practice 12, nov. 1996, § « Cadre d'affectation », disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2050*

2. *Ibid.*

3. Avant d'être délinéée par la *RFC 2050*, la distribution des adresses IP fut originairement encadrée par la *RFC 1174*. V. Cerf, *IAB Recommended Policy on Distributing Internet Identifier Assignment and IAB Recommended Policy Change to Internet "Connected" Status*, *RFC 1174*, août 1990, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1174*

4. Il existe cinq RIR : les réseaux IP européens (RIPE-NCC) pour l'Europe et le Moyen-Orient, l'*Asia Pacific Network Information Center* (APNIC) pour l'Asie et le Pacifique, l'*American Registry for Internet Numbers* (ARIN) pour l'Amérique du Nord, le *Latin American and Caribbean IP address Regional Registry* (LACNIC) pour l'Amérique latine et les îles des Caraïbes, et l'*African Network Information Center* (AFRINIC) pour l'Afrique.

5. Si le FAI attribue toujours la même adresse au même dispositif, on parle d'adresses IP statiques, tandis que s'il attribue une adresse IP différente à chaque connexion, l'adresse IP est dite « dynamique ». L'adresse IP a la même fonction qu'un numéro de téléphone car elle renvoie au dispositif technique nécessaire pour accéder au réseau de communication. Le FAI peut donc identifier les usagers *via* leurs adresses IP, en associant chaque adresse à l'abonnement correspondant.

250 Ainsi, en dépit de sa structure logique décentralisée, le réseau Internet présente plusieurs « points de contrôle », qui revêtent un rôle économique et social primordial[1], ayant la possibilité de réguler les ressources critiques de l'Internet, tout en étant encadrées dans des structures organisationnelles essentiellement privées. D'une part, le rôle des intermédiaires Internet fait en sorte que leur inclusion dans la gouvernance de l'Internet soit une condition essentielle dans le but de l'élaboration et de la mise en œuvre d'outils régulatoires et de politiques efficaces. D'autre part, comme nous le soulignerons dans la sous-section qui suit, en vertu de la fonction régulatrice que ces acteurs privés exercent par le biais de leur standardisation technique ou de leur régulation contractuelle, il est essentiel qu'ils soient encadrés – par la régulation publique ou par des instruments de droit mou – afin d'éviter que les instruments de régulation qu'ils produisent aient une incidence négative sur la pleine jouissance des droits fondamentaux des utilisateurs de l'Internet[2].

1. Dans ce sens : OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet : Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, *op. cit.*

2. C'est dans ce but qu'a eu lieu l'élaboration du cadre « protéger, respecter et réparer » – qui met en exergue les obligations des États de protéger les droits de l'Homme, la responsabilité des entreprises de les respecter, et la nécessité d'un accès effectif à des mesures de réparation – puis l'adoption en 2011 des principes directeurs de l'ONU, qui fournissent une orientation aux États et aux entreprises pour la mise en œuvre du cadre susmentionné. M. Huijstee, V. Ricco et L. Ceresna-Chaturvedi, *Guide d'utilisation des Principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'homme dans la recherche et le plaidoyer sur les entreprises*, nov. 2012, p. 10 ; Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du Représentant spécial du secrétaire généralchargé de la question des droits de l'homme et des sociétéstransnationales et autres entreprises, John Ruggie*, *op. cit.*

SOUS-SeCtiON **2**

Le polycentrisme internautique

251 Comme nous l'avons souligné précédemment, l'absence de frontières physiques[1] en mesure de délimiter la souveraineté étatique dans le cyberespace fait en sorte que les intermédiaires techniques acquièrent un rôle instrumental à la mise en œuvre du droit national et, plus généralement, d'objectifs de politique publique[2]. En effet, le glissement vers l'environnement numérique d'une pluralité d'activités quotidiennes afférentes à « la communication, l'information, le savoir, et les transactions commerciales[3] » n'a pas déterminé l'élimination des intermédiaires concernant ces activités mais a, au contraire,

créé de nouveaux intermédiaires, tels que les FAI, les prestataires de services de la société de l'information ou les intermédiaires bancaires[4].

1. À ce sujet Vinton Cerf, coauteur du TCP et considéré comme l'un des « pères de l'Internet », affirma que « *the Internet was designed without any contemplation of national boundaries. The actual traffic in the Net is totally unbound with respect to geography* ». J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 58. Dans ce sens, Pierre Trudel souligne que « le cyberspace défie les repères que sont les frontières des États, cadres privilégiés du droit ». P. Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », *Sociologie et société*, vol. 32, nº 2, 2000, p. 191.

2. Comme le soulignent Goldsmith et Wu, l'instrumentalisation d'intermédiaires non étatiques dans le but d'atteindre des objectifs de politique publique n'est pas un phénomène circonscrit à l'Internet. Au contraire, dans plusieurs domaines, l'État s'appuie sur des intermédiaires afin de mettre en œuvre ses objectifs, comme lorsqu'il se sert de pharmaciens et de médecins afin d'empêcher l'abus de médicaments. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 68.

3. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des Ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, *op. cit*.

4. Dans ce sens : J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 70.

252 Aussi, il faut relever que la non-correspondance des frontières étatiques à des frontières virtuelles[1] et la vocation mondiale du réseau Internet n'impliquent pas la non-applicabilité du droit national, suggérée par le courant cyberlibertarien[2] au cours des premières décennies de l'histoire du Net. Bien au contraire, l'environnement internautique détermine la possibilité d'une superposition de différentes sphères normatives d'origines publique et privée. D'une part, nous pouvons remarquer que la capacité des intermédiaires d'Internet d'élaborer à la fois une régulation privée de type contractuel et une régulation technique de type logiciel – c'est-à-dire le code informatique Lessiguien – qui encadre les réseaux électroniques, les dispositifs connectés et les services en ligne – détermine l'émergence de véritables « systèmes juridiques privés[3] », se juxtaposant aux systèmes juridiques étatiques, ayant la capacité de régler des « portions d'Internet » comme s'il s'agissait de « fiefs virtuels[4] ». D'autre part, nous pouvons constater la possibilité que la réglementation, les décisions et les politiques conçues au niveau national acquièrent une efficacité extraterritoriale, donnant lieu à de véritables effets externes juridiques[5].

1. Comme nous avons pu le lire sous la plume de Pierre Trudel, « le cyberespace est une construction : il se présente comme une métaphore. Il évoque un espace présentant certaines ressemblances avec l'espace physique mais s'en distinguant en raison de sa virtualité ». P. Trudel, « La Lex electronica », *op. cit.*, p. 222.

2. Dans ce sens, Bruce Schneier souligne que « *in its early days, there was a lot of talk about the "natural laws of the Internet" and how it would empower the masses, upend traditional power blocks, and spread freedom throughout the world. The international nature of the Internet made a mockery of national laws. Anonymity was easy. Censorship was impossible. Police were clueless about cybercrime. And bigger changes were inevitable. Digital cash would undermine national sovereignty. Citizen journalism would undermine the media, corporate PR, and political parties. Easy copying would destroy the traditional movie and music industries. Web marketing would allow even the smallest companies to compete against corporate giants. It really would be a new world order* ». B. Schneier, "Power in the Age of the Feudal Internet", *in* MIND, *Collaboratory discussion paper #6 Internet & Security*, 2013, p. 16.

3. T. Schultz, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit.* ; *id.*, « eBay : un système juridique en formation ? », *Revue du Droit des Technologies et de l'Information*, vol. 22, 2005.

4. Dans ce sens, lors de l'institution de *l'Electronic Fronteer Foundation*, John Perry Barlow et Mitchell Kapor arguaient que « [l]a souveraineté sur ce monde n'est pas non plus correctement définie. De grandes institutions réclament déjà des fiefs, mais la plupart des actuels indigènes de ce territoire sont solitaires et indépendants, parfois à un degré pathologique. C'est donc un terrain parfait pour que se développent à la fois les hors-la-loi et les milices ». J. J. Lavenue, « Cyberespace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », *op. cit.*, p. 5. Aussi, dans ce sens, Bertrand du Marais souligna que « [l]a multiplicité des instances informelles de régulation de l'Internet et le fait qu'elles prennent des formes organiques très différentes […] développe le risque d'une structuration de type

féodale organisée autour de relations de vassal à suzerain selon des critères tour à tour technologiques, économiques, politiques, philosophiques, etc. ». B. Marais, « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *op. cit.*, p. 11. Dans ce sens, dans son analyse de la tablette Kindle Fire de Amazon, Stewart Baker affirme que cet outil se fonde sur un « *Amazon-designed and Amazon – controlled operating system*. […] *Amazon owns and subsidizes the hardware, too, so it can design features that integrate operating system and processor tightly.* […] *Fire uses its own browser, called Silk* […] *No one else* […] *will have the same ability to drive security into all parts of the Internet ecosystem* ». Une telle combination « *opens up a prospect of feudal security on the Internet [and] where there's feudalism, there's droit [du] seigneur. The price for security will be, probably must be, a loss of privacy, anonymity, and control to Amazon* ». S. Baker, "Will Jeff Bezos Bring Feudal Security to the Net?", *The Volokh Conspiracy*, 11 oct. 2011, disponible sur *www.volokh.com/2011/10/01/will-jeff-bezos-bring-feudal-security-to-the-net/*

5. En effet, il est évident que les activités de renseignement menées par le biais d'un réseau transnational sont susceptibles de compromettre le principe de la souveraineté nationale, tandis que la mise en œuvre d'une décision de justice à un service opérant dans une pluralité d'États peut engendrer l'application extraterritoriale de la législation domestique. Dans ce sens : S. Battini, "Extraterritoriality and Administrative Law", *Séminaire de droit administratif, européen et global*, 11 avr. 2008 ; Y. Poullet, "Transborder Data Flows and Extraterritoriality: The European Position", *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, nº 3, 2007.
Aussi, Thomas Schultz a mis en exergue que « *if, on the one hand, commercial transnationalism undeniably takes place (though not in a borderless and global fashion), on the other hand, the protection of local values pushes for a return to a more Westphalian system* ». T. Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, *op. cit.*, p. 800.

253 Ainsi, le constat des phénomènes susmentionnés a mis en lumière la nécessité de développer des instances consacrées à la « concertation, la consultation, la coopération et la coordination » des parties prenantes[1] afin de pouvoir envisager des solutions régulatoires efficaces tout en considérant les effets (collatéraux) que chaque type de régulation est susceptible de déterminer, dans le cadre d'une gouvernance multipartite. Comme nous l'avons vu précédemment, l'exigence d'une telle gouvernance avait déjà émergé dans le domaine environnemental, au cours des années 1990[2]. La première tentative de définition d'un mécanisme de gouvernance internationale multipartite de l'Internet eut lieu au cours du SMSI, qui avait été conçu lors de la Conférence des plénipotentiaires de l'UIT de Minneapolis[3]. Le SMSI exhortait l'adoption d'une « approche multi-parties prenantes […] à tous les niveaux »[4], consacrant l'inclusion des acteurs issus du secteur privé et de la société civile dans l'élaboration des politiques publiques internationales concernant l'Internet et chercha à identifier les piliers sur lesquels la société de l'information aurait dû s'édifier. En effet, comme nous le mettrons en lumière[5], l'objectif du sommet était l'élaboration de principes partagés, définissant « de façon parfaitement claire une volonté politique […] de prendre des mesures concrètes pour poser les bases d'une société de l'information accessible à tous, tout en tenant pleinement compte des différents intérêts en jeu[6] ». Le SMSI a donc représenté un tournant fondamental dans la mise en œuvre d'une gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet, permettant la « pluralisation des institutions internationales[7] » par le biais de l'ouverture des débats intergouvernementaux aux représentants d'entités non étatiques, ne jouissant pas de légitimité institutionnelle.

1. Au niveau français, la prise de conscience de la valeur incontournable de la consultation, de la coopération et de la coordination, remonte au rapport d'information rédigé en 1997 par les sénateurs Alain Joyandet, Pierre Hérisson et Alex Türk, invitant à la création d'une agence de régulation de l'Internet. A. Joyandet, P. Hérisson et A. Türk, *Rapport d'information au nom de la mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information*, nº 436, 25 sept. 1997, disponible sur *www.senat.fr/rap/r96-436/r96-436.html#toc0*
Depuis 1997, huit tentatives de concrétisation d'un organisme consultatif ont eu lieu, dont la dernière – d'origine présidentielle d'ailleurs – a conduit à la création du Conseil national du numérique, le 29 avril 2011. Ce nouvel

organisme a, en effet, été défini comme une « instance de concertation, de consultation préalable à toute action de l'État et du gouvernement en matière de numérique ». P. Kosciusko-Morizet, *Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique*, févr. 2011, p. 7-10 ; D. nº 2011-476, 29 avr. 2011, portant création du Conseil national du numérique.

2. Notamment, comme nous l'avons évoqué précédemment, le sommet mondial sur le développement social, qui eut lieu à Copenhague en 1995, représente un tournant du Consensus de Washington vers un Consensus de Copenhague, se fondant sur la « resocialisation [et la] repolitisation de l'espace de régulation transnationale » par le truchement de la concertation multi-parties prenantes. J. Duchastel, « Du gouvernement à la gouvernance : crise ou ajustement de la régulation », *op. cit.*

3. Comme nous l'avons mis en lumière, à cette occasion l'UIT reconnut le rôle du secteur privé dans le nommage Internet, en faveur de la création de l'ICANN, et en contrepartie, le gouvernement étasunien accepta l'organisation du SMSI auquel s'opposait depuis longtemps. Pour cette raison, certains auteurs ont défini ce compromis comme "*Minneapolis Deal*". Voir nos 238 et s.

4. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 37.

5. Voir nos 426 et s.

6. Voir le site Web du sommet mondial sur la société de l'information, disponible sur *www.itu.int/wsis/geneva/index-fr.html*

7. Dans ce sens, Milton Mueller souligne que la « *multistakeholder governance means that representatives of public interest advocay groups, business associations, and other interested parties can participate in intergovernmental policy deliberations alognside governments* ». M. L. Mueller, *Networks and States – The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press, 2010, p. 7-8.

254 Ainsi, l'approche multipartite adoptée et promue par le SMSI corroborait la thèse selon laquelle la diffusion de réseaux électroniques et de plateformes numériques transnationales – développés par une communauté technique et contrôlés par des entités privées – avait déterminé le besoin incontournable d'associer toutes les parties prenantes dans l'élaboration et la mise en œuvre des politiques et des régulations afférentes à Internet[1]. Dans ce sens, comme nous allons le démontrer, la « perte du monopole normatif étatique[2] » fait en sorte que la souveraineté étatique se voit dans l'obligation de composer avec la capacité de régulation qu'une pluralité d'acteurs privés exercent par le biais d'outils contractuels ou de mesures techniques[3].

1. Dans ce sens, le *Rapport de base* du GTGI affirma explicitement que « pour les questions qui ne peuvent être traitées à l'échelle nationale, [la] nature distribuée et sans frontières [de l'Internet] rend impossible l'application de politiques qui ne sont pas cohérentes d'un point de vue mondial et largement soutenues à la base, par la profession et les utilisateurs. C'est ainsi qu'est né le débat sur la nécessité d'associer toutes les parties prenantes dans la détermination de nouvelles politiques ». GTGI, *Rapport de base*, *op. cit.*, § 284.

2. Dans ce sens : E. Loquin et C. Kessedjian, *La mondialisation du droit. Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux*, *op. cit.* ; K. Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit.*

3. Dans ce sens : P. De Filippi, *Copyright Law in the Digital Environment*, 2012 ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, version 2.0*, *op. cit.* ; M. J. Radin, "Regulating by contract, regulating by machine", *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper nº 92, avr. 2004.

§ 1 – Une « juxtaposition » de souverainetés dans un environnement internautique médiéval

255 Comme nous l'avons suggéré, le caractère essentiellement transnational de l'Internet et son lien intermédiat avec le territoire national font en sorte que l'encadrement des activités « ayant lieu » en ligne par le biais de la législation nationale – ainsi que l'application de cette dernière – puisse se révéler problématique. En effet, la nature immatérielle de l'Internet et

l'« ubiquité[1] » des informations diffusées par le biais de ce réseau de réseaux rendent potentiellement inapplicables les critères de rattachement afin de déterminer la compétence juridictionnelle. Celles-ci font également en sorte que les activités se déroulant « sur » Internet puissent être encadrées simultanément par plusieurs ordres normatifs en vertu du rattachement des sujets impliqués à une pluralité de juridictions différentes[2]. Dans ce sens, le *Rapport Paul* arguait que « le principe de territorialité de la loi, qui témoigne de la souveraineté des États, s'applique donc mal avec la pratique du réseau mondial, puisque les activités sur le réseau, rattachées en droit au seul régime juridique du territoire sur lequel elles se déploient, deviennent en fait internationales[3] ».

1. Dans ce sens : J.-S. Bergé, « La résolution des conflits de lois, colloque Droit de l'Internet », *in* G. Chatillon (ss. la dir.), *Le droit international de l'Internet*, Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, par le ministère de la Justice, l'université Paris I-Panthéon Sorbonne et l'Association, Bruylant, Bruxelles, 2003.

2. En guise d'exemple, un internaute français peut utiliser un service fourni par une entreprise étasunienne qui conserve ses données sur un serveur néerlandais ou envoyer un courriel dont les données se décomposeront, voyageront, seront routées, recomposées et lues dans plusieurs pays différents. Il est donc évident que plusieurs juridictions se superposent donnant naissance à un potentiel conflit de juridictions et au phénomène de la « fractalisation » de la souveraineté, c'est-à-dire à une juxtaposition de plusieurs sets normatifs élaborés par des sujets hétéroclites, assujettis à des régimes nationaux différents. B. Chapelle, "Multistakeholder governance: principles and challenges of an innovative political paradigm", *in* MIND, *Collaboratry Discussion Paper Series*, nº 1, 2011.

3. C. Paul, *Du Droit et des libertés sur Internet, Rapport au Premier ministre*, *op. cit.*, p. 60.

256 Pour cette raison, dans le but d'éviter que les activités ayant lieu sur l'Internet donnent lieu à des « situations conflictuelles et [à] des procès de dimension internationale[1] », les prestataires de services de la société de l'information recourent à la régulation contractuelle qui trouve une application en dépit du lien géographique. Ces régulations privées constituent un véritable corpus de *lex electronica* qui vise à régler des activités économiques spécifiques tout en déployant son efficacité indépendamment de la juridiction dans laquelle ces règles opèrent[2]. En effet, comme nous avons pu le lire sous la plume de Pierre Trudel, « la *lex electronica* se présente comme un ensemble comparable à la *lex mercatoria* régissant certaines relations entre commerçants dans les transactions internationales[3] ».

1. Dans ce sens, Bénédicte Fauvarque-Cosson a souligné que la diffusion de l'Internet a « provoqué la multiplication des situations conflictuelles et des procès de dimension internationale. Dans ce nouvel espace frontières que le navigateur parcourt librement, les règles et les méthodes de droit international privé paraissent anachroniques […]. Pourtant, loin de menacer le droit international privé, les réseaux en renforcent la nécessité ». G. Chatillon (ss. la dir.), *Le droit international de l'Internet*, *op. cit.*

2. *Ibid.*

3. P. Trudel, « La Lex electronica », *op. cit.*, p. 223.

257 Au cours de ce paragraphe, nous soulignerons que les difficultés dues à l'application de la législation nationale à un réseau transnational ont déterminé l'émergence de véritables « ordres juridiques transnationaux d'origine privée[1] » définis par des acteurs privés par le biais d'instruments contractuels et mis en œuvre par le truchement d'outils techniques. Dans ce sens, la *lex electronica* encadre la plupart des activités cyberspatiales par le biais d'outils contractuels[2] qui sont susceptibles de donner lieu à

de véritables systèmes juridiques privés qui, comme nous le mettrons en exergue[3], peuvent être mis en œuvre de façon autonome par rapport aux systèmes juridiques nationaux.

1. Dans ce sens, Thomas Schultz met en lumière l'émergence d'« *anational and often cross-border normative orders which, at least sometimes, deserve the label of juridicity. The development of such private legal orders should lead us to rethink certain aspects of the concept of law, in particular with regard to legal pluralism, and to discover new places where law is to be found* ». T. Schultz, *Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface*, *op. cit.*, p. 800. Aussi, dans ce sens : T. Schultz, « Le critère de la moralité interne du droit comme réponse aux enjeux éthico-politiques du règlement des différends hors de l'État », *in* K. Benyekhlef et P. Trudel (ss. la dir.), *État de droit et virtualité*, Thémis, 2009, p. 269 ; *id.* : "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit.*

2. Dans ce sens, Joshua Fairfield affirme que les « communautés en ligne sont presque exclusivement régies par le droit des contrats, à travers des ententes de licences d'utilisateur final, des conditions d'utilisation et des codes de conduite ». J. A. T. Fairfield, "Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds", *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series*, 26 juill. 2007, p. 427. Aussi, dans le même sens : P. Trudel, « La Lex electronica », *op. cit.*, p. 227 ; S. Kablan et A. Oulaï, *Les normes « informelles » comme instrument de régulation du cyberespace*, 2007, disponible sur *www.fsa.ulaval.ca/sirul/2007-025.pdf* ; Y. Poullet, "The Various Regulatory Techniques on the Internet and the Role of State Law", *Economia e diritto del terziario*, nº 2, 2001, p. 531.

3. Voir nos 275 et s.

258 Ainsi, bien que l'Internet ne remette pas en discussion la « puissance » de l'État par rapport à ses « sujets », on se doit de souligner que, dans l'environnement internautique, les acteurs privés – en mesure de contrôler les réseaux électroniques et les « plateformes en ligne[1] » – jouissent d'une « souveraineté ressemblante à celle dont peuvent disposer les États dans les espaces territoriaux[2] ». Cela leur permet de réguler les activités se déroulant dans ces « espaces immatériels » avec une effectivité inconcevable pour des acteurs publics.

1. Une plateforme est un ensemble de technologies utilisées en tant que base sur laquelle d'autres applications ou technologies peuvent être développées. Ici, le terme « plateforme en ligne » se réfère à un « système organisé de vente ou de prestation de service à distance » exploité par un prestataire de services de la société de l'information dans le but de fournir ses services à une pluralité d'utilisateurs. Dans ce sens : Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, considérant nº 20.

2. P. Trudel, « La *Lex electronica* », *op. cit.*, p. 225.

▪ A – Une souveraineté étatique menacée

259 En vertu de son architecture décentralisée et de sa nature à la fois aterritoriale et transnationale, l'Internet est un phénomène potentiellement « menaçant » pour la souveraineté étatique. En effet, à la différence des médias traditionnels, cette interconnexion globale de réseaux électroniques est naturellement antithétique par rapport à un territoire étatique, considéré comme une « implantation stable dans l'espace, délimité par l'existence de frontières[1] ». Cet affaiblissement du principe de territorialité[2] ne rend donc guère facile l'exercice du pouvoir de contrainte de la part des organes spécialisés, traditionnellement « investis du pouvoir de commandement et dotés du privilège de recourir à la force[3] ».

1. J. Chevallier, *L'État*, Dalloz, Paris, 1999, p. 2.

2. Dans ce sens, Henry H. Perritt souligne que « *[t]elephone technology has historically relied on physical circuits that are easily controlled at national borders. Television, the latest of the radical leaps in information technologies prior to the Internet, uses radio frequencies with relatively short range.* […] *The Internet* […] *differs from earlier advances in information technologies because it combines global reach with extremely low barriers to entry* ». H. H. Perritt, "The Internet as a

Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, nº 2, 1998, p. 426-427.

3. J. Chevallier, *L'État*, *op. cit.*, p. 3.

260 Dans une telle perspective, plusieurs typologies de problèmes peuvent surgir lorsque les pouvoirs publics essayent d'appliquer la réglementation nationale sur Internet. En premier lieu, il est évident que le caractère transnational de l'Internet « s'accommode mal des limites géographiques nationales assignées à la compétence des tribunaux[1] ». Deuxièmement, on se doit de remarquer que l'acheminement aléatoire des paquets de données[2] ainsi que la possibilité d'utiliser des logiciels de cryptographie ou de cryptologie[3] et d'anonymisation[4] – dont le but explicite est l'empêchement du filtrage ou du traçage des communications électroniques – rendent beaucoup plus ambitieuse l'application de la législation étatique[5]. En troisième lieu, l'application de la législation nationale peut déterminer des effets extraterritoriaux et, par conséquent, la subsistance d'une situation de concurrence de plusieurs systèmes juridiques dans l'encadrement du même comportement.

1. E. Longworth, « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *op. cit.*, p. 19.

2. Comme nous l'avons souligné précédemment, lorsqu'un paquet de données est créé, l'IP lui attribue un « en-tête » qui contient les informations relatives à l'expéditeur et au destinataire. Les routeurs qui acheminent les paquets de données (ou datagrammes) pourraient donc être considérés comme des « bureaux de poste numériques » qui cherchent les itinéraires les plus rapides afin d'acheminer les informations vers le(s) destinataire(s) indiqué(s) sur les en-têtes des paquets. L'acheminement des datagrammes est généralement effectué par le biais de la technique *Anycast*. Cette technique d'adressage et de routage permet de « rediriger les données vers le serveur informatique le "plus proche" ou le "plus efficace" selon la politique de routage ». Ainsi « chaque adresse de destination identifie un ensemble de récepteurs finaux, mais un seul d'entre eux est choisi pour recevoir l'information à un moment donné pour un émetteur donné ». Wikipédia, "Anycast", disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Anycast* ; J. Abley et K. Lindqvist, *Operation of Anycast Services, RFC 4786*, Best Current Practice 126, déc. 2006, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc4786#section-3.2*

3. L'« utilisation, fourniture, transfert, importation et exportation de moyens de cryptologie » ainsi que la « fourniture de prestations de cryptologie » sont encadrés par les articles 30-33 de la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique.

4. Plusieurs instruments techniques permettent la mise en œuvre d'une anonymisation totale des communications internautiques. En guise d'exemple, de nombreux serveurs Internet fournissent un service de masquage de l'adresse IP afin de pouvoir consulter des pages Web de façon anonyme. Aussi, la communication par le biais de logiciels pair à pair ou *peer-to-peer* permet le masquage de l'adresse IP aux usagers avec lesquels les données sont échangées et des réseaux tels que Freenet permettent de stocker et de faire circuler des données en tant que « blocs chiffrés ». En outre, l'utilisation de réseaux tels que TOR permet une navigation en tout anonymat. Pour une analyse détaillée des outils techniques permettant l'anonymisation des communications : Global Internet Freedom Consortium (GIFC), *Defeat Internet Censorship: Overview of Advanced Technologies and Products*, nov. 2007, disponible sur *www.internetfreedom.org/archive/Defeat_Internet_Censorship_White_Paper.pdf*
Pour une digression sur les fondements juridiques du droit à l'anonymat sur Internet : D. Voorhoof, "Internet and the Right of Anonymity", *in* J. Surculija (ss. la dir.), *Proceedings of the Conference Regulating the Internet*, Belgrade, 2010.

5. Dans ce sens : K. Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *op. cit*. Aussi, dans ce sens, Henry H. Perritt souligne que « *[t]raditional international legal rules on jurisdictio*n [c'est-à-dire la compétence législative *(jurisdiction to prescrib*e), la compétence juridictionnelle *(jurisdiction to adjudicat*e) et la compétence d'exécution *(jurisdiction to enforc*e)] *do not fit the Internet context well* ». H. H. Perritt, "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *op. cit.*, p. 429.

261 Toutefois, on se doit de souligner qu'il est fondamentalement erroné d'arguer que l'Internet soit indépendant du territoire étatique et de la législation nationale. En effet, bien que l'architecture internautique se prête plus aisément à être encadrée par la régulation technique que par la réglementation étatique, il est évident que « dans un monde où l'Internet est au carrefour de l'ensemble des activités humaines, les décisions qui orientent son avenir et

influent sur ses usages ne peuvent plus reposer uniquement sur les acteurs "techniques" de sa préhistoire[1] ». Tel que le soulignait le *Rapport Paul*, l'Internet n'est pas une « zone de non-droit[2] » puisque le droit « s'applique sur Internet comme ailleurs. Les législations qui s'appliquent aux diverses activités humaines s'appliquent à ces mêmes activités dans le cyberespace. Ainsi, l'Internet ne bouleverse pas les grandes catégories juridiques du droit civil ou du droit pénal. En matière de comportements illégaux, ce constat vaut de la même façon : une infraction pénale demeure une infraction quel que soit le support sur lequel elle est perpétrée[3] ».

1. B. Benhamou et L. Sorbier, « Souveraineté et réseaux numériques », *Politique étrangère*, n° 3 Automne 2006, p. 520. Aussi, dans ce sens, Nicolas Curien et Pierre-Alain Muet ont mis en exergue que « tant que l'Internet ne touchait qu'une communauté cohérente et fermée, celle des scientifiques, l'État américain et *a fortiori* les autres États ne se sont guère préoccupés d'intervenir dans ce qui fonctionnait selon les règles propres à cette communauté, soumise de toute manière en dernier ressort à un contrôle étatique. En revanche, avec la diversification des usages et des acteurs, le besoin de compléter la régulation technique afin d'organiser la concurrence, de permettre le développement d'activités commerciales, de protéger la propriété intellectuelle, d'assurer la sécurité des citoyens, de garantir les libertés publiques, s'est fait fortement sentir ». N. Curien et P.-M. Muet, *La société de l'information*, La Documentation française, Paris, 2004, p. 69.

2. C. Paul, *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, *op. cit.*, p. 37.

3. *Ibid.*

262 Cependant, comme nous l'avons évoqué, les pouvoirs publics se voient contraints à instrumentaliser les intermédiaires[1] qui opèrent au niveau national dans le but de mettre en œuvre la législation nationale et d'exercer la souveraineté étatique. Dans ce sens, la concrétisation de la souveraineté étatique dans l'environnement internautique ne peut avoir lieu que de façon « médiate », par le truchement d'intermédiaires jouissant du contrôle sur l'infrastructure physique ou logique en vertu de laquelle les usagers peuvent avoir accès à Internet et utiliser les services de la société de l'information.

1. Dans ce sens : J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.* ; J. McNamee, "Internet Intermediaries – The New Cyberpolice?", *op. cit.* ; OCDE, « Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet : le rôle économique et social des intermédiaires Internet », *op. cit.*

263 Ainsi, bien que l'Internet « défie la validité légale sur trois axes, notamment la validité empirique, l'effectivité et l'efficience de la norme[1] », les services de la société de l'information et l'accès à Internet sont fournis par des acteurs privés qui sont directement assujettis à la souveraineté nationale. Ces intermédiaires, étant physiquement situés à l'intérieur des frontières étatiques, deviennent donc des partenaires incontournables dans le but de mettre en œuvre la législation étatique[2]. Notamment, les FAI et les fournisseurs de services sont susceptibles d'assumer un rôle comparable à celui d'un auxiliaire de police judiciaire[3]. En effet, ces entités jouissent du pouvoir nécessaire à « imposer [leurs] conditions aux utilisateurs et autres parties contractantes sur lesquelles il[s] exerce[nt] un pouvoir[4] » effectif. Les intermédiaires deviennent donc le vecteur de la mise en œuvre du droit national, car les « fournisseurs d'accès et particulièrement les hébergeurs[5] ont […] la possibilité d'agir sur les droits et les libertés [des internautes] dans la mesure où ils peuvent mettre

en application des décisions et des actions concernant l'accessibilité aux services (par exemple, ils peuvent supprimer des contenus, les bloquer ou les filtrer[6]) ». Aussi, on se doit de souligner que la Cour de justice de l'Union européenne a récemment attribué par voie prétorienne un rôle particulièrement important aux intermédiaires qui fournissent des services de moteur de recherche. Notamment, suite à l'affaire *Google Spain et Google*[7], les moteurs de recherche doivent être considérés comme des « responsables de traitement de données personnelles » ayant donc une obligation de donner suite aux demandes de la part des titulaires des données concernant la rectification et l'effacement de données « inexactes [ou] inadéquates, non pertinentes ou excessives au regard des finalités du traitement [ou] conservées pendant une durée excédant celle nécessaire, à moins que leur conservation s'impose à des fins historiques, statistiques ou scientifiques ». Cet arrêt opère donc une véritable délégation de prérogatives régulatoires à des acteurs privés, consacrant le rôle des fournisseurs de moteurs de recherche en tant qu'arbitre entre la liberté d'information et les droits à la vie privée et à la protection des données des internautes européens[8].

1. M. Delmas-Marty, "The Internet: Disrupting, Revealing and Producing Rules", *in* F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, 2012, p. 12.

2. En effet, au sens de l'article 6-1.8 de la loi nº 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique, « [l]'autorité judiciaire peut prescrire en référé ou sur requête [aux fournisseurs d'accès et d'hébergement] toutes mesures propres à prévenir un dommage ou à faire cesser un dommage occasionné par le contenu d'un service de communication au public en ligne », tandis que, selon l'article 6, II, les hébergeurs « détiennent et conservent les données de nature à permettre l'identification de quiconque a contribué à la création du contenu ou de l'un des contenus des services dont elles sont prestataires ».

3. En ce sens, force est de remarquer que plusieurs États autoritaires exigent que les FAI mettent en œuvre des techniques de filtrage dans des buts de censure. À ce sujet : L. Bin et L. Hong, "Internet Development, Censorship, and Cyber Crimes in China", *Journal of Contemporary Criminal Justice*, vol. 26, nº 1, févr. 2010, p. 103-120 ; T. Broude, "It's Easily Done: the China-Intellectual Property Rights Enforcement Dispute and the Freedom of Expression", *The Journal of World Intellectual Property*, vol. 13, nº 5, p. 605-673 ; J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.* ; T. Wu, "The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering", *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, nº 1, 2006.

4. E. Longworth « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *op. cit.*, p. 37.

5. Les hébergeurs remplissent une fonction technique de mise à disposition d'un « espace virtuel » situé dans la mémoire d'un serveur. En analysant les fournisseurs d'hébergement, Jacques Larrieu suggère que leur rôle peut être comparé à une sorte d'« hôtel virtuel ». J. Larrieu, *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2010, p. 87.

6. Cons. Europe, « Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet développées par le Conseil d'Europe en coopération avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EuroISPA) », juill. 2008.

7. CJUE, grande ch., 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Inc. c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, aff. C-131/12.

8. En effet, suite à l'arrêt, Google a établi un formulaire en ligne par le biais duquel tout internaute peut revendiquer son droit à la désindexation ; a lancé une consultation publique et a mis en place un comité d'experts représentant les différents *stakeholders*, dans le but d'élaborer des « lignes directrices "utiles à d'autres personnes qui pourraient être touchées par la décision de la Cour" ». Comité consultatif de Google sur le droit à l'oubli, « Comment trouver un équilibre entre le droit à l'oubli d'une personne et le droit à l'information du public ? », disponible sur *www.google.com/intl/fr/advisorycouncil/*

264 Néanmoins, en dépit du perfectionnement des techniques de traçage, de « zonage » ou « géo-identification[1] » des communications internautiques, particulièrement répandues à partir de l'affaire *Yahoo!*[2], la nature transnationale de l'Internet permet aux utilisateurs de se mettre en dehors du « ressort territorial et de la sphère d'influence[3] » des pouvoirs publics par

le biais d'une « migration » vers des intermédiaires étrangers – notamment des hébergeurs – ou en utilisant des solutions techniques telles que des réseaux virtuels privés ou *Virtual Private Networks* (VPN[4]). De ce fait, les FAI deviennent les uniques entités en mesure de mettre en œuvre la souveraineté étatique par le biais de leur pouvoir de contrôle sur leurs réseaux électroniques. En effet, les FAI ont la capacité de mettre en œuvre une pluralité de « techniques de gestion du trafic Internet[5] », telles que le « blocage[6] » ou le « filtrage[7] », dans le but d'empêcher l'accès ou la transmission de contenus illicites. Toutefois, ces techniques se révèlent souvent disproportionnées et inadaptées par rapport à leurs objectifs[8] et, parallèlement, elles sont susceptibles de déterminer des effets collatéraux potentiellement préjudiciables à la protection du droit au respect de la vie privée, notamment de la correspondance[9], ainsi qu'à la garantie de la liberté d'expression[10]. Dans ce sens, il est évident qu'en dehors de leur fonction instrumentale dans la mise en œuvre de la législation nationale, les intermédiaires techniques revêtent un « rôle préalable[11] » non seulement afin de permettre l'accès à Internet mais, surtout, afin de garantir la pleine jouissance des « droits [des utilisateurs] à bénéficier de la société d'information[12] ». Pour cette raison, le Conseil de l'Europe a mis en exergue qu'en « fournissant les infrastructures et les services de base permettant aux utilisateurs d'accéder à Internet et de l'utiliser[13] », les FAI et les fournisseurs de services de la société de l'information « participe[nt] à une mission de service public[14] ».

1. Comme le soulignent Goldsmith et Wu, une pluralité d'acteurs privés élaborent des logiciels de géo-identification dont les finalités sont par exemple d'assurer qu'un produit numérique précis n'entre pas dans un pays où il est interdit ou que les annonces publicitaires concernant des produits ou des services locaux puissent cibler avec précision les internautes. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 60-63. Aussi, dans ce sens : C. Dawson, "Creating Borders on the Internet: Free Speech, the United States, and International Jurisdiction", *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2004.

2. Cette affaire emblématique concerne l'interdiction d'accès aux pages de la plateforme Yahoo! qui proposaient l'achat de souvenirs nazis. À ce sujet : M. H. Greenberg, "Return to Lilliput: the LICRA v. Yahoo – Case and the Regulation of Online Content in the World Market", *Berkeley Tchnology Law Journal*, vol. 18, 2003 ; MUIR E. A. Okoniewski, "Yahoo, Inc. v. LICRA: the French Challenge to Free Expression on the Internet", *American University International Law Review*, vol. 18, 2002-2003 ; O. Pollicino et M. Bassini, *Internet Law in the Era of Transnational Law*, *op. cit.* ; J. R. Reidenberg, "Yahoo and Democracy on the Internet", *op. cit.* ; V. Sédallian, « Commentaire de l'affaire Yahoo! À propos de l'ordonnance du tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000 », *Juriscom.net*, 24 oct. 2000, disponible sur *www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm*

3. E. Longworth, « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *op. cit.*, p. 38.

4. Un VPN est « un système permettant de créer un lien direct [dit "tunnel"] entre des ordinateurs distants. […] Un VPN dispose généralement aussi d'une passerelle permettant d'accéder à l'extérieur, ce qui permet de changer l'adresse IP source de ses connexions. Cela rend plus difficile l'identification de l'ordinateur émetteur [et] permet aussi de changer l'identification géographique d'un utilisateur » afin d'avoir accès à des services bloqués par le biais de techniques de zonage. Wikipédia, « Réseau privé virtuel », disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9seau_priv%C3%A9_virtuel*

5. Dans ce sens, l'ORECE ou BEREC a mis en exergue que le « *traffic management allows for a wide range of operations, each very different. Aside from the construction of fast lanes (i.e. traffic classes) for certain types of data (so-called prioritisation)* […] *it may also allow for the prevention of access to illegal content, authentication of customers, blocking of viruses, or the ability to block or degrade certain content, among other things* ». BEREC, *Differentiation Practices and Related Competition Issues in the Scope of Net Neutrality*, 26 nov. 2012, p. 24.

6. Le blocage vise à empêcher la communication sans inspecter le contenu. Les deux principales techniques de blocage sont le blocage des adresses IP ou le blocage de noms de domaine. Tel que le souligne le *Rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, le blocage d'adresses IP qui consiste à « bloquer directement, au niveau de chaque routeur, les paquets mentionnant dans leur en-tête une adresse figurant sur une liste d'adresses IP à bloquer [ou à] diffuser des "fausses routes" *via* le protocole [*Border Gate Protocol*] à partir de certains routeurs ».

En revanche, le blocage de noms de domaine se fonde sur le principe « de falsifier les réponses aux requêtes DNS en ne donnant pas l'adresse IP correspondant aux noms de domaine bloqués. Cette méthode permet le blocage en amont de l'échange d'informations entre un internaute et un site Web [et] nécessite que les fournisseurs d'accès à Internet mettent en place des filtres au niveau de leurs serveurs DNS ». AN, *Rapport d'Information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, *op. cit.*, p. 30-31.

7. La technique du filtrage repose sur une inspection de contenu. Généralement, les FAI peuvent mettre en œuvre trois types d'inspection des paquets de données qui sont utilisés par les équipements réseau (*routeurs, firewall, intrusion detection system, traffic shaping, etc.*) : la « *stateless inspection* », la « *statefull inspection* » et la DPI. La première se fonde exclusivement sur l'analyse des en-têtes et est aujourd'hui désuète. La deuxième se base sur l'analyse des en-têtes et sur la vérification des connexions. La DPI, quant à elle, se fonde sur l'analyse des en-têtes et de la charge utile donnant lieu à un type de filtrage beaucoup plus intrusif par rapport à la *statefull inspection*. La DPI est particulièrement répandue et est utilisée dans le but d'identifier les spammeurs et d'analyser la diffusion des virus ; à des fins commerciales ; et à des fins de coopération avec les forces de l'ordre, pour intercepter les communications des internautes et, particulièrement, pour appliquer les lois de protection du droit d'auteur. A. Daly, "The Legality of Deep Packet Inspection", *International Journal of Communications Law and Policy*, 2011 ; C. Parsons, "Literature Review of Deep Packet Inspection: Prepared for the New Transparency Project's Cyber Surveillance Workshop", version 4.1, 6 mars 2011.
Toutefois, force est de souligner que le Contrôleur européen de la protection de données a explicitement affirmé qu'en surveillant les communications Internet des utilisateurs, les FAI peuvent enfreindre les règles existantes sur la confidentialité des communications, pour cette raison « *the application of inspection and filtering techniques* […] *for purposes other than the conveyance of the service or security would be forbidden unless a legitimate ground allows for the processing, such as consent* ». CEPD, *Avis sur la neutralité de l'Internet, la gestion du trafic et la protection de la vie privée et des données personnelles*, 7 oct. 2011, p. 8 et 12.
La Cour de justice de l'Union européenne a précisé, dans différents arrêts, les conditions dans lesquelles des injonctions peuvent être adressées aux FAI afin qu'ils mettent en œuvre le filtrage et la surveillance des contenus téléchargés en conformité au droit européen. CJUE, 24 nov. 2011, *Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, aff. C-70/10 – CJUE, 19 avr. 2012, *Bonnier Audio AB e.a*, aff. C-461/10. Aussi, dans l'affaire *SABAM c/ Netlog*, la Cour de justice de l'Union européenne a mis en lumière que ces principes doivent être considérés comme applicables aux injonctions visant des prestataires de services d'hébergements. CJUE, 16 févr. 2012, *SABAM c/ Netlog NV*, aff. C-360/10.

8. En ce qui concerne le blocage, par exemple, le *Rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux* souligne que le blocage d'adresses IP « ne permet pas de distinguer, dans le blocage, entre des sites Web partageant la même adresse IP, par exemple parce qu'ils sont hébergés sur le même serveur » tandis que la méthode *Border Gateway Protocol* (BGP), qui présente l'avantage de pouvoir être mise à jour plus rapidement, est susceptible de mettre en danger le réseau, si de « fausses routes » sont diffusées au-delà du réseau du FAI (comme cela a été le cas avec le blocage de Youtube par le Pakistan en 2008) ; tandis que le blocage de noms de domaine « présente l'inconvénient de ne pas pouvoir distinguer entre les différentes pages d'un même site [et] être facilement contournable par les internautes ». AN, *Rapport d'Information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, *op. cit.*, p. 30.
En ce sens : SSAC, « Blocage de DNS : bénéfices versus dommages », SAC 050, 14 juin 2011, disponible sur *www.icann.org/en/system/files/files/sac-050-fr.pdf*

9. Au sujet des risques que l'inspection en profondeur des paquets de données détermine au niveau de la protection de la vie privée : Electronic Privacy Information Center, *Deep Packet Inspection and Privacy*, disponible sur *http://epic.org/privacy/dpi/default.html*

10. Tel que le souligne le *Rapport d'information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, « le blocage a des effets négatifs directs (restriction de la liberté d'expression et de communication) et indirects (surblocage, développement du chiffrement, etc.) ». AN, *Rapport d'Information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, *op. cit.*, p. 65.
Aussi, dans ce sens : C. Callanan *et al.*, « Rapport "Filtrage d'Internet – Équilibrer les réponses à la cybercriminalité dans une société démocratique" », *Juriscom.net*, 20 mai 2010 ; La Quadrature du Net, « Mémoire en Amicus Curiæ : le filtrage administratif du Net est contraire à la Constitution française », 2011 ; S. J. Murdoch et R. Anderson, "Tools and Technology of Internet Filtering", *in* R. J. Debeirt *et al.*, *Access Denied: the Practice and Policy of Global Internet Filtering*, 2008.

11. Cons. Europe, « Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet développées par le Conseil d'Europe en coopération avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EuroISPA) », *op. cit.*

12. *Ibid.*

13. *Ibid.*

14. *Ibid.*

▪ B – La souveraineté marchande : un « contrat (a)social internautique »

265 Lorsqu'un internaute utilise les services fournis par la plupart des intermédiaires Internet[1], il entame une relation contractuelle avec ces derniers. Ainsi, les intermédiaires Internet surmontent les problématiques liées à

l'immatérialité et à l'ubiquité de l'Internet par le truchement du droit des contrats[2] – notamment, en ayant recours à une clause de choix de loi, autrement connue comme *electio juris* ou *choice of law clause* – afin de spécifier dans leurs « conditions d'usage », ou *Terms of service* (ToS), la juridiction au sein de laquelle doit être résolu un éventuel différend[3] et également quelles règles les usagers devront respecter ou quel mécanisme alternatif de résolution des litiges devra être utilisé. Selon Lawrence Lessig, le « pouvoir[4] » que les intermédiaires exercent – lorsqu'ils définissent les clauses contenues dans les contrats d'adhésion qui réguleront leurs relations avec les utilisateurs – se rapproche d'une véritable souveraineté définie comme « souveraineté marchande[5] ». En effet, selon Lessig, les souverains marchands peuvent arriver à l'imposition unilatérale de règles concernant un type de services au niveau mondial, lorsqu'ils se trouvent dans une situation de monopole[6] ou de position dominante[7].

1. Dans ce sens : OCDE, « Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet : le rôle économique et social des intermédiaires Internet », *op. cit.*, p. 7.

2. Dans ce sens, Goldsmith et Lessig arguaient que « *the technology of cyberspace is a technology for contracting, and through a system of contracting, law-in the sense of enforceable obligations-can be constructed. This is the key to overcoming the limits for a law of cyberspace imposed by a positivist legal culture* ». J. Goldsmith et L. Lessig, "Grounding the Virtual Magistrate", *NCAIR Dispute Resolution Conference*, sect. II, Washington, 1996, disponible sur *www.lessig.org/content/articles/works/magistrate.html*

3. Les conditions d'usage du réseau social Facebook, par exemple, s'appliquent de façon différente selon que l'usager réside en Amérique du Nord ou ailleurs. Ainsi, jusqu'en août 2011, la Déclaration des droits et des responsabilités de Facebook affirmait que : « Si vous résidez aux États-Unis ou au Canada (ou si votre lieu principal d'activité s'y trouve), cette Déclaration est un accord entre vous et Facebook, Inc. sinon, cette Déclaration est un accord entre vous et Facebook Ireland Limited. Par "nous", "notre", "nos", nous entendons Facebook, Inc. ou Facebook Ireland Limited. » Facebook, Conditions d'utilisation, disponible sur *http://fr-fr.facebook.com/legal/terms?locale=fr_FR*

4. Ici, le terme « pouvoir » ne se réfère pas simplement au pouvoir contractuel de l'intermédiaire mais, aussi, à sa capacité d'édicter et appliquer des règles. Dans ce sens : P. De Filippi et L. Belli, "Law of the Cloud v Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation", *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, nº 2, 2012 ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, *op. cit.*

5. Notamment, Lawrence Lessig parle de « *merchant-sovereigns* ». L. Lessig, *ibid*., p. 287 et s. Dans ce sens : R. MacKinnan, *Consent of the Networked: The worldwide Struggle for Internet Freedom*, Basic Books, New York, 2012, p. 6.

6. Dans cette situation, en effet, le producteur ou le fournisseur de services bénéficie d'un pouvoir conséquent et peut exercer sa souveraineté sans limite, tandis que dans une situation de libre marché, c'est la concurrence qui limite le pouvoir du producteur et du fournisseur de services. Ainsi, selon Lessig « *if the group you join does not treat you as you want to be treated, you can leave. Because competitive pressure is greater in cyberspace, governments and other propagators of rule-sets must behave like firms in a competitive market* ». L. Lessig, *ibid.*, p. 288-289. Dans ce sens : P. De Filippi et L. Belli, "Law of the Cloud v Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation", *op. cit.*

7. À ce sujet, force est de remarquer l'existence d'un risque de verrouillage des usagers d'un service donné, ou *user lock-in*. Dans cette situation, les usagers sont « verrouillés » dans un système par le fournisseur de services en raison de coûts de transaction particulièrement élevés. Dans ce sens, Joaquín Almunia, vice-président de la Commission européenne chargé de la concurrence, a affirmé que le secteur des technologies de l'information est « *characterised by the need for interoperability and by potentially strong network effects or risks of lock-in* ». J. Almunia, *New Transatlantic Trends in Competition Policy*, Europa PRESS releases, 10 juin 2010.

266 Dans ce sens, la définition et la mise en œuvre technique des conditions contractuelles, qui encadrent l'accès à Internet ou l'utilisation des services de la société de l'information, peuvent être vue comme la « possibilité de donner aux uns et aux autres des ordres sanctionnés par une contrainte matérielle[1] ». En effet, les intermédiaires jouissent du pouvoir de délinéer les règles qui encadrent les comportements admis dans le cadre d'un réseau électronique ou d'une plateforme en ligne spécifique, de la capacité

à contrôler que lesdites règles soient respectées ainsi que de la possibilité de définir des mécanismes de résolution des litiges concernant leur application. Ainsi, si l'on considère l'accord contractuel comme « une sorte de "petite loi" à l'échelle des intérêts des parties contractantes[2] », les conditions d'usage ne représentent pas seulement les dispositions contractuelles qui règlent la relation entre ces deux parties, à savoir le fournisseur et l'usager mais elles consacrent une véritable régulation à laquelle doivent s'assujettir tous les sujets ayant accès au « fief » virtuel, sous le contrôle du souverain marchand[3].

1. Cette possibilité représente, selon Léon Duguit, « la distinction positive des gouvernants des gouvernés ». L. Duguit, *Manuel de droit constitutionnel*, 1937, p. 13.

2. M.-A. Frison-Roche, « Le droit, source et forme de régulation mondiale », *op. cit.*, p. 318.

3. Dans ce sens : L. Lessig, *Code: and Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, *op. cit.* Aussi, afin de mettre en exergue l'incontournabilité du développement d'un système normatif – plus ou moins complexe – lorsqu'une communauté ou un groupe social apparaît, Thomas Schultz rappelle l'adage latin *« ubi societas, ibi ius »*, à savoir « là où il y a une société, il y a un droit ». T. Schultz, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit.*, p. 831 ; *id.*, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.*, p. 28.

267 Ce contrôle est particulièrement étendu en ce qui concerne les services d'informatique en nuage[1] ou *cloud computing* qui prévoient la fourniture à distance de services, considérés comme « la forme la plus évoluée d'externalisation, dans laquelle le client ou l'utilisateur dispose d'un service en ligne dont l'administration et la gestion opérationnelle sont effectuées par un sous-traitant (externe ou interne[2]) ». En effet, les services de *cloud computing* sont fournis par le biais d'applications dont l'architecture technique définit les frontières des « nuages » (ou « *clouds* ») auxquels les usagers doivent accéder afin d'utiliser un service spécifique[3]. Ainsi, la possibilité de réguler les activités pouvant se dérouler au sein des *clouds* par le biais de contrat d'adhésion et de définir le code informatique qui organise la structure logique de ces fiefs internautiques dont « l'emplacement et le fonctionnement […] ne sont pas portés à la connaissance du client[4] » permet aux souverains marchands d'offrir non seulement un service de la société de l'information mais aussi, de réguler et de pourvoir une véritable « sécurité féodale[5] » dans un environnement autrement chaotique.

1. L'informatique en nuage ou « *cloud computing* » est un « concept qui consiste à déporter sur des serveurs distants des stockages et des traitements informatiques traditionnellement localisés sur des serveurs locaux ou sur le poste de l'utilisateur. Selon le *National Institute of Standards and Technology* (NIST), le *cloud computing* est l'accès *via* le réseau, à la demande et en libre-service, à des ressources informatiques virtualisées et mutualisées ». P. Mell et T. Grance, "The NIST Definition of Cloud Computing, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology", Special Publication 800-145, 2011.
Toutefois, on se doit de souligner que la définition du « cloud computing » n'est pas unanime. Notamment, la revue *Cloud Computing Journal* a recensé 20 définitions différentes. "Twenty-One Experts Define Cloud Computing", *Cloud Computing Journal*, 2008, disponible *http://cloudcomputing.sys-con.com/node/612375/print.* Dans ce sens, Jean-Marc Sauvé a constaté : « Faut-il s'étonner de l'absence de définition uniforme ? Non, si l'on considère qu'il existe une grande variété d'accès et de services regroupés sous l'appellation *cloud* : cela va du *webmail*, d'accès gratuit, à un stockage avec niveau de service garanti, accessible sur abonnement. Mais relèvent également de cette catégorie le *cloud* d'accès public, le *cloud* privé réservé aux collaborateurs autorisés et tiers d'une entreprise, le *cloud* hybride combinant ces deux types d'accès, ou encore le *cloud* communautaire, partagé par des clients autour d'intérêts ou de projets communs ». J.-M. Sauvé, « Le cloud computing », intervention prononcée lors du Colloque de la société de législation comparée, CE, vendredi 11 oct. 2013.
Aussi, l'OCDE a rappelé que « beaucoup de fournisseurs de services de traitement de données et d'hébergement Web sont plus connus sous l'appellation de plates-formes "d'informatique dans le nuage" » et qu'il semble nécessaire

d'inclure parmi les fournisseurs de « *cloud services* » les plates-formes participatives, « comprenant les plates-formes d'édition et de diffusion sur l'Internet qui ne créent pas elles-mêmes les contenus édités ou diffusés ni n'en sont propriétaires ». OECD, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, *op. cit.*, p. 22 ; *id.*, « Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet : le rôle économique et social des intermédiaires Internet », *op. cit.*, p. 8.

2. CNIL, Définition de « cloud computing/informatique dans le nuage », disponible sur *www.cnil.fr/les-themes/technologies/cloud-computing/*

3. Dans ce sens, une étude réalisée pour le Parlement européen affirme que « les technologies de l'informatique en nuage facilitent l'accès des particuliers aux informations et aux contenus en ligne, de même qu'elles offrent une plus grande interactivité. Les principales catégories de nuages sont les nuages publics, les nuages privés et les nuages hybrides ; les principaux types de services fournis par ces nuages sont le logiciel en tant que service (SaaS), la plateforme en tant que service (PaaS) et l'infrastructure en tant que service (IaaS). Ces services d'informatique en nuage peuvent être fournis à partir de centres de données implantés partout dans le monde ». Parlement européen, *L'informatique en nuage*, Bruxelles, avr. 2012, p. 16.

4. Dans ce sens : Commission de terminologie et de néologie, « Définition de "Informatique en nuage" », *Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet*, *JO*, nº 0129, 6 juin 2010, p. 10453.

5. Dans ce sens : S. Baker, "Will Jeff Bezos Bring Feudal Security to the Net?", *op. cit.* ; B. Schneier, "Power in the Age of the Feudal Internet", *op. cit.*

268 La géographie internautique peut donc être structurée en domaines et en nuages ou *clouds*. Comme nous le mettrons en lumière dans la prochaine section, les domaines incluent tous les noms – et les adresses correspondantes – qui terminent avec un nom de domaine spécifique et donnent lieu à des « zones […] formées de l'ensemble des machines et sous-réseaux contrôlés par le propriétaire du nom de domaine[1] ». Au contraire, les *clouds* sont des cyberespaces dont les frontières virtuelles sont définies par l'architecture logique de l'application qui supporte le service d'informatique en nuage proposé. Parallèlement, les cyberterritoires délimités par les frontières virtuelles se juxtaposent aux frontières physiques étatiques en vertu, non seulement de la possibilité d'accéder aux services globalement mais aussi de la localisation dans une pluralité de territoires étatiques des centres de données utilisés afin de pourvoir les services de *cloud computing*[2]. Ainsi, on se doit de souligner que les intermédiaires ayant le contrôle de ces « cyberlieux[3] » jouissent du pouvoir d'en définir la régulation privée, dans le but de garantir la sécurité, aussi bien en termes de prévisibilité des conséquences des conduites de chaque usager qu'en termes d'effectivité des mesures de réparation et de règlement des litiges.

1. O. Ricou, « La mécanique d'Internet », *op. cit.*, p. 15.

2. Dans ce sens, le Parlement européen a souligné que « [l]e nuage est un modèle issu de l'infrastructure informatique mondiale développée par de grandes entreprises comme Google, Amazon, Microsoft et eBay, qui l'utilisaient initialement dans le cadre de leurs propres activités. À la suite de l'établissement de centres de données de grande taille dans plusieurs pays dotés de connexions à très haut débit à l'Internet mondial, ces entreprises ont décelé une source de revenus potentiels consistant à fournir à d'autres entreprises leurs services informatiques et leurs capacités de stockage de données excédentaires ». Parlement européen, *L'informatique en nuage*, *op. cit.*, p. 20.

3. Au sujet du concept de « cyberlieu » : M. Castells, *La galaxie Internet*, Fayard, Paris, 2001, p. 164-165 ; L. Lessig, "Zones in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, nº 1403, 1996 ; *id.*, "Reading The Constitution in Cyberspace", *Emory Law Journal*, vol. 45, nº 3, 1996.

269 La *lex electronica*, définie par les « souverains marchands » dans les ToS, peut donc être mise en œuvre au sein de véritables systèmes juridiques de nature privée[1] qui encadrent les « zones au moyen desquelles l'architecture technique du réseau permet ou interdit l'accès à certains biens et services

ou leur distribution[2] ». L'existence et l'effectivité de systèmes juridiques d'origine privée sur Internet ont été observées pour la première fois par Katsh, Rifkin et Gaitenbry lorsqu'ils ont évalué le système de résolution des litiges conçu par la plateforme de vente aux enchères eBay. En effet, les auteurs mirent en exergue que « les litigants participent comme s'ils étaient dans "l'ombre du droit" [mais] le droit dont l'ombre les [affecte] est celui d'eBay plutôt que tout autre droit[3] ». Une telle observation s'oppose à l'approche positiviste – selon laquelle la norme juridique découle exclusivement de l'État qui est l'unique entité en mesure de produire des règles juridiques formalisées et sanctionnées[4] – et met en lumière l'efficacité et l'effectivité des formes de contrainte différentes de la contrainte étatique, telles que la contrainte « économique, sociale et technologique[5] », dans le cadre de l'environnement internautique.

1. Un exemple parlant dans ce sens est le système mis en place par le réseau social Facebook ou la plateforme eBay. Notamment, selon Thomas Schultz, dans le cadre du système mis en place par eBay, « le recours au droit étatique ne se fait guère d'un point de vue formel (pas de recours aux tribunaux étatiques appliquant le droit étatique) [et] on constate donc une certaine clôture du système normatif vers l'extérieur. Les normes auxquelles il est fait recours sont essentiellement celles de la place de marché eBay elle-même ». Pour une analyse détaillée de ce système : T. Schultz, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.* ; *id.*, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit.*
Aussi, force est de remarquer que l'existence de systèmes juridiques de nature non étatique ne se limite pas au milieu internautique. Des exemples dans ce sens sont la *lex sportiva*, l'ordre juridique partisan et comme le souligne Thomas Schultz, l'ordre transnational des investissements étrangers, la *lex petrolea*, la *lex constructionis* ou encore la *lex maritima*. K. Foster, "*Lex Sportiva*: What is Sports Law?", *ASSER International Sports Law Series*, 2012 ; E. Potier de La Varde, « L'ordre juridique partisan », Thèse de doctorat en droit public soutenue le 18 févr. 2013 ; T. Schultz, « Le critère de la moralité interne du droit comme réponse aux enjeux éthico-politiques du règlement des différends hors de l'État », *op. cit.*

2. E. Longworth « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *op. cit.*, p. 21. Aussi, on se doit de souligner que les intermédiaires peuvent réglementer l'accès et les interactions sur leurs plates-formes grâce à des « combinaisons d'instruments juridiques, technologiques, informationnels et autres, y compris la fixation des prix » et que « le rôle autorégulatoire de ces plateformes représente souvent le noyau de leur modèle de business ». OECD, *The Role of Internet Intermediaries in Advancing Public Policy Objectives*, *op. cit.*, 2011, p. 88. Aussi, pour une digression au sujet des implications économiques de la régulation des plateformes internautiques : K. Boudreau et A. Hagiu, "Platforms Rules: Multi-Sided Platforms as Regulators", *in* A. Gawer (ss. la dir.), *Platforms, Markets and Innovation*, 2009.

3. E. Katsh, J. Rifkin et A. Gaitenbry, "E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: in the Shadow of 'eBay Law'", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15, 2000, p. 728, cité *in* T. Schultz, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.*, p. 3.

4. H. Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la deuxième édition de la Reine Rechtslehre par Charles Eisenmann, LGDJ, Paris, 1999 ; M. Weber, « L'organisation et les puissances de la société dans leur rapport avec l'économie », *Économie et société*, *op. cit.*

5. Comme Thomas Schultz le met en exergue, « il existe différentes manières de contraindre le respect d'une décision ou d'un accord, qu'il est des formes diverses de contraintes, qui peuvent fort bien être contrôlées par une entité autre que l'État. François Rigaux évoque à cet égard la capacité d'une organisation sportive d'exclure un athlète, mais on peut aussi penser, parmi de nombreux exemples, à l'ostracisme qu'un milieu économique peut opposer à un partenaire commercial ». T. Schultz, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.*, p. 18-19.

270 Ainsi, il n'est pas anodin de suggérer que les intermédiaires – et, notamment, les fournisseurs de services de *cloud computing* – exercent sur leurs « fiefs internautiques » une autorité qui peut être comparée à celle du seigneur médiéval. En effet, la souveraineté marchande dont jouissent les intermédiaires trouve son origine dans « la faiblesse des États et [dans] l'insécurité qu'elle engendr[e[1]] » dans un environnement internautique qui échappe au contrôle étatique. Ces mêmes conditions ont déterminé le développement du système féodal ainsi que l'émergence de la *lex mercatoria*,

afin de garantir la sécurité et de réguler les transactions à distance, au cours du Moyen Âge[2]. Ainsi, force est de remarquer que les intermédiaires exercent la « générale garde[3] » de leurs seigneuries virtuelles, dans une situation de relative autonomie par rapport aux pouvoirs publics et à la législation nationale[4], tout comme les seigneurs régulaient leurs fiefs et les marchands médiévaux encadraient leurs transactions à distance, en toute autonomie par rapport au pouvoir royal.

1. « Le système féodal », *L'histoire de France*, disponible sur *www.histoire-france.net/moyen/feodalite#lien3*

2. Dans ce sens : A. C. Cutler, *Private Power and Global Authority Transnational Merchant: Law in the Global Political Economy*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 108-109.
Aussi, le parallèle entre la *lex mercatoria* et la *lex electronica* est défendu par : V. Gautrais, G. Lefebvre et K. Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et nomes applicables : l'émergence de la *lex electronica* », *op. cit.* ; L. E. Trakman, "From the Medieval Law Merchant to E-Merchant Law", *University of Toronto Law Journal*, vol. 53, 2003 ; P. Trudel, *Droit du cyberespace*, *op. cit.*

3. Au cours du XIVe siècle, les monarques européens découvrirent que « légiférer est un moyen de gouverner et de construire l'État ». La production d'actes normatifs d'origine royale s'appuie donc sur la croyance que « le roi a la générale garde du royaume ». J. Picq, *Histoire et droit des États*, 2005, p. 107.

4. L'extension de cette « autonomie » dépend du caractère plus ou moins transnational de l'activité exercée par l'intermédiaire. Dans ce sens, le degré d'autonomie des FAI est plus limité, car leurs activités ayant une dimension nationale ou locale peuvent être strictement encadrées par la législation nationale. Bien au contraire, les fournisseurs de services de *cloud computing* jouissent d'une autonomie particulièrement étendue en raison de leur nature essentiellement transnationale, exacerbée par le fait que les données traitées peuvent voyager et être stockées partout dans le monde. Dans ce sens, l'étude réalisée par le Parlement européen a mis en exergue qu'il est « inquiétant de constater qu'un peu moins de la moitié des entreprises ayant répondu à la consultation ne savaient pas quel régime juridique s'appliquait à leur propre activité » et que certains contrats, définissant les conditions d'usage « incluent des clauses qui semblent inappropriées ou inapplicables et parfois illégales (si l'on se réfère à la législation de l'UE sur les clauses abusives) : des services peuvent être modifiés ou interrompus sans motif et sans préavis ». Parlement européen, *L'informatique en nuage*, *op. cit.*, p. 83 et 86.

271 En effet, comme nous l'avons évoqué, les souverains marchands jouissent de la capacité de faire respecter à la fois leurs conditions d'usage et les décisions prises suite à des procédures privées de résolution des litiges par le truchement du code informatique, qui façonne l'environnement numérique dans lequel les utilisateurs peuvent interagir en le régulant par le biais d'algorithmes. Les fournisseurs de services de la société de l'information concrétisent donc leur autorité par le biais de mesures techniques d'auto-exécution qui, comme Thomas Schultz l'a souligné, représentent « l'équivalent pour les ordonnancements juridiques privés de l'appareil coercitif public pour l'ordre juridique étatique[1] ». Ainsi, ces entités privées jouissent du pouvoir d'imposer unilatéralement leur régulation privée[2], de se prononcer sur son application, de dirimer les différends ayant lieu entre les usagers en faisant référence exclusivement à l'autorégulation propre du *cloud* et de mettre en œuvre – de façon efficace et effective – leurs décisions. Ces prérogatives, bien qu'elles soient de nature privée, peuvent être considérées comme l'équivalent de la compétence législative, juridictionnelle et d'exécution, typiquement attribuée aux systèmes juridiques[3].

1. T. Schultz, « eBay : un système juridique en formation ? », *op. cit.*, p. 20.

2. Dans ce sens, force est de souligner que les conditions définies par les ToS sont généralement imposées automatiquement par le truchement de contrats de licence utilisateur final ou *End User Licence Agreements* (EULAs) et que le contenu de la *lex electronica* est susceptible de remplacer une partie considérable de la législation qui régit les interactions quotidiennes de millions de personnes dans le « monde réel ». À ce sujet : J. A. T. Fairfield, "Anti-Social

Contracts: the Contractual Governance of Virtual Worlds", *op. cit.* ; M. J. Radin, "Regulating by Contract, Regulating by Machine", *op. cit.*

3. *Ibid*., p. 25.

272 Dans l'environnement internautique, les intermédiaires ne jouissent donc pas seulement de pouvoirs quasi normatifs, qu'ils exercent en établissant leurs ToS, mais ils s'arrogent aussi des pouvoirs quasi judiciaires, en bâtissant de véritables systèmes juridiques privés, ainsi que des pouvoirs quasi exécutifs, en vertu du contrôle[1] qu'ils exercent sur les usagers assujettis à leur souveraineté marchande[2]. Ce « paradigme féodal[3] » détermine donc un glissement structural de l'architecture internautique d'une configuration *end-to-end* vers une structure *control-to-control* dans le cadre de laquelle les intermédiaires s'interposent[4] dans la communication ayant lieu entre les extrémités de l'Internet, dans le but de fournir un environnement plus sûr et plus facilement contrôlable. Notamment, le pouvoir de contrôle dont ces *gatekeepers* jouissent est particulièrement évident en cas d'intégration verticale des différentes entités privées impliquées dans l'« écosystème de l'Internet[5] ». En effet, ce phénomène fait en sorte que des acteurs opérant dans les différentes couches de l'Internet tissent des liens commerciaux étroits donnant lieu à des conglomérats uniques. Notamment, cette convergence verticale peut intéresser les FAI, qui intègrent les fournisseurs de contenus et d'applications[6] ou peut faire ainsi qu'un unique conglomérat soit en mesure de produire le matériel informatique (hardware), développer le logiciel exploité par le hardware et fournir les contenus et les applications exploitables[7].

1. Aussi, dans ce sens, Bruce Schneier souligne que « *Facebook regularly abuses the privacy of its users. Google has stopped supporting its popular RSS feeder. Apple prohibits all iPhone apps that are political or sexual. Microsoft might be cooperating with some governments to spy on Skype calls, but we don't know which ones. Both Twitter and LinkedIn have recently suffered security breaches that affected the data of hundreds of thousands of their users.* […] *These are not traditional companies, and we are not traditional customers. These are feudal lords, and we are their vassals, peasants, and serfs* ». B. Schneier, "You Have No Control Over Security on the Feudal Internet", *Harvard Business Review Blog Network*, 6 juin 2013, disponible sur *http://blogs.hbr.org/2013/06/you-have-no-control-over-s/*

2. En guise d'exemple, il suffit de considérer les conditions d'usage délinéées par le réseau social Facebook, lesquelles assujettissent la licéité des contenus publiés à un contrôle réalisé *a posteriori*, et les applications qui peuvent être utilisées sur la plate-forme à un contrôle effectué *a priori*. Facebook, Conditions d'utilisation.
Aussi, dans ce sens, Bruce Schneier souligne que « *Facebook regularly abuses the privacy of its users. Google has stopped supporting its popular RSS feeder. Apple prohibits all iPhone apps that are political or sexual. Microsoft might be cooperating with some governments to spy on Skype calls, but we don't know which ones. Both Twitter and LinkedIn have recently suffered security breaches that affected the data of hundreds of thousands of their users* ». B. Schneier, "You Have No Control Over Security on the Feudal Internet", *op. cit*.

3. Dans ce sens : S. Baker, "Will Jeff Bezos Bring Feudal Security to the Net?", *op. cit.* ; A. Narayanan, *Digital Feudalism Is Upon Us. How Do We Respond?*, Stanford Law School, 22 janv. 2013, disponible sur *http://cyberlaw.stanford.edu/events/digital-feudalism-upon-us-how-do-we-respond* ; B. Schneier, "Power in the Age of the Feudal Internet", *op. cit.* ; disponible sur *http://cyberlaw.stanford.edu/events/digital-feudalism-upon-us-how-do-we-respond*

4. Dans ce sens : David D. Clark et Marjory S. Blumenthal soulignent que les « *[a]pplications and services on the Internet today do not just reside at the "end points" ; they have become more complex, with intermediate servers and services provided by third parties interposed between the communicating end-points. Some applications such as email have exploited intermediate servers from their first design. Email is not delivered in one transfer from original sender to ultimate receiver. It is sent first to a server associated with the sender, then to a server associated with the receiver, and then finally to the receiver* ». D. D. Clark et M. S. Blumenthal, "The End-To-End Argument and Application Design: The Role of Trust", *Federal Communications Law Journal*, vol. 63, nº 357, 2011.

5. ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet*, sept. 2012, p. 14.

6. À ce sujet, Bernard Benhamou souligne que « [c]ette évolution vers la "convergence verticale" des réseaux consacrerait le passage d'une architecture d'échange à une architecture de diffusion. Cela pourrait conduire d'une part à remettre en cause certains types d'applications et donc certains usages du réseau, mais cela conduirait aussi à instaurer sur le réseau la notion d'émetteurs "privilégiés" et de récepteurs "passifs". Nous pourrions ainsi assister à une "télévisualisation" ou "broadcastisation" de l'Internet ». B. Benhamou, « Organiser l'architecture de l'Internet », *Esprit*, mai 2006, p. 158.

7. Dans ce sens : S. Baker, "Will Jeff Bezos Bring Feudal Security to the Net?", *op. cit.* ; B. Schneier, "Power in the Age of the Feudal Internet", *op. cit.*

273 Ainsi, l'internaute franchit les frontières de la seigneurie virtuelle, dès qu'il accepte les conditions d'accès à Internet et d'usage de tout service ou application en cliquant bien évidemment avec sa souris dans une case sur l'écran de son ordinateur[1]. Dans ce sens, l'établissement du lien contractuel entre fournisseur de services et usagers équivaut à l'inclusion dans une sorte de pyramide vassalique dans le cadre de laquelle les usagers s'inscrivent dans le niveau réservé aux paysans et aux serfs au cours du Moyen Âge[2], les éventuels développeurs d'applications intégrées dans les plateformes en ligne correspondent aux vassaux des seigneurs et les seigneurs, c'est-à-dire les intermédiaires tels que les FAI et les fournisseurs de services, sont assujettis exclusivement aux éventuelles législations limitant leur liberté contractuelle afin de protéger les droits fondamentaux des « usagers-serfs ». Ainsi, les conditions définies par les ToS délinéent des « contrats sociaux internautiques » – ou, comme le suggère Joshua Fairfield, des contrats « antisociaux[3] » – selon une logique sécuritaire hobbesienne, en vertu de laquelle les usagers alièrent une partie de leurs libertés individuelles dans le souci de jouir d'un environnement internautique sûr.

1. À ce sujet : M. J. Radin, "Regulating by Contract, Regulating by Machine", *op. cit.*

2. B. Schneier, "Power in the Age of the Feudal Internet", *op. cit.*

3. J. A. T. Fairfield, "Anti-Social Contracts: the Contractual Governance of Virtual Worlds", *op. cit.*

274 Ce « nouveau médiévalisme[1] » vise donc à pourvoir de l'ordre dans un environnement internautique qui accentue l'éclatement du système anarchique des États-Nations[2] qui consolide l'élaboration d'un système « multicentrique complexe constitué d'acteurs variés et autonomes […] assorti de structures, de processus et de principes décisionnels spécifiques[3] ». Les intermédiaires acquièrent un rôle incontournable dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, en vertu de leur souveraineté marchande et des systèmes juridiques privés qui en découlent. Pour cette raison, l'inclusion des intermédiaires dans une gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet se révèle essentielle dans le but de pouvoir réguler – ou coréguler – efficacement les différents secteurs dans lesquels ces entités privées déploient leur souveraineté marchande.

1. J. Malcolm, *Multi-Stakeholder Governance and the Internet Governance Forum*, *op. cit.*, p. 129.

2. J. N. Rosenau, « Le nouvel ordre mondial : forces sous-jacentes et résultats », *op. cit.*, p. 18.

3. *Ibid*., p. 25.

§ 2 – Un ordre inachevé : vers une approche corégulatoire d'un système polycentrique

275 Comme nous l'avons souligné, les comportements des internautes peuvent être encadrés par une pluralité d'instruments normatifs émanant de « centres de régulation » de nature différente et qui peuvent être de nature endogène ou exogène par rapport à l'Internet. En effet, les protocoles et standards techniques présentent une nature endogène par rapport au réseau car ils règlent l'environnement internautique en définissant son architecture logique. En revanche, la législation étatique présente une nature exogène puisqu'elle ne façonne pas directement l'environnement internautique mais, différemment, elle vise à encadrer les comportements des usagers et des intermédiaires par le biais de règles de droit positif, recherchant un juste équilibre entre des intérêts divergents dans des domaines tels que le commerce électronique, la protection du droit d'auteur, la lutte contre la pédopornographie, la gestion du trafic Internet, etc.[1]. Enfin, la régulation privée, définie par les souverains marchands, a un caractère hybride puisqu'elle encadre les comportements des internautes par le biais d'instruments aussi bien contractuels que techniques. Par conséquent, les activités ayant lieu « sur » Internet peuvent donc être encadrées par le biais de diverses régulations dont l'effectivité peut se fonder sur l'efficacité des solutions techniques, sur la possibilité de mettre en œuvre la souveraineté étatique de façon « médiate » ou encore, sur la souveraineté marchande consacrée par le lien contractuel.

1. Dans ce sens : P. Mathias, "From Code to Law", *op. cit.*, p. 46-52.

276 Ainsi, en raison de la nature hétérogène des centres de pouvoir régulant l'Internet et des « responsabilités partagées[1] » par ces derniers afin de mettre en œuvre non seulement une régulation efficace mais aussi un « contrôle démocratique[2] » de ce média, l'UIT avait incité l'organisation du SMSI[3] dans le souci de stimuler l'adhésion de toutes les parties prenantes dans une tentative de « poser les bases constitutionnelles de la société de l'information[4] ». Dans ce sens, force est de remarquer que l'organisation du SMSI avait l'ambition de reproduire le succès – au moins sur le plan normatif – du Sommet de la Terre de 1992, à l'issue duquel la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques (CCNUCC) avait été adoptée. La Déclaration de principes de Genève, issue de la première phase du SMSI, doit donc être considérée comme la première véritable « tentative d'élaboration d'une constitution globale de la société de l'information[5] ». Bien que cette tentative reste inachevée[6] et qu'elle n'ait pas déclenché un processus comparable à celui déterminé par la CCNUCC[7], la Déclaration de Genève a représenté un tournant fondamental dans l'histoire de la gouvernance de l'Internet, ayant formellement consacré la nécessité d'associer « toutes les parties prenantes[8] » – soient-elles de nature publique

ou privée[9] – dans l'« édification d'une société de l'information à dimension humaine[10] » ainsi que dans la gestion « aussi bien des questions techniques que des questions de politique publique[11] » concernant l'Internet.

1. Dans ce sens : C. Paul, *Du Droit et des libertés sur Internet, rapport au Premier ministre, op. cit.*, p. 23.

2. Voir, dans ce sens : B. Benhamou et L. Sorbier, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *Politiques étrangères*, Automne 2006.

3. On se doit de rappeler que les sommets mondiaux sont une institution onusienne visant à achever des travaux préparatoires qui se déroulent durant plusieurs années par le biais d'une conférence qui a pour but d'établir une vision partagée concernant un sujet d'envergure globale, en définissant des principes et des mécanismes de mise en œuvre communs. Ainsi, au sujet du SMSI (WSIS en anglais), Hans Klein souligne que « *[a]lthough a world summit lasts only a few days, the preparatory and follow-up processes occur over a period of years.* […] *In the two years between the authorization of WSIS in 2001 and the actual event in 2003, the ITU conducted two series of meetings: preparatory committee meetings (prepcoms) and regional meetings. Prepcom I followed within 6 months of the General Assembly's 2001 Resolution, and Prepcoms II and III were held at subsequent 6-month intervals. All were held in Geneva. Regional meetings were held over a briefer period, but were distributed in locations around the world. Between Prepcoms I and II the ITU organized regional meetings in Africa, Latin America, Asia, and Europe/North America. These many meetings served to gather input from around the world and to prepare the documents that would be adopted in 2003* ». H. Klein, "Understanding WSIS: an Institutional Analysis of the UN World Summit on the Information Society", *Information Technology and International Development*, vol. 1, nos 3-4, Spring – Summer 2004, p. 4.
Le SMSI et son rôle en ce qui concerne la consécration d'une approche multi-parties prenantes seront analysés dans la seconde partie de ce travail. Voir ci-desous : nos 426 et s.

4. I. Falque-Pierrotin, « Les enjeux juridiques de l'Internet au regard de la préparation du Sommet de Genève », *in* N. Curien et P.-M. Muet, *La société de l'information*, *op. cit.*, p. 97.

5. Comme Yves Poullet le souligne, le premier paragraphe de la Déclaration confère à ce document une allure constitutionnelle, en utilisant une formulation directement inspirée par le préambule de la Constitution des États-Unis d'Amérique. Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, *op. cit.*, p. 2. En effet, le paragraphe 1er de la Déclaration de Genève affirme : « Nous, représentants des peuples du monde, réunis à Genève du 10 au 12 décembre 2003 pour la première phase du Sommet mondial sur la société de l'information, proclamons notre volonté et notre détermination communes d'édifier une société de l'information […]. », alors que le préambule de la Constitution étasunienne affirme : « Nous, Peuple des États-Unis, […] nous décrétons et établissons cette Constitution pour les États-Unis d'Amérique ».

6. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *op. cit.*

7. À ce sujet : V. Barbé, « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », *Actes du VIIe Congrès français de droit constitutionnel*, AFDC, Paris, 25-27 sept. 2008 ; L. Boisson de Chazournes *et al.*, *Protection internationale de l'environnement – Nouvelle édition revue et augmentée*, Éditions A. Pedone, Paris, 2005 ; W. Lang et H. Schally, « La Convention cadre sur les changements climatiques : un élément du bilan normatif du Sommet de la Terre : la CNUED », *RGD int. publ.*, 1993 ; L. Vatna, « Regard prospectif sur la gouvernance internationale du développement durable », *Revue québécoise de droit international*, 2012.

8. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 17, 19, 20, 27, 49, 53 et 61.

9. Dans ce sens, Claudia Padovani souligne que « *[f]rom a generic invitation to "take part" and "contribute" to the process, this discourse went to affirming the need for "new forms of solidarity, partnership and cooperation among governments and other stakeholders* […] *(who) should work together* […] *(and who) have an important function and responsibility in the development of the Information Society and, as appropriate, in decision making processes" (Geneva Declaration of Principles, paras. 17, 20). Furthermore, WSIS has been a field of practical application, involving formal procedures and informal dialogues as well as innovative mechanisms developed through cooperation among different stakeholders* ». C. Padovani, "Civil Society Organizations Beyond WSIS: Roles and Potential of a 'Young' Stakeholder", *in* O. Drossou et H. Jensen (ss. la dir.), *Visions in Process II – The World Summit on the Information Society, Geneva 2003 – Tunis 2005*, 2005, p. 37.

10. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 20.

11. *Ibid.*, § 49.

277 Ainsi, en dépit du fait que les deux phases du SMSI n'aient pas permis de délinéer avec précision un véritable « cadre légitime de concertation et de régulation[1] », on se doit de souligner que la formalisation d'une définition de la gouvernance de l'Internet – bien que celle-ci soit « large et évolutive[2] » – a déterminé l'instauration d'un « consensus de Tunis[3] » accepté et soutenu unanimement par l'Assemblée générale des Nations unies[4] au sens

duquel « les États, le secteur privé et la société civile[5] » doivent être impliqués, « chacun selon son rôle, [dans] l'élaboration et l'application […] de principes, normes, règles, procédures de prise de décision et programmes communs[6] ».

1. *Principes généraux de la gouvernance de l'Internet*, Proposition du gouvernement français, 6 déc. 2004, p. 6, disponible sur *www.netgouvernance.org/PrincipesGouvernanceFR.pdf*

2. Dans ce sens : B. Benhamou et L. Sorbier, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *op. cit.*, p. 522.

3. Ici, la formule « consensus de Tunis » est utilisée afin de mettre en lumière l'avancée ultérieure dans la « politisation de l'espace de régulation transnationale » déterminée par le SMSI et, notamment, par les documents issus de la phase tunisienne. Un tel processus s'inscrit dans le chemin tracé par le « consensus de Washington » et, successivement par le « consensus de Copenhague ». Voir n[os] 160 et s.

4. ONU, *Résolution adoptée par l'Assemblée générale 60/252, Sommet mondial sur la société de l'information*, disponible sur *http://www.itu.int/wisd/2006/res-60-252-fr.html*

4. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 34.

5. *Ibid.*

278 D'une part, le SMSI a souligné l'impossibilité d'appliquer une approche purement intergouvernementale afin de définir la gouvernance de l'Internet, à la lumière de l'évidente nature polycentrique de l'environnement internautique et du pluralisme normatif qui en découle. D'autre part, « la conviction que la maîtrise des technologies de l'information, la "suprématie informationnelle", [soit] une des figures universelles de la puissance[1] » et le fait qu'une pluralité d'États fassent « reposer une part croissante de leurs infrastructures économiques, sociales et politiques sur le réseau Internet[2] » ont déterminé la nécessité d'une « approche multi-parties prenantes[3] » afin d'impliquer le plus grand nombre de sujets intéressés dans la définition d'un équilibre[4] entre les différents centres de pouvoir impliqués dans la gouvernance de l'Internet[5]. Ainsi, afin de mettre en œuvre une gouvernance « adaptée aux temps nouveaux[6] », il ne semble donc pas possible de faire abstraction d'une perspective pluraliste admettant l'existence d'une « polysystémie simultanée […] caractérisée par la conjonction de plusieurs systèmes en un même lieu et en un même temps[7] » et, par conséquent, de la nécessité d'un processus favorisant l'« interopérabilité » non seulement des systèmes autonomes techniques mais aussi des systèmes juridiques[8].

1. B. Benhamou et L. Sorbier, « Internet et souveraineté : la gouvernance de la société de l'information », *op. cit.*, p. 519.

2. *Ibid*., p. 520. Aussi, dans ce sens, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a explicitement mis en exergue la « valeur de service public de l'Internet, comprise comme étant le fait pour les personnes de compter de manière significative sur l'Internet comme un outil essentiel pour leurs activités quotidiennes […] et de l'attente légitime qui en découle que les services de l'Internet soient accessibles et abordables financièrement, sécurisés, fiables et continus ». Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, *op. cit.*

3. C. Padovani, "Civil Society Organizations Beyond WSIS: Roles and Potential of a 'Young' Stakeholder", *op. cit.*

4. D. Bourcier, "Is Governance Merely a Form of Regulation? Balancing the Roles of the State and Civil Society", *IWM Working Paper*, n° 6, Vienne, 2002.

5. Comme nous le remarquerons dans la prochaine section, cet objectif était également à la base de l'institution de l'ICANN en tant qu'« autorité » privée dont le but était la régulation du DNS par le biais d'outils contractuels. Dans ce but, le Président Bill Clinton et le vice-président Al Gore avaient exprimé leur intention d'« *establish a predictable and simple legal environment based on a decentralized, contractual model of law rather than one based on top-down*

regulation ». B. Clinton et A. Gore, *A Framework for Global Electronic Commerce*, 1er juill. 1997, disponible sur *www.w3.org/TR/NOTE-framework-970706*

6. C. Paul, *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, *op. cit.*

7. L'expression « polysémie simultanée » est utilisée par André-Jean Arnaud et José Farinas Dulce afin de caractériser le pluralisme juridique, dans le cadre duquel le droit subit la concurrence d'autres systèmes juridiques. A. J. Arnaud et M. J. Farinas Dulce, *Introduction à l'analyse sociologique des systèmes juridiques*, Bruyant, Bruxelles, 1998, p. 302.

8. L. Belli et N. Foditsch, "Network Neutrality: An Empirical Approach to Legal Interoperability", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, *op. cit.* ; Weber R., "Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation, Global Commission on Internet Governance", *Paper Series*, nº 4, 2014, disponible sur *https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_nº4.pdf*

279 Ainsi, comme le suggère Michel Vivant, « il est nécessaire de dépasser une réponse purement moniste : "*hard law"* ou *"soft law"* qui prétend ignorer la réalité des difficultés et au final ne répond pas à celle-ci. C'est à plusieurs sources qu'une efficace, et légitime, régulation du Net doit s'abreuver, ce sont plusieurs acteurs qui ont vocation à intervenir[1] ». Dans ce sens, Yves Poullet observe que la Déclaration de Genève prône clairement l'utilisation du « concept de "corégulation[2]" » en tant que « mode de gouvernance de l'Internet[3] ». Ainsi, d'une part, un tel mode de gouvernance peut être considéré comme un « processus prénormatif », visant à corroborer la légitimité de la législation et de la régulation administrative sur la base du consensus obtenu dans le cadre d'un dialogue ouvert et multipartite[4] ; tandis que, d'autre part, il se révèle un « mécanisme de répartition des rôles réglementaires[5] » visant à renforcer l'effectivité de la fonction de régulation par le biais d'une véritable « externalisation de l'activité législative[6] ».

1. M. Vivant, « Internet et modes de régulation », *in* E. Montero, *Internet face au droit*, Story Scientia, Bruxelles, 1997, p. 215.

2. Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, *op. cit.* ; N. Curien et P.-M. Muet, *La société de l'information*, *op. cit.*, p. 7.
Dans ce sens, on se doit de remarquer qu'au niveau communautaire, l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » considère la corégulation comme étant « le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation d'objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les ONG ou les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées ». Dans le cadre du mécanisme corégulatoire, des contrôles sont mis en place afin de garantir le respect des « critères de transparence (notamment, la publicité des accords) et de représentativité des parties impliquées ». En effet, l'accord interinstitutionnel a explicitement attribué ce contrôle à la Commission européenne qui s'occupe de veiller à ce que les mécanismes alternatifs représentent « une valeur ajoutée pour l'intérêt général ». L'accord préserve donc la supériorité hiérarchique de l'autorité publique qui peut choisir les outils les plus efficaces afin d'atteindre ses objectifs et qui est chargée de contrôler que les mécanismes alternatifs respectent les critères susmentionnés. « Décision du Parlement européen sur la conclusion de l'accord interinstitutionnel "Mieux légiférer" entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission », 2003/2131 (ACI), *JOUE*, C 81 E/84.

3. Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, *op. cit.*

4. Comme l'a souligné le *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, afin de pouvoir envisager le recours à la corégulation, il est nécessaire que « les organisations participantes soient représentatives, responsables et capables de suivre des procédures ouvertes pour la formulation et l'application des règles convenues ». *Livre blanc sur la gouvernance européenne*, p. 25, disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf*

5. Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, *op. cit.*

6. F. Perraldi-Leneuf, « La normalisation, une alternative à la réglementation ? », *Revue constructif*, nº 28, févr. 2011.

280 La démarche corégulatoire vise donc à atteindre les objectifs fixés par les législateurs de façon plus efficace, en permettant « l'allégement du travail législatif[1] » en « privatisant » une partie de la fonction législative qui est

déléguée à la compétence technique des experts ou à l'autonomie contractuelle du souverain marchand. Dans ce sens, le *Livre blanc sur la gouvernance européenne* a mis en lumière que « la corégulation associe des mesures législatives ou réglementaires contraignantes à des mesures prises par les acteurs les plus concernés en mettant à profit leur expérience pratique[2] ». Ainsi, le modèle corégulatoire permet de mettre la régulation technique et la régulation contractuelle au service des normes étatiques et se révèle particulièrement efficace, déterminant une coopération sur la base du principe de subsidiarité[3] suite à la définition des domaines de responsabilité afférents aux pouvoirs publics et aux entités privées impliquées.

1. « Décision du Parlement européen sur la conclusion de l'accord interinstitutionnel "Mieux légiférer" entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission », *op. cit.*

2. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne – Un livre blanc, op. cit.*, p. 25.

3. *Ibid.*

281 Comme nous l'avons souligné, les limites géographiques et techniques des approches étatiques traditionnelles ont progressivement mis en lumière le fait que, dans l'environnement internautique – tout comme dans d'autres domaines ayant une dimension transnationale –, la corégulation et l'autorégulation sont des instruments plus efficaces par rapport à la réglementation étatique, dont la mise en œuvre est liée aux frontières nationales. Ainsi, l'implication d'acteurs privés dans l'élaboration et dans la mise en œuvre de la régulation permet d'encadrer des activités excédant les frontières étatiques, tout en évitant l'impasse déterminée par les limites territoriales de la juridiction nationale. Pour cette raison, l'approche corégulatoire et la subsidiarité ont été prônées implicitement par la Déclaration de Genève, au sens de laquelle les rôles réglementaires des différentes parties prenantes ont été repartis de la façon suivante :

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

b) le secteur privé a joué et devrait continuer de jouer un rôle important dans le développement de l'Internet, dans les domaines tant techniques qu'économiques ;

c) la société civile a également joué un rôle important pour les questions liées à l'Internet, en particulier au niveau communautaire, et devrait continuer de jouer ce rôle ;

d) les organisations intergouvernementales ont joué et devraient continuer de jouer un rôle de facilitateur dans la coordination des questions de politique publique liées à l'Internet ;

e) les organisations internationales ont elles aussi joué et devraient continuer de jouer un rôle important dans l'élaboration des normes techniques et des politiques relatives à l'Internet[1] ».

1. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire, op. cit.*, § 49.

282 Toutefois, force est de remarquer qu'une telle « répartition des rôles » nécessite d'être complétée par des principes organisant la coopération intra-parties prenantes, pour que la « gestion internationale de l'Internet [puisse] s'opérer de façon multilatérale, transparente et démocratique[1] », et, « la coordination des activités des organisations internationales et intergouvernementales et des autres institutions concernées par la gouvernance de l'Internet[2] » pour qu'elles puissent se concrétiser de manière effective[3]. En effet, bien que la répartition susmentionnée prône une approche corégulatoire consacrant la centralité des acteurs étatiques[4] « en ce qui concerne les questions de politique publique » et du secteur privé dans le développement de l'Internet, les participants au SMSI n'ont pas délinéé les relations de subsidiarité entre les différents « niveaux régulatoires[5] » impliqués dans la gouvernance de l'Internet. Notamment, l'établissement de principes encadrant les relations *inter-stakeholder* aurait permis la définition d'un véritable régime international[6] de la gouvernance de l'Internet, organisé selon le principe de subsidiarité. Cependant, comme Mueller, Mathiason et Klein l'ont mis en exergue, les décideurs ont « imprudemment ignoré » les tâches fondamentales dans la construction des régimes internationaux, en se concentrant immédiatement sur des tâches secondaires[7]. Par conséquent, l'élaboration de règles et de procédures globales définissant explicitement un régime international de la gouvernance de l'Internet a été rendue impossible par le manque de principes et de normes régissant la coopération des différentes parties impliquées au niveau international[8].

1. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 29.

2. *Ibid*., § 37.

3. *Ibid*.

4. Dans ce sens, Michel Coipel affirme que « souligner que le droit n'a pas le monopole de la régulation sociale n'exclut nullement de constater que l'État, avec les normes qu'il produit, occupe une place prééminente dans cette régulation. Certes, il est soulagé par les régulations produites par divers secteurs de la vie sociale mais il dispose toujours du pouvoir de se mêler de ces régulations, voire de les annihiler ». M. Coipel, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », *Gouvernance de la société de l'information, actes du séminaire de Namur*, *Cahier du CRID* (Centre de recherches informatique et droit), n° 22, Bruylant, Bruxelles, 2002, p. 67 et s.

5. Dans ce sens : M. Delmas-Marty, "The Internet: Disrupting, Revealing and Producing Rules", *op. cit*., p. 17.

6. Comme nous l'avons souligné précédemment, ici nous nous référons à la définition de « régime international » élaborée par Stephen Krasner, selon laquelle ceci doit être appréhendé comme un ensemble de « principes, normes, règles, et procédures de décision autour desquels convergent les anticipations des différents acteurs ». S. D. Krasner (ss. la dir.), *International Regimes*, *op. cit*., voir n^{os} 73 et s.

7. M. L. Mueller, J. Mathiason et H. Klein, "The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime", *op. cit*., p. 238.

8. *Ibid*.

283 Ainsi, bien que le SMSI ait permis la cristallisation du consensus autour d'une gouvernance de l'Internet « transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales[1] », le résultat de ce sommet a été l'établissement d'une « *soft gouvernance*[2] » de l'Internet, par le biais de la création du Forum sur la gouvernance de l'Internet (FGI). Comme nous l'éluciderons dans la deuxième partie de ce travail, l'institution du FGI vise à faciliter la

policy coordination dans le cadre d'un lieu d'échange et « de négociation entre les "parties prenantes" et les titulaires de la contrainte légitime […] où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations[3] », bien que ce dernier but reste inachevé.

1. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire, op. cit.*, § 48.

2. La *Soft Gouvernance* est « une approche de gouvernance non contraignante qui favorise des pratiques et des mises en œuvre de décisions prises collectivement dans le domaine des relations internationales. Elle applique en ce sens des méthodes de recherche consensuelle appropriées à des problèmes spécifiques ». M. Calmy-Rey *et al*., « *"Soft" gouvernance* », 2007, p. 19 ; et dans le même ouvrage : J. Nye, « Du "soft power" à la "soft gouvernance" », p. 39-49.

3. B. Marais, « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *op. cit.*, p. 4.

284 Comme le souligne Michel Vivant, « aucune démarche univoque ne sera efficace » afin de façonner la régulation du cyberespace[1]. Pour cette raison, la communication osmotique entre les différentes sphères de la normativité internautique, qui est favorisée par le FGI, revêt un rôle instrumental afin de parvenir à la définition et à la mise en œuvre de mécanismes permettant la régulation à la fois efficace et démocratique d'aspects spécifiques du réseau Internet. Une telle « communication intersystémique » est l'objectif fondamental du FGI et doit être considérée comme la base d'un processus visant à l'« interopérabilité » des systèmes juridiques nationaux.

1. M. Vivant., « Communication audiovisuelle et Internet : une journée d'étude au CSA », *Lettre du CSA*, vol. 121, 1999, p. 20.

SeCtiON **3**

Conclusion préliminaire

285 Au fil du premier chapitre, nous avons analysé les différentes déclinaisons des concepts de « gouvernance » et de « régulation » dans le but de pouvoir les utiliser pour appréhender les dynamiques de l'environnement internautique. Notamment, nous avons mis en exergue que le concept de gouvernance relève d'une « nouvelle méthode par le biais de laquelle la société est gouvernée[1] », caractérisée par la « porosité » de la frontière qui a traditionnellement séparé le droit public du droit privé[2], par une sorte de « nostalgie » de la démocratie directe qui se traduit dans une participation croissante de l'individu, et par la montée en puissance de « nouvelles formes de régulation[3] » d'origine non étatique et des entités privées qui en sont à l'origine.

1. R. Rhodes, "The New Governance: Governing without Government", *op. cit.*, p. 652.

2. Selon plusieurs auteurs, en effet, la gouvernance mettrait en lumière l'obsolescence de la dichotomie droit public – droit privé. F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.* ; D. Truchet, « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », *op. cit.*

3. Dans ce sens : F. X. Merrien, « De la gouvernance et des États-providence contemporains », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 155, 1998.

286 D'une part, nous avons constaté que le paradigme gouvernantaliste permet de saisir le glissement « de la pyramide au réseau[1] » de l'organisation étatique, dans un « monde multicentrique complexe, constitué d'acteurs variés et autonomes, […] assorti de structures, de processus et de principes décisionnels spécifiques[2] ». D'autre part, nous avons remarqué que la concertation et la négociation à la base des « processus d'élaboration collective[3] » qui caractérisent la gouvernance sont naturellement mêlées non seulement à la conception du réseau Internet mais aussi à son développement. L'association d'acteurs de nature diverse dans un contexte transparent, où leurs responsabilités sont clairement délinéées[4], devient donc une condition essentielle afin d'améliorer la qualité des processus décisionnels[5], tout en permettant de produire des solutions visant à réguler des secteurs spécifiques de façon efficace et légitime.

1. F. Ost et M. Kerchove, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit, op. cit.*

2. J. N. Rosenau, « Le nouvel ordre mondial : forces sous-jacentes et résultats », *op. cit.*, p. 25.

3. J. Chevallier, « La gouvernance, un nouveau paradigme étatique ? », *op. cit.*, 2003, p. 207.

4. Comme nous l'avons souligné, selon la Banque mondiale, la transparence et la responsabilité représentent des éléments essentiels de la « bonne gouvernance », dans le cadre d'un État de droit et d'une gestion équitable des ressources. World Bank, *Governance. The World Bank Perspective*, *op. cit.*

5. Dans ce sens : B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité Opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit.*

287 Aussi, comme nous l'avons élucidé au cours du second chapitre de cette première partie, l'environnement internautique est caractérisé par la coexistence d'une pluralité de « vecteurs normatifs », élaborés par un ensemble d'« acteurs » jouissant de différents rôles régulatoires[1]. L'environnement internautique peut donc être considéré comme un véritable cas de figure de coexistence de plusieurs idéaux types régulatoires de nature différente, ce qui rend nécessaire la mise en œuvre d'une gouvernance multi-parties prenantes, dans le but de stimuler la communication, la compatibilité et, par conséquent, l'« interopérabilité » des différents systèmes – soient-ils juridiques ou techniques – et de répartir les compétences régulatoires des acteurs impliqués selon une logique de subsidiarité.

1. Y. Poullet, *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?, op. cit.*

288 En effet, bien que l'État essaye de « diversifier[1] » ses capacités régulatoires, en encadrant et en assimilant les outils autorégulatoires et la régulation privée, on se doit de souligner que les systèmes juridiques nationaux sont obligés de composer avec des systèmes juridiques et techniques dont l'efficacité se déploie au niveau transnational. Notamment, la naissance et l'institutionnalisation de nouvelles entités, chargées de l'élaboration de standards et protocoles techniques, ainsi que de l'« administration » des ressources critiques internautiques, ont déterminé le développement d'un

véritable « système technicien[2] » dans le cadre duquel s'articule la *lex informatica*. Parallèlement, la superposition d'une architecture *control-to-control* à l'architecture distribuée et *end-to-end* de l'Internet a déterminé, d'une part, la corroboration de la souveraineté marchande des intermédiaires Internet, dont le pouvoir régulatoire est consacré dans la *lex electronica* et, d'autre part, l'assertion de la souveraineté nationale de façon « médiate », en imposant la régulation publique par le truchement des intermédiaires Internet.

1. D. Bourcier, "Is governance Merely a Form of Regulation? Balancing the Roles of the State and Civil Society", *op. cit.*, p. 3.

2. J. Ellul, *Le système technicien*, *op. cit.*

289 On se doit donc de souligner que la mise en œuvre d'une gouvernance « transparente et démocratique »[1] de l'Internet ne peut pas faire abstraction de l'implication des parties impliquées dans les différents « réseaux européens et internationaux, axés sur des objectifs spécifiques[2] ». En ce sens, la mise en œuvre de mécanismes gouvernantalistes ouverts, participatifs et « imputables », ou *accountable*, semble revêtir un rôle instrumental afin de pouvoir élaborer des instruments de régulation efficaces, cohérents et légitimes. Ainsi, au cours de la seconde partie de ce travail, nous tâcherons d'élucider l'évolution de la gouvernance du DNS ainsi que de la gouvernance mondiale de l'Internet, afin d'examiner les mécanismes qui donnent lieu à une « administration globale du DNS » et permettent d'établir des principes et « des règles et procédures visant à mettre en œuvre les politiques publiques » communs ou au moins compatibles au niveau international. En effet, comme nous le mettrons en exergue, de tels mécanismes revêtent un rôle fondamental afin d'éviter la fragmentation ou « balkanisation » de l'Internet et favoriser l'établissement de régimes internationaux en mesure de réguler les différentes dimensions de l'Internet.

1. SMSI, *Déclaration de principes, construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 48.

2. Commission des communautés européennes, *Gouvernance européenne. Un livre blanc*, *op. cit.*, p. 22.

La gouvernance mondiale de l'Internet

Partie **2**

290 Au cours de la première partie de ce travail, nous avons considéré la gouvernance multi-parties prenantes en tant que paradigme fondé sur la concertation, la consultation, la coopération et la coordination ayant lieu entre une diversité d'entités qui contribuent à la régulation de secteurs caractérisés par une structure polycentrique. Par la suite, l'analyse des différentes phases évolutives du réseau Internet nous a permis de mettre en exergue la structure polycentrique de l'écosystème internautique, ce qui détermine la nécessité d'impliquer les acteurs de l'écosystème Internet afin de pouvoir mettre en œuvre une gouvernance efficace, démocratique et transparente de l'Internet. Les différentes parties impliquées sont donc appelées à collaborer dans le cadre de mécanismes de gouvernance ouverte, afin de mettre en œuvre une *policy coordination* et d'élaborer des instruments régulatoires efficaces par le biais d'un processus participatif et démocratique.

291 Dans le premier chapitre de cette partie, nous analyserons le processus d'institutionnalisation de la gouvernance du DNS[1]. Cette analyse est essentielle afin d'appréhender le fonctionnement de l'administration globale des ressources critiques[2] de l'Internet qui donne lieu à un véritable « ordre juridique[3] » global de nature privée. Dans ce sens, nous arguerons que, bien que l'Internet ait été conçu comme un réseau essentiellement décentralisé, l'adoption du DNS a imposé une structure hiérarchique afin de coordonner la distribution des blocs d'adresses IP – dite « activité d'adressage » – et de réguler le marché des noms de domaine et leur attribution – dite « activité de nommage[4] ». Une telle analyse se révèle essentielle afin de comprendre comment l'interaction entre une pluralité de stakeholders peut être organisée afin de coordonner et, finalement, réguler un système essentiellement global.

1. On se doit de rappeler que le terme « nom de domaine » se réfère à toutes « chaînes de texte alphanumérique à droite d'un "*@*" dans une adresse e-mail, ou immédiatement après les deux barres obliques dans une adresse World Wide Web » comme, par exemple « lucabelli.net » dans l'adresse mail *lb@lucabelli.net* ou dans l'URL *www.lucabelli.net*. M. A. Froomkin, « Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process », *op. cit.* Comme nous l'avons souligné précédemment, les adresses IP sont associées à leurs correspondants sémantiques, les noms de domaine, par le biais du DNS, une application fondée sur un ensemble de fichiers interconnectés qui permettent d'associer une (ou plusieurs) adresse(s) IP à chaque nom de domaine. Pour cette raison, le DNS représente un véritable « annuaire » de l'Internet. Voir n^os^ 172 et s. Aussi : ICANN, *What ICANN Does and Doesn't Do*, 22 juin 2012, disponible sur *www.icann.org/en/about/welcome/what-icann-does-22jun12-en.pdf*
C'est donc en vertu de cette application que, lorsqu'un internaute insère un nom de domaine dans la barre de recherche de son navigateur Web – par exemple, Mozilla Firefox, Google Chrome, etc. – ce dernier consulte une série de bases de données qui lui permettent d'obtenir l'adresse IP correspondante au serveur qui héberge le contenu recherché.

2. Comme nous l'avons souligné précédemment, les adresses IP et les noms de domaine sont traditionnellement considérés comme des ressources « critiques », du fait de leur fonction incontournable permettant la communication entre les ordinateurs connectés et entre les différents réseaux qui composent l'Internet. En effet, c'est grâce à ces ressources que tout internaute peut atteindre les informations recherchées, en localisant l'ordinateur qui les héberge et en permettant la transmission des « paquets de données » qui les composent. Cependant, il est essentiel de noter que l'Internet pourrait fonctionner sans l'utilisation des noms de domaine, tandis qu'il ne pourrait pas fonctionner sans les adresses IP, puisque ces dernières s'occupent de garantir l'unicité de chaque ressource repérable sur Internet et de chaque machine connectée. L. A. Bygrave et J. Bing (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, *op. cit.*, p. 150. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: the Globalization of Internet Governance*, *op. cit.* ; M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.* ; J. P. Kesan et R. C. Shah, « Fool Us Once Shame on You – Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System », *Washington University Law Review*, vol. 79, n^o^ 1, 2001, disponible sur *http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=lawreview*

Aussi, à ce sujet Laura DeNardis souligne que « *[j]ust as basic functioning in the offline world requires scarce natural resources, such as water and energy, the Internet's basic functioning requires finite virtual resources. These CIRs are the unique binary and alphanumeric identifiers that comprise the Internet's system of naming and addressing, and the massive, distributed [DNS] that translates between the names that people use to access an online site and the binary addresses computers use to locate and route information to that site* ». L. DeNardis, "Internet Points of Control as Global Governance", *CIGI Internet Governance Papers*, n° 2, août 2013, p. 5, disponible sur *www.cigionline.org/sites/default/files/no2_3.pdf*

3. Comme nous l'avons souligné précédemment, le terme « ordre juridique » doit être considéré comme un « ensemble de normes » qui déterminent la nature et l'envergure des sanctions et l'entité qui la met en œuvre et les modalités d'exécution. N. Bobbio, *Teoria Dell'Ordinamento Giuridico*, *op. cit.*

4. Comme l'a souligné Bertrand du Marais, au niveau français le nommage est une activité de service public pour plusieurs raisons : en premier lieu, il remplit une mission d'intérêt général ; en deuxième lieu, il existe « une panoplie » d'instruments de contrôle de la part des pouvoirs public sur l'entité qui exerce les fonctions de registre, à savoir l'Association francaise pour le nommage Internet en cooperation (AFNIC) ; et, en troisième lieu, l'AFNIC exerce des prérogatives de puissance publique, puisqu'elle se trouve en situation de monopole et peut refuser l'enregistrement ou le renouvellement de noms de domaine ou supprimer ceux-ci. Le nommage doit donc être considéré comme le véritable « archétype du "téléservice public" puisque l'ensemble des opérations nécessaires à l'attribution d'un nom de domaine est dématérialisé et porte sur un objet totalement numérique : l'adresse IP ». B. Marais, « Le service public du nommage, consécration et limites », *RF adm. publ.*, n° 146, févr. 2013, p. 301 et 303.
Dans ce sens, le Conseil d'État a qualifié explicitement le nommage d'« activité de service public ». CE, *Monsieur Mathieu A*, 10 juin 2013, n^{os} 337320 et 327375.

292 Dans un premier temps, nous analyserons le processus qui a donné lieu à la création de l'ICANN dans le but de consacrer la « gestion » privée du DNS[1]. Comme nous le mettrons en exergue, l'élaboration des *policies* de l'ICANN se caractérise par une « démarche consensuelle ascendante[2] », dans le cadre de laquelle une pluralité de parties prenantes – organisées en groupes d'intérêt – participent à l'élaboration de textes qui sont recommandés au « directoire[3] », unique organe exécutif en mesure de les adopter. Un tel processus donne donc lieu à une organisation hybride dont le fonctionnement reproduit des éléments typiques de l'*Administrative Procedure Act* étasunien, du processus de standardisation de l'IETF et d'une *corporation* étasunienne. Toutefois, bien que l'élaboration d'un véritable système juridique privé de la part de l'ICANN confère à cette entité une allure de régulateur global, sa nature privée fait en sorte que cette organisation ne soit pas assujettie aux *checks and balances* qui encadrent l'activité administrative. Cette carence, comme nous le mettrons en exergue, génère un important déficit d'imputabilité qui, jusqu'à présent, demeure insurmontable.

1. NTIA, "Principles for a New System", *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

2. ICANN, « Qu'est-ce que l'ICANN ? », disponible sur *http://archive.icann.org/tr/french.html*

3. Bien que les règlements de l'ICANN traduisent le terme anglais « *Board of directors* » par le biais de l'expression « conseil d'administration », on se doit de souligner que le terme « directoire » est plus approprié. Dans ce sens : ARCEP, « Les territoires du numérique – Digital Landscapes », *Les actes de l'ARCEP*, nov. 2012, p. 83.

293 Dans le second chapitre de cette partie, nous élargirons notre analyse en mettant en lumière la nécessité d'une approche multi-parties prenantes afin de saisir la complexité de l'écosystème internautique tout en prenant en considération les potentiels effets externes déterminés par les différentes formes de régulation intéressant l'Internet. Nous examinerons donc le statut de gouvernance mondiale de l'Internet suite au SMSI, notamment en ce qui concerne l'établissement du FGI ainsi que la promotion d'un

processus de coopération renforcée au niveau international. Toutefois, nous soulignerons que ces processus ne semblent pas être totalement exploités et nous arguerons la possibilité de revigorer le FGI en utilisant des coalitions dynamiques dans le but d'élaborer des modèles régulatoires pouvant être adoptés – ou pouvant inspirer – par des législateurs ou des régulateurs sur une base volontaire. Dans ce sens, nous soulignerons que l'actuel mandat et l'actuelle configuration organisationnelle du FGI permettent de mettre en œuvre une telle modélisation régulatoire.

CHaPitre 1

L'administration du système de noms de domaine

« We are on the verge of a revolution that is just as profound as the change in the economy that came with the industrial revolution. Soon electronic networks will allow people to transcend the barriers of time and distance and take advantage of global markets and business opportunities not even imaginable today, opening up a new world of economic possibility and progress. »

B. Clinton et A. Gore,
A Framework for Global Electronic Commerce, 1997.

294 Comme nous l'avons évoqué dans la première partie, l'administration des ressources critiques de l'Internet donne lieu à une véritable structure administrative cyberterritoriale ayant une dimension mondiale. Toutefois, on se doit de souligner que « les notions de gouvernance de l'Internet et de gouvernance du DNS ont […] longtemps été confondues[1] » et bien que la gouvernance des ressources critiques de l'Internet revête une place essentielle, elle représente seulement une composante de la gouvernance de l'Internet. En effet, comme le soulignent Mueller, Mathiason et Klein, la gouvernance de l'Internet peut être considérée comme une « prise de decisions collective de la part des propriétaires, des opérateurs, des développeurs et des usagers de réseaux connectés par le protocole Internet, afin d'établir des politiques, des règles et des mécanismes de résolution des différends concernant les standards techniques, l'allocation de ressources et/ou les comportements des individus impliqués dans des activités d'*Internetworking* global[2] ».

1. B. Benhamou, « Organiser l'architecture de l'Internet », *op. cit.*, p. 160.

2. Traduction libre de « *collective decision making by owners, operators, developers, and users of the networks connected by Internet protocols to establish policies, rules, and dispute resolution procedures about technical standards, resource allocations, and/or the conduct of people engaged in global Internetworking activities* ». M. L. Mueller, J. Mathiason et H. Klein, "The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime", *op. cit.*, p. 245.

295 Au cours de ce chapitre, nous analyserons le mécanisme de gouvernance du DNS en mettant en exergue le rôle pivot de l'ICANN aussi bien dans l'administration globale des ressources critiques que dans l'institutionnalisation de l'approche multi-parties prenantes de la gouvernance de l'Internet.

SeCtiON PrÉLiMiNaire

Les fondements d'une structure cyberterritoriale

296 Dans le souci de pouvoir comprendre le rôle de l'ICANN dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, nous allons décrire, à titre liminaire, la cartographie cyberterritoriale du réseau ainsi que les fonctions techniques qui permettent l'administration du fichier racine.

SOUS-SeCtiON 1

La cartographie cyberterritoriale de l'Internet

297 Comme nous l'avons souligné, chaque appareil qui se connecte à Internet reçoit une adresse IP de son fournisseur d'accès puisque l'utilisation de ces éléments identifiants uniques permet de localiser avec précision toute « machine » connectée et, par conséquent, de lui adresser – et d'échanger – correctement des paquets de données. L'utilisation du DNS, quant à elle, permet d'associer un nom de domaine[1] globalement unique – qui est attribué à un seul titulaire – à une ou plusieurs[2] adresse(s) IP[3].

1. On se doit de rappeler que tout titulaire de nom de domaine ne jouit pas d'un droit de propriété sur cet identifiant alphanumérique, mais d'un simple droit d'usage. Dans ce sens, l'article 2.7 de la charte de nommage de l'AFNIC statue que « [l]e titulaire dispose du nom de domaine qu'il a enregistré pendant toute sa durée de validité dans le respect des termes de la charte de nommage […]. Le présent article ne fait pas obstacle à ce qu'en cas de méconnaissance des termes de la charte de nommage, le titulaire du nom de domaine se voit privé de son nom de domaine dans le respect des dispositions légales et constitutionnelles et dans les conditions prévues par la présente charte de nommage ». AFNIC, *Charte de nommage de l'Association française de nommage Internet en coopération. Règles d'enregistrement des extensions françaises*, 15 mars 2013, disponible sur *www.afnic.fr/medias/documents/Cadre_legal/charte-de-nommage_03-2013.pdf*

2. Un nom de domaine peut être associé à plusieurs adresses IP simultanément pour des raisons techniques. Par exemple, afin de décongestionner un site Web très visité, le contenu pourrait être hébergé sur plusieurs serveurs, chacun ayant une adresse IP différente, mais associée à un seul nom de domaine. M. A. Froomkin, « Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution », *op. cit.*, p. 41.

3. P. Mockapetris, *Noms de domaines – Concepts et éléments de base, RFC 1034*, nov. 1987, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/pdf/rfc1034.pdf*

298 Afin de pouvoir appréhender l'importance du DNS et les implications déterminées par sa gouvernance, il est donc essentiel de clarifier, à titre

liminaire, la structure des noms de domaine. Tout nom de domaine est composé de plusieurs « parties » qui permettent de le catégoriser aisément. La partie la plus à droite (comme « .fr » dans *www.u-paris2.fr*) est le domaine de premier niveau[1] ou *top-level domain* (TLD), tandis que la partie qui précède le TLD (comme « u-paris2 » dans l'exemple précédent) – séparée de ce dernier par le biais d'un point – est définie comme domaine de second niveau[2] ou *second-level domain*. Toute autre partie qui précède le domaine de deuxième niveau, en étant séparée de celui-ci par un point, est définie comme domaine de troisième niveau. Nous pouvons donc arguer qu'en vertu de l'utilisation du DNS, l'Internet a acquis une « structure arborescente[3] » dans le cadre de laquelle les noms de troisième niveau convergent vers les noms de deuxième niveau qui, ensuite, se réunissent dans les extensions de premier niveau, délinéant la « cartographie thématique et fonctionnelle[4] » du réseau. Dans ce sens, les noms de domaine de premier niveau peuvent être considérés comme de véritables « cyberterritoires » globalement joignables, tandis que les domaines de deuxième niveau représentent des « parcelles » de ces territoires numériques – ou des « fiefs », si l'on utilise la métaphore médiévale précédemment évoquée[5] – et, ainsi de suite, les domaines de troisième niveau représentent des subdivisions ultérieures.

1. Le nom de domaine de premier niveau peut aussi être nommé « suffixe » ou « extension ». O. Garlin-Ferrard, « L'élaboration de la nature et du régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la marque » *Dossiers propriété intellectuelle*, nº 3, 2002, p. 8, disponible sur *www.legalbiznext.com/droit/IMG/pdf/nomsdedomaine.pdf*

2. Le nom de domaine de deuxième niveau peut aussi être nommé « radical ». *Ibid*.

3. Dans ce sens : P. Mockapetris, *Noms de domaines – Concepts et éléments de base, RFC 1034, op. cit.* ; ICANN, *Top-Level Domains (gTLDs)*, disponible sur *http://archive.icann.org/en/tlds/*

4. B. Benhamou, « Organiser l'architecture de l'Internet », *op. cit.*, p. 160.

5. Voir nos 226 et s.

299 Aussi, on se doit de souligner qu'il existe deux différentes typologies de noms de domaine de premier niveau : les noms de domaine dits « génériques » ou *generic Top-Level Domains* (gTLDs) et les noms de domaines « nationaux[1] » ou *country code Top Level Domain* (ccTLDs). Cette catégorisation est particulièrement importante puisque chaque partie sémantique qui est comprise entre deux points (comme « u-paris2 » dans l'exemple précèdent) représente une sorte de subdivision cyberterritoriale du TLD. Dans ce sens, il est évident que si les ccTLDs peuvent être considérés comme des « extensions du territoire national[2] », d'autre part les gTLDs représentent des cyberterritoires globaux directement régulés par l'ICANN. Ainsi, tout comme l'administration territoriale étatique définit l'organisation institutionnelle et administrative du territoire national, l'organisation des différentes bases de données qui permettent la communication entre les différents réseaux qui composent les « territoires numériques » représente une véritable administration cyberterritoriale distribuée[3].

1. Les noms de domaine nationaux de premier niveau ont été créés en utilisant la table ISO 3166-1, élaborée par l'ISO. Toutefois, force est de souligner que la table fut créée afin de standardiser les codes afférents à toutes les

entités géographiques existantes. Ainsi, il est possible de trouver des entités géographiques non nationales parmi les domaines nationaux, telles que Saint-Pierre-et-Miquelon (« .pm »), l'île de La Réunion (« .re »), les Terres australes et antarctiques françaises (« .tf ») ou l'Union européenne (« .eu ») ou, encore, l'Union soviétique (« . su »). Voir : *ISO 3166-1 : 1997, Codes for the Representation of Names of Countries and Their Subdivisions*, Part I : « Country Codes ». La liste de code à deux lettres utilisée par l'IANA est tenue à jour par l'agence de maintenance 3166 de l'ISO. Ainsi, « la seule façon d'inscrire un nouveau nom de pays dans la liste ISO 3166 est de le faire enregistrer dans le Bulletin terminologique des Nations unies intitulé « Noms de pays » ou dans le Code statistique normalisé des pays et zones de la Division de statistiques des Nations unies ». Cons. Europe, *La gouvernance de l'Internet et ses ressources critiques*, Rapport préparé par le secrétariat du Conseil de l'Europe, avr. 2009, p. 19.

2. Le site Web de l'ICANN souligne explicitement que les « politiques des ccTLD concernant l'enregistrement, l'accréditation des bureaux d'enregistrement et la base de données Whois sont gérées conformément aux mécanismes pertinents de supervision et de gouvernance du pays concerné » et que bien que « l'ICANN travaille en coopération avec les opérateurs ccTLD pour résoudre des problèmes techniques d'intérêt commun afin d'assurer la sécurité, la stabilité et le fonctionnement d'Internet [l]e département de conformité de l'ICANN ne joue aucun rôle dans ces domaines ». ICANN, *À propos de la conformité des ccTLD*, disponible sur *www.icann.org/fr/resources/compliance/cctld* Par exemple, le cadre réglementaire concernant le ccTLD « .fr » et les autres extensions correspondantes au territoire national français est défini par : le Code des postes et communications électroniques ; la charte de nommage du « .fr », délinéée par l'AFNIC, ainsi que la politique de publication et d'accès à l'information sur les enregistrements en « .fr » et la politique de gestion des litiges pour les domaines de premier niveau gérés par l'AFNIC ; et, enfin, le règlement du système de résolution des différends, approuvé par arrêté ministériel le 21 octobre 2011, entré en vigueur le 21 novembre 2011.

3. Dans ce sens : B. Carotti, "ICANN and Global Administrative Law", contribution au "Viterbo Second Global Administrative Law Seminar", 9-10 juin 2006, p. 6 ; B. Carotti et L. Casini, "A Hybrid Public-Private Regime: The Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) and the Governance of the Internet", *in* S. Cassese *et al*. (ss. la dir.), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, 2008, p. 56.

300 Comme nous le mettrons en lumière, le DNS organise les bases de données susmentionnées – ainsi que les entités qui s'occupent de leur gestion – par le biais d'une structure pyramidale, tout en standardisant les procédures à suivre dans le but d'accéder aux données recherchées[1]. Au sommet du DNS se trouve le « fichier racine[2] » ou *root zone file*, c'est-à-dire la base de données qui représente le niveau plus élevé de la hiérarchie des noms de domaine. L'administration de cette racine est attribuée à l'ICANN. Sa mise à jour matérielle – c'est-à-dire l'addition, l'effacement ou l'amendement des données concernant les TLDs dans le fichier racine même – est, quant à elle, confiée à la société Verisign qui accomplit cette tâche par le biais du serveur racine A, dont la base de données est recopiée continuellement par d'autres serveurs racine afin de faciliter l'accès au fichier racine au niveau global. Ainsi, en raison de sa fonction concernant l'administration du fichier racine, l'ICANN se trouve au sommet d'une structure hiérarchique dans laquelle nous pouvons inclure les registres de noms de domaine de premier niveau – c'est-à-dire les entités auxquelles l'ICANN délègue l'administration des bases de données afférentes aux noms de domaine nationaux et génériques de premier niveau, tel que « .org », « .eu », « .fr », etc. – qui forment le second échelon de la pyramide, et, ensuite, les bureaux d'enregistrement qui s'occupent d'enregistrer les noms de deuxième niveau dans leurs bases de données. Les bureaux représentent donc le troisième échelon de la pyramide et leur activité d'enregistrement permet d'organiser une sorte de cadastre des « territoires internautiques ». Aussi, en raison de son rôle concernant la distribution des blocs d'adresses IP, l'ICANN entretient des relations étroites avec les registres Internet régionaux, qui distribuent les adresses IP aux FAI opérant dans leurs

régions respectives, tout en mettant en œuvre un mécanisme de gouvernance privée qui échappe aussi bien au contrôle gouvernemental et aux impératifs du marché[3].

1. Dans ce sens, la *RFC 1034* affirme que « [l]e système de domaines définit des procédures pour accéder aux données ou pour faire référence à d'autres serveurs de noms. Le système de domaines définit aussi des procédures pour stocker les données récupérées et pour rafraîchir périodiquement les données selon les vœux de l'administrateur système. L'administrateur renseigne :
– la définition des limites de zones ;
– les fichiers principaux de données ;
– la remise à jour des fichiers de données ;
– les spécifications de cette remise à jour .
Le système de domaines fournit :
– des formats standards pour les ressources ;
– des méthodes standard d'accès à la base de données ;
– des méthodes standard à l'attention des serveurs de noms pour rafraîchir les données à partir de serveurs de noms distants ».
P. Mockapetris, *Noms de domaines – Concepts et éléments de base*, *RFC 1034*, *op. cit.*, sect. 2.3.

2. Comme le souligne la *RFC 1034*, « [a]u début, la transcription de noms d'hôtes [c'est-à-dire les noms des ordinateurs connectés à Internet] en adresses Internet s'appuyait sur une table de correspondance maintenue par le *Network Information Center* (NIC) sous forme d'un unique fichier (hosts.txt) lequel était transmis [à] tous les hôtes [*RFC-952*, *RFC-953*] ». *Ibid.*, sect. 2.1.
Par la suite cette méthodologie a été remplacée par systématisation arborescente des différentes bases de données – c'est-à-dire le DNS – permettant la transcription des noms d'hôte en adresses IP. À la base de ce système nous trouvons le fichier racine. Comme le souligne le *Committee on Internet Navigation and the DNS*, *Technical Alternatives and Policy Implications* du *National Research Council* étasunien, le fichier racine est la base de données qui définit la structure du DNS. En effet, *« [f]or all practical purposes, a top level domain (and, therefore, all of its lower-level domains) is in the DNS if and only if it is listed in the root zone file. Therefore, presence in the root determines which DNS domains are available on the Internet.* » National Research Council, *Signposts in Cyberspace: The Domain Name System and Internet Navigation*, National Academy Press, Washington, DC, 2005, p. 97.
Dans ce sens, Michael Froomkin a mis en exergue que le fichier racine est « *the authoritative list of top-level domain names. For each name it gives the Internet address of the computer that has the authoritative list of who has registered domain names in that top-level domain (TLD) »*. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 44.

3. L. DeNardis, "Internet Points of Control as Global Governance", *op. cit.*, p. 7.

301 Ainsi, comme Michael Froomkin l'a souligné[1], le DNS donne naissance à deux types de structures hiérarchiques[2] entremêlées dans une unique structure techno-administrative. D'une part, force est de remarquer que le processus de « résolution » – c'est-à-dire l'association de tout nom de domaine ou « adresse réticulaire[3] » à l'adresse (ou aux adresses) IP correspondante(s)[4] – est encadré de façon hiérarchique. En effet, toutes les bases de données nécessaires afin de mettre en œuvre ce processus sont insérées dans une structure arborescente, parcourue de bas en haut chaque fois qu'un internaute souhaite repérer l'adresse IP lui permettant d'accéder à un nom de domaine spécifique. D'autre part, les entités qui s'occupent de l'activité de nommage et qui administrent les susdites bases de données – c'est-à-dire les bureaux d'enregistrement et les registres de noms de domaine de premier niveau – sont encadrées, elles aussi, par une structure hiérarchique, organisée par le biais de contrats, au sommet de laquelle se situe l'ICANN.

1. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 39.

2. Dans ce sens, John Klensin a souligné que le DNS peut être considéré comme une structure « profondément hiérarchique ». J. Klensin, *The Role of the Domain Name System*, nov. 2000, cité par M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 79.

3. Une « adresse réticulaire », dite aussi « adresse universelle » ou « *Uniform Resource Locator* » (URL) est la « dénomination unique à caractère universel qui permet de localiser une ressource, un document sur l'internet, et qui indique la méthode pour y accéder, le nom du serveur et le chemin à l'intérieur du serveur ». Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet, *JO*,16 mars 1999, 1. Termes et définitions, disponible sur *www.culture.gouv.fr/culture/dglf/cogeter/16-03-99-internet.html*

4. Voir nº 302.

302 Notamment, on se doit de remarquer que le processus de « résolution » est à la base du fonctionnement du DNS puisqu'il permet à tout internaute de repérer les coordonnées internautiques nécessaires à la localisation des informations et, par conséquent, à l'échange de données. Ainsi, pour qu'un nom de domaine puisse être « résolu » dans l'adresse IP correspondante, le DNS exploite un ensemble de bases de données qui sont globalement distribuées et organisées de façon hiérarchique. Dans ce sens, lorsqu'un usager entame un processus de résolution, afin de pouvoir transmettre ou recevoir des données, son système d'exploitation interroge, en premier lieu, la mémoire cache[1] de l'ordinateur. Ensuite, il consulte son serveur local ou résolveur – c'est-à-dire le serveur de son FAI[2] – qui peut disposer des données nécessaires à la résolution du nom de domaine souhaité ou, s'il ne dispose pas de ces informations, peut retransmettre[3] la requête à un serveur hiérarchiquement supérieur afin de repérer les informations nécessaires, tout en parcourant à rebours la hiérarchie des bases de données du DNS. Ainsi, comme le souligne la *RFC 1034*, le DNS peut être considéré comme un arbre de tableaux associatifs dans lequel « chaque nœud et feuille […] correspond à un ensemble de ressources[4] ». Lorsque les serveurs retransmettent la requête de résolution, l'arbre de tableaux associatifs est donc parcouru jusqu'à la racine, c'est-à-dire l'un des treize serveurs racine[5] qui, en dernier ressort, pourront répondre à la requête en consultant le fichier racine.

1. La « mémoire cache ou antémémoire est, en informatique, une mémoire qui enregistre temporairement des copies de données provenant d'une autre source de données, afin de diminuer le temps d'accès [de la part d'un dispositif] à ces données ». La mémoire cache dispose donc des données nécessaires à la résolution des noms de domaines récemment consultés par un usager et pour cette raison elle est susceptible de fournir les données nécessaires plus rapidement. Wikipédia, *Mémoire cache*, disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9moire_cache*

2. On se doit de remarquer que les FAI ont la possibilité d'utiliser leurs propres « résolveurs DNS » et que ces résolveurs sont susceptibles d'être utilisés afin d'orienter les recherches des internautes vers des contenus commerciaux spécifiques. Dans ce sens, Stéphane Bortzmeyer souligne très clairement qu'il « est donc tentant pour [les FAI] de violer la neutralité du réseau et d'utiliser ces résolveurs pour rabattre du trafic vers ses serveurs, par exemple pour y installer de la publicité. (Certains FAI prétendent mettre en place des DNS menteurs pour "le bien des clients" alors qu'en réalité, ils sont poussés par des intermédiaires qui leur proposent de "monétiser" l'audience du site Web ainsi pointé, comme l'a bien expliqué le directeur technique de *Free*). C'est le rôle du résolveur DNS menteur, qui est typiquement chargé, lorsqu'il reçoit un code NXDOMAIN (*No Such Domain*, ce nom n'existe pas) de le remplacer par le code NOERROR et d'ajouter une adresse IP où écoute un serveur HTTP qui sert de la publicité ». S. Bortzmeyer, *Le déploiement des résolveurs DNS menteurs*, 16 juill. 2009, disponible sur *www.bortzmeyer.org/dns-menteur.html*

3. Lorsque les ordinateurs hôtes doivent résoudre un nom, « ils s'adressent à un ou plusieurs serveurs de noms dits récursifs, c'est-à-dire qui vont parcourir la hiérarchie DNS et faire suivre la requête à un ou plusieurs autres serveurs de noms pour fournir une réponse. Les fournisseurs d'accès à Internet mettent à disposition de leurs clients ces serveurs récursifs ». Wikipédia, *Domain Name System*, disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System*

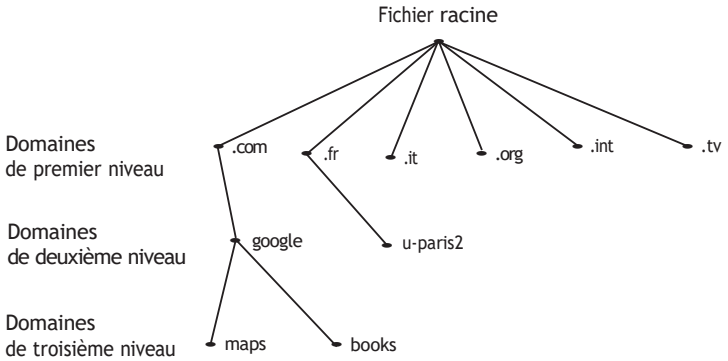
4. P. Mockapetris, *Noms de domaines – Concepts et éléments de base*, *RFC 1034*, *op. cit.*, sect. 3.1.

5. Les treize serveurs racine sont gérés par un ensemble d'entités publiques et privées : dix serveurs racine sont situés sur le territoire étasunien, tandis que les trois autres sont situés à Londres, à Stockholm et à Tokyo. Aussi, plusieurs serveurs racine sont constitués d'un grand nombre d'« agrégats » ou « clusters » d'ordinateurs. En effet, ces serveurs racine utilisent la technique d'adressage et de routage dénommée « *Anycast* ». Cette technique permet de rediriger les données vers le serveur le « plus proche » ou le « plus efficace », en mettant en œuvre « une association "d'une

à plusieurs" entre les adresses réseau et les points d'arrivées finaux : chaque adresse de destination identifie un ensemble de récepteurs finaux, mais un seul d'entre eux est choisi pour recevoir l'information à un moment donné pour un émetteur donné ». Wikipédia, *Anycast*, disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Anycast*
Aussi, dans ce sens : M. A. Froomkin, "Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process", *op. cit.*, p. 216.

303 Ainsi, en vertu de sa position apicale dans le cadre de la hiérarchie du DNS, le fichier racine revêt une fonction critique pour que toute communication puisse avoir lieu à travers le réseau Internet. En effet, le fichier racine consacre le répertoire unique des serveurs agrémentés[1] qui détiennent les bases de données officielles qui incluent chaque nom de domaine enregistré dans chaque TLD : ce fichier « définit donc les noms de domaine qui sont visibles par la plupart des internautes ainsi que les registres qui peuvent contrôler l'activité d'enregistrement dans chaque nom de domaine[2] ».

Réprésentation schématique du DNS



1. L'IANA considère comme « serveurs DNS autorisés » seulement les serveurs désignés « *to answer authoritatively for the designated zone, and is being requested to be listed in the delegation. It is recorded by its fully-qualified domain name, potentially along with its IP addresses* ». IANA, *Technical requirements for authoritative name servers*, § 1.2, disponible sur *www.iana.org/procedures/nameserver-requirements.html*
Force est de souligner qu'il n'y a pas de limites techniques à l'expansion du DNS et que certaines entreprises, telles que *name.space*, et certains opérateurs non commerciaux, tels que OpenNIC, gèrent des TLDs et des véritables « serveurs racine alternatifs », qui ne sont pas reconnus par l'ICANN. ICANNwiki, *Alternative Root Servers*, disponible sur *http://icannwiki.com/index.php/Alternative_Root_Server#cite_note-link1-0*
Dans ce sens, l'ICANN a remarqué son engagement envers une « *single, authoritative public root for the Internet Domain Name System* » tout en soulignant que la « *coordination of the assignment function by a single authority is necessary where unique parameter values are technically required [and] because of the uniqueness requirement, the content and operation of the DNS root must be coordinated by a central entity* ».
Aussi l'ICANN justifie l'exclusion des racines alternatives en affirmant que les « *alternate roots have not been launched through any ICANN consensus processes, so they have not been entered into the authoritative root managed by the IANA or ICANN* ». ICANN, *ICP-3 : A Unique, Authoritative Root for the DNS*, 9 juill. 2001, disponible sur *www.icann.org/en/about/unique-authoritative-root*
Les serveurs racine alternatifs fonctionnent donc indépendamment de l'ICANN et fournissent des bases de données « non agrémentées » qui permettent la résolution entre les noms de domaine alternatifs et des adresses IP. En raison de la non-reconnaissance des TLDs alternatifs de la part de l'ICANN, ces extensions ne sont pas inclues dans les informations officielles – publiées par l'IANA – au sujet des serveurs racine. *Ergo*, il peut se révéler particulièrement difficile d'avoir accès à des TLDs alternatifs car les données qui les concernent ne sont pas inclues dans les bases de données exploitées par une pluralité de serveurs racine. Ainsi, comme Milton Mueller l'a souligné, l'utilisation de racines alternatives représente une « externalité de réseau » puisque demande la mise en place de systèmes et procédures en mesure de permettre la « conversion » d'une racine à l'autre. Pour cette raison, l'IAB a explicitement affirmé la nécessité d'une racine unique afin de garantir la non-ambiguïté des adresses sémantiques. IAB, *IAB Technical*

Comment on the Unique DNS Root, RFC 2826, mai 2000, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2826* ; M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, op. cit.*, p. 52.

2. M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 9, 2010, p. 203.

304 Enfin, on se doit de souligner que l'utilisation du DNS introduit un élément de rareté dans l'environnement internautique, par le biais de l'attribution d'une dénomination unique à chaque « parcelle » de cyberespace qui serait, autrement, caractérisée par l'anonymat typique des adresses numériques. Par le biais du nommage, les ressources internautiques augmentent donc considérablement le degré de leur exclusivité et de leur rivalité, puisqu'elles acquièrent une dénomination unique au niveau mondial. Ainsi, d'une part, chaque nom de domaine peut être considéré comme une sorte de « bien immobilier[1] » internautique dont les coordonnées « géographiques » ne peuvent pas se repérer dans la latitude et dans la longitude mais dans les adresses IP qui permettent à tout internaute de localiser les serveurs hébergeant une ressource donnée et de communiquer avec ceci. D'autre part, on se doit de remarquer que l'unicité[2] des noms de domaines confère à ces derniers une fonction pouvant être considérée comme analogue à celle des marques. Toutefois une telle assimilation serait erronée puisque comme le soulignent Jeremy Phillips et Ilanah Simon, les marques sont des « signes distinctifs » qui permettent d'identifier une entreprise ou des produits ou encore des services parmi d'autres, tandis que les noms de domaine sont des « signes qui déguisent » ou *disguising signs*[3]. En effet, les noms de domaine ne se fondent pas nécessairement sur un lien avec un produit ou service donné puisque, bien au contraire, ils peuvent être utilisés dans le but d'exploiter la notoriété d'une marque ou d'un type de produit ou service pour attirer l'attention des internautes vers un produit ou service concurrent ou différent[4].

1. M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 6 et 257.

2. IAB, *IAB Technical Comment on the Unique DNS Root, RFC 2826, op. cit.* ; ICANN, *ICP-3: A Unique, Authoritative Root for the DNS, op. cit*.

3. J. Phillips et I. Simon, *Trade Mark Use*, Oxford University Press, 2005, p. 264-265.

4. Une telle possibilité a déterminé l'établissement d'un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine ou *Uniform dispute resolution policy* (UDRP). Voir n[os] 401 et s.

305 On se doit donc de remarquer que l'entité qui exerce une autorité effective sur le fichier racine – pouvant donc modifier son contenu – est susceptible de jouir d'un pouvoir économique et politique particulièrement étendu, car elle a la capacité d'élargir les coordonnées « cybergéographiques » du réseau Internet, ainsi que de définir les conditions d'un tel élargissement au niveau global. L'autorité sur la racine du DNS confère donc le pouvoir d'imposer une véritable régulation cyberterritoriale qui ne se limite pas à la coordination technique et à l'affectation de blocs de numéros IP. En effet, comme nous le montrerons au fil de ce chapitre, l'entité jouissant de l'autorité sur le fichier racine est en mesure d'imposer les règles

concernant l'enregistrement et l'attribution des noms de domaine, ainsi que la résolution d'éventuels différends. La définition de ces éléments est une activité de type essentiellement régulatoire, mise en place par le truchement des instruments contractuels en vertu desquels l'ICANN reconnaît et octroie des « licences d'usage[1] » aux registres et accrédite les bureaux d'enregistrement[2] à condition qu'ils respectent sa régulation privée.

1. Dans ce sens : B. Marais, « Le service public du nommage, consécration et limites », *op. cit.*, p. 304.

2. Dans ce sens : J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 32.

SOUS-SECTION **2**

L'administration du fichier racine

306 Comme nous l'avons remarqué précédemment[1], l'ICANN est l'entité formellement responsable de la « coordination technique[2] » du DNS. Notamment, depuis son institution, l'ICANN est le délégataire du contrat public ou *procurement contract* qui lui confère la responsabilité concernant les fonctions de l'IANA, dites aussi IANA *functions*[3]. Ces attributions sont dénommées « fonctions IANA » car elles ont été exercées par l'IANA dès 1989. En effet, comme nous l'avons mis en exergue dans la première partie de ce travail[4], le département de la Défense étasunien avait convaincu Jonathan Postel d'« institutionnaliser la gestion du DNS […] en concluant un accord contractuel[5] » avec la DARPA. Cet accord a institué[6] l'IANA qui est alors devenue le « responsable de la gestion de la racine du DNS, ainsi que de la coordination au niveau mondial de l'espace d'adressage IP[7] ». Notamment, les IANA *functions* équivalent à une série de fonctions administratives parmi lesquelles se trouve la gestion de toute demande de modification des informations contenues dans le fichier racine. Ainsi, la fonction administrative exercée par l'IANA permet l'authentification des modifications du fichier racine dans le but d'assurer la sécurité et la stabilité de la « zone racine[8] ». Les attributions de l'IANA peuvent donc être comparées à des fonctions notariales[9] car elles sont nécessaires afin d'officialiser la création, la modification ou l'extinction du lien subsistant entre un domaine de premier niveau et l'adresse IP – ou les adresses IP – du serveur où se trouve le registre correspondant.

1. Voir n[os] 244 et s.

2. Dans ce sens : NTIA, *Statement of Policy on theManagement of Internet Names and Addresses*, 5 juin 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/statement-policy-management-internet-names-and-addresses* ; ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 21 nov. 1998, § 3, disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/articles*

3. DoC et ICANN, *IANA Contract*, § C.2.2.1.1, C.2.2.1.2, C.2.2.1.3, disponible sur *www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/ianacontract_081406.pdf*

4. Voir n[os] 238 et s.

5. W. Kleinwächter, "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *Loyola of Los Angeles aw Review*, vol. 36, 2003, p. 1108.

6. Bien que, déjà en décembre 1988, la *RFC 1083* mentionnât l'existence de l'IANA, son institution fut officialisée par le contrat IANA. IAB, *IAB Official Protocol Standards*, *RFC 1083*, *op. cit.*, p. 1 ; DoC et ICANN, *IANA Contract*, *op. cit.* Aussi, on se doit de rappeler qu'au sens de la *RFC 1951*, qui définit le fonctionnement et l'organisation du DNS, l'IANA jouit de la responsabilité de la « coordination générale et de la gestion du système de noms de domaine (DNS) et, en particulier, de la délégation des portions de l'espace de nommage appelée domaines de premier niveau ». J. Postel, *Domain Name System Structure and Delegation*, *RFC 1591*, *op. cit.*, § 3.
Enfin, force est de remarquer que l'IANA n'avait pas de personnalité juridique et demeurait une unité administrative de l'*Information Science Institute*.

7. L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, *op. cit.*, p. 15.

8. W. Kleinwächter, "De-Mystification of the Internet-Root: Do we need Governmental Oversight?", *in* W. J. Drake, *Reforming Internet Governance*, UNICTTF Series, nº 12, New York, 2005, p. 211.

9. La fonction d'authentification de l'IANA, lors de l'introduction et de la délégation de nouveaux domaines de premier niveau, peut donc être comparée à celle du « greffier de mairie » qui, lorsqu'une procédure de mariage est entamée, procède à l'authentification des documents fournis. L'authentification du lien subsistant entre une adresse IP et un nom de domaine, peut être donc assimilée à l'authentification du lien marital. Je remercie Anton Battesti pour m'avoir fait part de cette analogie, lors d'un échange d'opinions au sujet de l'architecture de l'ICANN.

307 Par la suite, lors de l'incorporation de l'IANA au sein de l'ICANN, en 1998, la NTIA[1] (NTIA) a délégué à l'ICANN la gestion des IANA *functions*, par le truchement du contrat IANA[2]. Notamment, au sens de cet accord contractuel, l'ICANN est devenue le délégataire de la coordination des fonctions IANA en ce qui concerne :

1) l'affectation des paramètres des protocoles techniques. « Cette fonction comprend l'examen et l'attribution de valeurs uniques correspondant à différents paramètres (par exemple, les numéros de protocole, les numéros de port, les identificateurs d'objets, etc.) utilisées dans divers protocoles Internet[3] » ;

2) l'exécution des fonctions administratives liées à la gestion du fichier racine. « Cela comprend la réception et la mise en œuvre des demandes périodiques de mises à jour des informations concernant les serveurs de noms de domaine national de premier niveau (ccTLD) et leurs contacts (y compris les contacts techniques et administratifs). Cette fonction comprend également la réception des demandes de délégation et de redélégation, le déroulement d'enquêtes sur les circonstances pertinentes à ces demandes, et l'élaboration des recommandations et des rapports concernant les actions entreprises dans le cadre du traitement de ces demandes[4] » ;

3) l'affectation des ressources de numérotation Internet. Cette fonction comprend la responsabilité concernant la délégation des blocs d'adresses IP et des « numéros de systèmes autonomes[5] » aux cinq registres Internet régionaux afin qu'ils les répartissent dans leur « région géographique », en les attribuant aux « registres Internet locaux » – c'est-à-dire aux FAI, aux entreprises, etc. – qui les assignent, par la suite, aux utilisateurs finaux[6].

1. La NTIA est une « *agency* » rattachée au DoC. Au sujet des *agencies*, voir nºs 105 et s.

2. DoC et ICANN, *IANA Contract*, *op. cit.*

3. *Ibid*., § C.2.2.1.1.

4. *Ibid*., § C.2.2.1.2.

5. Ces numéros identifient les différents systèmes autonomes qui composent l'Internet : ils sont utilisés afin de coordonner ces systèmes et de permettre l'acheminement ou « routage » du trafic IP, c'est-à-dire la fonction qui permet de déterminer le chemin le plus efficace vers une destination identifiée par une adresse IP, tout en traversant un réseau maillé. Comme nous l'avons souligné précédemment, un système autonome est un ensemble de routeurs sous une seule administration technique, gérée par un ou plusieurs opérateurs de réseaux ayant un politique de routage unique et clairement définie. J. Hawkinson, T. Bates, « Lignes directrices pour la création, sélection, et l'enregistrement d'un système autonome (AS) », *RFC 1930*, *op. cit.*
Comme Laura DeNardis l'explique, « *roughly speaking, an autonomous system (AS) is a network operator. More accurately, an AS is made up of a unique collection of routing prefixes used within a network system connected to the Internet. This virtual resource is a central currency of the Internet's routing system* […] ». L. DeNardis, "The Emerging Field of Internet Governance", *Yale Information Society Project Working Paper Series*, septembre 2010, p. 6.

6. DoC et ICANN, *IANA Contract*, *op. cit.*, § C.2.2.1.3.

308 Toutefois, force est de rappeler que la gestion de la zone racine du DNS excède les fonctions IANA. En effet, d'une part, l'IANA – qui, comme nous l'avons remarqué, a été incorporée en tant que département de l'ICANN – administre le fichier racine. Cela consiste en l'authentification des modifications au document de texte[1] qui contient la liste des noms de domaine de premier niveau et des « pointeurs[2] » vers les serveurs de noms de domaine qui « font autorité[3] » ou *authoritative name servers*[4]. D'autre part, le fichier racine est concrètement mis à jour par une société privée qui le diffuse par le biais du « système de serveurs racine[5] ». Ainsi, comme nous l'avons déjà évoqué[6], originairement, cette tâche était confiée à la société NSI[7] qui s'occupait de mettre en œuvre les modifications du fichier racine selon les directives de l'IANA[8]. On se doit de souligner que l'accord de coopération attribuant la mise en œuvre du fichier racine à NSI représentait un tournant fondamental dans l'histoire de l'Internet car, dès lors, une partie essentielle de l'administration du DNS fut confiée à une société privée à but lucratif[9]. En effet, depuis mai 1990 NSI avait substitué le SRI de Jonathan Postel, en ce qui concerne l'enregistrement de gTLDs « .com », « .org », « .edu » et « .net » – à l'exclusion du gTLD militaire « .mil » – et la mise à jour du fichier racine[10]. Toutefois, en dépit de ce changement, on se doit de remarquer que Jonathan Postel, étant à la tête de l'IANA, continuait à détenir *de facto* le pouvoir de régulation du spectre de nommage, en pouvant déterminer quelles extensions auraient pu être ajoutées au DNS.

1. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, p. 203.

2. Les pointeurs DNS sont des indications utiles afin de repérer l'adresse IP correspondante au nom de domaine recherché. Wikipédia, Domain Name System, disponible sur *http://en.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System*.

3. Notamment, on se doit de souligner qu'en dépit du fait que les serveurs de noms de domaine puissent disposer des données concernant une pluralité de zone de l'arbre du DNS, chaque serveur « fait autorité » seulement en ce qui concerne une zone spécifique. Ainsi tel que l'illustre la *RFC 1034*, « [u]n serveur de noms donné prend normalement en charge une ou plusieurs zones, ceci ne le qualifiant d'autorisé que pour une petite partie de l'arbre des domaines. Il pourra de plus détenir une certaine quantité de données "non autorisées" dans sa mémoire cache, spécifiant certaines autres parties de l'arbre. Le serveur de noms renseigne sa réponse de telle sorte que le requérant sache si les informations proviennent de la partie "autorisée" ou non du serveur de noms ». P. Mockapetris, *Noms de domaines – Concepts et éléments de base*, *RFC 1034*, *op. cit.*, sect. 4.1.
L'utilisation de serveurs faisant autorité est nécessaire afin d'éviter les comportements frauduleux ainsi que les attaques informatiques. Dans ce sens, la *RFC 3258* affirme que « *[i]n order to minimize the risk of man-in-the-middle attacks,*

zone files should be delivered to the administrative interface of the servers participating in the mesh. Secure file transfer methods and strong authentication should be used for all transfers ». T. Hardie, *Distributing Authoritative Name Servers* via *Shared Unicast Addresses, RFC 3258*, avr. 2002, sect. 2.2, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc3258#ref-ANYCAST*

4. *Ibid*.

5. Comme le souligne le Conseil de l'Europe, le système de serveurs racine est composé de treize serveurs racine qui sont gérés par douze exploitants. Ce système constitue « un pilier majeur de l'infrastructure DNS […] sous-jacente d'Internet. Les serveurs racine tiennent à jour un répertoire officiel qui permet la traduction des adresses internet (URL), lisibles par l'homme, en des adresses réseau exploitables par un ordinateur ». Cons. Europe, « La gouvernance de l'Internet et ses ressources critiques », *op. cit.*, p. 9.
Aussi : R. Bush *et al.*, *Root Name Server Operational Requirements*, *RFC 2870*, juin 2000, disponible sur *www.rfc-editor.org/rfc/rfc2870.txt*

6. Voir n^os^ 238 et s.

7. Le rapport contractuel en vertu duquel la NSF – successivement substituée par le DoC – avait délégué la gestion du fichier racine à NSI était réglé par un « accord de coopération » ou *Cooperative Agreement*, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/proposals/DOCNSI100698.htm*
On se doit de remarquer qu'en 2000, NSI fut acquise par *Verisign Inc.*, qui corrobora sa position dominante dans le marché du nommage Internet, en suscitant la préoccupation de la Commission européenne. À ce sujet : Lettre du 15 décembre 1999 adressée par MM. Mario Monti (à ce moment-là, commissaire européen à la Concurrence) et Erkki Liikanen (à ce moment-là, commissaire européen à l'Entreprise et à la Société de l'information) au ministre du Commerce étasunien, M. William Daley. Ensuite, en 2003, *Verisign Inc*. se sépara de son activité de bureau d'enregistrement en conservant seulement celle de registre de premier niveau.

8. Entre 1993 et 1998, le rôle de l'ICANN était attribué à Jonathan Postel lui-même qui, en vertu du contrat entre l'ISI et la NSF, jouissait de l'autorité de définition des modifications que NSI aurait dû mettre en œuvre. J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *Duke Law Journal*, vol. 50, n° 187, 2000, p. 198 ; et du même auteur, "Governments, Privatization, and 'Privatization': ICANN and the GAC", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 18, 2011, p. 191.
Depuis l'incorporation de l'IANA dans l'ICANN, en 1998, toute modification du fichier racine de la part de NSI doit recevoir l'autorisation préalable de l'Administration étasunienne. En effet au sens de l'amendement n° 11 à l'accord de cooperation, *« [w]hile NSI continues to operate the primary root server, it shall request written direction from an authorized USG official before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file* ». J. Akkerhuis *et al.*, *Scaling the Root, Report on the Impact on the DNS Root System of Increasing the Size and Volatility of the Root Zone*, 2009, p. 17, 37 et 46 ; *Amendment 11 to Cooperative Agreement Between the Department of Commerce and Network Solutions Inc.*, oct. 7, 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/proposals/DOCNSI100698.htm*

9. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 35.

10. Dans ce sens : "Statement of work", *Cooperative Agreement Between NSI and US Government*, art. 3, 1993, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-01jan93.htm*

309 Actuellement, la mise à jour du fichier racine est effectuée par la société *Verisign Inc.*, qui le diffuse par le biais du « serveur racine A ». Ce serveur fait autorité sur les douze autres serveurs racine – qui vont de B à M – qui sont considérés comme des « serveurs secondaires », car ils se limitent à répliquer et à distribuer le fichier racine sur le modèle du serveur A[1]. En effet, comme l'explique Wolfgang Kleinwächter, le serveur racine A revêt la fonction de « serveur "maître" du système », tandis que « les autres serveurs racine […] se limitent à refléter les données du serveur maître, plusieurs fois par jour[2] ». Ce système de miroir garantit donc l'uniformité des réponses de tout serveur racine à toutes les requêtes de résolution et, par conséquent, la continuité des communications et la résilience du système, même en cas de dysfonctionnement temporaire de certains serveurs. Pour cette raison, le fichier racine et les serveurs de domaine vers lequel il dirige les différentes requêtes constituent une véritable ressource critique de l'Internet et, comme le souligne David Post, l'« inscription dans cet enchaînement de serveurs et bases de données est une question de vie ou de mort (réseautique) : si votre nom et votre adresse ne peuvent

pas être repérés dans le serveur "qui fait autorité" vous n'existez pas – au moins sur Internet[3] ».

1. J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.*

2. W. Kleinwächter, "De-Mystification of the Internet-Root: Do we need Governmental Oversight?", *op. cit.*, p. 212.

3. Traduction libre de "*presence in (or absence from) this chain of interlocking servers and databases is a matter of [network] life or death: if your name and address cannot be found on the « authoritative » server, you simply do not exist – at least, not on the Internet*". D. Post, *Governing Cyberspace*, juill. 1999, disponible sur *www.temple.edu/lawschool/dpost/icann/comment1.html#N_2_*

310 Le DNS se fonde donc sur une série de bases de données qui constituent un véritable « répertoire » de l'Internet, grâce auquel toute adresse sémantique peut être résolue dans des adresses IP, tandis que le fichier racine revêt un rôle essentiel puisqu'il constitue une sorte d'index du DNS[1] grâce auquel il est possible de repérer tous les rapports de délégation des différents serveurs de noms de domaine. Le fichier racine est donc fondamental afin d'établir une correspondance univoque entre chaque nom de domaine et l'adresse (ou les adresses) IP associée(s), puisqu'il représente le sommet de la structure hiérarchique qui doit être parcourue afin de recevoir et de communiquer tout type d'information sur Internet[2].

1. Dans ce sens : Club parlementaire du numérique, « Entretien avec Louis Pouzin, créateur du réseau Cyclade1, cofondateur et président d'honneur de la Société française de l'Internet (SFI) », mercredi, 13 janv. 2010, disponible sur *www.clubparlementairedunumerique.com/actualite-secteur/124-louis-pouzin-eurolinc-sfi*

2. D. Conrad, A. Kato et B. Manning, *Root Nameserver Year 2000 Status*, cité M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, note 78.

311 Ainsi, comme David Post l'a mis en exergue, l'entité qui exerce un contrôle effectif sur le contenu du fichier racine est en mesure de mettre en œuvre une régulation globale de l'organisation cyberterritoriale du réseau Internet, ainsi que d'influencer directement la liberté fondamentale de recevoir et de communiquer des informations, dont jouit tout utilisateur d'Internet[1]. En effet, l'entité qui contrôle le fichier racine est en mesure de décider non seulement les nouveaux suffixes qui peuvent être ajoutés au DNS mais aussi les conditions sur la base desquelles les noms et les adresses IP seront affectés[2], ce qui est susceptible de déterminer des conséquences directes sur la possibilité de diffuser ou de repérer des typologies spécifiques d'informations ou de contenus[3] et, par conséquent, de restreindre la liberté d'expression des usagers[4].

1. Dans ce sens : D. Post, *Governing Cyberspace*, *op. cit.* Aussi, Kostantinos Komaitis souligne que "*who is entitled to assign 'Names'and 'Numbers 'is basically in the position to control the Internet entirely. Indeed, the whole structure and foundation of the Internet depends on names and numbers*". K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *The Journal of Information, Law and Technology*, 2003, nº 1, disponible sur *www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/komaitis/ Aussi : S. Schiavetta et K. Komaitis, "ICANN's role in controlling information on the Internet", International Review of Law, Computers & Technology, vol. 17, nº 3, 2003, p. 267-284*.

2. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 21 ; K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.* ; S. Schiavetta et K. Komaitis, "ICANN's Role in Controlling Information on the Internet", *op. cit.*

3. Dans ce sens, le comité consultatif gouvernemental de l'ICANN a mis en lumière que "*the Corporation could be moving towards assuming an ongoing management and oversight role regarding Internet content*". GAC, *GAC Communiqué – San Francisco*, 16 mars 2011, disponible sur *https://gacweb.icann.org/download/attachments/1540152/GAC_40_San_Francisco_Communique.pdf?version=1&modificationDate=1312225023000.*

4. Dans ce sens : W. Benedek *et al.*, *Comments Relating to Freedom of Expression and Freedom of Association with Regard to New Generic Top-Level Domains*, Cons. Europe, 12 oct. 2012, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/documents/DG-I%20%282012%29%204%20FINAL%20pdf.pdf*

312 Au cours de ce premier chapitre, nous tâcherons d'élucider la naissance et le développement de l'ICANN afin de comprendre, d'une part, son rôle apical dans le cadre de la gouvernance du DNS et, d'autre part, son rôle dans l'arène plus ample de la gouvernance de l'Internet. Notamment, nous essayerons de mettre en exergue la transposition d'éléments issus de la procédure administrative étasunienne ainsi que du « droit coutumier internautique[1] » dans un nouveau mécanisme de gouvernance hybride en mesure de produire une véritable régulation du DNS, par le truchement d'une approche multi-parties prenantes.

1. Voir n[os] 216 et s. Aussi, dans ce sens : E. Longworth, « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cyberespace », *op. cit.*, p. 41.

SeCtiON **1**

Une « new corporation » pour administrer le système de noms de domaine : entre participation et privatisation

313 Comme nous l'avons mis en exergue[1], tous les utilisateurs d'Internet exploitent les mêmes protocoles et standards et utilisent généralement[2] la même racine DNS, fondée sur des ressources critiques globalement uniques. La mise en place d'une entité en mesure d'administrer le système de nommage et d'adressage est donc une étape prodromique à la coordination globale des ressources critiques de l'Internet[3], dans le but de garantir l'unicité de ces ressources tout en empêchant que le même nom de domaine puisse être attribué à des sujets différents. L'institution d'une entité chargée de l'assignation des blocs d'adresses IP ainsi que de la gestion des noms de domaine de premier niveau est donc instrumentale au bon fonctionnement du DNS, ce qui est considéré comme essentiel afin que l'Internet reste un réseau non fragmenté à vocation globale[4].

1. Voir n[os] 226 et s.

2. À ce propos, force est de rappeler l'existence de « racines DNS alternatives », telles que le système Open Roots, développé par Louis Pouzin, inventeur du datagramme ou le projet coopératif OpenNIC, qui fournit gratuitement des noms de domaines alternatifs. Toutefois, ces systèmes alternatifs sont un phénomène de niche, souvent inconnus par les utilisateurs d'Internet. Aussi, on se doit de souligner que l'IAB a explicitement désapprouvé le phénomène des racines alternatives, en soulignant que, bien que l'usage d'une pluralité de racines « concurrentes » n'empêche pas la communication, il est évident que l'exploitation de plusieurs racines déterminerait la perte de l'unicité de chaque adresse sémantique, car plusieurs pages Web ou plusieurs adresses e-mail pourraient être associées au même URL exploité par les différentes racines DNS. Dans ce sens, la *RFC 2028* a mis en exergue que « *to remain a global network, the Internet requires the existence of a globally unique public name space. The DNS name space is a hierarchical*

name space derived from a single, globally unique root. This is a technical constraint inherent in the design of the DNS. Therefore it is not technically feasible for there to be more than one root in the public DNS ». IAB, *IAB Technical Comment on the Unique DNS Root, RFC 2826, op. cit.*
Aussi, pour une analyse sous un profil économique et régulatoire du phénomène de racines DNS alternatives : M. L. Mueller, "Competing DNS Roots: Creative Destruction or Just Plain Destruction?", *Journal of Network Industries*, vol. 3, 2002, disponible sur *http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109021.pdf*
Enfin, il est intéressant de remarquer que l'entreprise Google utilise son propre fichier racine qui, bien qu'il exploite les mêmes ressources critiques utilisées par le DNS « icannien », se fonde sur une copie du fichier racine élaborée par Google afin de fournir une résolution plus rapide. Ce système est à la base du fonctionnement du *Google Public* DNS. P. Ramaswami, *Introducing Google Public DNS*, 3 déc. 2009, disponible sur *http://googleblog.blogspot.fr/2009/12/introducing-google-public-dns.html*

3. Dans ce sens : H. Klein, "The Feasibility of Global Democracy: Understanding ICANN's At-Large Election", *The Journal of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications Information and Media*, vol. 3, n° 4, 2001, p. 338.

4. Dans ce sens : IAB, *IAB Technical Comment on the Unique DNS Root, RFC 2826*, *op. cit.* ; K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*

314 La première étape vers l'institutionnalisation de l'administration du DNS fut l'émission, de la part du DoC, d'une « demande de commentaires » ou *Request for Comments* visant à solliciter la participation citoyenne dans l'élaboration du cadre « d'enregistrement et d'administration des noms de domaines internautiques[1] ». En effet, bien que les *RFC* soient les documents autorégulatoires à la base du « système technicien »[2], la même dénomination est utilisée pour définir les documents à la base de la procédure participative délinéée par le droit administratif étasunien. Cette démarche participative est prévue par l'*Administrative Procedure Act* (APA) – c'est-à-dire la loi sur la procédure administrative étasunienne – selon lequel toute personne intéressée doit avoir la « possibilité de participer au processus d'élaboration des règlements par le biais de la soumission d'informations, d'opinions ou d'arguments sous forme écrite[3] ». Cette étape est en effet considérée comme essentielle par la procédure administrative étasunienne, afin de vérifier la nécessité d'un acte réglementaire et, éventuellement, de délinéer les caractéristiques de la nouvelle réglementation. Ainsi, dans le cadre de la procédure dite de « *notice and comment* », l'administration étasunienne jouit du pouvoir de publier une demande de commentaires, qui peut être suivie par l'émission d'un avis de proposition de réglementation ou *notice of proposed rule making*[4]. Cet avis est ensuite publié dans le *Federal Register*, dans lequel est énoncée la proposition de réglementation. Ainsi, à la différence des RFC élaborées par l'IETF, les demandes de commentaires proposées sur l'initiative de l'administration publique américaine ne représentent pas le résultat d'un processus de gouvernance participative, mais ses balbutiements.

1. DoC, "Request for Comments on the Registration and Administration of Internet Domain Names", *Federal Register*, 2 juill. 1997, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/DN5NOTIC.htm*

2. Voir n^{os} 204 et s.

3. Sect. 553(c) de l'APA, disponible sur *www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/553.html*

4. Notamment, au sens de la sect. 553(b) de l'APA, « *General notice of proposed rule making shall be published in the Federal Register, unless persons subject thereto are named and either personally served or otherwise have actual notice thereof in accordance with law. The notice shall include –*
(1) a statement of the time, place, and nature of public rule making proceedings;
(2) reference to the legal authority under which the rule is proposed; and
(3) either the terms or substance of the proposed rule or a description of the subjects and issues involved ». *Ibid.*

315 En effet, le but de la procédure administrative de *notice and comment* est l'implication du plus grand nombre de parties intéressées dans le processus qui déterminera l'élaboration de la réglementation. Ainsi, la *notice issue* de l'administration constitue un moyen d'avertir les administrés de sa propre intention d'élaborer un nouvel acte réglementaire, tandis que la possibilité d'exprimer des *comments* – consistant aussi bien en des critiques qu'en des propositions – confère aux administrés un outil de participation citoyenne ainsi que de contrôle de l'action administrative.

316 Suite à la publication du Cadre de l'administration Clinton pour le commerce électronique mondial[1], le 1er juillet 1997, le Président Clinton ordonna au ecrétaire du Commerce étasunien de mettre en œuvre un processus de « privatisation du DNS », dans le but d'ouvrir à la concurrence le marché de l'enregistrement des noms de domaine – qui, comme nous l'avons évoqué précédemment[2], avait été attribué à NSI, déterminant donc l'établissement d'un monopole – ainsi que de stimuler la participation internationale dans une nouvelle administration du DNS. En effet, comme nous avons pu le lire sous la plume de Milton Mueller[3], les débats qui ont mené l'administration étasunienne à promouvoir la création de l'ICANN concernaient deux questions spécifiques : le manque de concurrence dans le marché des noms de domaine et l'inexistence d'un système permettant de protéger les titulaires de marques contre l'exploitation abusive de noms de domaines contenant leurs marques – c'est-à-dire le phénomène dit cybersquattage[4].

1. B. Clinton et A. Gore, *A Framework for Global Electronic Commerce, op. cit.*

2. Voir nos 229 et s.

3. M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, op. cit.*

4. Voir nos 401 et s.

317 Par conséquent, le 2 juillet 1997, le DoC a donc entamé une procédure de *notice and comment*, en publiant une demande de commentaires au sujet de l'enregistrement et de l'administration des noms de domaine[1]. Notamment, cette consultation a sollicité les commentaires du public, au sujet de l'établissement d'un nouveau cadre général de l'administration de DNS, de la création de nouveaux domaines de premier niveau, de l'éventuelle régulation qui aurait dû encadrer les bureaux d'enregistrement de noms de domaine, et des questions de protection des marques sur Internet[2]. Comme le souligne la NTIA, « au cours de la période de commentaires, plus de 430 commentaires ont été reçus[3] », grâce auxquels le DoC a pu publier – à travers la NTIA – un projet de réglementation ou *discussion draft* concernant l'administration du DNS[4].

1. DoC, *Request for Comments on the Registration and Administration of Internet Domain Names*, 2 juill. 1997, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/DN5NOTIC.htm*

2. Voir : *Idem*.

3. Voir : NTIA, *A Proposal to Improve Technical Management of the Internet Names and Addresses, Discussion Draft* 1/30/98, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm*

4. *Ibid*.

318 On se doit de souligner que le DoC jouissait de l'autorité nécessaire afin de déclencher ce processus de réglementation sur la base de cinq sources : sa compétence générale en ce qui concerne la promotion et le développement du commerce au niveau national et international[1] ; le pouvoir de la NTIA – qui, comme nous l'avons remarqué, est une *agency* dépendante du DoC – de coordonner les activités liées aux télécommunications et de participer à l'élaboration des régulations et des standards qui y sont afférents[2] ; le pouvoir de la NTIA d'élaborer et de formuler la régulation relative aux télécommunications, au progrès économique et technologique de la nation et à la régulation du secteur des télécommunications[3] ; le pouvoir de la NTIA de mener des études et de faire des recommandations concernant l'impact de la convergence de l'informatique et des communications[4] ; et l'autorité de la NTIA d'édicter des règlements qui peuvent être nécessaires à la réalisation de ses fonctions[5].

1. 15 US Code, § 1512, *Powers and Duties of Department*.

2. 47 US Code, § 902(b)(2)(H), *Communications and Information Functions.*

3. 47 US Code, § 902(b)(2)(I), *Communications and Information Functions.*

4. 47 US Code, § 902(b)(2)(M), *Communications and Information Functions.*

5. 47 US Code, § 904(c)(1), *General Provisions.*

319 Suite à la publication du susdit projet, la NTIA diffusa une *notice of proposed rule making* dans la forme d'un Livre vert[1] qui proposait la création d'un « nouvel organisme privé et sans but lucratif[2] », dénommé *New Corporation* (*NewCo*), auquel le DoC devait transférer les fonctions de l'IANA. Au sens du Livre vert, la *NewCo* aurait dû être constituée aux États-Unis afin de promouvoir la stabilité et de faciliter le recours à l'expertise technique qui se trouvait aux États-Unis, comprenant également le personnel de l'IANA[3]. Toutefois, il est évident que l'établissement de cette entité sur le territoire étasunien aurait impliqué l'assujettissement de celle-ci à la juridiction étasunienne[4] et, pour cette raison, le Livre vert provoqua « une vague de critiques[5] », principalement en dehors des États-Unis. Notamment, on se doit de souligner que l'Union européenne avait demandé l'institution d'un organe « international représentatif pour orchestrer la future gouvernance de l'Internet[6] » en craignant que, sous le couvert de la mondialisation et de la privatisation de l'Internet, les États-Unis utilisent la *NewCo* afin de « consolider une juridiction étasunienne permanente sur l'Internet[7] ».

1. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses; Proposed Rule*, vol. 63, nº 34, 20 févr. 1998, p. 8826, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/improvement-technical-management-internet-names-and-addresses-proposed-*

2. *Ibid.*

3. NTIA, "Creation of the New Corporation and Management of the DNS", *Statement of Policy on theManagement of Internet Names and Addresses*, nº 4, *op. cit*.

4. Voir nos 358 et s.

5. W. Kleinwächter, "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *op. cit*., p. 1111.

6. *Ibid.*

7. *Ibid.*

320 L'intense débat[1] qui suivit la publication du Livre vert mit en lumière l'impossibilité d'atteindre une solution consensuelle qui aurait pu être consacrée dans une réglementation. Pour cette raison, suite au Livre vert, la NTIA se limita à la publication d'un Livre blanc, le 5 juin 1998. Généralement, la procédure de *notice and comment* se conclue formellement avec la publication d'un règlement, qui doit incorporer un *statement of basis and purpose*[2] c'est-à-dire un énoncé concis du fondement légal et des objectifs de l'acte réglementaire. Cependant, suite à la phase participative initiale, le DoC se limita à la publication d'un Livre blanc consacrant une « déclaration de politique générale[3] » ou *general statement of policy* qui ne contenait pas de dispositions impératives et qui n'avait ni la force de loi ni ses effets mais qui visait à définir les principes régissant le nouveau cadre gestionnaire du DNS[4]. Au sens du Livre blanc, la nouvelle organisation aurait donc dû avoir le pouvoir de gérer et de réaliser les fonctions liées à la coordination du DNS, y compris l'autorité nécessaire pour :

1) « définir la régulation de l'affectation des blocs d'adresses IP aux registres Internet régionaux ;

2) superviser le fonctionnement du système officiel de serveurs racine ;

3) superviser la définition des circonstances en vertu desquelles il est possible d'ajouter de nouveaux domaines de premier niveau au système racine ;

4) coordonner l'affectation des paramètres techniques nécessaires afin de maintenir la connectivité universelle sur Internet[5] ».

1. Comme nous l'avons souligné précédemment, le Livre vert fut amplement discuté au cours d'une série de quatre conférences auto-organisées, qui furent ensuite dénommées « Forum international sur le Livre blanc » ou « *International Forum on the White Paper* ». Voir n^os^ 244 et s.

2. Sec. 553(c) de l'APA, *op. cit.*

3. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

4. Dans ce sens, la NTIA affirmait que « *[i]n light of the public comment and the changes to the proposal made as a result, as well as the continued rapid technological development of the Internet, the Department of Commerce has determined that it should issue a general statement of policy, rather than define or impose a substantive regulatory regime for the domain name system. As such, this policy statement is not a substantive rule, does not contain mandatory provisions and does not itself have the force and effect of law* ». *Ibid*., "Administrative Law Requirements".

5. NTIA, "Creation of the New Corporation and Management of the DNS", *op. cit.*

321 Aussi, le Livre blanc prescrivait quatre principes fondamentaux devant guider l'administration du DNS : la stabilité, la concurrence, la coordination de bas en haut ou *bottom-up* fondée sur un modèle privé et la représentativité[1]. Notamment, le principe de stabilité du réseau Internet visait à promouvoir la coopération entre l'Administration étasunienne et le secteur privé afin d'assurer que l'administration du DNS – précédemment gérée pour le compte de l'administration étasunienne – pût être privatisée sans perturber la stabilité du réseau. Le principe de la concurrence visait à « permettre une baisse des coûts, favoriser l'innovation, encourager la diversité, et améliorer le choix des utilisateurs[2] ». Le principe de la coordination « de bas en haut » (*bottom-up*) visait à

privilégier l'adoption d'un cadre autorégulatoire ainsi que d'une gestion privée du DNS, par rapport à l'administration publique, car la gestion privée était considérée comme « susceptible d'être plus souple que la gestion publique et d'évoluer assez rapidement pour répondre aux besoins changeants de l'Internet et des utilisateurs d'Internet[3] ». Dans ce sens, la gouvernance du DNS aurait dû refléter les mécanismes de gouvernance participative qui avaient caractérisé le développement de l'Internet par la communauté technique. Enfin, la structure de gestion du DNS aurait dû être représentative[4], en reflétant « la diversité fonctionnelle et géographique de l'Internet et ses utilisateurs[5] ». Dans ce sens, des mécanismes appropriés auraient dû être mis en place pour « assurer la participation internationale dans le processus décisionnel[6] ».

1. NTIA, "Principles for a New System", *op. cit.*, nº 1.

2. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses. Proposed Rule*, *op. cit.*

3. *Ibid.*

4. Dans ce sens, le Livre blanc spécifie que le conseil d'administration de la nouvelle organisation députée à la gestion du DNS aurait dû avoir une composition à vocation internationale et ses membres auraient dû être choisis « de façon équitable afin de représenter les intérêts des registres d'adresses IP, des registres de noms de domaine, des bureaux d'enregistrement, de la communauté technique, des fournisseurs de services Internet et des utilisateurs de l'Internet (à des fins commerciaux, sans but lucratif et individuels) de partout dans le monde ». *Ibid.*, « Structure ».

5. *Ibid.*

6. *Ibid.*

322 Ainsi, l'aspiration du processus de privatisation du DNS était la mise en œuvre d'un mécanisme de type autorégulatoire par le biais duquel la gestion de l'infrastructure technique de l'Internet se serait réalisée de façon autonome – mais non pas indépendante – par rapport à l'administration étasunienne, tout en étant guidée par la communauté technique et par le secteur privé. Le Livre blanc doit donc être considéré comme le point de départ d'un nouveau paradigme de gouvernance participative du DNS, en vertu duquel la compétence à élaborer la structure organisationnelle du DNS, ainsi que sa régulation, devait être attribuée à la communauté internautique directement affectée par cette régulation. En effet, comme nous le soulignerons dans la seconde section de ce chapitre, la création d'une fonction régulatrice du DNS était clairement affichée dans le Livre blanc, qui avait explicitement recommandé que la *NewCo* élaborât un mécanisme de régulation des conflits liés à la piraterie informatique et au cybersquattage. Ainsi, en vertu de cette nouvelle régulation, « les titulaires[1] de noms de domaine auraient dû accepter – au moment de l'enregistrement ou du renouvellement – […] de se soumettre à un système alternatif de résolution des litiges identifiés par la nouvelle organisation dans le but de résoudre ces conflits[2] ». La mise en place d'un tel mécanisme donnait lieu à un véritable « système juridique privé[3] », car les registres et les bureaux d'enregistrements auraient dû se conformer aux décisions arrêtées par le nouveau système alternatif de résolution des controverses, tandis que la *NewCo* aurait eu le pouvoir d'« établir et mettre en œuvre les politiques

concernant le DNS et de fixer les conditions (y compris les termes des licences) en vertu desquelles les registres, et les bureaux d'enregistrement [étaient] autorisés à opérer[4] ».

1. Bien que le service fourni par le bureau d'enregistrement consiste en la « vente de biens et/ou la fourniture de prestations » on se doit de constater qu'aucun bien n'est vendu, car le registre se limite à transférer le droit d'usage d'un nom de domaine pour une période précisément définie.

2. NTIA, "Trademark Issues", *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

3. Dans ce sens : T. Schultz, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit*. Aussi, voir n[os] 358 et s.

4. NTIA, "The Transition", *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

323 Cette dernière disposition met donc en évidence le souhait du DoC d'établir un « système juridique privé », en mesure d'encadrer le marché des noms de domaine par le truchement des conditions établies par la *NewCo* et mises en œuvre au niveau global[1]. Au fil de cette section, nous analyserons l'institution de l'ICANN en tant que *NewCo*, afin de pouvoir successivement décortiquer son mécanisme de gouvernance ainsi que sa fonction de régulation à dimension globale.

1. Dans ce sens : T. Schultz, « Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists », *op. cit.*, p. 158-159.

SOUS-SECTION 1

La création de l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*

324 L'ICANN[1] voit le jour le 26 octobre 1998. Cette nouvelle entité a été établie en tant qu'organisation privée à but non lucratif de droit californien[2] – ce qui rend son statut proche de celui des associations régies par la loi du 1[er] juillet 1901 en France – et son siège a été établi à Marina del Rey, en Californie, afin de consacrer son assujettissement à la juridiction étasunienne[3]. Le fait que l'ICANN soit une entité privée n'est pas anodin. En effet, comme nous le mettrons en lumière dans la seconde section de ce chapitre, l'ICANN doit être considérée comme un véritable « régulateur global » mais sa nature privée l'affranchit des obligations auxquelles sont soumises toutes les entités publiques étasuniennes, notamment l'assujettissement au *Bill of Rights*[4].

1. Bien que la dénomination « *Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* » soit officiellement traduite avec l'expression « Société pour l'attribution des noms de domaines et des numéros sur Internet », seul l'acronyme ICANN est utilisé dans les documents officiels. ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, 21 mai 2009, disponible sur *www.icann.org/fr/resources/registrars/raa/ra-agreement-21may09-fr.htm*

2. L'ICANN s'est constituée en tant que « société à but non lucratif et d'intérêt public ayant son siège dans le comté de Los Angeles, en Californie » et est régie par l'alinéa 501(c)(3) du Code des impôts étasunien. *Internal Revenue Code*, sect. 501(c)(3), disponible sur *www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/Exempt-Purposes-Internal-Revenue-Code-Sec.-501(c)(3)*

3. Un tel assujettissement est confirmé par l'affirmation d'engagements par le DoC et l'ICANN, au sens de laquelle l'ICANN s'est engagée à « demeurer une société à but non lucratif, ayant son siège aux États-Unis d'Amérique ». ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, § 8, disponible sur *www.icann.org/fr/about/agreements/aoc/affirmation-of-commitments-30sep09-fr.htm*
Aussi, on se doit de souligner que bien que la NTIA ait affirmé vouloir transférer les fonctions IANA « à la communauté multipartite globale », jusqu'à présent le contrat IANA a constamment précisé que le délégataire du contrat doit être une entreprise entièrement étasunienne ou une université américaine ; que toutes les opérations primaires et les systèmes exploités doivent rester à l'intérieur des États-Unis ; et que le gouvernement américain se réserve le droit d'inspecter les locaux, les systèmes et les processus de toutes les installations et composants utilisés pour l'exécution du contrat. NTIA, *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, 14 mars 2014, disponible sur https://www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions. *Request for Proposal – Internet Assigned Numbers Authority (IANA), Solicitation Number*: SA1301-12-RP-0043, 16 avril., 2012, § C.2.1, disponible sur *www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/sa1301-12-rp-0043-_final_04.16.2012.pdf*

4. Dans ce sens : M. Zalnieriute et T. Schneider, *ICANN's Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values*, Cons. Europe, DGI(2014)12, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/source/DGI%282014%2912E%20ICANN-PoliciesProcedures%2816June2014%29.pdf*

325 Comme nous l'avons souligné, l'ICANN a été créée dans le but de transférer les fonctions de « gestion » du DNS au secteur privé[1], tout en favorisant l'établissement d'un système d'autorégulation en mesure d'encadrer le marché de l'enregistrement de noms de domaine. Les dispositions inscrites dans le Livre blanc élaboré par la NTIA furent donc transposées dans le Statut[2] ou *Articles of Incorporation* de l'ICANN, au sens duquel l'ICANN devenait le délégataire de la coordination du fonctionnement technique de l'Internet, en assumant la responsabilité dans « quatre domaines clés : (1) la gestion du DNS, (2) l'allocation de blocs d'adresses IP, (3) la gestion du système de serveurs racines, et (4) la coordination de l'assignation des numéros de protocole[3] ». Aussi, force est de remarquer qu'« en reconnaissance du fait que l'Internet est un réseau de réseaux à dimension internationale, qui n'appartient à aucune nation, individu ou organisation[4] », le statut de l'ICANN a explicitement prévu que cette entité « poursuive des buts non lucratifs et d'intérêt public, tout en réduisant l'intervention du gouvernement et en promouvant l'intérêt public mondial dans le maintien de la stabilité opérationnelle de l'Internet[5] ».

1. NTIA, "Principles for a New System", *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

2. ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*

3. K. E. Fuller, "ICANN: The Debate Over Governing the Internet", *Duke Law & Technology Review*, vol. 2, 2001, p. 3, disponible sur *http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=dltr*

4. ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 3.

5. *Ibid*.

326 En outre, on se doit de souligner que l'ICANN n'a pas directement été instituée par le DoC, qui avait expressément souhaité que la nouvelle organisation fût « établie par le secteur privé[1] ». Pour cette raison, le DoC n'a élaboré ni le statut ni les règlements[2] de l'ICANN, cette tâche étant confiée à Jonathan Postel qui a initié et orchestré un processus participatif – au nom de l'IANA – en répliquant le *modus operandi* de l'IETF dans le but d'impliquer toutes les parties intéressées dans une consultation ouverte et transparente, par le biais d'une liste de diffusion[3]. En effet, tel que nous avons pu le lire sous la plume de Michael Froomkin, le DoC n'a

pas établi directement l'ICANN car cela aurait été contraire à la doctrine constitutionnelle de la non-délégation de pouvoirs publics à une entité privée[4]. Dans ce sens, en vertu de sa nature privée, l'ICANN n'a pas été encadrée par le *Government Corporation Control Act* au sens duquel une agence fédérale peut « créer ou acquérir une *corporation*, à laquelle seront attribuées des fonctions publiques, seulement lorsqu'une loi des États-Unis autorise explicitement une telle action[5] ». L'absence d'une telle disposition législative a donc déterminé l'émanation d'un simple *policy statement* de la part du DoC afin d'encadrer l'ICANN, en « déléguant » sa création au secteur privé[6]. Aussi, n'étant pas insérée dans la hiérarchie administrative étasunienne, l'ICANN n'aurait pas pu se légitimer en raison de la puissance publique mais pouvait uniquement se légitimer en mettant en œuvre un « processus de délibération inclusif et équitable, auquel tous les [sujets intéressés] peuvent participer et dans lequel ils sont amenés à coopérer librement[7] ». Un tel processus visait à délinéer la responsabilité de la direction des aspects techniques de l'Internet[8] et son organisation fut confiée à Jonathan Postel afin de garantir la participation de la communauté technique internautique.

1. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

2. Voir : ICANN, *Bylaws*, 6 nov 1998, disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/bylaws/bylaws-06nov98-en.htm*

3. En effet, cinq versions successives du statut et des règlements de l'ICANN furent élaborées par le biais d'un processus participatif, en utilisant une *mailing-list*, auquel participèrent des personnes physiques et des organisations provenant de plus de cinquante pays. Cependant, force est de remarquer que ces négociations virtuelles furent critiquées en tant qu'expression d'une « minorité privilégiée ». En effet, la participation au processus de rédaction, présupposait que les sujets intéressés disposassent d'accès à Internet et, surtout, qu'ils fussent à connaissance de l'existence de ce processus, ce qui excluait, évidemment, la grande majorité de la population mondiale. Dans ce sens : W. Kleinwächter, « From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources », *op. cit*., p. 1113-1114.

4. Notamment, Michael Froomkin souligne que « *the private non-delegation doctrine focuses on the dangers of arbitrariness, lack of due process, and self-dealing when private parties are given the use of public power without the shackles of administrative procedure. The doctrine stems from a long tradition of seeking to ensure that public power is exercised in a manner that makes it both formally and, insofar as possible, actually accountable to elected officials, and through them – we hope – to the electorate. This concern for proper sources and exercise of public authority promotes both the rule of law and accountability* ». Voir : M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit*., p. 28 et 141-152.

5. Traduction libre de « *an agency may establish or acquire a corporation to act as an agency only by or under a law of the United States specifically authorising the action* ». *Government Corporation Control Act*, 31 USC, § 9102 – Establishing and acquiring corporations, disponible sur *www.law.cornell.edu/uscode/text/31/9102*

6. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

7. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes, op. cit.* Aussi, dans ce sens : L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *op. cit.* ; M. Castells, « La société en réseaux », *op. cit.*

8. Dans ce sens : S. Schiavetta et K. Komaitis, "ICANN's Role in Controlling Information on the Internet", *op. cit.*, p. 269.

327 Cependant, bien que le Livre blanc ne prévoyait pas l'intervention directe de l'Administration étasunienne dans la définition de l'architecture institutionnelle de la *NewCo*, il affirmait la nécessité que le DoC établisse une « relation avec la nouvelle entité » dans le souci de permettre le transfert des fonctions exercées par l'IANA[1] vers « le secteur privé[2] ». Ainsi, comme nous le remarquerons dans le prochain paragraphe, l'ICANN présente une indéniable particularité, dans la mesure où, bien qu'elle n'ait jamais été

insérée dans la hiérarchie administrative étasunienne, le DoC a toujours joui d'une autorité *de facto* en vertu de son lien contractuel concernant les fonctions IANA.

1. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

2. En effet, bien que l'Internet eût été conçu par la communauté technique, depuis 1994 la gestion du DNS avait été encadrée par des contrats publics entre des entités privées et l'Administration étasunienne. Voir n^os^ 238 et s. Aussi, dans ce sens : J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World, op. cit.*, p. 41 ; B. Kahin et J. Keller, *Public Access to the Internet, op. cit.*

§ 1 – Une institution par voie contractuelle

328 Suite à l'élaboration des *Articles of Incorporation* et des règlements de l'ICANN – par le biais d'un processus indépendant de l'Administration étasunienne – le DoC et l'ICANN ont conclu un MoU en vertu duquel ils s'engageaient à coopérer dans le cadre du projet DNS[1]. Par le biais de ce projet commun, ces deux entités auraient délinéé de façon conjointe les mécanismes et les procédures nécessaires afin de pouvoir transférer les fonctions liées à la gestion du DNS – qui étaient précédemment exercées sous la direction de l'IANA, dans le cadre de son engagement contractuel avec plusieurs composantes de l'Administration étasunienne[2] – à cette nouvelle « entité privée à but non lucratif[3] », l'ICANN.

1. Dans ce sens, le premier MoU entre le DoC et l'ICANN affirmait explicitement que « *[b]efore making a transition to private sector DNS management, the DOC requires assurances that the private sector has the capability and resources to assume the important responsibilities related to the technical management of the DNS. To secure these assurances, the Parties will collaborate on this DNS Project (DNS Project). In the DNS Project, the Parties will jointly design, develop, and test the mechanisms, methods, and procedures that should be in place and the steps necessary to transition management responsibility for DNS functions now performed by, or on behalf of, the US Government to a private-sector not-for-profit entity. Once testing is successfully completed, it is contemplated that management of the DNS will be transitioned to the mechanisms, methods, and procedures designed and developed in the DNS Project* ». DoC et ICANN, *Memorandum of Understanding*, 25 nov. 1998, disponible sur *www.icann.org/general/icannmou-25nov98.htm*

2. Notamment, on se doit de rappeler qu'initialement le DoC avait « attribué » la gestion du « fichier racine » du DNS à l'ISI, tandis que le département de la Défense avait attribué l'affectation des blocs d'adresses IP à l'IANA, une composante de l'ISI. Par la suite, depuis 1993, la NSF avait attribué les fonctions d'enregistrement des domaines « .org », « .net » et « .com », ainsi que la maintenance du fichier racine à NSI, tout en prévoyant que cette dernière activité se déroulât selon les politiques établies par l'IANA. Avant l'institution de l'ICANN, l'administration du DNS se déroulait donc sous la direction de l'IANA, au sens de l'accord de coopération entre la NSF et NSI, *Network Information Services Manager(s) for NSFNET and the NREN: INTERNIC Registration Services*, Cooperative Agreement n° NCR-9218742, *op. cit.*

3. DoC et ICANN, *Memorandum of Understanding*, *op. cit.*

329 Le DoC avait donc conclu le MoU en vertu de sa *joint project authority*, c'est-à-dire son autorité à mener des projets conjoints, ou sens de laquelle les différentes unités opératives du DoC peuvent participer à des projets conjointement menés avec des « organisations à but non lucratif, des organismes de recherche ou des organismes publics ou des agences[1] ». Ainsi, le rapport entre l'ICANN et le DoC avait été défini par le biais de trois accords contractuels : tout d'abord le MoU, par la suite, un accord coopératif pour la recherche et le développement[2] et enfin, un contrat public ou *procurement contract* qui, comme nous l'avons souligné précédemment, conférait à l'ICANN la gestion des fonctions IANA[3], c'est-à-dire l'affectation et la

maintenance des codes informatiques et des systèmes de numérotation qui sont utilisés par les standards et protocoles techniques sur lesquels se fonde l'architecture de l'Internet[4]. Notamment, ces fonctions reposent sur l'administration des demandes de modification du fichier racine, telles que la mise à jour des données concernant les serveurs de noms de domaines ou l'ajout de nouveaux TLD, le pouvoir d'affecter des blocs d'adresses IP aux registres Internet régionaux et d'attribuer – tout en se coordonnant avec l'IETF – des valeurs uniques aux différents paramètres utilisés par les protocoles Internet, tels que les numéros de protocole, les numéros de port, etc.[5].

1. 15 US Code, § 1525, al. 2, disponible sur *http://law.onecle.com/uscode/15/1525.html*

2. DoC et ICANN, *Cooperative Research and Development Agreement between ICANN and the US Department of Commerce*, juin 1999, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/crada*

3. DoC et ICANN, *IANA Contract*, *op. cit.*

4. ICANN, *ICANN Internet Assigned Numbers Authority Functions*, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/iana/transition/iana-factsheet-24mar14-en.pdf*

5. *Ibid*. Aussi : DoC et ICANN, *IANA Contract*, *op. cit.* Pour une liste exhaustive des numéros de protocole voir : IANA, *Assigned Internet Protocol Numbers*, 16 janv. 2014, disponible sur *www.iana.org/assignments/protocol-numbers/protocol-numbers.xml*

330 Ainsi, au sens du MoU, le DoC jouissait du pouvoir de « transférer » la responsabilité concernant les fonctions de gestion du DNS, qui jusqu'à ce moment-là avaient été « mises en œuvre par le, ou au nom du, gouvernement étasunien (*performed by, or on behalf of, the US Government*[1]) ». Toutefois, force est de constater que ce « transfert » de responsabilité était effectué de façon « temporaire » et que, bien que l'ICANN ne fût pas insérée dans un rapport formel de subordination par rapport au DoC, ce dernier jouissait du pouvoir d'ôter à l'ICANN son autorité sur le DNS, à la seule condition que cette décision fût notifiée avec un préavis de cent vingt jours[2]. Une telle provision garantissait donc au DoC une supériorité hiérarchique *de facto* sur l'ICANN.

1. DoC et ICANN, "Purpose", *Memorandum of Understanding*, *op. cit.*, II.

2. DoC et ICANN, "Period of Agreement and Modification/Termination", *Memorandum of Understanding*, *op. cit.*, VII.

331 Parallèlement, le contrat IANA et l'accord de coopération pour la recherche et le développement entre le DoC et l'ICANN consacrèrent la position de l'ICANN au sommet de la structure administrative du DNS. En effet, en vertu de l'accord de coopération, l'IANA – qui était délégataire de la gestion de l'adressage et du nommage en vertu du contrat signé en 1989 entre l'ISI et le DoC[1] – est devenue un département administratif de l'ICANN, tandis que le contrat IANA conférait à l'ICANN la gestion des fonctions de l'IANA. Aussi, le DoC et NSI ont amendé leur *cooperative agreement*[2], dans le but de consacrer le rôle de l'ICANN dans la définition du contenu du fichier racine, tout en maintenant la nécessité d'une autorisation de la part du DoC « avant d'effectuer ou de rejeter toute modification, addition ou suppression du fichier racine[3] ». Dans ce

sens, force est de souligner qu'en dépit de l'institution de l'ICANN, le DoC maintenait un véritable « droit de veto[4] » sur les possibles modifications du *root zone file*.

1. En effet, comme on l'a mis en lumière dans la section précédente, avant que l'ICANN ne fût créée, l'IANA était rattachée administrativement à l'ISI de l'USC, dont le financement était assuré par le département de la Défense étasunien. Aussi, comme nous l'avons rappelé, depuis 1993, le maintien du fichier racine était assuré par NSI qui exerçait cette activité tout en suivant les prescriptions de l'IANA, comme cela était prévu par l'accord coopératif signé entre NSI et la NSF. Par la suite, la NSF fut substituée par la NTIA (rattachée au DoC) dans sa relation contractuelle avec la NSI. Voir n[os] 226 et s.

2. DoC et NSI, *Amendment 19 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government,* 4 nov. 1999, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-amend19-04nov99.htm*

3. Traduction libre de « *before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file* ». DoC et NSI, "Recognition of NewCo", *Amendment 11 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government,* 7 oct. 1998, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-amend11-07oct98.htm*

4. Comme Jonathan Weinberg l'a mis en lumière, l'amendement n° 11 au *Coopérative Agreement* entre Doc et NSI conférait au DoC un véritable pouvoir d'approbation de toute modification du fichier racine, qui était exercé par le biais de la NTIA. En effet, jusqu'à présent, la NTIA a joui de la possibilité de valider – ou d'objecter – les demandes de modification de la zone racine examinées par l'IANA. L'approbation de la NTIA est donc nécessaire afin qu'une demande de modification examinée par l'IANA puisse être implémentée par *Verisign Inc*. – qui, comme nous l'avons souligné a acquis NSI en 2003. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *in* T. Christiansen et C. Neuhold (ss. la dir.), *International Handbook on Informal Governance*, 2011, p. 297.

332 D'une part, l'amendement n° 11 au *cooperative agreement* entre Doc et NSI avait explicitement prévu que NSI aurait dû reconnaître la *NewCo* par le biais d'un accord contractuel[1]. D'autre part, par le truchement de l'amendement n° 19 au *cooperative agreement*, NSI s'assujettit à l'autorité icannienne[2] en s'engageant à signer l'accord de registre de l'ICANN, ou ICANN *Registry Agreement*[3], ainsi que l'accord d'accréditation du bureau d'enregistrement, ou *ICANN Registrar Accreditation Agreement*[4] (RAA). En effet, en raison du rôle primordial[5] revêtu par NSI en ce qui concernait la gestion du fichier racine, la reconnaissance de l'autorité icannienne de sa part était essentielle afin de légitimer cette nouvelle entité. Comme Jonathan Weinberg l'a souligné, n'étant pas une administration publique, l'ICANN est obligée de consolider sa position en concluant des accords contractuels avec les sujets privés qui opèrent dans sa sphère d'influence[6]. Dans ce sens, l'instauration de liens contractuels avec les différents opérateurs du DNS était instrumentale afin de mettre en œuvre un environnement « prédictible et simple […] fondé sur un modèle décentralisé et régulé contractuellement[7] » tel que l'avait souhaité l'administration Clinton. Ainsi, grâce au *cooperative agreement* et aux accords la liant aux différents acteurs du DNS, l'ICANN a établi sa position apicale dans le DNS, tout en consacrant un mécanisme d'imposition de sa régulation privée par le biais contractuel. D'une part, l'accord coopératif consacrait le pouvoir icannien en faisant en sorte que les treize serveurs racine reconnaissent l'autorité de l'ICANN et que NSI – puis *Verisign Inc*. – reconnaisse et mette en œuvre uniquement les modifications au fichier racine définies par l'ICANN. D'autre part, NSI s'engageait à insérer dans le fichier racine uniquement les enregistrements provenant des « serveurs faisant autorité » – à savoir les serveurs des bureaux d'enregistrement accrédités par

l'ICANN – tandis que l'ICANN a acquis le pouvoir de définir les conditions d'enregistrement que tout bureau d'enregistrement devait imposer afin de pouvoir être accrédité.

1. DoC et NSI, *Amendment 11 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government, op. cit.*
En outre, force est de souligner que l'amendement n° 11 représenta un véritable tournant pour le marché de l'enregistrement des noms de domaine, car il reconnaissait la nécessité de mettre en place un « Système central d'enregistrement » ou *Shared Registration System* (SRS), qui aurait pu être utilisé par un nombre illimité de bureaux d'enregistrement, ce qui mettait officiellement fin au monopole – mais non pas à la position dominante – de NSI dans ce secteur. Depuis novembre 1998, l'ICANN a délinéé la procédure d'accréditation des registraires sur la base du SRS, en incorporant ce système dans l'accord d'accréditation de bureau d'enregistrement. ICANN *Registrar Accreditation: History of the Shared Registry System*, disponible sur *www.icann.org/en/resources/registrars/accreditation/history*

2. Toutefois, comme le souligne Milton Mueller, afin de persuader NSI de se soumettre à l'autorité icannienne, le gouvernement étasunien fut contraint de préserver la position dominante de NSI dans le marché des noms de domaine, en continuant à lui attribuer la gestion des noms de domaine génériques « .com », « .org » et « .net » et en ralentissant le processus d'expansion du spectre de noms de domaine génériques. M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 130-132 et 181-184 ; DoC et NSI, *Amendment 19 to Cooperative Agreement Between NSI and US*, *op. cit.*
DoC et NSI, *Amendment 19 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government, op. cit.*

3. Les accords de registre définissent la relation contractuelle existante entre l'ICANN et les registres de gTLDs, tandis que la relation entre les registres de ccTLDs et l'ICANN se fonde sur une hétérogénéité d'accords ayant des caractéristiques formelles différentes. Ces accords peuvent être considérés comme des « licences » octroyées par l'ICANN aux registres nationaux. L'ensemble des accords liant l'ICANN aux registres gTLDs et de ccTLDs peut être consulté sur le site Web de l'ICANN. *Registry Agreements*, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/registries* ; ccTLD Agreements, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/cctlds-2012-02-25-en*

4. ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement, op. cit.*

5. Comme l'explique Michael Froomkin, NSI, a d'abord revêtu un rôle monopolistique dans le marché des noms de domaine génériques pour acquérir, ensuite, une position de registre « *primus inter pares* ». M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, p. 193.

6. J. Weinberg, « Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN », *op. cit.*, p. 298.

7. Traduction libre de « *predictable and simple* […] *based on a decentralized, contractual model of law* ». B. Clinton et A. Gore, *A Framework for Global Electronic Commerce, op. cit.*

333 Ces accords contractuels ont donc attribué à l'ICANN « une position de gardien du DNS[1] », avec la possibilité d'octroyer l'accréditation des bureaux d'enregistrement de noms de domaine et d'admettre ou d'exclure les registres[2]. Cette position fut ultérieurement corroborée par l'obligation de la part des registres et des bureaux d'enregistrement de s'acquitter du paiement de plusieurs types de frais exigibles par l'ICANN[3]. En effet, ce dernier élément confère à l'ICANN le pouvoir de « taxer » les entités opérant dans son système et, en vertu de son autorité, d'inclure leurs bases de données dans la zone racine du DNS ou de les exclure. En effet, l'ICANN jouit du pouvoir de déterminer les entités pouvant revêtir la fonction de registre de noms de domaine de premier niveau et les autorise à rattacher leurs bases de données au fichier racine. Parallèlement, l'ICANN dispose également de l'autorité d'obliger les registres à « imposer aux bureaux d'enregistrement l'inclusion de conditions standardisées dans leurs contrats d'enregistrement[4] ». Ce dernier point est particulièrement important car il consacre le « pouvoir de régulation » de l'ICANN, qui s'étend jusqu'à la définition des conditions qui devront être respectées par les titulaires de noms de domaine[5].

1. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 309.

2. *Ibid.*

3. Dès les premiers accords avec NSI, l'ICANN avait imposé le paiement de « frais de registre » afin de soutenir son activité. Ensuite, tout autre accord de registre et d'accréditation prévit le paiement de frais similaires. Tel que l'explique Michael Froomkin, « *ICANN's levies on market participants put a floor on prices. And ICANN's requirement that registrars impose some standard contract terms on registrants limits service competition in the service of third parties, that is, trademark holders* ». M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit*., p. 213-214. Aussi, pour une description des modalités de financement de l'ICANN : L. Belli, « L'ICANN et son administration globale de l'Internet », *La Revue administrative* nº 381, PUF, 2011, p. 255.

4. M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit*., p. 214. Aussi, dans ce sens : J. Zittrain, "ICANN: Between the Public and the Private: Comments Before Congress", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999, p. 1073.

5. Toutefois, comme Michael Froomkin l'a souligné, jusqu'à présent, l'ICANN a utilisé ce pouvoir uniquement dans deux situations : l'imposition d'un « Règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine » visant à éviter l'enregistrement abusif de noms de domaine ; et l'imposition de l'inscription à la base de données « Whois » visant à rendre aisément identifiable les titulaires de chaque nom de domaine. M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit*., p. 214.

334 Enfin, force est de souligner que la légitimation de l'ICANN a été assurée par un deuxième MoU signé entre l'ICANN et l'IETF[1] et transposée dans la RFC 2860[2], qui a déterminé une reconnaissance mutuelle des rôles de ces deux entités. En effet, l'IETF a reconnu l'incorporation de l'IANA par l'ICANN et cette dernière a reconnu l'autorité de l'IETF en tant qu'unique entité légitimée à la standardisation Internet – à savoir, l'élaboration de la *lex informatica*[3]. Notamment, ce mémorandum a consacré l'engagement icannien à « attribuer et enregistrer des paramètres de protocole Internet uniquement comme indiqué par les critères et procédures spécifiés dans les RFC » et à veiller que l'IANA « recherche et suive des directives techniques provenant exclusivement de l'IESG, un comité de gestion de l'IETF[4] ».

1. IETF-ICANN, *Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority*, 1er mars 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/ietf/ietf-icann-mou-01mar00-en.htm*

2. B. Carpenter, F. Baker et M. Roberts, *Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority, RFC 2860*, juin 2000, disponible sur *https://tools.ietf.org/rfc/rfc2860.txt*

3. Voir nos 172 et s.

4. *Ibid*., § 4.1.

335 Ces accords contractuels ont donc consacré le rôle apical de l'ICANN dans le cadre de la nouvelle structure administrative du DNS, tout en obligeant les autres parties prenantes à reconnaître l'autorité icannienne. En effet, comme nous l'avons évoqué, n'étant pas incluse dans l'ordonnancement administratif étasunien, l'ICANN ne pouvait pas asseoir sa légitimité et son autorité sur la puissance publique, mais elle était contrainte de définir sa position en tissant des liens contractuels avec ses interlocuteurs. L'utilisation de l'outil contractuel revêt donc une double fonction : d'une part, il représente l'instrument par le biais duquel l'ICANN assoit sa légitimité et, d'autre part, il est le vecteur par le biais duquel l'ICANN peut délinéer un véritable régime de régulation transnational du DNS, comme nous le mettrons en exergue au cours de la deuxième section de ce chapitre.

§ 2 – La structure organisationnelle de l'ICANN

336 Depuis la création de l'ICANN, son activité a été caractérisée par une « démarche consensuelle ascendante[1] », caractérisée par l'intervention directe des parties prenantes – organisées en groupes d'intérêts – dans l'élaboration de la régulation privée icannienne. Parallèlement, force est de souligner que la prise de décisions a été confiée à un unique organe exécutif[2] : le « directoire[3] » ou *board of directors*[4]. En effet, les règlements icanniens statuent clairement que « sauf disposition contraire dans le statut ou dans les règlements, les pouvoirs de l'ICANN sont exercés par le conseil d'administration, et sa propriété contrôlée ainsi que ses activités professionnelles conduites par ou sous la direction du conseil d'administration[5] ».

Ainsi, afin de pouvoir élucider les dynamiques de la gouvernance du DNS, dans les développements qui suivent nous analyserons le modèle multipartite sur lequel se fonde l'architecture organisationnelle icannienne et, par la suite, nous explorerons le fonctionnement ainsi que la composition du directoire icannien, seul organe pouvant approuver la régulation privée émanant de cette entité.

1. ICANN, *Qu'est-ce que l'ICANN ?*, disponible sur *http://archive.icann.org/tr/french.html*

2. ICANN, *Bylaws*, 6 nov. 1998, art. IV, sect. 1. (a). En outre, le directoire est supporté par onze comités qui revêtent un rôle analogue à des commissions parlementaires. Ces comités sont l'*Audit Committee*, le *Board Governance Committee*, le *Compensation Committee*, *l'Executive Committee*, le *Finance Committee*, le *Global Relationships Committee*, l'IANA *Committee*, le *New* gTLD *Program Committee*, le *Public Participation Committee*, le *Risk Committee* et le *Structural Improvements Committee*. La mise en place et les pouvoirs des comités du conseil d'administration sont réglés par l'art. XII des Statuts de l'ICANN. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, 24 juin 2011, art. XII, disponible sur *www.icann.org/fr/about/governance/bylaws*

3. Bien que les règlements de l'ICANN traduisent le terme anglais « *Board of directors* » par le biais de l'expression « Conseil d'administration », on se doit de souligner que le terme « directoire » est plus approprié. Dans ce sens, par exemple : ARCEP, « Les actes de l'ARCEP », *Les territoires du numérique Digital Landscapes*, nov. 2012, p. 83.

4. Voir n[os] 345 et s.

5. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. II, sect. 1.

▪ A – Le modèle multipartite icannien

337 Depuis sa création, l'ICANN a été structurée sur la base d'un modèle multipartite ou *multistakeholder* visant à permettre la participation ainsi que la représentation de toutes les parties intéressées à l'élaboration de la régulation icannienne. Comme nous l'avons souligné précédemment, un tel modèle s'inspire aussi bien de la démarche participative consacrée par l'APA étasunien que du modèle ouvert qui caractérise l'élaboration des standards de l'IETF. L'objectif affiché de ce modèle participatif est d'encadrer le DNS par le truchement d'une autorégulation directement élaborée par les entités qui y sont affectées.

338 Dans ce but, les différents acteurs du nommage et de l'adressage ont été structurés dans des « organisations de soutien », chargées de formuler les projets de *policies* concernant les noms de domaine et d'élire une

partie des membres du conseil d'administration de l'ICANN. En effet, ces organisations de soutien peuvent être vues comme des « coalitions » représentant plusieurs groupes d'intérêt[1] – qui, à leur tour, sont composés d'une pluralité de « regroupements » ou *constituencies* – et représentent de véritables « sous-groupes [icanniens] traitant de questions stratégiques spécifiques relevant du domaine de compétence de l'ICANN[2] ». Les organisations de soutien constituent donc des organes subsidiaires de l'ICANN, car le règlement icannien délègue expressément à chacune d'entre elles « la responsabilité principale de développer et [de] recommander les politiques[3] et les procédures substantielles concernant les questions relevant de leur compétence[4] ». Les trois organisations de soutien actuellement existantes regroupent les opérateurs de l'adressage (*Address Supporting Organization* [ASO]), du nommage générique (*Generic Name Supporting Organization* [GNSO]) et du nommage national (*country code Name Supporting Organizatio*ou [ccNSO]).

1. Dans le cadre de la *Generic Name Supporting Organization* (GNSO), par exemple, les groupes d'intérêts représentent les registres de gTLD sous contrat avec l'ICANN ; les bureaux d'enregistrement accrédités par l'ICANN ; les « parties prenantes commerciales » ; et les « parties prenantes non commerciales ». ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. X, sect. 5.1.

2. Cons. Europe, « La gouvernance de l'Internet et ses ressources critiques », *op. cit.*, p. 16.

3. On se doit de remarquer que, bien que le terme anglophone « *policy* » se traduise plus aisément avec le terme français « régulation », les documents officiels de l'ICANN emploient le terme « politiques », ce qui temoinge d'une certaine imprécision. Toutefois, une telle « imprécision » révèle l'explicite choix icannien d'éviter le terme « régulation » dans un souci de cohérence avec sa position officielle selon laquelle son but n'est pas la régulation du DNS mais sa simple « coordination technique ». ICANN, *Quel est le rôle de l'ICANN ?*, disponible sur *www.icann.org/fr/about/participate/what* Pour confronter la version anglaise et française des Règlements de l'ICANN : ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.* ; *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 7 févr. 2014, disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/bylaws*

4. ICANN, "Supporting Organizations", *Bylaws*, 6 nov. 1998, art. VI, sect. 1.(c), disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/bylaws/bylaws-06nov98-en.htm*

339 Les organisations de soutien représentent donc l'outil d'acheminement des différents intérêts des opérateurs du nommage vers le conseil d'administration de l'ICANN. Notamment, ces organes subsidiaires permettent aux entités opérant dans le DNS d'intervenir directement dans le mécanisme de « coordination ascendante » par le biais duquel la régulation privée icannienne est élaborée[1]. En effet, les *policies* icanniennes peuvent être approuvées exclusivement par le directoire de l'ICANN, unique organe décisionnel qui jouit du pouvoir d'accepter[2] ou de refuser – avec un vote à majorité qualifiée des deux tiers des membres ayant droit de vote – les recommandations élaborées par les organisations de soutien. Par conséquent, les organisations de soutien peuvent être considérées, d'une part, comme des instruments de démocratie participative au service des différents acteurs du nommage et, d'autre part, comme une source de légitimité incontournable afin que l'ICANN puisse justifier sa régulation privée sur la libre participation des entités dans le cadre d'un « processus de délibération inclusif et équitable[3] ». Toutefois, on se doit de remarquer que tout comme dans le cas de l'IETF, l'inclusivité du processus icannien est limitée

par des filtres de diverses natures, tels que la nécessité de connaissances approfondies, de temps et de ressources économiques, qui sont essentiels afin de suivre les travaux et se déplacer pour participer aux meetings de l'ICANN.

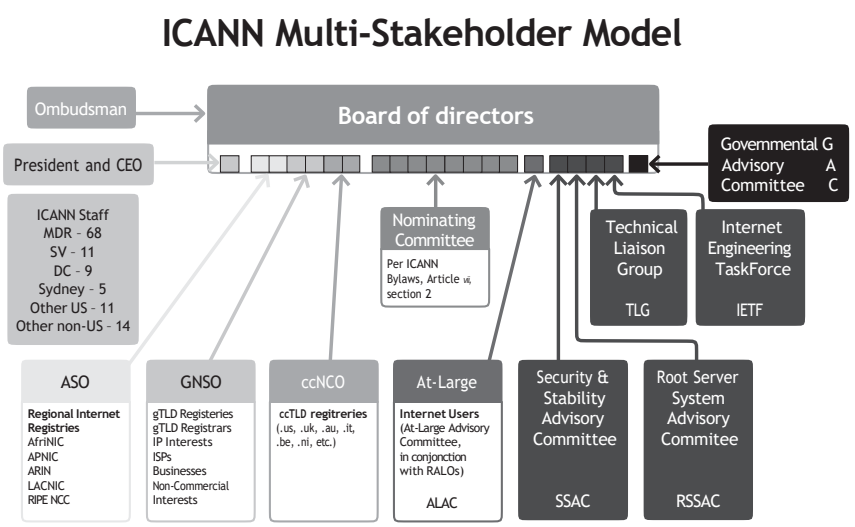
1. Dans ce sens : B. Carotti, "ICANN and Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 8. Aussi, voir : ICANN, « Processus d'élaboration des politiques de la GNSO », *Statut de l'ICANN*, 24 juin 2011, ann. A ; « Processus d'élaboration des politiques de la ccNSO (ccPDP) », ann. B disponible sur *www.icann.org/fr/about/governance/bylaws#AnnexA*

2. Au sens de l'article VI, section 1. (c) des règlements originaires de l'ICANN, le directoire aurait dû accepter les recommandations lorsque « l'action recommandée, la politique ou la procédure (1) est conforme aux statuts et règlement, (2) est arrivée au Conseil à travers des processus équitables et ouvertes (y compris en permettant la participation des représentants d'autres organisations de soutien, si nécessaire), (3) n'est pas raisonnablement contestée par aucune des autres organisations de soutien, et (4) promeut les fins et est dans le meilleur intérêt de l'organisation ». ICANN, *Bylaws*, 6 nov. 1998, *op. cit*.

3. J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*

340 En outre, on se doit de remarquer que plusieurs « comités consultatifs » mettent leurs expertises au service du directoire de l'ICANN. Dans ce sens, le règlement originaire de l'ICANN, prévoyait un comité consultatif gouvernemental ou *Governmental Advisory Commitee* (GAC)[1] ; un comité consultatif sur le système de serveurs racine ou *Root Server System Advisory Committee*[2] (RSSAC) et un comité consultatif sur l'adhésion à l'ICANN *Advisory Committee on Membership* (ACM). Toutefois, l'ACM a été éliminé et, à présent, le GAC et le RSSAC sont côtoyés par le comité consultatif des utilisateurs d'Internet ou *At-Large Advisory Committee*[3] (ALAC) et le Comité consultatif pour la sécurité et la stabilité ou *Security and Stability Advisory Committee*[4] (SSAC).

Modèle multi-parties prenantes icannien



1. Au sens des règlements de l'ICANN, « l'adhésion au comité consultatif gouvernemental est ouverte à tous les gouvernements nationaux. L'adhésion est également ouverte aux économies distinctes, reconnues dans les instances

internationales, ainsi qu'aux organisations gouvernementales multinationales et établies par traité, sur invitation du comité consultatif gouvernemental par le biais de son président ». ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. XI, sect. 2.1.b.

2. Au sens des Règlements de l'ICANN, le RSSAC « examine et donne des conseils à propos des exigences opérationnelles des serveurs de noms racine [et] au sujet des aspects concernant la sécurité du système de serveurs de noms racine. […] Les membres du RSSAC sont (i) chaque opérateur d'un serveur de noms racine de référence […], et (ii) d'autres personnes nommées par le Conseil d'administration de l'ICANN ». Voir : *ibid.*, art. XI, Sec. 2.3.a et 2.3.b.

3. Au sens des règlements de l'ICANN, « [l]e Comité consultatif At-Large (ALAC) est l'organisation d'accueil principale au sein de l'ICANN pour les utilisateurs individuels d'Internet. a. Le rôle de l'ALAC consiste à étudier et fournir des conseils sur les activités de l'ICANN, dans la mesure où les intérêts des utilisateurs d'Internet sont concernés ». *Ibid.*, art. XI, sect. 2.4.a.

4. Le rôle du SSAC « consiste à conseiller la communauté de l'ICANN et le conseil d'administration sur les questions ayant trait à la sécurité et l'intégrité des systèmes de nommage et d'attribution d'adresses Internet ». *Ibid.*, art. XI, sect. 2.2.a.

341 Dès ses origines, l'ICANN a donc été organisée par le biais d'une structure corporatiste, grâce à laquelle les différents *stakeholders* – regroupés en organisations de soutien – peuvent participer directement à l'élaboration des projets de *policies* et, par la suite, contribuer activement à la prise de décisions, puisqu'ils sont représentés au sein du directoire[1]. L'institution de l'ICANN n'a donc pas simplement déterminé la gestion privée d'une « ressource publique[2] » – c'est-à-dire le fichier racine du DNS – mais a donné lieu à un nouveau modèle de gouvernance dont le but est de permettre la régulation du DNS grâce aux règles élaborées par les mêmes parties prenantes qui s'y assujettiront subséquemment. Ainsi, l'utilisation des organisations de soutien et des comités consultatifs a permis la mise en place d'une structure comitologique atypique, dans le cadre de laquelle les organisations de soutien élaborent les projets de régulation, qui seront successivement approuvés par le directoire, assisté par plusieurs structures consultatives. En effet, la démarche ascendante de l'ICANN est mise en œuvre grâce à une forme particulière de « comitologie[3] » dans le but de permettre la participation des entités concernées par les décisions icanniennes.

1. Selon l'article V, section 4 des règlements originaires de l'ICANN, « chaque conseil d'administration après le premier conseil est composé comme suit : (i) trois (3) administrateurs désignés par l'Organisation de soutien des adresses, tel que défini à l'article VI, (ii) trois (3) administrateurs désignés par l'Organisation de soutien des noms de domaine, comme défini à l'article VI, (iii) trois (3) administrateurs désignés par la *Protocol Supporting Organisation* tel que défini à l'article VI ; (iv) neuf (9) administrateurs [de la communauté internautique] au Large, sélectionnés selon un processus qui sera établi par un vote à la majorité de tous les membres du conseil siégeant au conseil initial, et (v) la personne qui doit être, de temps en temps, le président de l'Organisation ». ICANN, *Bylaws*, 6 nov. 1998, *op. cit*.

2. Dans ce sens, force est de souligner que, selon les principes du comité consultatif gouvernemental de l'ICANN, « le système de nommage et d'adressage de l'Internet est une ressource publique qui doit être gérée dans l'intérêt de la communauté mondiale de l'Internet » et que cette position a été défendue depuis le premier meeting du GAC. ICANN, *Operating Principles*, 2011, disponible sur *https://gacweb.icann.org/display/gacweb/Core+Principles* ; Communiqué du Governmental Advisory Committee, Santiago, 24 août 1999, disponible sur *http://archive.icann.org/en/committees/gac/communique-24aug99.htm*
Aussi, la Commission européenne a considéré l'affectation des adresses IP comme une distribution d'une « ressource publique ». Comm. CE, *L'organisation et la gestion de l'Internet. Enjeux internationaux et européens 1998-2000*, Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, 11 avr. 2000 COM (2000) 202 final, Bruxelles, p. 10.
Enfin, selon le Conseil d'État, « les noms de domaine sont une ressource publique, qui n'est pas illimitée, et qui doit donc être gérée dans un but d'intérêt général ». CE, « Internet et les réseaux numériques », Études et documents du conseil d'État, *La Documentation Française*, Paris, 1998, p. 8. Cette opinion est aussi soutenue par le Comité consultatif gouvernemental de l'ICANN. Voir n° 416, note 1.

3. Comme nous l'avons mis en exergue, la comitologie est considérée comme un « *method of decision-making whereby committees consisting of representatives of the Member States and chaired by a representative of the Commission, assist the Commission in implementing Community legislation, by providing advice under procedures which, in certain cases, enable the Council to take over the work of implementation* ». L. Loen et A. Verhoeven, "Towards a Legal Framework for Executive Rulemaking in the EU? The Contribution of the New Comitology Decision", *op. cit.*, p. 645.
Au sujet de la comitologie, voir n[os] 98 et s. O. Maiscocq, « La comitologie ou les mesures d'exécution dans la Communauté européenne », *op. cit.* ; R. Watson, « Comitologie, un moyen de mettre de l'huile dans les rouages réglementaires », *op. cit.*

342 La démarche *bottom-up* suivie par l'ICANN prévoit donc la mise en œuvre d'un mécanisme ouvert visant à impliquer le plus grand nombre de parties intéressées. Ainsi, on se doit de remarquer que le modèle icannien a été façonné sur la base du processus de standardisation de l'IETF qui, comme on l'a mis en exergue précédemment[1], se fonde sur l'inclusion de tout individu intéressé dans des groupes de travail ouverts, dont les décisions sont élaborées en vertu de la méthode du « consensus sommaire ». Dans ce sens, lorsque le conseil d'administration envisage de prendre des décisions qui pourraient avoir « une nette incidence sur le fonctionnement de l'Internet ou de tiers », l'ICANN doit « annoncer et expliquer publiquement sur son site Web quelles sont les politiques dont l'adoption est envisagée et pourquoi, [et] donner aux parties [intéressées] la possibilité légitime de commenter l'adoption des politiques proposées, de consulter les commentaires des autres et d'y répondre[2] […] ». Parallèlement, dans les cas où la régulation icannienne avait une incidence sur des « intérêts de politique publique », l'ICANN devrait « demander l'avis du [GAC] et prendre en compte tout conseil fourni par le GAC de sa propre initiative[3] ». Le système corporatiste icannien met donc précisément en œuvre le Livre blanc dans lequel la NTIA avait exprimé la volonté de donner lieu à une *NewCo* permettant la participation de tout *stakeholder*[4] à l'administration du DNS.

1. Voir n[os] 358 et s.

2. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. III, sect. 6.1.a et b.

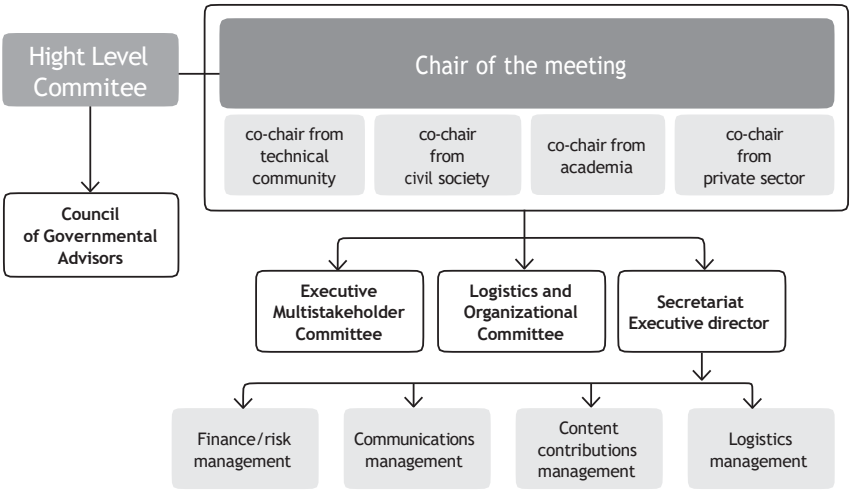
3. *Ibid.*, sect. 6.1.c.

4. NTIA, "Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses; Proposed Rule", *op. cit.* ; NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

343 Aussi, l'ICANN a promu activement l'exportation de son modèle *multistakeholder* dans d'autres processus de gouvernance de l'Internet. Dans ce sens, ce modèle a été transposé afin d'encadrer l'organisation de la Réunion multipartite mondiale sur la gouvernance de l'Internet, ou *NETmundial*[1], une conférence prônée par la Présidente du Brésil, M[me] Dilma Rousseff[2], et le président de l'ICANN, M. Fadi Chehadé. Celle-ci avait pour but de délinéer une feuille de route pour l'élaboration de politiques mondiales concernant la gouvernance de l'Internet[3], « selon un modèle pluriel et participatif[4] ». Bien qu'il ne soit pas possible, à ce stade, d'évaluer les effets déterminés par cette réunion multipartite et par la déclaration politique produite par ses participants, force est de remarquer que l'utilisation du modèle icannien afin de définir la structure organisationnelle de la conférence *NETmundial* met en exergue l'évidente influence du processus icannien en dehors de

la simple gouvernance du DNS[5] ainsi que la tendance d'une pluralité de parties prenantes[6] à vouloir utiliser ce modèle corporatiste[7] afin d'encadrer les mécanismes participatifs concernant les domaines « extra-icanniens » de la gouvernance de l'Internet.

Modèle multi-parties prenantes icannien utilisé pour l'organisation de la conférence *NETmundial*



1. Les résultats de cette conférence seront brièvement analysés au cours du prochain chapitre, voir n[os] 426 et s.

2. Notamment, la Présidente brésilienne avait manifesté sa volonté d'organiser une telle conférence en tant que réaction aux révélations concernant les programmes de vigilance massive étasuniens, lors de son intervention à la 68[e] Assemblée générale des Nations unies, au cours de laquelle elle avait affirmé l'intention brésilienne de « *present proposals for the establishment of a civilian multilateral framework for the governance and use of the Internet and to ensure the effective protection of data that travels through the Web* ». UN, *Statement by H. E. Dilma Roussef, President of the Federative Republic of Brazil, at the Opening of the General Debate of the 68th Session of the United Nations General Assembly*, New York, 24 septembre 2013, p. 2, disponible sur *http://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/BR_en.pdf*

3. Dans ce sens le gouvernement brésilien annonça que le but de la réunion était de « *produce universal Internet principles and an institutional framework for multistakeholder Internet governance. The framework will include a roadmap to evolve and globalize current institutions, and new mechanisms to address the emerging Internet governance topics* ». Dans ce sens : M. L. Mueller, "Booting Up Brazil", in *Internet Governance Project*, 19 nov. 2013, disponible sur *www.internetgovernance.org/2013/11/19/booting-up-brazil/*

4. Voir le site Web officiel de la conférence *NETmundial*, disponible sur *http://NETmundial.br/fr/about/*

5. Dans ce sens, Brenden Kuerbis affirme que « *[i]f you want a casual indicator of ICANN's influence, one need look no further than the [NETmundial] organizational chart file tellingly named the "ICANN-cascade-diagram.jpg"* ». B. Kuerbis, "The 'Iron Cage' of Multistakeholder Governance", *Internet Governance Project*, 24 janvier 2014, disponible sur *www.internetgovernance.org/2014/01/28/the-iron-cage-of-multistakeholder-governance/*

6. Notamment, la transposition du modèle icannien afin d'organiser la Réunion multipartite mondiale sur la gouvernance de l'Internet s'est déroulée grâce au soutien de la « plateforme » *1net*, une initiative stimulée par l'ICANN même, dont la durée a été très éphémère et dont l'objectif est « *to provide an inclusive and open venue supporting discussion of Internet governance matters for all those interested (individuals, governments, civil societies, technicians, etc.) and to deliver the results of those discussions to the agendas of established and developing Internet governance institutions* ». Voir le site Web de la plateforme *1net*, disponible sur *http://1net.org/about*

7. Une telle structure corporatiste semble être à la base de la « plateforme » *1net*, jouissant de la responsabilité de définir les entités en mesure de désigner les candidats aux différents comités composant le mécanisme de gouvernance de la conférence *NETmundial*. Dans ce sens : M. Gurstein, *Multistakeholderism for the Powerful and Well Connected: Tyranny for Everyone Else?*, 27 avr. 2014, disponible sur *https://gurstein.wordpress.com/2014/04/27/multistakeholderism-for-the-powerful-and-well-connected-tyranny-for-everyone-else/*

344 Toutefois, bien que le modèle multipartite icannien vise à élaborer des *policies* de façon participative et inclusive, la régulation de l'ICANN ne peut pas être arrêtée sans l'approbation des « instances de rang supérieur[1] ». Ainsi, nonobstant la régulation du DNS qui est élaborée par le truchement d'une gouvernance multi-parties prenantes, il est essentiel de remarquer que le pouvoir décisionnel de l'ICANN est concentré au sein de son directoire[2], qui l'exerce de façon exclusive. En effet, le directoire est l'unique organe ayant le pouvoir d'approuver, en dernier ressort, les projets de régulation. Par conséquent, on se doit de constater que la démarche *bottom-up*, qui caractérise la phase préparatoire de la régulation icannienne, évolue dans une logique hiérarchique et *top-down* lorsque les « politiques » doivent être approuvées[3].

1. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 302.

2. Au sens des règlements de l'ICANN, le conseil ne peut agir qu'à condition d'obtenir la majorité des votes de tous les membres présents lors de réunions annuelles, sauf stipulation contraire, élargissant la majorité à « tous les membres du conseil d'administration ». ICANN, *Règlements de l'ICANN*, art. II, sect. 1, *op. cit*.

3. Dans ce sens : M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and participation in the governance of critical Internet resources", *op. cit.*, p. 2.

▪ B – Le directoire de l'ICANN

345 Comme nous l'avons évoqué, le pouvoir décisionnel de l'ICANN se concentre au sein de son directoire. Il est essentiel de souligner que le statut juridique de *corporation* californienne de l'ICANN impose la concentration de tout pouvoir exécutif dans le directoire, puisqu'au sens du paragraphe 5210 du *California Corporations Code*, « tous les pouvoirs de la *Corporation* sont dévolus au conseil d'administration qui lui seul peut les exercer ; le conseil d'administration administre les affaires internes de la *Corporation* ». Le directoire de l'ICANN se compose de seize membres ayant le droit de vote, appelés administrateurs ou *directors* et de cinq agents de liaison sans droit de vote[1]. Les membres du directoire sont sélectionnés ou élus à divers titres par les différentes composantes icanniennes[2], à l'exception du président et directeur exécutif ou *President and Chief Executive Officer* qui jouit du droit de vote et qui est élu par les autres membres, une fois que le directoire est établi.

1. Les cinq agents de liaison sans droit de vote sont « habilités à assister aux réunions [et] à participer aux discussions et délibérations du conseil d'administration, et [ont] accès (selon des conditions établies par le conseil d'administration) aux documents fournis aux administrateurs et utilisés dans les discussions, délibérations et réunions du conseil d'administration ». Règlements de l'ICANN, *op. cit.*, art. VI, sect. 1 et 9.5.

2. Voir ci-dessus : le schéma « ICANN 's Multistakeholder model », n° 340.

346 On se doit de remarquer que la composition du directoire est largement influencée par le comité de nomination[1] ou *NomCom* qui sélectionne huit membres avec droit de vote tandis que les trois organisations de soutien élisent deux membres avec droit de vote chacune et les quatre comités consultatifs élisent un membre chacun, parmi lesquels seul le membre

élu par la communauté des utilisateurs Internet jouit du droit de vote[2]. Enfin, un membre du directoire est choisi par l'IETF et un autre par le groupe de liaison technique ou *Technical Liaison Group* (TLG), au sein duquel sont représentées les principales organisations de standardisation technique[3].

1. Au sens de l'article VII, des règlements de l'ICANN, le comité de nomination se compose de :
« 1. un président sans droit de vote, nommé par le conseil d'administration de l'ICANN ;
2. un président élu sans droit de vote, nommé par le conseil d'administration de l'ICANN ;
3. un agent de liaison sans droit de vote nommé par le comité consultatif du système de serveurs racine ;
4. un agent de liaison sans droit de vote nommé par le comité consultatif pour la sécurité et la stabilité ;
5. un agent de liaison sans droit de vote nommé par le comité consultatif gouvernemental ;
6. sous réserve des dispositions de l'article de transition de ces règlements, cinq délégués dotés d'un droit de vote, sélectionnés par le comité consultatif At-Large ;
7. les délégués dotés d'un droit de vote du comité de nomination seront sélectionnés par l'Organisation de soutien aux politiques des noms génériques suivant ce qui est établi dans l'article X de ces règlements ;
a. un délégué du groupe multipartite des registres,
b. un délégué du groupe multipartite des bureaux d'enregistrement,
c. deux délégués du regroupement des utilisateurs commerciaux d'Internet, l'un représentant les utilisateurs commerciaux et l'autre représentant les grandes entreprises,
d. un délégué du collège regroupant les fournisseurs de services Internet,
e. un délégué du regroupement de la propriété intellectuelle, et
f. un délégué des groups des consommateurs et de la société civile, sélectionnés par le regroupement des utilisateurs non commerciaux ;
8. un délégué doté d'un droit de vote sélectionné par les entités suivantes :
a. le conseil de l'organisation de soutien aux politiques des noms de pays (ccNSO),
b. le conseil des organisations de soutien aux politiques d'adressage établi par l'article VIII de ces règlements,
c. le groupe de travail de l'ingénierie Internet, et
d. le groupe de liaison technique de l'ICANN, établi par l'art. XI-A de ces Règlements, et
9. un président adjoint sans droit de vote, qui peut être nommé par le président, à sa seule discrétion, pour exercer sa fonction pendant une partie ou tout le mandat du président ».

2. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. VI, sect. 2.1.e.

3. Le groupe de liaison technique se compose de quatre organisations : l'ETSI, le secteur de la normalisation des télécommunications de l'Union internationale des télécommunications (ITU-T), le W3C et l'IAB. Le but du TLG est de fournir au Conseil de l'ICANN des « sources appropriées de conseil technique sur des questions spécifiques pertinentes aux activités de l'ICANN. Chaque organisation TLG a le droit de nommer deux représentants. Les huit représentants ont la responsabilité de décider si poser une question technique à l'ICANN lorsque l'ICANN ne le demande pas directement à une des organisations représentées au sein du TLG ». ICANN, *The ICANN TLG (Technical Liaison Group)*, disponible sur *www.icann.org/en/groups/tlg*

347 Aussi, dans le but de mettre en œuvre le principe de représentativité consacré par le Livre blanc[1], les règlements originels de l'ICANN prévoyaient la mise en place d'une élection globale et directe[2] de cinq membres du directoire représentant la communauté internautique mondiale, qui avait été subdivisée en cinq régions géographiques[3]. Cette élection directe, fut ouverte à tous les individus jouissant du statut de membre[4] de la communauté icannienne et eut lieu en 2000, en représentant un exemple unique de « démocratie globale[5] ». En effet, les membres de la communauté icannienne étaient considérés comme les éléments constitutifs du « *demos* » internautique à la base de la structure autorégulatoire de l'ICANN. Toutefois, cette procédure démocratique fut abandonnée en raison de la supposée difficulté de mettre en œuvre un processus électoral mondial effectif et, lors de la réforme de l'ICANN de 2002, les modalités de sélection du directoire furent redéfinies[7]. Ainsi, dès 2002, les membres du « *demos* » icannien ne purent plus s'exprimer directement puisque la représentation des intérêts de la communauté internautique fut confiée au nouveau ALAC[8], tandis que

la possibilité de « sélectionner », et non plus d'élire une partie du directoire, fut attribuée au comité de nomination.

1. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

2. Cette élection eu lieu pour la première et unique fois en 2000 : elle fut ouverte à tout individu disposant d'une adresse électronique et enregistré en tant que membre de l'ICANN et vit la participation de 160 000 usagers d'Internet. Toutefois, le 15 décembre 2002, les statuts de l'ICANN furent modifiés, en supprimant l'élection directe d'une partie du conseil. À présent, la représentation internationale est assurée par les règlements de l'ICANN, au sens desquels « un des objectifs de ces dispositions de diversité consiste à garantir que chaque région ait, à tout moment, au moins un administrateur, et qu'aucune région n'ait à un moment donné plus de cinq administrateurs au conseil d'administration (sans compter le président). Dans ces règlements, on désigne par "région géographique" : Europe ; Asie/Australie/Pacifique ; Amérique Latine/Caraïbes ; Afrique ; et Amérique du Nord ». ICANN, *Règlements de l'ICANN, op. cit.*, art. VI, sect. 5.

3. *Ibid*.

4. Toute personne ayant plus de 16 ans, une adresse e-mail et une adresse postale, était autorisée à participer aux élections. Les membres potentiels devaient d'abord envoyer une demande d'adhésion sur le site Web de l'ICANN et attendre ensuite une lettre avec leur numéro identifiant d'électeur qui leur aurait permis de s'enregistrer en ligne. Suite à l'enregistrement, tout membre aurait pu voter sur le site Web de l'ICANN. H. Klein, "The Feasibility of Global Democracy: Understanding ICANN's At-Large Election", *op. cit*., p. 339.

5. *Ibid*., p. 334-336.

6. L'élimination de l'élection directe d'une partie du directoire de l'ICANN a été âprement critiquée comme donnant naissance à une structure « élitiste, bureaucratisé, et modelé comme une entreprise en garantissant des rôles privilégiés aux représentants gouvernementaux et de secteurs industriels spécifiques ». J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 307.

7. L'ALAC se compose de « deux membres sélectionnés par chacune des organisations régionales At-Large ("RALO") […] et de (ii) cinq membres sélectionnés par le comité de nomination. Les cinq membres sélectionnés par le comité de nomination doivent inclure un citoyen d'un pays appartenant à chacune des cinq régions géographiques établies [par l'ICANN]. Chaque RALO constitue le principal forum et point de coordination pour la contribution du public à l'ICANN dans sa région géographique correspondante et doit être une organisation à but non lucratif certifiée par l'ICANN, conformément aux critères et aux normes établies par le conseil d'administration sur les recommandations du comité consultatif At-Large ». *Ibid*., art. XI, sect. 2.4.b et 2.4.g. Les cinq RALO sont composées de structures At-Large qui visent à représenter les utilisateurs individuels d'Internet et sont accréditées par l'ICANN. L'ALAC est l'unique instrument de représentation de la communauté internautique et son pouvoir consiste à nommer un membre avec droit de vote au sein du directoire et cinq délégués avec droit de vote au sein du Comité de nomination. *Ibid.*, art. XI, sect. 2.4.e.

348 À la lumière de ces mutations structurelles, Milton Mueller a souligné que la réforme icannienne de 2002 a déterminé le remplacement d'une structure, caractérisée par la responsabilité du directoire face à des millions d'internautes, par une structure dans le cadre de laquelle la participation de la communauté internautique est minutieusement organisée et filtrée par un groupe exigu d'« initiés » de l'ICANN[1].

1. M. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *Internet Governance Project*, 2009, p. 9, disponible sur *www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/ICANNInc.pdf*

SOUS-SECTION **2**

Une légitimité controversée

349 Au sens du Livre vert, publié par la NTIA en 1998, la légitimité de la *NewCo* envisagée par l'Administration étasunienne devait découler de la « participation des principales parties intéressées » ou « *key stakeholders*[1] » dans le cadre d'un processus inclusif. Ce modèle multipartite devait également être complété par la représentation équitable des différents groupes d'intérêt au sein du directoire[2]. Dans ce sens, l'attribution du monopole

du pouvoir décisionnel au directoire devait être « compensée » par une composition du directoire en mesure de garantir la représentation des parties ayant des intérêts commerciaux aussi bien que celles sans but lucratif[3].

1. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*, p. 8828.

2. *Ibid.*

3. Notamment, le Livre vert suggéra que « *[t]he board of directors for the new corporation should be balanced to equitably represent the interests of IP number registries, domain name registries, domain name registrars, the technical community, and Internet users [commercial, not-for-profit, and individuals]* ». NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*, p. 8828.
Aussi, dans ce sens : J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.*, p. 206.

350 Toutefois, les décisions prises par le directoire de l'ICANN ne sont pas assujetties aux mécanismes d'imputabilité qui encadrent généralement les organes exécutifs privés car, comme le souligne Milton Mueller, d'une part, l'ICANN n'a pas d'actionnaires auxquels rendre des comptes et, d'autre part, le directoire de l'ICANN n'est pas obligé de prendre des décisions optimales sous le profil de l'efficacité et de l'efficience économique, puisque l'activité icannienne n'est pas insérée dans une logique concurrentielle[1]. Parallèlement, en raison de sa nature non étatique et ne jouissant donc pas de la puissance publique, l'ICANN est obligée d'utiliser une démarche ascendante et consensuelle afin de légitimer sa régulation sur la base de la participation des *stakeholders* qui seront assujettis aux règles élaborées. Ainsi, dès sa conception, l'ICANN a essayé d'asseoir sa légitimité en impliquant directement les différents *stakeholders*, pour que son autorité sur le DNS fût perçue en tant qu'expression de la volonté générale de la communauté internautique[2]. En effet, comme Jonathan Weinberg l'a mis en exergue, l'ICANN a utilisé trois techniques différentes afin de se légitimer : la définition de son processus d'élaboration des « politiques » sur le modèle participatif délinéé par l'APA étasunien ; l'inclusion à la fois dans son directoire et dans ses organisations de soutien des représentants d'une vaste gamme de groupes d'intérêt ; et l'élaboration de ses instruments régulatoires de façon « consensuelle » afin de répliquer les modalités décisionnelles des organisations de standardisation Internet[3].

1. M. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*

2. Comme l'explique Jonathan Weinberg, l'ICANN ne peut pas atteindre ses objectifs sans la coopération des différents acteurs du DNS. En effet, la participation et la coopération des différents *stakeholders* du système icannien sont essentielles puisque l'ICANN ne dispose pas d'une souveraineté lui permettant d'imposer son autorité. *Ibid.*, p. 215 et 256.

3. *Ibid.*, p. 225-256.

351 La méthode participative prônée par l'ICANN vise donc à reproduire, d'une part, la légitimation procédurale typique des organisations de standardisation[1] et, d'autre part, le droit de participer au processus de régulation ou *rulemaking* conféré par la procédure administrative étasunienne à tout citoyen[2]. En effet, le processus d'élaboration de la régulation icannienne semble distiller les éléments participatifs aussi bien du droit coutumier

internautique[3] que du droit administratif étasunien, en permettant aux différents *stakeholders* de participer directement à la conception des projets de régulation, qui sont ensuite diffusés en tant que *Requests for Comments* afin que toute partie intéressée puisse soumettre ses observations et ses commentaires au cours d'une période déterminée. Comme nous l'avons évoqué, la technique de la *Request for Comments* (RFC) ne concerne pas exclusivement l'IETF mais représente une étape fondamentale de la procédure administrative étasunienne, consacrée par la section 553(c) de l'APA[4]. Ainsi, la procédure techno-administrative mise en place par l'ICANN se révèle un élément essentiel afin de légitimer l'élaboration des *policies* icanniennes, en considérant le résultat de ce processus comme la simple cristallisation du consensus des différents *stakeholders* autour de solutions régulatoires partagées.

1. M. L. Meuller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 6.

2. APA, sect. 553 (c), *op. cit.*

3. Voir n[os] 216 et s.

3. Force est de souligner que l'APA même fut adoptée par le Congrès étasunien – le 11 juin 1946 – afin de légitimer la réglementation élaborée par les agences administratives fédérales en les réconciliant avec les exigences démocratiques. En effet, comme le remarque Elisabeth Zoller, les « règlements [rules] » qui sont issus des agences sont élaborés « par des experts que le sens commun voit plutôt comme des bureaucrates dénués de la moindre onction de suffrage populaire ». E. Zoller, « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *RFDA*, 2004, p. 757.

352 Le « processus ascendant » de l'ICANN doit donc être considéré comme le mécanisme permettant la mise en œuvre d'une véritable négociation multipartite de la régulation du DNS. En effet, on se doit de remarquer que l'élaboration de la régulation icannienne ne s'inspire pas simplement de l'APA, puisqu'elle ressemble fortement à la « procédure négociée » prévue par le *Negotiated Rulemaking Act* étasunien de 1990. Selon ce dernier, il est nécessaire d'obtenir le consensus des parties intéressées, qui se réunissent au sein d'un comité de négociation[1] ou *negotiated rulemaking committee*, avant de pouvoir adopter un règlement[2]. Dans ce sens, les « politiques » icanniennes sont conçues par les représentants des groupes d'intérêts qui peuvent se réunir dans des « équipes d'étude[3] » et qui élaborent des « rapports[4] » concernant des « problématiques[5] » spécifiques. Par la suite, ces rapports seront commentés par « toute personne ou organisation intéressée » pendant la période de consultation publique et, subséquemment, seront soumis à la délibération du conseil de l'organisation de soutien[6]. Lorsque la majorité qualifiée des membres du conseil de l'organisation de soutien intéressée approuve le rapport commenté, ce document est transmis au directoire, en tant que recommandation, afin que l'organe décisionnel de l'ICANN s'exprime sur son adoption[7].

1. Au sens du *Negotiated Rulemaking Act*, « *"negotiated rulemaking committee" or "committee" means an advisory committee established by an agency* […] *to consider and discuss issues for the purpose of reaching a consensus in the development of a proposed rule* ». Au sein du comité de négociation, siègent donc les représentants des groupes d'intérêt qui seront éventuellement touchés par la régulation proposée. *Negotiated Rulemaking Act*, 1990, 5 United States Code, para. 562.7, disponible sur *www.archives.gov/federal-register/laws/negotiated-rulemaking/562.html*

2. Dans ce sens : J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.*, p. 255.

3. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, Annexe A : Processus d'élaboration des politiques de la GNSO, sect. 7.

4. *Ibid*., sect. 7.e.

5. *Ibid*.

6. *Ibid*., et Annexe B : Processus d'élaboration des politiques de la ccNSO (ccPDP).

7. *Ibid*.

353 Toutefois, la possibilité de s'exprimer par le biais de commentaires ne détermine pas automatiquement une représentation effectivement « équitable » de toutes les parties prenantes et, pour cette raison, les procédures icanniennes ont fait l'objet de nombreuses critiques concernant leur manque de transparence ainsi que l'existence de filtres réduisant leur degré d'ouverture[1]. Ainsi, comme le remarque Olivier Iteanu, la structure icannienne est entourée par « une épaisse brume faite d'acronymes multiples qui recouvrent des réalités très diverses[2] » tandis que ses « procédures de travail et de décisions […] font la part belle à ceux qui sont capables de disposer du temps et des moyens de suivre sur l'ensemble de la planète des échanges disparates et peu structurés. Ainsi, peu nombreux sont ceux qui ont une connaissance réelle des travaux de l'ICANN[3] ». En outre, bien que les prérogatives icanniennes concernent formellement la « coordination technique et la gestion du DNS[4] », on se doit de souligner que les nombreuses parties impliquées dans l'élaboration des « politiques » de l'ICANN – comme, par exemple, celles concernant la définition des modalités d'élargissement de l'espace de nommage et du nombre de nouveaux noms de domaine génériques – sont porteuses de forts intérêts économiques, qui présupposent des revendications concurrentes et rendent très ambitieux l'aboutissement à une solution « consensuelle ». En effet, on se doit de remarquer que l'hétérogénéité ainsi que la conflictualité des intérêts impliqués dans l'administration du DNS mettent en évidence la difficulté de l'aboutissement à une solution « démocratique[5] » tout en obligeant l'ICANN à se soumettre « aux fourches caudines d'intérêts privés alors qu'elle affirme qu'elle défend l'intérêt général ou plutôt [devenir l'] arbitre entre des intérêts privés au nom de la stabilité du système[6] ».

1. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 71-73 ; J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.*, p. 212-213.

2. O. Iteanu, "L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence?" *Homo Numericus*, 2002, p. 10, disponible sur *www.homo-numericus.net/article154.html*

3. *Ibid*.

4. Dans ce sens : L. Strickling, "Should the Department of Commerce Relinquish Direct Oversight Over ICANN?", *Testimony of The Honorable Lawrence E. Strickling Assistant Secretary for Communications and Information National Telecommunications and Information Administration United States Department of Commerce Before the Subcommittee on Courts, Intellectual Property, and the Internet Committee on the Judiciary United States House of Representatives*, 10 avr. 2014, disponible sur *http://judiciary.house.gov/_cache/files/8fd91090-d800-4500-8e9e-e283f52ed2f3/041014-icann-strickling.pdf*

5. Dans ce sens, Anja Kovacs souligne que « *although ICANN likes to posit itself as an organization rooted in communities, where policy is developed from the bottom up, this wonderfully democratic discourse stands in rather ugly contrast to the quite questionable practices that are all too frequently reported from the organization* ». A. Kovacs, "The ICANN-US DOC 'Affirmation of Commitments' – A Step Forward?", *in* ICANN, *Noncommercial Users Constituency (NCUC)*, 7 oct. 2009, disponible sur *http://ncuc.org/profiles/blogs/the-icannus-doc-affirmation-of*.

6. O. Iteanu, « L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de *law intelligence*? », *op. cit.*, p. 9.

354 Il est donc évident que les attributions icanniennes excédant le domaine purement technique assument les caractères d'une véritable régulation, dont la légitimité est assurée exclusivement par le bon déroulement d'une procédure inclusive et équitable, ainsi que par l'existence de mécanismes de réexamen des décisions du directoire. Pour cette raison, les règlements de l'ICANN prévoient un processus de « réexamen » des décisions, qui peut être invoqué par « toute personne ou entité substantiellement touchée par une quelconque action de l'ICANN[1] », dans le but de garantir la « révision indépendante des actions de l'ICANN ainsi que la révision périodique de sa structure et de ses procédures[2] ». Ainsi, la légitimité des décisions icanniennes ne se fonde pas simplement sur l'ouverture du processus d'élaboration de ses « politiques » puisqu'elle est corroborée par la mise en place d'un comité de révision indépendant[3] ou *Independent Review Process Panel* (IRP Panel), faisant en sorte que l'ICANN reste dans les limites de son autorité. En effet, l'IRP Panel peut être activé par « toute personne matériellement affectée par une décision ou action du conseil d'administration qu'elle juge incompatible avec le statut ou le règlement[4] ».

1. *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. IV, sect. 1 et 2.
2. *Ibid*., sect. 2.
3. *Ibid*., sect. 3.
4. *Ibid*., sect. 3.2.

355 Toutefois, en dépit de l'existence de l'IRP Panel, force est de remarquer que ni le statut ni les règlements de l'ICANN ne contiennent de contraintes significatives en ce qui concerne ses décisions. En effet, tel que l'explique Jonathan Weinberg, ces deux documents limitent très faiblement l'activité icannienne en prévoyant une simple interdiction de revêtir les fonctions de « registre de noms de domaine, de bureau d'enregistrement ou encore de registre d'adresses IP en concurrence avec des entités touchées par les politiques de l'ICANN[1] » et par la prohibition d'appliquer « ses normes, politiques, procédures ou pratiques de façon inéquitable et [de favoriser] une partie spécifique à moins que cela ne soit justifié par un motif sérieux et valable, telle que la promotion d'une concurrence efficace[2] ». Aussi, bien que l'ICANN ait essayé de se légitimer en mettant en œuvre des processus inspirés de la procédure administrative étasunienne, l'activité de l'ICANN n'est pas soumise à un contrôle juridictionnel[3], tel que l'activité des *agencies* étasuniennes, car le comité de révision indépendant de l'ICANN ne peut pas censurer des décisions déraisonnables, arbitraires ou relevant d'un abus de discrétion[4]. En effet, tel que le remarque Milton Mueller, bien que l'ICANN ait mis en œuvre plusieurs mécanismes d'imputabilité, aucun d'entre eux ne semble atteindre cet objectif de façon appropriée[5].

1. Dans ce sens : *ibid.*, art. II, sect. 2 et 3. Aussi : J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.*, p. 231.
2. *Ibid.*
3. Ainsi, Jonathan Weinberg relève que, dans le contexte des agences administratives fédérales, « *it is judicial review for rationality and statutory faithfulness that drives the agency's own commitment to process and rationality. But there is*

no ICANN institution that performs the function that judicial review performs for administrative agencies ». J. Weinberg, « ICANN and the Problem of Legitimacy », *op. cit.*, p. 258.

4. *Ibid.*

5. M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 18.

356 Enfin, il est essentiel de souligner que, bien que la structure initiale de l'ICANN eût été conçue pour permettre aux internautes du monde entier d'être représentés au sein de son directoire, à présent la légitimation icannienne ne se fonde plus sur une « représentativité mondiale » mais sur l'ouverture et sur l'« inclusivité » supposée de son processus, qui vise à impliquer directement la communauté internautique dans l'élaboration de la régulation du DNS. Ainsi, comme nous le mettrons en lumière dans la prochaine section, le « croisement génétique » du *modus operandi* de la communauté technique et de la procédure administrative étasunienne ont donné lieu à une véritable structure hybride dont l'objectif est l'administration du DNS et dont l'unique source de légitimité est la participation directe des différents *stakeholders*.

357 N'étant pas un régulateur de nature publique ou une organisation intergouvernementale, l'ICANN est donc contrainte à asseoir la légitimité de ses *policies* sur la base d'un processus participatif impliquant le plus grand nombre de parties intéressées dans l'élaboration de ces outils régulatoires. Le processus icannien vise donc à institutionnaliser l'impératif participatif habermassien, selon lequel la légitimité d'une règle dépend de la mise en place d'une « recherche coopérative de la vérité » par le biais d'un processus délibératif inclusif et équitable, dans le cadre duquel tous les membres de la communauté qui sera assujettie à la règle doivent avoir la possibilité de participer afin de dégager une solution optimale[1].

1. J. Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. par R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997. Aussi, dans ce sens : M. A. Frooomkin, « *Habermas@discourse.net*: Toward a Critical Theory of Cyberspace », *Harvard Law Review*, vol. 116, nº 3, janv. 2003, disponible sur *http://personal.law.miami.edu/~froomkin/discourse/ils.pdf*

SeCtiON **2**

Une administration « hybride » pour une régulation globale

358 Au cours de cette section, nous mettrons en lumière le caractère doublement hybride[1] de l'ICANN. En premier lieu, l'analyse des attributions icanniennes nous permettra de souligner l'impossibilité de considérer cette entité comme une simple organisation de coordination technique, en raison de l'évidente fonction de régulation que l'ICANN exerce sur le marché d'enregistrement des noms de domaine génériques. Dans ce sens, nous

mettrons en exergue le fait que l'ICANN ne se limite pas à affecter des ressources de numérotation et à administrer le fichier racine, puisqu'elle jouit d'un véritable pouvoir réglementaire concernant à la fois la définition des conditions d'enregistrement de gTLDs et les règles de création de nouvelles extensions génériques ainsi que celles sur la base desquelles doivent se résoudre les conflits relatifs à l'enregistrement abusif de noms de domaine. Comme nous le remarquerons, le régime icannien suggère l'existence d'un véritable système juridique privé en mesure d'encadrer le marché de l'enregistrement tout en donnant lieu à une véritable administration cyberterritoriale.

1. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *Law & Contemporary Problems*, vol. 68 ; B. Kingsbury et L. Casini, "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations", *International Organizations Law Review*, nº 6, 2009 ; D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les cahiers de droit*, vol. 53, nº 1, mars 2012.

359 En second lieu, l'examen de l'architecture icannienne nous permettra de montrer la coexistence de traits distinctifs issus de trois typologies organisationnelles différentes qui confèrent un caractère hybride à la structure organisationnelle même de l'ICANN. Notamment, comme nous l'avons argué dans la première section de ce chapitre, les politiques icanniennes sont élaborées par le biais d'un processus *bottom-up*, qui caractérise les organisations de standardisation Internet. La prise de décisions est déléguée à un conseil d'administration, suivant le modèle des « *corporations* » de nature privée. Enfin, la présence de structures de représentation des parties intéressées, ainsi que de mécanismes visant à la participation et à la négociation des projets de régulation suggère une similitude avec une agence administrative étasunienne[1].

1. Dans ce sens : M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 2 ; J. Palfrey, "The End of the Experiment: How ICANN's Foray into Global Internet Democracy Failed", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 17, nº 2, 2004, p. 425.

360 La mission de l'ICANN consiste à maintenir l'unicité et le bon fonctionnement de la structure hiérarchique sous-jacente au réseau Internet, en coordonnant les « systèmes mondiaux d'identificateurs uniques d'Internet et notamment [en en assurant] la stabilité et la sécurité d'exploitation[1] ». Dans ce sens, le Livre blanc sur la base duquel l'ICANN a été conçue avait prévu que la *NewCo* se limite au « management technique » du DNS, n'affectant pas ainsi l'état des « droits existants[2] ». Toutefois, la croissance exponentielle de l'Internet a engendré l'évolution de l'administration du DNS d'une tâche essentiellement technique à une prérogative ayant des conséquences d'ordre politique, juridique et économique[3]. En effet, on se doit de remarquer que l'activité icannienne inclut à la fois des prérogatives techniques et régulatoires, pouvant établir des politiques publiques internationales. Notamment, en dehors de la coordination des paramètres techniques nécessaires au maintien de la connectivité universelle de l'Internet, l'ICANN jouit du pouvoir de déterminer les entités qui peuvent devenir

des bureaux d'enregistrement, par le biais de leur accréditation, tout en définissant les conditions d'enregistrement des noms de domaine ; de décider quelles nouvelles extensions peuvent être ajoutées au DNS ; et de définir le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine ou *Uniform Dispute Resolution Policy* (UDRP), qui encadre les droits de propriété concernant les noms de domaine par le biais d'une régulation à vocation mondiale.

1. Selon son règlement intérieur, « […] l'ICANN : 1) Coordonne l'allocation et l'attribution des trois ensembles d'identificateurs uniques pour l'Internet, à savoir : a) les noms de domaine [formant un système appelé "DNS"] ; b) les adresses de protocole Internet ["IP"] ainsi que les numéros de systèmes autonomes ["AS"] et les numéros des ports de protocoles et des paramètres. 2) Coordonne l'exploitation et l'évolution du système des serveurs racine des noms du DNS. 3) Coordonne le développement des politiques associées de façon raisonnable et pertinente à ces fonctions techniques ». ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. I, sect. 1.

2. Selon le Livre blanc, « *existing human rights and free speech protections will not be disturbed and, therefore, need not be specifically included in the core principles for DNS management* ». NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

3. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*

361 Ainsi, bien que l'ICANN ne se considère pas comme une agence de régulation, seule sa fonction de coordination de l'exploitation du système des serveurs racine du DNS relève du domaine purement technique[1], tandis que toutes ses autres fonctions présentent des traits typiquement régulatoires. La « gestion » du DNS demande donc la définition d'un régime d'enregistrement des noms de domaine afin de pouvoir équilibrer les intérêts conflictuels qui déterminent l'opposition de droits reconnus dans le « monde réel » – notamment, le droit des marques – avec les aspects « non réglementés » de l'Internet[2]. Dans ce sens, Konstantinos Komaitis a mis en exergue que l'un des objectifs fondamentaux de la création de l'ICANN était la définition des mesures nécessaires à la régulation du DNS, que le DoC était incapable, ou refusait, d'élaborer spontanément[3].

1. K. E. Fuller, "ICANN: The Debate Over Governing the Internet", *op. cit.*, p. 4.

2. J. P. Kesan et A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: The Case of ICANN", *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 4, nº 2, 2008, p. 357.

3. K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*

362 Force est donc de souligner que, bien que l'ICANN ne soit pas une *agency* étasunienne ou une organisation intergouvernementale constituée selon le droit international, une partie de son activité a un indéniable caractère régulatoire. En effet, bien que le mandat de l'ICANN se limite à la coordination technique du système de nommage et d'adressage, les décisions icanniennes affectent la régulation du réseau Internet dans des domaines tels que la propriété intellectuelle, la protection des données personnelles, la liberté d'expression et d'association et la cybersécurité[1]. Dans ce sens, les « politiques » icanniennes sont susceptibles de délinéer une partie des obligations juridiques des registres et des bureaux d'enregistrement, telles que les conditions à respecter pour pouvoir créer de nouveaux gTLDs ou les données personnelles qui doivent être recueillies afin de répertorier

tous les titulaires de noms de domaine dans une base de données unique, à savoir la base Whois[2]. La définition de tels éléments ne peut pas être qualifiée de « coordination technique » et c'est précisément en raison de la fonction régulatoire de l'ICANN que cette organisation est douée d'un comité consultatif gouvernemental dont le rôle est d'exprimer des avis concernant les décisions icanniennes pouvant impacter des questions de politique publique[3].

1. Dans ce sens : L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, Report for Congress, January 2, 2013, p. 6-7, disponible sur *www.fas.org/sgp/crs/misc/R42351.pdf*. M. Zalnieriute et T. Schneider, *ICANN's Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values*, *op. cit.* Aussi, dans la même perspective, Konstantinos Komaitis souligne que « *choosing new suffixes to be added to the root zone on the basis of social utility from among multiple technically qualified providers, fixing the business models of registrars, enforcing dispute resolution procedures on millions of unwilling businesses and consumers, accrediting dispute resolution providers, writing substantive and procedural rules for the disputes, none of these tasks are "technical" standard setting in any routinely meaningful sense of the world* ». K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*, p. 5.

2. La base de données Whois est une base de données concernant tout nom de domaine enregistré. Elle est consultable à partir de tout ordinateur connecté et ses données, dénommées « données Whois », « incluent des éléments comme les dates de création et d'expiration des enregistrements de domaine, les noms des serveurs et l'information de contact entre le registrant et les représentants administratifs et techniques ». Au sens des accords gTLD de l'ICANN « les registres et les bureaux d'enregistrement offrent des pages web interactives et un service Whois […] fournissant l'accès public aux données des noms enregistrés ». À l'origine, le protocole Whois fut consacré dans la *RFC 954*, publiée en 1985 mais la spécification actuelle est entérinée dans la *RFC 3912*. Voir la page « Whois », disponible sur *www.icann.org/fr/node/1145354*.

3. Voir n[os] 370 et s.

363 Enfin, on se doit de souligner qu'en visant directement les registres et les bureaux d'enregistrement en dépit de leur localisation géographique, la régulation privée icannienne présente un évident caractère transnational qui est susceptible d'affecter l'ensemble des usagers d'Internet au niveau global[1]. Parallèlement, force est de souligner que l'ICANN poursuit des objectifs « d'intérêt public mondial[2] » et revêt donc une « fonction publique globale », puisqu'elle jouit du pouvoir de déterminer les extensions de premier niveau qui peuvent être ajoutées au fichier racine lui permettant donc de réguler *de facto* le marché global des noms de domaine[3].

1. Dans ce sens : G. Teubner, "Global Private Regimes: Neo-Spontaneous Law and Dual Constitution of Autonomous Sectors?", *in* K.-H. Ladeur (ss. la dir.) *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate, 2004, p. 71 et 82 ; H. Schepel, *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Hart Publishing, 2005, cité par B. Carotti, "ICANN and Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 10.

2. Pour une digression au sujet de l'intérêt public global, J. Morison et G. Anthony, "The Place of Public Interest", *in* G. Anthony *et al*. (ss. la dir.), *Values in Global Administrative Law*, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 215 et s.

3. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 46.

364 Dans le souci de comprendre les dynamiques de la gouvernance du DNS et ses conséquences régulatoires, dans la première sous-section de cette section, nous mettrons en lumière le mécanisme participatif permettant aux différentes parties prenantes de concourir à l'élaboration de la régulation icannienne et de contribuer à la mise en place d'un processus d'imputabilité des décisions icanniennes. Par la suite, au cours de la deuxième sous-section (voir n[os] 387 et s.), nous éluciderons les caractéristiques de la régulation icannienne et le mécanisme par le biais duquel celle-ci est mise en œuvre.

SOUS-SeCtiON 1

Un mécanisme de gouvernance « collaborative » ?

365 La doctrine étasunienne a élaboré la notion de « gouvernance collaborative » qui soutient la nécessité d'un processus participatif et négocié[1] dans le but de la réglementation des secteurs dont la complexité fait en sorte « qu'aucun acteur, public ou privé, ne dispose [de la totalité] des connaissances et des moyens nécessaires[2] » pour les réguler. En effet, dans une situation de gouvernance collaborative, la participation des représentants de toutes les parties prenantes – c'est-à-dire les agences, les parties réglementées et les bénéficiaires de la réglementation – est une condition essentielle afin de permettre la mise en œuvre de la négociation par le biais de laquelle sera issue la réglementation. La collaboration doit donc être considérée comme un « processus par le biais duquel les parties qui voient des aspects différents d'une même problématique peuvent explorer constructivement leurs différences et envisager des solutions qui aillent au-delà de leur propre vision limitée du problème[3] ». La gouvernance collaborative se fonde donc sur un processus inclusif dans le cadre duquel les pouvoirs publics ne se limitent pas à exploiter les expertises des parties prenantes de façon consultative, mais s'engagent à partager l'autorité régulatoire avec les acteurs impliqués et arrêtent les recommandations qu'ils ont élaborées conjointement. En effet, les processus de gouvernance collaborative utilisés dans le cadre du management public étasunien visent explicitement à impliquer le secteur public, le secteur privé, les organisations non gouvernementales et les citoyens dans l'élaboration des recommandations partagées[4].

1. Par exemple : L. B. Bingham, "Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Citizen and Stakeholder Voice", *Missouri Journal of Dispute Resolution*, nº 2, 2009 ; B. Gray, "Collaborating: Finding Common Ground for Multiparty Problems", Jossey-Bass Management Series, San Francisco, 1989 ; C. Hardy et N. Phillips, "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *op. cit.* ; W. D. Leach, "Collaborative Public Management and Democracy: Evidence from Western Watershed Partnerships", *Public Administration Review*, Special issue, nº 66, 2006, p. 100-110 ; J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *Public Administration Review*, vol. 72, nº 3, 2012, p. 409-417.

2. N. Holec et G. Brunet-Jolivald, *« Gouvernance », op. cit.*, p. 11. Aussi, dans ce sens, voir nos 47 et s.

3. B. Gray, "Collaborating: Finding Common Ground for Multiparty Problems", *op. cit.*, p. 5. Aussi, dans le même sens : L. B. Bingham, "Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Citizen and Stakeholder Voice", *op. cit.* ; R. B. Thompson, "Collaborative Corporate Governance: Listing Standards, State Law and Federal Regulation", *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003.

4. Dans ce sens : J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *op. cit.*, p. 409-410.

366 Comme nous l'avons souligné, depuis sa création, l'ICANN a fondé sa légitimité sur la participation et l'engagement des différents *stakeholders*, en arguant que ses décisions ne sont pas imposées mais négociées avec toutes les parties intéressées, c'est-à-dire avec les différents groupes d'intérêt représentés dans les organisations de soutien ainsi que les gouvernements représentés dans le comité consultatif gouvernemental[1]. Toutefois, étant

une entité privée, l'ICANN ne dispose pas de la légitimité et de l'imputabilité, qui sont associées à la puissance publique et qui sont nécessaires à la mise en œuvre de la gouvernance collaborative, dans le cadre administratif étasunien. En effet, ce processus ne peut pas faire abstraction de la présence d'un acteur public – tel qu'une *agency* – pour que ses résultats soient formellement reconnus comme une régulation négociée, fruit d'une gouvernance collaborative[2].

1. On se doit de rappeler que la création d'un GAC vise explicitement à préserver les intérêts des pouvoirs publics du monde entier. Au sens des règlements de l'ICANN, le GAC « étudie et donne des conseils sur les activités de l'ICANN lorsque celles-ci ont trait à des préoccupations des gouvernements, notamment aux questions pour lesquelles il peut y avoir une interaction entre les politiques de l'ICANN et diverses lois et accords internationaux ou susceptibles d'affecter des enjeux de réglementation publique. b. L'adhésion au comité consultatif gouvernemental est ouverte à tous les gouvernements nationaux. L'adhésion est également ouverte aux économies distinctes, reconnues dans les instances internationales, ainsi qu'aux organisations gouvernementales multinationales et établies par traité, sur invitation du comité consultatif gouvernemental par le biais de son président ». ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. XI, sect. 2.1.

2. Dans ce sens, par exemple : J. M. Purdy, "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *op. cit.* ; R. B. Thompson, "Collaborative Corporate Governance: Listing Standards, State Law and Federal Regulation", *op. cit.*

367 Ainsi, force est de s'interroger sur la nature même du processus icannien car, bien que sa régulation soit le résultat d'une négociation multipartite, l'ICANN demeure une organisation à but non lucratif et non pas une agence de régulation. Comme nous l'avons remarqué, la délégation de pouvoir réglementaire à l'ICANN peut être considérée comme « contraire à la doctrine constitutionnelle étasunienne qui prohibe la délégation de pouvoirs publics à des groupes privés[1] » car, en vertu de sa nature privée, l'ICANN n'est pas assujettie à l'APA dont le respect s'impose à tout organisme public étasunien. En effet, il est essentiel de remarquer que l'attribution de pouvoirs régulatoires à une entité non étatique peut se révéler particulièrement dangereuse car une « légifération privée est antidémocratique, même si elle pouvait être considérée comme particulièrement efficace ou rationnelle[2] ». La nature privée de l'ICANN détermine donc son exemption du contrôle de la procédure administrative définie par l'APA – notamment, en ce qui concerne les obligations de transparence et d'impartialité – ainsi que des mécanismes de contrôle juridictionnel, traditionnellement prévus afin d'empêcher la prise de décisions arbitraires, l'abus de confiance et la corruption.

1. Voir n° 8, note 11. Cette doctrine fut explicitée à partir de l'affaire *Carter c/ Carter Coal Co.*, 298 US 238, 311 (1936), selon laquelle la délégation de pouvoirs publics à un groupe privé est « le pire type de délégation législative ». M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, note 30.

2. L. Schultz Bressman, "Schechter Poultry at the Millennium: A Delegation Doctrine for the Administrative State", *Yale Law Journal*, vol. 109, n° 6, 2000, cité par J. Boyle, "A nondelegation doctrine for the digital age?", *Duke Law Journal*, vol. 50, n° 5, 2000, note 34.

368 Comme nous l'avons évoqué, le processus d'élaboration de la réglementation négociée ne peut pas faire abstraction de la coordination d'un organisme public – tel que le « comité de négociation[1] » en droit étasunien – qui doit

réunir les représentants des parties intéressées et stimuler la production de règles de façon consensuelle afin qu'elles soient promulguées et appliquées par les pouvoirs publics[2]. La nature privée de l'ICANN ne permet donc pas de considérer son processus comme apte à l'élaboration d'une réglementation négociée. En revanche, le processus icannien doit être interprété comme un effort de collaboration entre des pouvoirs publics et des intérêts privés visant à délinéer une régulation privée dont l'application doit s'appuyer sur l'existence d'un lien contractuel puisqu'elle n'est pas promulguée par un organisme public[3].

1. *Negotiated Rulemaking Act*, 1990, *op. cit.*, para. 562.7.

2. C. Coglianese, "Assessing Consensus: The Promise and Performance of Negotiated Rulemaking", *Duke Law Journal*, nº 46, 1997, p. 1255 et s.

3. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process", *op. cit.*, p. 214.

369 Toutefois, force est de remarquer qu'en dépit de sa fonction de régulation, l'ICANN refuse d'être considérée comme un régulateur[1] et se définit plutôt comme une organisation technique, telle que l'IETF et le W3C, en affirmant être un simple « véhicule de la volonté de la communauté internautique[2] ». Dans ce sens, son rôle consisterait donc exclusivement à faciliter la cristallisation de solutions consensuelles[3] – par le truchement d'un processus participatif et ascendant – concernant les questions de coordination technique du DNS, et à la mise en œuvre successive des résultats de ce processus consensuel. Ainsi, bien que le processus de négociation icannien équivale de facto à une gouvernance collaborative, cela ne peut pas être catégorisé dans ces termes en raison de la nature privée de l'ICANN.

1. En effet, l'ICANN a toujours affirmé que seulement « *the willingness of members of the Internet Community to participate in and abide by the consensus development process that is at the heart of ICANN' makes people do what it says, not coercion or regulation* ». K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*, p. 4.

2. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", p. 300.

3. K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*, p. 4.

§ 1 – Le rôle « consultatif » des pouvoirs publics

370 Comme nous l'avons évoqué, l'ICANN a été conçue afin de permettre la transition vers une gestion privée du système de noms de domaine[1]. Pour cette raison, le DoC avait prévu qu'aucun pouvoir public n'ait la possibilité de revêtir un rôle actif ni dans la coordination technique, ni dans la régulation du spectre des noms de domaine, à l'exception du rôle de « supervision » exercé par l'Administration étasunienne[2]. Ainsi, comme nous avons pu le lire sous la plume de Wolfgang Kleinwächter, les règlements originaires de l'ICANN avaient consacré son indépendance de toute ingérence d'origine publique par le biais de trois stratégies convergentes[3]. En premier lieu, les règlements originaires prévoyaient qu'aucun fonctionnaire rattaché

à un gouvernement national ou à une organisation intergouvernementale ne pouvait pas être nommé membre du directoire et qu'aucun pouvoir public ne pouvait avoir un accès direct aux procédures de vote du *Board*[4]. En deuxième lieu, bien que d'autres comités consultatifs aient eu un rôle participatif dans le processus décisionnel, le GAC avait reçu des fonctions exclusivement consultatives[5] et, enfin, les pouvoirs publics représentés au sein du GAC pouvaient formuler exclusivement des recommandations non contraignantes qui pouvaient être rejetées par le directoire sans avoir la nécessité de justifier son choix[6].

1. Dans ce sens, le Livre blanc affirmait que le gouvernement étasunien était « *committed to a transition that will allow the private sector to take leadership for DNS management. […] The US Government would prefer that this transition be complete before the year 2000* ». NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

2. À ce sujet, le Livre blanc prévoyait que « *neither national governments acting as sovereigns nor intergovernmental organizations acting as representatives of governments should participate in management of Internet names and addresses. Of course, national governments now have, and will continue to have, authority to manage or establish policy for their own ccTLDs* ». *Ibid*.
Pour une digression dans ce sens : J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.* ; *id*., "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 297.

3. W. Kleinwächter, "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *op. cit*., p. 1104-1105.

4. Selon le règlement originaire de l'ICANN, « *no official of a national government or a multinational entity established by treaty or other agreement between national governments may serve as a Director. As used herein, the term "official" means a person (a) who holds an elective governmental office or (b) who is employed by such government or multinational entity and whose primary function with such government or entity is to develop or influence governmental or public policies* ». ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, A California Nonprofit Public-Benefit Corporation as effective 6 November 1998, op. cit.*, art. V, sect. 5.

5. La seule exception à la non-participation gouvernementale fut la création de deux groupes constitutifs de la *Protocol Supporting Organization* (PSO) dans lesquels étaient représentées des unités d'inter-gouvernementales, c'est-à-dire l'UIT, et l'Institut européen des normes de télécommunication. W. Kleinwächter, "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *op. cit.*, p. 1104.

6. Selon le règlement originaire de l'ICANN, afin de pouvoir exprimer des commentaires, le Comité consultatif gouvernemental aurait dû être sollicité par le conseil d'administration qui aurait, ensuite, dû examiner les commentaires du GAC avant d'agir. *Ibid*., art. VII, sect. 3.a.

371 L'ICANN se fondait donc sur un modèle autorégulatoire complètement indépendant de toute ingérence gouvernementale non étasunienne[1], car la structure originaire du GAC attribuait aux pouvoirs publics la possibilité de communiquer leurs points de vue tout en étant dépourvus d'une quelconque influence[2]. Dans ce cadre, le DoC représentait l'unique entité à laquelle l'ICANN aurait dû rendre des comptes en raison du pouvoir de « supervision » du DoC qui constituait donc la seule forme de responsabilisation de l'ICANN ainsi que l'unique vecteur d'influence étatique qui était formellement justifiée par l'exigence de « supporter le secteur privé dans le développement des mécanismes nécessaires pour le bon fonctionnement de l'Internet[3] ». Aussi, au sens des règlements de l'ICANN, les pouvoirs publics représentés au sein du GAC auraient pu exercer leur fonction consultative seulement lorsqu'ils étaient sollicités par le directoire de l'ICANN. Aucune entité publique n'était donc impliquée dans le processus autorégulatoire icannien, en dehors de la supervision du DoC. Ce processus était expressément délégué à des sujets privés devant élaborer

des « politiques » de façon consensuelle afin de les proposer au directoire de l'ICANN pour qu'il les vote et les rende effectives.

1. Voir nº 330.
2. Dans ce sens : J. Weinberg, "Governments, Privatization, and 'Privatization': ICANN and the GAC", *op. cit.*, p. 194.
3. *Ibid*., p. 195.

372 Cependant, l'existence même d'un comité gouvernemental chargé d'exprimer des avis sur des questions de politique publique implique la reconnaissance de la valeur régulatoire des décisions icanniennes ayant un impact direct sur les politiques publiques internationales. Notamment, au sens des principes organisationnels du GAC, le rôle de ce comité consiste à « considérer et fournir des avis au sujet des activités de l'ICANN lorsqu'elles concernent les gouvernements et quand elles peuvent avoir un impact sur des sujets de politique publique[1] ». Un tel élément équivaut à une admission explicite de l'existence de compétences icaniennes qui excèdent la simple coordination technique, ayant une nature essentiellement régulatoire qui intéresse directement les politiques étatiques. Dans ce sens, la réforme de l'ICANN de 2002 détermina un renforcement du rôle du GAC, suite à une proposition présentée par le PDG Stuart Lynn[2], au sens de laquelle l'ICANN aurait dû être transformée en un « partenariat public-privé » afin de corriger son état d'« isolement » par rapport aux acteurs gouvernementaux[3]. Ainsi, bien que l'institution d'un tel partenariat n'ait pas eu lieu, la réforme de 2002 a octroyé au GAC la capacité de nommer un « agent de liaison[4] » irrévocable au sein du directoire, en consacrant son pouvoir d'exprimer librement des avis concernant des questions de politique publique et en prévoyant que le directoire prenne les avis « dûment […] en considération, autant dans la formulation que dans l'adoption de politiques[5] ». En outre, depuis cette réforme, le directoire est tenu de prévenir le GAC lorsqu'il décide d'agir de façon contraire à son avis, en précisant les raisons pour lesquelles les recommandations du GAC ne peuvent pas être respectées[6]. En cas de divergence, le « GAC et le Conseil de l'ICANN [doivent] alors s'efforcer de trouver une solution efficace et bénéfique pour les deux parties, en toute bonne foi et avec diligence[7] ».

1. Traduction libre de « *consider and provide advice on the activities of ICANN as they relate to concerns of governments and where they may affect public policy issues* ». ICANN, *GAC Operating Principles Dedicated to preserving the central co-ordinating functions of the global Internet for the public good*, disponibles sur *https://gacweb.icann.org/display/gacweb/GAC+Operating+Principles*
2. S. Lynn, *President's Report: ICANN – The Case for Reform*, 24 févr. 2002, disponible sur *http://archive.icann.org/en/general/lynn-reform-proposal-24feb02.htm*
3. Notamment, le P-DG Lynn avait explicitement affirmé que « *the original desire to avoid a totally governmental takeover of the IANA functions led to an overreaction – the choice of a totally private model. With three years experience, it is clear that model is simply not workable* […] *because it leaves ICANN isolated from the real-world institutions – governments – whose backing and support are essential for any effective global coordinating body to accomplish its assigned tasks. ICANN currently has an advisory committee to channel governmental input, but that mechanism has not effectively integrated the views or the influence of governments ; we must find a better way* ». *Ibid*., "A New Public-Private Partnership Is Necessary".
4. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, 24 juin 2011, *op. cit.*, art. VI, sect. 9.1.b et 11.2.
5. *Ibid*., art. XI, sect. 2.j.
6. *Ibid*.
7. *Ibid*.

373 Toutefois, force est de souligner que, bien que la réforme de 2002 ait accru l'influence du GAC, les pouvoirs publics ont continué à être exclus de la démarche délibérative ascendante en vertu de laquelle les politiques icanniennes étaient élaborées. En effet, le GAC entretenait une relation directe avec le directoire, ayant ainsi la possibilité d'exercer son rôle consultatif exclusivement dans la phase finale du processus de « négociation[1] » des politiques icanniennes. Une réflexion différente, cependant, doit être effectuée au sujet du rôle de « supervision » conféré à l'administration étasunienne. En effet, en dépit de l'attribution d'un rôle consultatif à toute entité administrative d'origine étatique ou intergouvernementale, on se doit de souligner qu'en vertu du contrat IANA et de l'accord coopératif pour la gestion du fichier racine, le DoC était – et demeure – en mesure d'exercer une autorité effective sur l'administration du DNS[2]. Notamment, le DoC maintient le contrôle des modifications du fichier racine, telles que l'ajout ou la suppression de domaines de premier niveau[3], bien que la NTIA ait annoncé son « intention » de céder ce rôle « à la communauté multi-stakeholder globale »[4]. Ainsi, l'attribution d'un rôle exclusivement consultatif aux pouvoirs publics trouve une exception patente dans le pouvoir de supervision du DoC, pouvoir qui peut être considéré comme contradictoire par rapport à l'objectif fondamental de transférer la gestion du DNS au secteur privé.

1. À ce sujet, Jonathan Weinberg affirme que le processus d'élaboration des politiques de l'ICANN suggère un modèle négocié de gouvernance, dans le cadre duquel « *policy-making is accomplished largely through negotiation based on relative bargaining power and appeals to shared values* ». J. Weinberg, "Governments, Privatization, and 'Privatization': ICANN and the GAC", *op. cit.*, p. 217. Dans ce sens : T. Frankel, "Governing by Negotiation: the Internet Naming System", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, 2004, disponible sur *www.tamarfrankel.com/support-files/governing-by-negotiation.pdf*

2. Dans ce sens : L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit.*, p. 4.

3. Au sens de l'accord de cooperation, « *[w]hile NSI continues to operate the primary root server, it shall request written direction from an authorized US [government] official before making or rejecting any modifications, additions or deletions to the root zone file. Such direction will be provided within ten (10) working days and it may instruct NSI to process any such changes directed by NewCo when submitted to NSI in conformity with written procedures established by NewCo and recognized by the USG* ». Cooperative Agreement Amendment 11, *op. cit*.
Aussi, au sens des « US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System », l'Administration étasunienne a réaffirmé son intention de préserver la sécurité et la stabilité du DNS, et a réitéré que « *the United States is committed to taking no action that would have the potential to adversely impact the effective and efficient operation of the DNS and will therefore maintain its historic role in authorizing changes or modifications to the authoritative root zone file* ». NTIA, *US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, juin 30, 2005, disponible sur *www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/USDNSprinciples_06302005.pdf*

4. NTIA, *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, *op. cit.*

374 En effet, ce fut en raison de l'évidente contradiction, subsistant entre la fonction consultative attribuée aux pouvoirs publics et le rôle « tutélaire » octroyé au DoC, qu'émergea la nécessité de clarifier les responsabilités des différentes parties impliquées dans la « gestion internationale de l'Internet[1] », nécessité qui fut explicitement mise en exergue au cours des deux phases du SMSI[2]. Comme nous l'avons souligné précédemment, la Déclaration de principes de Genève affirma que la « gestion » du réseau Internet devait être exercée « de façon multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la

société civile et des organisations internationales[3] », en soutenant donc la nécessité d'une approche multi-parties prenantes. Dans ce sens, il est essentiel de remarquer que le Livre blanc élaboré par le DoC avait encouragé l'inclusion de toutes les parties intéressées de nature exclusivement privée[4] dans l'administration du DNS, tandis que la Déclaration de principes a déterminé un élargissement du spectre des *stakeholders* devant être impliqués, en comprenant les États, la société civile et les organisations internationales.

1. SMSI, *Déclaration de principes, op. cit.*, § 48.

2. Les dynamiques et les aboutissements du SMSI feront l'objet d'une analyse approfondie au cours du chapitre II de cette partie, n[os] 426 et s.

3. SMSI, *Déclaration de principes, op. cit.*, § 48.

4. En effet, le Livre blanc considérait exclusivement les acteurs privés opérant sur Internet en affirmant que, « *the US Government is prepared to recognize, by entering into agreement with, seek international support for, a new, not-for-profit corporation formed by private sector Internet stakeholders to administer policy for the Internet name and address system* ». NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*, 1.3, Revised policy statement.

375 En outre, comme nous l'avons évoqué, l'adoption d'un modèle *multistakeholder* ouvert et inclusif a été réitérée par l'Agenda de Tunis pour la société de l'information, au sens de laquelle « la gestion de l'Internet couvre aussi bien des questions d'ordre technique que des questions de politique générale et doit impliquer l'ensemble des parties prenantes et des organisations intergouvernementales et internationales compétentes[1] ». Conjointement, l'agenda de Tunis soulignait que « les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet […] relève[nt] de la souveraineté nationale des États[2] » et prônait un élargissement du modèle de gouvernance *multistakeholder*, en affirmant la nécessité de « renforcer la coopération entre les parties prenantes[3] » dans le but de « développer ultérieurement les politiques publiques applicables aux noms de domaine génériques de premier niveau (gTLD[4]) ».

1. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information, op. cit.*, § 35.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, § 64.

4. *Ibid.*

376 Aussi, force est de remarquer qu'au cours du SMSI, l'Union européenne avait formulé une proposition de réforme de l'ICANN prônant l'établissement d'un nouveau « modèle de coopération internationale » afin de réguler le DNS[1]. Un tel modèle aurait été encadré par le biais d'un mécanisme d'« autocontrôle[2] » fondé sur le respect d'un ensemble de principes fondamentaux subdivisés en deux catégories : d'une part, les principes de Genève consacrés par la Déclaration issue de la première phase du SMSI et, d'autre part, une série de principes supplémentaires parmi lesquels les « principes architecturaux de l'Internet, y compris l'interopérabilité, l'ouverture et le principe du *end-to-end*[3] ». Toutefois, la proposition européenne fut âprement critiquée et rejetée *de facto* par le gouvernement étasunien,

selon lequel un tel modèle aurait déterminé une structure bureaucratique « inutile » et « astreignante[4] ».

1. European Union (UK), *Proposal for Addition to Chair's Paper Sub-Com A Internet Governance on Paragraph 5 "Follow-up and Possible Arrangements"*, Doc. WSIS-II/PC-3/DT/21-E, 30 sept. 2005, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs2/pc3/working/dt21.pdf*

2. V. Mayer-Schoenberger et M. Ziewitz, "*Jefferson Rebuffed – The United States and the Future of Internet Governance*", F. John Kennedy School of Government, Harvard University, mai 2006, p. 29.

3. *Ibid*., p. 11-19 ; European Union (UK), *Proposal for Addition to Chair's Paper Sub-Com A Internet Governance on Paragraph 5 "Follow-up and Possible Arrangements", op. cit.*

4. Notamment, le secrétaire au Commerce Carols M. Guiterrez et la secrétaire d'État Condoleezza Rice adressèrent une lettre à la présidence britannique de l'Union européenne en arguant que « *[b]urdensome, bureaucratic oversight is out of place in an Internet structure that has worked so well for many around the globe. We regret the recent positions on Internet governance (i.e., the "new cooperation model") offered by the European Union, the Presidency of which is currently held by the United Kingdom, seems to propose just that – a new structure of intergovernmental control over the Internet* ». K. McKarthy, *Condoleezza Rice's Missive to the EU*, 2 déc 2005, disponible sur *www.theregister.co.uk/2005/12/02/rice_eu_letter*

377 Parallèlement, afin de répondre aux questions soulevées par le SMSI, le rôle du GAC fut ultérieurement renforcé et le paragraphe 49 de la Déclaration de Genève fut intégré dans les nouveaux *GAC principles regarding New gTLDs*[1]. Notamment les principes élaborés par le GAC réitéraient que « le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, est le droit souverain des États[2] » et exhortaient le directoire de l'ICANN à prendre « dûment en compte les recommandations formulées par les gouvernements ou les autorités publiques[3] ». Cette dernière invitation a été prise en considération et intégrée dans le programme d'expansion du spectre de nommage générique, qui a attribué au GAC la prérogative d'analyser toutes les candidatures de nouveau gTLDs et par la suite, le pouvoir d'adresser des recommandations au directoire de l'ICANN afin d'objecter des candidatures « considérées comme problématiques[4] ». Ainsi, force est de souligner que la possiblité de refuser la création de nouveaux gTLDs « problématique » ne peut guère être considérée comme une tâche de coordination technique, étant au contraire éminemment régulatoire.

1. GAC, *GAC principles regarding New gTLDs*, 28 mars, 2007, disponible sur *http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/gac-principles-regarding-new-gtlds-28mar07-en.pdf*

2. *Ibid*., § 1.2.

3. *Ibid*., § 1.4.k.

4. ICANN, *Guide de candidature gTLD*, 4 juin 2012, § 3.1. Notamment, au sens du *Guide de candidature gTLD*, une « objection formelle peut être déposée sur la base de l'un des quatre critères suivants : a) Objection pour similitude de chaîne propice à confusion : [c'est-à-dire] la chaîne gTLD faisant l'objet d'une candidature présente une trop grande similitude avec un TLD existant ou avec une autre chaîne gTLD ayant fait l'objet d'un dépôt de candidature dans la même session de candidatures ; b) Objection pour violation des droits d'autrui : [c'est-à-dire] la chaîne gTLD faisant l'objet d'un dépôt de candidature enfreint les droits de l'objecteur ; c) Objection relevant de l'intérêt public limité : [c'est-à-dire] la chaîne gTLD ayant fait l'objet d'un dépôt de candidature est contraire aux règles de morale et d'ordre public généralement acceptées et reconnues selon les principes du droit international ; d) Objection de la communauté : [c'est-à-dire] une candidature à un gTLD fait l'objet d'une opposition substantielle au sein d'une partie significative de la communauté ciblée implicitement ou explicitement par la chaîne gTLD ». *Ibid*., § 3.2.1.

378 Enfin, comme nous le soulignerons dans la sous-section qui suit, le rôle du GAC fut renforcé par le truchement d'une nouvelle AoC de la part du DoC

et de l'ICANN[1], qui substitua le MoU, en définissant une nouvelle forme de « supervision publique » des activités icanniennes.

1. ICANN et DoC, *Affirmation of Commitments by the United States Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 30 sept. 2009, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/aoc/affirmation-of-commitments-30sep09-en.htm*

§ 2 – Une « supervision publique » : l'Affirmation d'engagements

379 Au fil des années, les accords contractuels[1] consacrant le rôle apical de l'ICANN dans l'administration du DNS ont été amendés à plusieurs reprises afin de permettre un renforcement graduel de l'autonomie de l'ICANN par rapport à la supervision exercée par le DoC. Notamment, dans le but de permettre la transition vers une « gestion technique » indépendante du DNS[2] de la part du secteur privé, le MoU entre le DoC et l'ICANN a été amendé à plusieurs reprises[3]. En octobre 2009, ce processus d'amendement a déterminé l'adoption d'une Affirmation d'engagements ou *Affirmation of Commitments* (AoC) de la part de l'ICANN et du DoC, dans le but de faire de l'ICANN une entité « indépendante ». En effet, bien que le DoC ait conservé son rôle tutélaire concernant les modifications du fichier racine, consacré par le contrat IANA, l'AoC visait à faire glisser le pouvoir de supervision, précédemment exercé par la NTIA, vers la « communauté d'Internet[4] ».

1. Comme nous l'avons remarqué précédemment, la relation subsistant entre l'ICANN et le DoC était régulée par le biais de trois accords contractuels bilatéraux : le MoU, qui fut transformé en un accord de projet conjoint ou *Joint Project Agreement*, en 2006 ; l'accord de coopération ; et le contrat IANA. Voir n[os] 328 et s.

2. Cela était, en effet, l'objectif affiché par le Livre blanc élaboré par le DoC en 1998. NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*

3. Notamment, on se doit de souligner que le MoU initial aurait dû expirer le 30 septembre 2000. DoC et ICANN, *Memorandum of Understanding*, 25 nov. 1998, *op. cit.*
En effet, le Livre blanc avait explicitement affirmé que « *[u]nder the Green Paper proposal, the US Government would continue to participate in policy oversight until such time as the new corporation was established and stable, phasing out as soon as possible, but in no event later than September 30, 2000.* […] *The US Government is committed to a transition that will allow the private sector to take leadership for DNS management [and] would prefer that this transition be complete before the year 2000.* » NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*
Toutefois, le 4 septembre 2000, l'ICANN et le DoC prolongèrent le MoU, le *Cooperative Research and Development Agreement* (CRADA) et le contrat IANA. Ce processus de renouvellement des accords contractuels liant l'ICANN au DoC se répéta périodiquement jusqu'en 2003, lorsque ces deux entités entamèrent le processus de négociation qui mena au *Joint Project Agreement*, qui représente le septième amendement du MoU. ICANN et DoC, *Amendment 2 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 7 sept. 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend2-jpamou-07sep00-en.htm* ; ICANN, NIST et NTIA, *Amendment 1 to Cooperative Research and Development Agreement*, 7 sept. 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/crada/amend1-crada-07sep00-en.htm* ; ICANN et NIST, *Modification 1 to Contract Between ICANN and the United States Government for Performance of the IANA Function*, 6 sept. 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/iana/iana-contract-modification1-06sep00-en.htm*
Les modifications successives de ces accords peuvent être consultées sur le site Web de l'ICANN. ICANN, *ICANN' Major Agreements and Related Reports*, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements*

4. Notamment, au sens de l'AoC, « l'ICANN s'engage [à] Assurer la responsabilité, la transparence et les intérêts des utilisateurs mondiaux d'Internet […] de sorte à assurer que les résultats de ses prises de décisions reflètent l'intérêt public et soient responsables devant toutes les parties prenantes en […] évaluant continuellement la mesure dans laquelle les décisions de l'ICANN sont adoptées, soutenues et acceptées par le public et la communauté d'Internet ». ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 30 sept. 2009, § 9.1, disponible sur *www.icann.org/fr/news/announcements/announcement-30sep09-fr.htm*
En ce sens, Rod Beckstrom, ancien président et directeur général de l'ICANN, a affirmé qu'au sens de l'AoC « l'ICANN est indépendante et n'est contrôlée par aucune entité. [L'AoC] engage l'ICANN à faire l'objet de révisions réalisées

PAR LA COMMUNAUTÉ – une reconnaissance de plus que le modèle multi-parties prenantes est assez solide pour s'auto-examiner ». R. Beckstrom, *Propos du P-DG de l'ICANN sur la nouvelle affirmation d'engagements*, 30 sept. 2009, disponible sur *www.icann.org/fr/news/announcements/announcement-30sep09-fr.htm*

380 Dans ce sens, l'AoC a reconnu « la fin de l'Accord de projet conjoint » – qui, comme nous l'avons souligné avait substitué le MoU, depuis 2006[1] – dans le but « d'institutionnaliser et d'immortaliser la coordination technique du système de noms de domaine et d'adressage d'Internet […] à l'échelle mondiale par une organisation du secteur privé[2] ». Ainsi, bien que l'AoC soit un document de nature déclaratoire et non pas un accord contractuel[3], elle a déterminé une évolution considérable du rapport subsistant entre l'ICANN et le DoC. D'une part, elle a consacré la volonté de l'Administration étasunienne de ne pas renouveler l'Accord de projet conjoint, en renonçant de façon permanente[4] à son pouvoir d'attribuer les fonctions de l'ICANN à une autre entité. D'autre part, elle a imposé des révisions périodiques de la structure icannienne ainsi que des politiques élaborées par celle-ci, en attribuant au GAC un rôle éminent dans la détermination de la composition des « équipes de révision » ou *review teams*[5] devant orchestrer ce processus.

1. ICANN et DoC, *Joint Project Agreement between the US Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 29 sept 2006, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements*.

2. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit*., § 1.

3. Au sens de l'AoC, le DoC et l'ICANN s'engagent à « assurer que les décisions prises en rapport avec la coordination technique mondiale du DNS sont prises dans l'intérêt général, sont responsables et transparentes ; (b) préserver la sécurité, la stabilité et la résilience du DNS ; (c) promouvoir la concurrence, la confiance du consommateur, et le choix du consommateur sur la place de marché du DNS ; et (d) faciliter la participation internationale à la coordination technique du DNS ». Toutefois, comme le souligne Michael Froomkin, de telles affirmations ne prévoient pas un échange synallagmatique d'obligations et ne contiennent pas des promesses de la part du DoC : elles se limitent à réitérer les principes fondamentaux devant orienter l'administration du DNS au sens du Livre blanc. M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit*., p. 199.

4. Comme l'ancien PDG de l'ICANN, Rod Beckstrom l'a remarqué, « l'affirmation est permanente et n'est pas limitée à la durée de trois ans qui était celle des accords précédents ». Toutefois, on se doit de remarquer que le manque de date d'expiration n'empêche pas qu'une des deux parties puisse « résilier cette affirmation d'engagements en adressant un préavis de 120 jours à l'autre partie ». ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit*., § 11 ; R. Beckstrom, *Propos du P-DG de l'ICANN sur la nouvelle affirmation d'engagements*, *op. cit.* ; L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit*., p. 4.

5. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit*.

381 Comme le souligne Michael Froomkin, la conséquence la plus importante de l'AoC a été de déterminer la fin du pouvoir du DoC consistant en la possibilité de remplacer l'ICANN par une nouvelle entité à laquelle l'ICANN aurait dû transférer tous ses liens contractuels[1]. En effet, depuis l'Amendement n° 1 au MoU entre le DoC et l'ICANN[2], les deux parties contractuelles avaient établi que si le DoC avait cessé de reconnaître l'ICANN – en exerçant son droit de mettre fin unilatéralement au MoU – celle-ci se serait « engagée à transférer au département du Commerce tous ses droits concernant tous les contrats existants avec les registres et les bureaux d'enregistrement[3] ». Toutefois, il est essentiel de remarquer que, bien que l'AoC fasse en sorte que l'ICANN ne puisse plus être « remplacée » par une

autre *NewCo*, elle peut toujours être dépouillée de ses prérogatives les plus conséquentes – c'est-à-dire les fonctions IANA – qu'elle continue à exercer en vertu du contrat IANA qui est un contrat public indépendant de tout autre accord ou déclaration impliquant l'ICANN.

1. M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, p. 206.

2. ICANN et DoC, *Amendment 1 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 10 nov. 1999, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend1-jpamou-04nov99-en.htm*

3. *Ibid.*, § 5. Ensuite, cette formule fut modifiée par l'amendement n° 3, en prévoyant que : « *If DOC withdraws its recognition of ICANN or any successor entity by terminating this MoU, ICANN agrees that it will assign to DOC any rights that ICANN has in all existing contracts with registries and registrarsincluding any data escrow agreement(s) between Verisign and ICANN with respect to the .com, .net, and .org registries* ». Cette formule demeura inchangée jusqu'à l'accord de projet conjoint. ICANN et DoC, *Amendment 3 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 25 mai 2001, § IV, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend3-jpamou-25may01-en.htm* ; ICANN et DoC, *Version consolidée du Mémorandum d'entente, incluant les changements apportés par l'Accord de Projet conjoint*, 26 sept. 2006, disponible sur *http://lextext.s3.amazonaws.com/MOU-JPA-Current.pdf*
Enfin, la procédure à suivre en cas de cessation du rapport liant l'ICANN au DoC était détaillée par l'amendement n° 19 à l'accord coopératif entre NSI et le DoC. DoC et NSI, *Amendment 19 to Cooperative Agreement Between NSI and US*, *op. cit.*, sect. I.B.8.

382 Aussi, tout en réitérant que les politiques icanniennes doivent être élaborées par le biais d'un processus multipartite, ascendant et mené par le secteur privé[1], l'AoC a mis en lumière la nécessité d'une « prise en compte effective par l'ICANN de la contribution du GAC aux aspects de politique publique [concernant] la coordination technique du DNS[2] ». Dans une telle perspective, l'AoC a attribué un rôle fondamental au GAC, en ce qui concerne la supervision des activités icanniennes. En effet, au sens de l'AoC, des « équipes de révision » doivent être mises en place à échéance triennale, afin d'assurer le contrôle des engagements icanniens et, comme nous l'avons évoqué, le GAC doit revêtir un rôle prépondérant dans la définition des membres composant les équipes de révision. Notamment, l'AoC a prévu que « le président du GAC (en consultation avec les membres du GAC) et le président du conseil d'administration de l'ICANN [conviennent] conjointement de la composition de l'équipe de révision[3] ». Les équipes s'occupent d'évaluer quatre éléments : le degré d'imputabilité de l'ICANN, la transparence de ses procédures et le respect de l'intérêt général des internautes[4] ; la préservation de la sécurité opérationnelle, de la stabilité, la résilience et l'interopérabilité du DNS[5] ; la promotion de la concurrence, de la confiance du consommateur, et du choix du consommateur[6] ; l'application de la régulation concernant la base de données Whois[7], qui contient les informations d'identification des titulaires de noms de domaine.

1. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 4.

2. *Ibid.*, § 6.

3. *Ibid.*, § 9.2, 9.3 et 9.3.1. Toutefois, force est de souligner qu'au sens du paragraphe 9.1, parmi les membres de l'équipe de révision, il doit y avoir aussi « le secrétaire adjoint pour les communications et l'informatique du DoC » ou « son candidat désigné ». *Ibid.*, § 9.1.

4. *Ibid.*, § 9.1.

5. *Ibid.*, § 9.2.

6. *Ibid.*, § 9.3.

7. *Ibid*, § 9.3.1.

383 Chaque équipe de révision doit donc inclure le président du GAC, le président du directoire de l'ICANN ainsi que des représentants des comités consultatifs et des organisations de soutien pertinentes, et a la « possibilité » d'inclure des experts indépendants[1]. Toutefois, en dépit de l'institution de *review teams*, force est de remarquer la persistance d'un faible degré d'imputabilité de l'ICANN[2] et de s'interroger quant à l'efficacité des recommandations élaborées par le truchement de ce mécanisme de révision. En effet, les recommandations formulées par les équipes de révision ont un caractère non contraignant et, bien que le directoire de l'ICANN soit tenu de prendre « des mesures dans les six mois à compter de la réception des recommandations[3] », l'AoC ne spécifie pas les caractéristiques des mesures qui devront être prises par le directoire[4]. Ainsi, la fin du pouvoir tutélaire du DoC a déterminé un véritable déficit d'imputabilité de la part de l'ICANN car, à présent, aucune partie prenante ne jouit du pouvoir de contraindre le directoire icannien à mettre en œuvre les recommandations formulées par les réviseurs[5].

1. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 9.1, 9.2 et 9.3.

2. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.* ; M. L. Mueller, « ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources », *op. cit.*

3. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 9.1, 9.2, 9.3 et 9.3.1.

4. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, p. 202 ; L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit.*

5. Pour cette raison, l'ICANN a été définie comme un « *regulator that has been captured from within* ». Coalition Against Domain Name Abuse to criticize the Affirmation, *CADNA Asserts That the ICANN Affirmation of Commitments Falls Short*, Press Release, 30 sept. 2009, cité *in ibid*., note 98. Aussi, dans ce sens : A. Kovacs, "The ICANN-US DOC 'Affirmation of Commitments' – A Step Forward?", *op. cit*.

384 Toutefois, comme nous l'avons souligné, l'AoC ne concerne pas le rôle du DoC en tant que délégataire des *IANA functions* et, par conséquent, n'altère aucunement le pouvoir de supervision du DoC concernant les modifications du fichier racine. En effet, l'AoC n'apporte aucun changement au Contrat IANA qui règle certaines des attributions les plus significatives de l'ICANN, telles que sa capacité de redéléguer des noms de domaine et d'orchestrer la mise à jour du fichier racine ou l'affectation de blocs d'adresses IP[1]. Ainsi, bien que le DoC ne jouisse plus du pouvoir de remplacer unilatéralement l'ICANN avec une autre entité, l'Administration étasunienne maintient son « rôle historique[2] » en ce qui concerne l'autorisation de changements et modifications du fichier racine. En dépit du fait que la coordination technique et la régulation du DNS se caractérisent par une indéniable autonomie de l'ICANN par rapport aux pouvoirs publics et, bien que ces activités soient le résultat d'un processus participatif et multi-parties prenantes, il est fondamentalement erroné d'affirmer que « l'ICANN est indépendante[3] » de tout pouvoir public. En effet, la supervision étasunienne concernant les fonctions IANA est inchangée, comme le souligne manifestement le Congrès des États-Unis. Dans ce sens, on se doit

de remarquer que l'intention de la NTIA de déclencher un processus de transfert de son rôle de « supervision » des fonctions IANA à la « communauté multi-parties prenantes globale[4] » a trouvé l'opposition de plusieurs comités de la Chambre des représentants des États-Unis. Notamment, comme le suggère le DOTCOM Act, élaboré par le Comité sur l'énergie et le commerce, a clairement statué que la NTIA ne peut « ni renoncer ni accepter des propositions considérant le renoncement de ses responsabilités au sujet des fonctions DNS, telles que sa responsabilité concernant le fichier racine, les fonctions IANA et la gestion correspondante de la zone racine[5] » jusqu'à ce que soit présentée une proposition certifiée comme acceptable par le secrétaire adjoint au département du commerce des État-Unis ; tandis que le Sous-comité sur le commerce, la justice, les sciences et les agences qui y sont associées a clairement affirmé sa « préoccupation[6] » concernant l'intention de la NTIA ainsi que sa volonté de ne pas financer les coûts concernant d'éventuelles opérations de transfert, et de réduire d'environ 20 % le budget annuel de la NTIA[7].

1. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, p. 205.

2. Dans ce sens le gouvernement étasunien a clairement statué que « *[g]iven the Internet's importance to the world's economy, it is essential that the underlying DNS of the Internet remain stable and secure. As such, the United States is committed to taking no action that would have the potential to adversely impact the effective and efficient operation of the DNS and will therefore maintain its historic role in authorizing changes or modifications to the authoritative root zone file* ». DoC, *US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, 30 juin 2005, disponibe sur *www.ntia.doc.gov/other-publication/2005/us-principles-internets-domain-name-and-addressing-system*
Aussi, dans le même sens : L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit.*, p. 5 ; M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*

3. R. Beckstrom, *Propos du PDG de l'ICANN sur la nouvelle affirmation d'engagements*, *op. cit.*

4. Notamment, le 14 mars 2014, la NTIA a publié une annonce officielle selon laquelle « *[t]o support and enhance the multistakeholder model of Internet policymaking and governance, the US Commerce Department's National Telecommunications and Information Administration (NTIA) today announces its intent to transition key Internet domain name functions to the global multistakeholder community. As the first step, NTIA is asking the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) to convene global stakeholders to develop a proposal to transition the current role played by NTIA in the coordination of the Internet's domain name system (DNS)* ». NTIA, *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, *op. cit.*

5. *Domain Openness Through Continued Oversight Matters Act of 2015*, disponible sur *https://www.congress.gov/bill/114th-congress/house-bill/805/text*

6. Dans ce sens, le sous-comité a précisé que « *[t]he Committee is concerned by NTIA's announcement of its intent to transition certain Internet domain name functions to the global multistakeholder community. Any such transition represents a significant public policy change and should be preceded by an open and transparent process* ». House of Representatives, *Commerce, Justice Science, and Related Agencies Appropriations Bill, 2015*, 113th Congress, 2d Session, Report nº 113, 2014, p. 15, disponible sur *http://appropriations.house.gov/uploadedfiles/hrpt-113-hr-fy2015-cjs.pdf*

7. Notamment, le sous-comité a mis en exergue que « *[i]n order for this issue to be considered more fully by the Congress, the recommendation for NTIA does not include any funds to carry out a transition of these functions. The Committee expects that NTIA will maintain the existing no-cost contract with ICANN throughout fiscal year 2015* » et a recommandé l'adoption d'un budget de « *$36,700,000 for the salaries and expenses of the National Telecommunications and Information Administration (NTIA), which is $9,300,000 below fiscal year 2014 and $14,300,000 below the request* ». *Ibid.*

385 Ainsi, d'une part, le « rôle historique » de l'Administration étasunienne met en exergue la non-indépendance de l'ICANN vis-à-vis de tout pouvoir public, tandis que, d'autre part, la particularité du rôle étasunien se prête à d'évidentes critiques concernant l'opportunité de l'établissement d'un régime de régulation globale du DNS sous la « tutelle » d'un seul État. En effet, bien que l'ICANN refuse de se considérer comme un régulateur, force est de remarquer que ses décisions ont une portée régulatoire

indéniable[1] puisque les « politiques » qui résultent de son processus ascendant peuvent être considérées comme de véritables « lois globales[2] ». Aussi, il est intéressant de souligner que la tutelle étasunienne détermine une responsabilisation de l'ICANN puisque, comme le souligne l'*Information Technology and Innovation Foundation*, « tout engagement, promesse, ou serment fait par l'actuelle direction de l'ICANN peut être considéré comme contraignant seulement lorsqu'il existe un mécanisme en mesure de les rendre contraignant. Jusqu'à présent, les États-Unis ont rempli ce rôle. Si le gouvernement américain ne fournit plus cette stabilité, un mécanisme alternatif est nécessaire pour s'assurer que l'ICANN agisse dans le respect de l'intérêt public[3] ».

1. Dans ce sens : M. L. Mueller, "ICANN and Internet Regulation", *Communications of the ACM*, vol. 42, nº 6, juin 1999, disponible sur *http://braender.tcnj.edu/mit400/articles/internet/p41-mueller.pdf* ; J. Weinberg, *ICANN, "Internet Stability", and New Top Level Domains*, sept. 2001, disponible sur *http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109099.pdf* ; *id.*, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.* ; E. M. Weitzenboeck, "Hybrid Net: the Regulatory Framework of ICANN and the DNS", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, nº 1 ; E. A. Wilsdon, *Regulating the Root: The Role of ICANN as Regulator, and Accountability*, mai 2010, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1632885*

2. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, p. 168.

3. Traduction libre de « *[a]ny pledge, commitment, or oath made by the current ICANN* […] *leadership is not binding unless there is some accountability mechanism in place to back up that promise. Until now, the United States has served that role. If the US Government is no longer providing that stability, an alternative mechanism is needed to ensure that ICANN is held accountable to the public interest* ». D. Castro, "Should the Department of Commerce Relinquish Direct Oversight Over ICANN", Before the Committee on the Judiciary Subcommittee on Courts, Intellectual Property and the Internet, 10 avr. 2014, p. 4.

386 Au cours de la prochaine sous-section, nous examinerons donc la fonction régulatrice que l'ICANN exerce sur le marché des noms de domaine, tout en mettant en lumière les caractères de l'« administration globale » du DNS ainsi que l'articulation du processus qui détermine l'adoption d'une véritable *lex icanniana*[1].

1. Cette formulation se réfère à la *lex mercatoria* et, bien évidemment, à la *lex informatica* et à la *lex electronica* qui ont été évoquées précédemment. Voir nos 166 et s.

SOUS-SECTION **2**

Un régulateur global

387 L'existence de prérogatives icanniennes de nature non technique a été mise en lumière *ab origine* par le mémorandum d'entente signé par l'IETF et l'ICANN. En effet, en vertu de cet accord, les deux organisations ont établi que « l'attribution de noms de domaine, et l'attribution des blocs d'adresses IP » ne devaient pas être incluses dans le mémorandum car ces tâches « excèdent les considérations techniques spécifiées par l'IETF » et requièrent l'élaboration de « *policies*[1] ».

1. Au sens du § 4.3 du MoU, « *[t]wo particular assigned spaces present policy issues in addition to the technical considerations specified by the IETF: the assignment of domain names, and the assignment of IP address blocks. These policy*

issues are outside the scope of this MOU ». IETF et ICANN, *IETF-ICANN Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority*, *op. cit.*

388 Ainsi, comme nous l'avons souligné dans la sous-section précédente, l'ICANN doit être considérée comme une entité hybride non seulement en raison de la participation public-privé à son processus mais aussi en raison de la nature de ses prérogatives. D'une part, son activité de coordination concernant la mise en œuvre des protocoles et des standards relatifs au DNS présente un caractère essentiellement technique et se déroule sous la direction de l'IETF. D'autre part, son processus participatif donne lieu à une véritable régulation du DNS, notamment en ce qui concerne l'établissement des conditions contractuelles en vertu desquelles les noms de domaine pourront être enregistrés dans les différentes extensions génériques[1]. Dans ce sens, Milton Mueller a clairement souligné que l'ICANN est une institution qui lie la nécessité de coordination technique des ressources critiques de l'Internet à la réglementation de l'industrie qui se développe sur l'exploitation de ces ressources mêmes[2].

1. Par exemple, dans le cadre de son dernier programme d'élargissement du spectre des noms de domaine génériques de premier niveau, l'ICANN a décidé de prohiber la candidature de chaînes gTLD qui peuvent être considérées comme similaires aux chaînes TLD existantes ou à une liste de « noms réservés », au point d'entraîner la confusion potentielle des internautes. Ainsi, aux termes du *Guide de candidature gTLD* de l'ICANN, lorsque la commission de similarité des chaînes estime qu'une « chaîne gTLD faisant l'objet d'une candidature est identique à un TLD existant ou à un nom réservé, [elle] empêche l'envoi de la candidature ». ICANN, *Guide de candidature gTLD*, 6 avr. 2012, chap. 2.2.1 « Examens des chaînes », disponible sur *http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agb*
Au contraire, la régulation des domaines nationaux est généralement délinéée par des « chartes de nommage » qui couvrent tous les aspects administratifs, légaux et techniques concernant les noms de domaine pouvant être déposés sous cette extension nationale et visant à protéger les utilisateurs des noms de domaine de tout type d'abus. O. Garlin-Ferrard, « L'élaboration de la nature et du régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la marque », *op. cit.*, p. 15.
Bien évidemment, la régulation des extensions nationales doit être compatible avec la législation nationale. Dans ce sens, Houlin Zhao a mis en lumière que « *both telephone country codes and Internet country code domain names are public resources that fall within the scope of national sovereignty. In principle, a particular country code or a particular domain name associated with a particular country are the national resources of that country. The ultimate authority for these resources should be a national authority, although the operational work related to their management could be carried out by the authority itself or by a designated agency to which it could choose to delegate authority* ». H. Zhao, *ITU and Internet Governance: Input to the 7th meeting of the ITU Council Working Group on WSIS*, Genève, 30 nov. 2004, p. 8.

2. M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 217.

389 Ainsi, bien que l'ICANN se limite formellement à la simple coordination technique du DNS, elle a été expressément créée dans le souci de prendre en charge des fonctions typiquement publiques, c'est-à-dire la régulation du marché des noms de domaine afin d'en promouvoir l'ouverture et la définition d'un système protégeant les titulaires de marques. En effet, bien que l'activité icannienne soit supposée être de nature simplement technique, les « politiques » délinéées par l'ICANN influencent l'intérêt général en définissant le niveau de sécurité du DNS et sont susceptibles de façonner aussi bien les droits individuels que l'accès aux informations[1]. Notamment, comme le souligne le Conseil de l'Europe, le rejet de candidatures des nouveaux gTLDs, considérés comme « problématiques », ne respecte pas pleinement le droit à la liberté d'expression des individus, tandis que l'accès du public aux renseignements personnels dans la base

de données Whois n'est pas pleinement conforme au droit fondamental à la protection de la vie privée[2] comme nous avons pu le lire sous la plume de Jonathan Weinberg, la régulation privée icannienne a donné naissance à des droits dont les titulaires de marques peuvent se réjouir en cas de « cybersquattage[3] » ; a imposé aux registres l'intégration, au sein de leurs contrats d'enregistrement, de mécanismes d'arbitrages visant à la protection des marques, ainsi que de procédures permettant aux titulaires de marques de jouir d'un enregistrement préférentiel lorsqu'un nouveau gTLD est institué ; a régulé le montant des frais que chaque registre peut exiger pour ses services, ainsi que les frais dont tout registre doit s'acquitter auprès de l'ICANN ; et a déterminé les typologies de données concernant l'identité des titulaires de noms de domaine qui doivent être collectées ou qui peuvent être rendues publiques[4].

1. L. DeNardis, "Internet Points of Control as Global Governance", *op. cit.*, p. 5.

2. M. Zalnieriute et T. Schneider, *ICANN's Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values, op. cit*.

3. Voir n[os] 401 et s.

4. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 298.

390 L'ICANN revêt donc le rôle généralement attribué à des entités gouvernementales ou intergouvernementales[1] puisqu'elle jouit de la capacité de réguler un élément « quasi indispensable[2] » au bon fonctionnement d'un moyen de communication international. Dans ce sens, on se doit de remarquer que la régulation contractuelle délinéée par l'ICANN n'intéresse pas simplement les acteurs commerciaux du DNS – à savoir les registres, qui maintiennent les bases de données des différentes gTLDs, et les bureaux d'enregistrement, qui acceptent les demandes d'enregistrement et transmettent les données aux registres – puisqu'elle détermine des conséquences pouvant intéresser potentiellement tout internaute, qu'il soit une personne physique ou morale, une entité publique ou privée.

1. Dans ce sens : M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, op. cit.*

2. Bien que le nommage continue à revêtir un rôle important, l'accès aux ressources hébergées sur Internet a lieu de plus en plus par le biais de moteurs de recherche et non pas par l'usage d'une URL. Ainsi, bien que les domaines internautiques demeurent des ressources largement utilisées, force est de remarquer que les uniques identifiants internautiques dont il n'est pas possible de faire abstraction sont les adresses IP et non pas les noms de domaine. Dans ce sens : J. Richman, "4 Technologies That Are Killing the URL", *IMEDIA CONNECTION*, 27 juill. 2009, cité *in* M. A. Froomkin, "Almost Free: An Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*, note 151.

391 La fonction de régulation icannienne pourrait également être comparée à celle des autorités publiques qui s'occupent « de l'administration des fréquences radio au niveau national[1] ». Toutefois, à la différence du spectre des fréquences radioélectriques qui s'étend théoriquement de zéro à l'infini, le spectre de nommage est l'expression d'une « rareté imposée » par la capacité régulatoire de l'ICANN[2]. Ainsi, il est évident que les « politiques » icanniennes représentent bien plus que de simples considérations techniques, puisqu'elles produisent des conséquences économiques, juridiques

et politiques majeures et doivent souvent se fonder sur le choix entre des valeurs et des revendications concurrentes[3]. En ce sens, Milton Mueller a mis en évidence que l'ICANN « doit être considéré comme un nouveau régime régulatoire international, bâti autour d'une ressource globalement partagée [dont] le but est de définir les droits de propriété concernant les identificateurs d'Internet et de réguler leur usage et fourniture[4] ». Ainsi, en dépit de sa nature d'« organisation privée[5] », l'ICANN jouit *de facto* d'un véritable pouvoir de régulation[6] du marché des noms de domaine, mis en œuvre par le truchement des *Registry Agreements* et du *Registrar Accreditation Agreement*, qui peuvent être catégorisés comme des « contrats non volontaires[7] » puisque les registres et les bureaux d'enregistrement peuvent seulement accepter ces accords afin d'être inclus dans le système icannien.

1. Dans ce sens : M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 218.

2. Dans ce sens : J. Weinberg, *ICANN, "Internet Stability", and New Top Level Domains*, *op. cit.*

3. J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 293.

4. M. L. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 218.

5. Notamment, l'AoC souligne que « l'ICANN est une organisation privée ». ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 9.

6. Au sens de l'APA, l'activité de régulation ou *rule-making* est le processus de formulation, modification ou abrogation d'une règle de la part d'une agence ; tandis qu'une règle est « *the whole or a part of an agency statement of general or particular applicability and future effect designed to implement, interpret, or prescribe law or policy or describing the organization, procedure, or practice requirements of an agency and includes the approval or prescription for the future of rates, wages, corporate or financial structures or reorganizations thereof, prices, facilities, appliances, services or allowances therefore or of valuations, costs, or accounting, or practices bearing on any of the foregoing* ». *US Code*, Titre 5, partie 1, chap. 5, ss-chap. 2, § 551.(4) et (5), disponible sur *www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html*

7. S. Crawford, "The ICANN Experiment", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, 2004, p. 409, cité *in* B. Carotti, "ICANN and Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 12.

392 On se doit donc de souligner que les accords contractuels subsistants entre l'ICANN et ses partenaires témoignent de la diffusion d'un véritable corpus de droit négocié[1] qui régit les rapports entre les différents échelons de l'administration cyberterritoriale. En outre, ces accords mettent en évidence la particularité de la technique exploitée par l'ICANN dans le but d'imposer son autorité par le truchement du lien contractuel. L'outil contractuel met donc en œuvre une régulation juridiquement contraignante, tout en consacrant la position apicale de l'ICANN dans un « régime régulatoire global[2] » par le biais duquel, l'ICANN règle de façon directe et immédiate les protocoles informatiques concernant le DNS, le système de serveurs DNS et l'ensemble des entités utilisant des identifiants internautiques. En effet, comme nous l'avons souligné, la position apicale de l'ICANN lui confère le pouvoir d'établir – avec l'approbation de l'Administration étasunienne – les extensions qui peuvent être répertoriées par les serveurs racine et les serveurs de noms de domaine qui « font autorité » dans le cadre du DNS. Un tel pouvoir permet donc à l'ICANN de déterminer *de facto* les TLDs qui sont « visibles » par la grande majorité des internautes, qui peut y avoir accès seulement lorsque les TLD sont rattachés au fichier

racine[3]. Par conséquent, les décisions de l'ICANN sont susceptibles de façonner la structure même du marché des noms de domaine et imposer globalement une régulation qui ne nécessite pas de médiation étatique afin d'être effective, puisqu'elle se fonde sur le lien contractuel et qui est mise en œuvre directement par les parties contractuelles au sein de leurs systèmes d'enregistrement et bases de données[4].

1. Dans ce sens : T. Frankel, "Governing by Negotiation: the Internet Naming System", *op. cit.*

2. Dans ce sens : M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, *op. cit.*, p. 218.

3. Dans ce sens : J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: The Case of ICANN", *op. cit.*, p. 295.

4. Voir nº 403.

393 Ainsi, en dépit de la nature privée de l'ICANN, sa fonction de régulation lui confère une allure d'« autorité administrative globale », ce qui pourrait être corroboré par le fait que sa mission doit être réalisée dans l'intérêt général. Toutefois, on se doit de remarquer que la régulation icannienne est une régulation privée ou *private ordering*[1] puisque le caractère obligatoire de ses *policies* découle du lien contractuel subsistant avec les différents acteurs économiques du DNS et non pas de la puissance publique qui oblige les administrés à l'assentiment. Pour cette raison, le fait que la régulation icannienne soit l'expression d'un processus impliquant toutes les parties intéressées devient une condition essentielle afin que ce *private ordering* soit considéré comme légitime et accepté par les différentes entités qu'y sont assujetties[2].

1. Dans ce sens : C. M. Bruner, "States, Markets, and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization", *Michigan Journal of International Law*, vol. 30, nº 1, 2008, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1152307* ; S. L. Schwarcz, "Private Ordering", *Northwestern University Law Review*, vol. 97, nº 1, 2002, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=298409*

2. Dans ce sens : J. Habermas, *Between Facts and Norms Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, 1998 ; *id.*, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, trad. fr. R. Rochlitz et C. Bouchindhomme, Gallimard, Paris, 1997.

394 Enfin, bien qu'elle jouisse d'une indéniable autorité sur le DNS, et bien que son *private ordering* s'étale globalement, l'ICANN est *de jure* une association à but non lucratif établie en Californie et dans ce sens, elle est assujettie à la juridiction étasunienne. Ainsi, il est naturel de considérer l'institution de l'ICANN comme le reflet de la volonté étasunienne de maintenir une position de contrôle sur la fonction de régulation du marché des noms de domaine par le biais du *private ordering* icannien[1]. Dans une telle perspective, la nature privée de l'ICANN fait en sorte, bien que cela soit peu probable[2], que ses décisions puissent être appréciées sous la perspective du droit de la concurrence étasunien[3] ainsi que sous la perspective du droit applicable dans les autres pays où se trouvent ses bureaux[4] puisque, comme l'affirment ses Articles d'Incorporation, « la Corporation doit fonctionner pour le bénéfice de la communauté Internet dans son ensemble, exerçant ses activités en conformité avec les principes du droit international et les conventions internationales pertinentes ainsi que le droit national et, dans une mesure appropriée et conforme à ses

Articles et ses Règlements, à travers des processus ouverts et transparents qui permettent la concurrence et le libre accès aux marchés liés à Internet[5] ».

1. Dans ce sens, Christopher M. Bruner a mis en exergue que, historiquement, l'Administration étasunienne a exploité des régimes semi-privés afin de sauvegarder son « *centralized power over a core regulatory function of the given marketplace – an active posture rooted in the Westphalian conception of sovereignty – while cultivating the perception of market-based private ordering – a more hands-off posture reflecting the shift away from autonomous action by States in the face of economic globalization* ». Notamment, Bruner met en exergue l'existence de « *striking similarities* » entre la régulation privée du marché des noms de domain, mise en place par l'ICANN, et la régulation privée du marché global des obligations, mise en œuvre par des agences de notation du crédit dominantes, telles que *Standard & Poor's* et *Moody's*. C. M. Bruner, "States, Markets, and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization", *op. cit*., p. 125 et 132.

2. Dans ce sens, Justin T. Lepp souligne que « *ICANN's unusual and complex decision-making process and its close relationship with the United States government each contribute to the reluctance of courts and antitrust enforcement authorities to examine ICANN's conduct* ». J. T. Lepp, "ICANN's Escape from Antitrust Liability", *Washington University Law Review*, vol. 89, nº 4, 2012, p. 931, disponible sur *http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol89/iss4/5*

3. En effet, le Livre blanc affirmait que « *applicable antitrust law will provide accountability to and protection for the international Internet community. Legal challenges and lawsuits can be expected within the normal course of business for any enterprise and the new corporation should anticipate this reality* ». NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses. Proposed Rule*, *op. cit*.
En outre, étant une entité privée, l'ICANN ne jouit pas de l'immunité par rapport à la législation *antitrust* qui est garantie aux organismes publics étasuniens au sens de la « doctrine de l'action étatique » ou *state action doctrine*. Cette doctrine protège les mesures prises par les pouvoirs publics, en garantissant à ceux-ci l'immunité de la législation *antitrust* lorsque leurs mesures restreignent la concurrence. M. A. Froomkin et M. A. Lemley, "ICANN and Antitrust", *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2003, p. 30 et s. Ce point a été expressément clarifié par le *Central District* de la *California District Court*, selon lequel le statut d'organisme sans but lucratif de l'ICANN n'exempte pas cette organisation de la législation *antitrust*. En effet, en statuant au sujet de l'accord de registre « .xxx », le juge Philip S. Gutierrez a affirmé que « l'ICANN a accordé à *ICM Registry* l'autorité exclusive d'exploiter le nom de domaine de premier niveau ".xxx". En retour, ICM a accepté de verser de l'argent à l'ICANN. Cela est une activité "quintessentiellement" commerciale et elle s'inscrit dans le large champ d'application de du *Sherman Act* » [traduction libre]. *Manwin Licensing International SARL, et al. c/ ICM Registry, LLC, et al.*, CV 11-9514 PSG (JCGx), 14 août 2012.

4. Notamment, les bureaux icanniens se trouvent à Bruxelles, Genève, Los Angeles, Montevideo, Istanbul, Pékin, Séoul, Singapour et Washington.

5. Traduction libre de « *the Corporation shall operate for the benefit of the Internet community as a whole, carrying out its activities in conformity with relevant principles of international law and applicable international conventions and local law and, to the extent appropriate and consistent with these Articles and its Bylaws, through open and transparent processes that enable competition and open entry in Internet-related markets.* » ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit*., § 4.

§ 1 – L'« administration globale » icannienne

395 En vertu de son rôle apical dans « l'administration du système de serveurs racine Internet, l'élaboration de politiques d'enregistrement et d'attribution des noms de domaine, la coordination des protocoles Internet et la délégation des numéros de protocole Internet[1] », l'ICANN a été catégorisée comme une « administration globale[2] ». Une telle catégorisation se fonde sur la théorie du droit administratif global[3], au sens de laquelle une pluralité de phénomènes dépassant les frontières étatiques – comme les pandémies, les sports, les TIC, etc.[4]. – peuvent être encadrés par des systèmes de régulation élaborés par des entités étatiques ou non étatiques[5] qui jouissent d'une dimension transnationale et qui produisent leurs effets directement sur les individus intéressés. Ainsi, comme nous pouvons le lire sous la plume de Benedict Kingsbury, le droit administratif global est « le reflet du rôle croissant d'acteurs privés du type transnational (*transnational private*

regulators) et d'organismes hybrides[6] » tels que l'ICANN. Cela suggère que les États ne détiennent plus le monopole dans l'élaboration des normes et que l'opposition qui caractérise la relation subsistante entre « administrateur et administré[7] » ne peut pas saisir correctement la relation dynamique entre régulateur et régulé[8].

1. GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays*, 23 févr. 2000, disponible sur *www.itu.int/itudoc/itu-t/workshop/cctld/cctld036-fr.pdf*

2. Dans ce sens : S. Cassese, "Administrative Law without a State? The Challenge of Global Regulation", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 37, 2006 ; D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.* ; B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*

3. Le projet du droit administratif global naquit à la *New York University*, en 2005, et a rapidement évolué au cours des dix dernières années, en permettant de confronter des approches hétérogènes issues de différentes cultures juridiques. Au sujet de la *Global Administrative Law*: J. B. Auby, "La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique", *Troisième session du séminaire « Droit Administratif Comparé, Européen et Global »*, 3 mai 2007, disponible sur *www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf* ; S. Battini, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Giuffrè, Milan, 2003 ; S. Cassese *et al.* (ss. la dir.), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, 2008 ; C. Harlow, "Global Administrative Law: The Quest for Principles and Values", *European Journal of International Law*, nº 17, 2006 ; D. C. Etsy, "Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law", *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006 ; B. Kingsbury et L. Casini, "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations", *op. cit.*

4. B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 16.

5. Comme le remarque Stefano Battini, un tel constat pourrait corroborer ce que le juriste allemand Heinrich Triepel affirma en 1923 : « certes, il est possible qu'une évolution future puisse produire un nouveau Droit International que reconnaissent des groupes sociaux à l'intérieur des États actuels en tant que sujets internationaux indépendants […]. Il peut être que la dissolution menacée des États modernes puisse placer des larges groupes économiques là où les États se trouvaient auparavant, et cela produira, par conséquence, un nouveau Droit International. Pendant qu'on attend, il faut maintenir notre théorie ». H. Triepel, « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des Cours*, 1923, p. 82, cité *in* S. Battini, *International Organizations and Private Subjects: A Move Towards A Global Administrative Law?*, p. 12, disponible sur *www.iilj.org/publications/documents/2005.3Battini.pdf*

6. B. Kingsbury, "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 20, nº 1, cité *in* D. Mockle, "Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global", *op. cit.*, p. 34.

7. C. Bories (ss. la dir.), *Un droit administratif Global? A Global Administrative Law?*, Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011, Pedone, 2012.

8. *Ibid.*

396 Ce constat est ultérieurement corroboré par Daniel Mockle, selon lequel « l'essor des travaux sur la mondialisation a mis en lumière de nouvelles dimensions transnationales dans l'élaboration de règles et de standards par des entités hybrides ou privées[1] ». Pour cette raison, la théorie du droit administratif global vise à distiller « de nouveaux principes, ainsi que des mécanismes d'imputabilité[2] » qui permettent d'inclure dans le champ du droit international public une série de nouvelles « fonctions de contrôle, de normalisation et de régulation qui ne relèvent pas exclusivement des organisations internationales[3] ». Ainsi, bien que le fonctionnement du droit administratif global soit strictement mêlé à celui du droit international public et du droit administratif national, le domaine de cette « branche hybride » du droit excède aussi bien le droit international, qui encadre les relations entre les États souverains, et le droit administratif national qui, en revanche, concerne les relations entre l'administration publique et les administrés – soient-ils des personnes physiques ou morales. Le droit administratif global semble donc particulièrement approprié afin de saisir le fonctionnement de

l'ICANN puisqu'il vise à dépasser la dichotomie qui distingue traditionnellement la dimension nationale de l'internationale, par le biais d'une régulation privée qui intéresse directement les individus en dépit des limites géographiques étatiques[4]. Dans ce sens, on se doit de remarquer que l'émergence de mécanismes de régulation globale peut être considérée comme l'évolution naturelle d'un système international fondamentalement anarchique qui, comme le souligne Sabino Cassese, ne se fonde pas sur un modèle régulatoire unique mais, au contraire, est caractérisé par une sorte d'« adhocratie[5] ». C'est donc en vertu d'une telle « adhocratie » que de nouvelles structures organisationnelles sont pétries, afin de réguler avec efficacité des secteurs spécifiques ayant une dimension transnationale. Dans ce sens, la méthode ouverte icannienne est un évident exemple de l'« adhocratie » susmentionnée. Elle vise, en effet, à l'élaboration de *policies* efficaces et consensuelles, considérées comme l'émanation directe du « génie communautaire[6] » icannien, en vertu du processus participatif – qui caractérise à la fois le *modus operandi* de la communauté technique et le *rule-making* de l'Administration étasunienne – par le biais duquel elles sont conçues.

1. D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.*, p. 3.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*

5. S. Cassese, « Il diritto amministrativo globale: una introduzione », *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n° 2, 2005, p. 331 et s.

6. L'expression « génie communautaire » se réfère au « génie juridique national », considéré à la base des ordres juri- diques nationaux au cours du XIX^e siècle. Dans ce sens : N. Bobbio, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, *op. cit.*, p. 186-187.

397 La théorie du droit administratif global propose donc de regrouper sous l'étiquette d'« administrations globales » des entités hétéroclites qui « empruntent des traits distinctifs des droits administratifs[1] », tels que la présence d'une « organisation habilitée à imposer son autorité[2] » et de mécanismes permettant la prise de « décisions administratives[3] » et l'élaboration d'outils régulatoires ayant un caractère normatif et une portée « globale[4] ». Ainsi, force est de remarquer qu'un corpus de « principes généraux du droit administratif global » s'est cristallisé autour des caractéristiques partagées par les différentes typologies d'administration globale[5]. Comme le souligne Sabino Cassese, ces principes généraux peuvent être considérés comme de véritables piliers des « administrations globales » qui peuvent être repérés dans « le principe d'égalité, le droit de participation, le devoir de consultation, le droit d'être entendu (*audi alteram partem*), le droit d'accès aux documents administratifs, la motivation des décisions administratives, les décisions fondées sur des éléments de preuve reconnus sur le plan scientifique et le principe de proportionnalité[6] ».

1. Compte rendu du colloque international « Un droit administratif global ? », *op. cit.*

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

4. Dans ce sens : S. Cassese, « Il diritto amministrativo globale: una introduzione », *op. cit.* ; D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.*, p. 35 ; B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, « L'émergence du droit administratif global », *RID éco.*, t. XXVII, 2013/1, p. 37-58.

5. Selon la subdivision élaborée par Kingsbury, Krisch et Stewart, il est possible de distinguer cinq typologies d'administration globale : « *(1) administration by formal international organizations ; (2) administration based on collective action by transnational networks of cooperative arrangements between national regulatory officials ; (3) distributed administration conducted by national regulators under treaty, network, or other cooperative regimes ; (4) administration by hybrid intergovernmental – private arrangements ; and (5) administration by private institutions with regulatory functions. In practice, many of these layers overlap or combine, but we propose this array of ideal types to facilitate further inquiry* ». B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 20-23.

6. S. Cassese, "Administrative Law without a State? The Challenge of Global Regulation", *op. cit.*, p. 690, cité *in* D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.*, p. 19. Les administrations globales peuvent donc trouver une source de légitimité dans le respect des principes généraux du droit administratif global. En effet, tout comme les principes généraux du droit administratif français, les principes généraux du droit administratif global ne sont pas consacrés dans des « textes ». Dans ce sens : arrêt *Aramu*, 26 oct. 1945. En ce sens, Benedict Kingsbury suggère l'utilisation des principes généraux du droit afin d'encadrer le droit administratif global. Notamment, Kingsbury « propose le recours à […] des principes potentiellement applicables à tout système de droit : le principe de légalité, le principe de rationalité pour l'encadrement du processus décisionnel, le principe de proportionnalité, la *rule of law*, surtout dans sa dimension procédurale et, enfin, les droits de la personne (*human rights*) ». D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.*, p. 35 ; B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, « L'émergence du droit administratif global », *op. cit.*
Toutefois, force est de souligner que les principes généraux du droit administratif français sont dégagés par la voie prétorienne, tandis que les principes généraux du droit administratif global jouissent d'une bien plus faible origine doctrinaire. Pour cette raison, le degré de généralité des principes de droit administratif global est plus élevé afin de pouvoir leur conférer une applicabilité « globale ».

398 Ainsi, bien que le droit administratif global ait été accusé d'être une « réalité fragmentée[1] », cette théorie « émergente[2] » fournit des instruments conceptuels[3] particulièrement utiles afin de catégoriser la configuration institutionnelle de l'ICANN en tant qu'administration globale. Par conséquent, la catégorisation de l'ICANN en tant qu'« administration globale » nous suggère de considérer le régime icannien comme un véritable « système global de régulation[4] » puisque, tel que l'explique Sabino Cassese, les systèmes globaux de régulation diffèrent de la structure étatique traditionnelle car ils peuvent se développer de façon polycentrique et diffusée, tandis que la structure étatique se déploie généralement autour d'un centre unique[5]. En effet, on se doit de souligner que les différentes parties prenantes qui gravitent dans l'orbite icannienne donnent lieu à un véritable système de régulation diffusé. Notamment, bien que les instruments contractuels définissant la régulation des gTLDs soient conçus au sein de l'ICANN et mis en œuvre de manière décentralisée par les parties contractuelles, parallèlement, la régulation des extensions nationales est délinéée par les « chartes de nommage[6] » élaborées par les registres nationaux[7], en conformité avec les législations nationales.

1. D. Mockle, « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *op. cit.*, p. 10.

2. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*

3. Selon Kingsbury *et al*., la théorie du droit administratif global fournit l'ensemble des « *mechanisms, principles, practices, and supporting social understandings that promote or otherwise affect the accountability of global administrative bodies, in particular by ensuring they meet adequate standards of transparency, participation, reasoned decision, and legality, and by providing effective review of the rules and decisions they make* ». B. Kingsbury, N. Krisch et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 17.

4. Selon Sabino Cassese, « *[t]he term "global regulatory system" is preferable to the frequently used "global governance" (which indicates the activity of governing in the absence of an institution – the government), "international regime"* […] *and "international organization" (descriptive and limited to the structural nature)* ». S. Cassese, "Global Administrative

Law: an Introduction", *Paper for the NYU Law School "Global Administrative Law Conference"*, 25 avr. 2005, p. 10, disponible sur *www.iilj.org/global_adlaw/documents/Cassesepaper.pdf*

5. *Ibid.*

6. Comme le souligne Bertrand du Marais, au niveau français, « l'existence même de la Charte de nommage est fondée sur un but de police administrative, puisqu'elle comporte des dispositions qui mettent en œuvre l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, qui renvoie lui-même au principe du bon ordre public ». Notamment, au sens de l'article L. 45-2 du Code des postes et communications électroniques, « l'enregistrement ou le renouvellement des noms de domaine peut être refusé ou le nom de domaine supprimé lorsque le nom de domaine est : / 1° Susceptible de porter atteinte à l'ordre public ou aux bonnes mœurs ou à des droits garantis par la Constitution ou par la loi ; […] ». B. Marais, « Le service public du nommage, consécration et limites », *op. cit.*, p. 302. En France, ces compétences sur les fonctions de bureau d'enregistrement sont déléguées à l'association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), une association à but non lucratif régie par la loi du 1er juillet 1901, ayant la mission d'intérêt général d'« assurer la continuité de l'espace territorial français sur l'Internet ». Au sens de l'arrêté de la ministre déléguée auprès du ministre du Redressement productif, chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, du 25 juin 2012, l'AFNIC a été désignée en tant qu'« office d'enregistrement » chargé d'attribuer et de gérer les noms de domaine au sein de l'extension « .fr », correspondant à la France métropolitaine ; et des « ccTLDs ".re" correspondant à l'île de la Réunion ; ".pm" correspondant à Saint-Pierre-et-Miquelon ; ".tf" correspondant aux Terres australes et antarctiques françaises ; ".wf" correspondant à Wallis et Futuna ; et ".yt" correspondant à Mayotte ». Voir le site Web de l'AFNIC, disponible sur *www.afnic.fr*

7. Les registres qui s'occupent de la gestion des noms de domaine nationaux peuvent être rattachés aux gouvernements nationaux par le biais de différents outils juridiques parmi lesquels on trouve des contrats, des actes législatifs ou des instruments de « droit mou » tels que des chartes ou des protocoles d'entente. Aussi, on se doit de remarquer que le choix de l'outil juridique qui formalise le lien entre chaque registre de ccTLD et l'État correspondant reflète le degré d'autonomie du registre par rapport au gouvernement national. En effet, les registres peuvent être des organismes autonomes par rapport à l'État ou de véritables organismes étatiques. Lorsque les registres sont des entités publiques, ils peuvent avoir la structure d'une agence ou d'un département ministériel, tandis que lorsqu'ils ne sont pas des entités publiques, ils peuvent être des associations à but non lucratif, des entreprises ou des centres de recherche rattachés à des universités. Dans ce sens : G. Christou et S. Simpson, – "New Governance, the Internet, and Country Code Top-Level Domains in Europe", *Governance*, vol. 22, n° 4, 2009 ; GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays*, *op. cit* ; M. Geist, *The ccTLD Governance Projcet*, ITU ccTLD Workshop, mars 2003, disponible sur *www.cctldinfo.com* ; ITU, "Policy, Business, Technical and Operational Considerations for the Management of a Country Code Top Level Domain (ccTLD)", 2008, disponible sur *www.itu.int/ITU-D/cyb/ip/docs/itu-draft-cctld-guide.pdf*

399 La régulation du DNS présente donc une nature polycentrique puisqu'elle comprend différents instruments de régulation, élaborés aussi bien au niveau icannien qu'au niveau national. Ainsi, les registres nationaux ou *Network Information Centers* (NICs) ne s'occupent pas exclusivement d'assurer le bon fonctionnement des bases de données correspondant aux zones racine nationales – c'est-à-dire les ccTLD(s) que l'ICANN leur a « délégués[1] » – mais ont aussi le pouvoir de définir les « politiques d'enregistrement et d'attribution[2] » concernant ces extensions, par le biais de chartes de nommage. Les registres nationaux peuvent donc être considérés comme de véritables cyberadministrations nationales qui « exercent un service public au nom de la communauté locale concernée et, à ce titre, [ont] le devoir de servir cette communauté[3] » tout en étant « responsable[s] vis-à-vis de la communauté mondiale de l'Internet [comprenant] tous ceux qui sont ou seront concernés par l'exploitation du TLD[4] ». Ainsi, comme le remarque le GAC, le « délégué d'un ccTLD est l'administrateur du domaine octroyé et sa mission consiste à servir les résidents du pays ou territoire spécifique […] ainsi que la communauté mondiale de l'Internet[5] ».

1. Au sens des principes d'attribution du GAC, « l'ICANN/IANA [délèguent] la responsabilité d'administrer un TLD (domaine de premier niveau) [à un] "Délégué" [c'est-à-dire] l'organisation, l'entreprise ou la personne désignée par le gouvernement concerné ou l'autorité publique compétente pour exercer le mandat public de gestion d'un ccTLD et par conséquent reconnue par une communication entre l'ICANN et l'entité désignée à cette fin ». GAC, *Principes*

de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays, op. cit., principes nos 3.4 et 3.5.
Aussi, force est de souligner que seul l'ICANN jouit du pouvoir « de procéder […] à la réaffectation de la délégation en accord avec le gouvernement concerné ou l'autorité publique compétente » lorsque « le gouvernement concerné ou l'autorité publique compétente avertissent l'ICANN que le délégué a enfreint les règles de [délégation] ou que la durée de son mandat a expiré » ou lorsque « l'administrateur ne dispose pas de son soutien ni de celui de la communauté locale concernée ou qu'il a enfreint d'autres dispositions essentielles du RFC 1591 et négligé d'y porter remède ». *Ibid.*, principes nos 7.1 et 7.2.
Dans ce sens, le Conseil d'État français a mis en exergue que l'AFNIC exerce sa « mission d'attribuer et de gérer les noms de domaines […] avec l'accord des autorités régulatrices de l'Internet hors de France », c'est-à-dire de l'ICANN. CE, 10 juin 2013, *Monsieur Mathieu A*, no 327375.

2. *Ibid.*

3. J. Postel, *Domain Name System Structure and Delegation, op. cit.*

4. GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays, op. cit.*, préambule.

5. *Ibid.*, § 4.1, « Rôle du délégué ».

400 Enfin, les différentes « politiques d'enregistrement et d'attribution » jouissent d'une véritable portée transnationale puisqu'elles sont susceptibles de réguler l'enregistrement et l'attribution de noms de domaine effectués par tout usage d'Internet, en dépit de sa situation géographique. L'administration globale du DNS est donc caractérisée par la coexistence d'une pluralité d'administrations cyberterritoriales qui donnent lieu à une structure à la fois polycentrique, en ce qui concerne la régulation des « cyberterritoires » nationaux, et centralisée, en ce qui concerne les extensions génériques ainsi que la (re)délégation de la responsabilité d'administrer un coTLD[1]. Dans le prochain paragraphe, nous examinerons donc le processus participatif et *bottom-up* qui détermine l'élaboration des politiques de nommage des gTLDs, par le biais desquelles s'exprime le « système global de régulation » icannien.

1. GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays, op. cit.*

§ 2 – La régulation des extensions génériques

401 Dans ce paragraphe, nous analyserons la régulation des extensions génériques. En premier lieu, nous explorerons le processus d'élaboration des « politiques de nommage » se déroulant au sein de la GNSO et, en deuxième lieu, nous mettrons en lumière l'existence d'un véritable système juridique privé, dont les traits normatifs sont directement façonnés par l'ICANN.

402 En effet, comme nous l'avons souligné précédemment, l'ICANN jouit du pouvoir de définir les conditions incluses dans les accords de registre et dans les accords d'accréditation de bureaux d'enregistrement. Ainsi, les droits des titulaires de noms de domaine génériques – et des utilisateurs d'Internet en général – sont délinéés directement par les termes contractuels que les bureaux d'enregistrement de gTLDs devront imposer en vertu des accords d'accréditations qui les lient à l'ICANN[1]. Le pouvoir de

régulation icannien consiste donc, d'une part, en la capacité de délinéer les caractéristiques institutionnelles de l'organisation qui administre le DNS[2], c'est-à-dire l'ICANN elle-même, et, d'autre part, en la capacité de définir les modalités d'« expansion » du spectre de nommage ainsi que les termes contractuels qui seront implémentés par les registres et par les bureaux d'enregistrement de gTLDs. Ainsi, comme nous le mettrons en exergue dans ce paragraphe, le régime icannien ne se limite pas à la régulation du marché des gTLDs – en régulant l'éventuel élargissement de l'espace de nommage générique – mais se caractérise par l'élaboration d'outils contractuels définissant les droits et les obligations des titulaires de noms de domaine, trouvant donc une application globale à la sphère juridique individuelle[3].

1. W. Seltzer, *ICANN: Why the Registrar Accreditation Agreement Matters*, 5 nov. 2011, disponible sur *http://advocacy.globalvoicesonline.org/2011/11/05/icann-why-the-registrar-accreditation-agreement-matters-for-free-speech/*

2. Dans ce sens : J. P. Kesan et A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: the Case of ICANN", *op. cit.*

3. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Semi-Private International Rulemaking: Lessons Learned from the WIPO Domain Name Process", *op. cit.* ; M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 11 ; J. Weinberg, "Non-State Actors and Global Informal Governance: the Case of ICANN", *op. cit.*

403 Le mécanisme de gouvernance par le biais duquel l'ICANN détermine un système de régulation globale est mis en exergue de façon évidente par la structure organisationnelle de la GNSO, dans le cadre de laquelle les différents *constituencies* et groupes d'intérêt interagissent dans le but de définir des *policies* globales. Le mécanisme gouvernantaliste de la GNSO est donc particulièrement important puisqu'il représente l'une des tentatives les plus accomplies de transposition du processus d'élaboration de la *lex informatica* dans l'élaboration d'instruments régulatoires non techniques. Ce processus est censé se fonder sur les principes du droit administratif global, élucidés par Sabino Cassese, et donne lieu à un système de *private ordering*, mis en œuvre par les registres gTLDs et les bureaux d'enregistrement qui sont contractuellement obligés d'appliquer la *lex icannania* et qui sont explicitement désignés comme parties contractuelles ou *contracted parties*[1] dans le cadre de la structure de la GNSO.

1. Dans ce sens : ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. X « Organisation de soutien des noms génériques » ; GNSO, *GNSO Operating Procedures*, 12 mars 2014, disponible sur *http://gnso.icann.org/en/node/44157*

▪ A – Le processus normatif de la GNSO : la « légifération icannienne »

404 La GNSO revêt un rôle crucial en ce qui concerne l'élaboration et la recommandation de révision de la régulation icannienne concernant les extensions génériques. Les principales attributions de la GNSO consistent en son pouvoir de nommer deux membres du directoire de l'ICANN et en son pouvoir d'initiative, lui permettant d'entamer le processus d'élaboration

des « politiques » par le biais desquelles le marché des gTLDs est régulé. Ainsi, le processus se déroulant au sein de la GNSO revêt un rôle fondamental pour la régulation globale du DNS, puisqu'il donne lieu à un véritable « système juridique privé[1] » dont le but est la régulation des gTLDs par le biais de *policies* contraignantes au niveau global[2] que nous pouvons définir comme « *lex icanniana* ».

1. Dans ce sens : T. Schultz, "Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists", *op. cit.*

2. J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*, 168.

405 Comme l'explique Milton Mueller, la GNSO a été conçue pour être l'« organe législatif » représentatif icannien, permettant la mise en place d'un mécanisme de développement du consensus multi-parties prenantes visant à l'élaboration des futures politiques[1]. Dans ce sens, la structure originaire de la GNSO prévoyait que les parties intéressées se réunissent en six regroupements[2] ou *constituencies*, chacune élisant trois membres du Conseil de la GNSO. Ce dernier était, quant à lui, chargé d'identifier les problématiques qui devaient faire l'objet de la future régulation ; de recueillir les informations et de stimuler les commentaires publics utiles à l'analyse de ces problématiques ; de formuler les propositions de politiques à adopter afin d'encadrer et réguler ces problématiques ; et, enfin, de voter ces propositions et de les transmettre au directoire de l'ICANN pour qu'elles soient approuvées définitivement[3]. Ce processus visait donc à cristalliser le consensus des différents *stakeholders* – réunis au sein de la GNSO – par le truchement d'une démarche ascendante, tout en réservant au directoire de l'ICANN le pouvoir d'approbation des politiques à inclure dans l'*ICANN Registry Agreement* ainsi que dans l'*ICANN Registrar Accreditation Agreement*. Ainsi, force est de souligner que le processus participatif ayant lieu au sein de la GNSO représente le fondement de la régulation contractuelle icannienne.

1. M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 11-12.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*

406 Toutefois, la structure organisationnelle et le mécanisme procédural de la GNSO ont nécessité une réforme – approuvée par le directoire de l'ICANN en février 2008 et entrée en vigueur en 2009[1] – en raison de nombreuses critiques liées, notamment, à la pondération inégale des voix parmi les différentes *constituencies* représentées au sein du conseil de la GNSO[2]. En effet, bien que chaque regroupement jouît de trois représentants au sein du conseil, les *constituencies* représentant les registres et les bureaux d'enregistrement jouissaient de six voix chacune, tandis que toutes les autres *constituencies* disposaient de seulement trois voix. De plus, on se doit de remarquer que, dans la structure originale de la GNSO, les parties prenantes « commerciales » étaient structurées en trois regroupements différents, ce

qui leur attribuait un poids électoral trois fois supérieur[3] par rapport à la *constituency* représentant les usagers à des fins non-commerciales ou à celle réunissant les trois « personnalités indépendantes » sélectionnées par le NomCom[4].

1. Le 30 mars 2007, le Comité sur la gouvernance du directoire de l'ICANN a formé un groupe de travail, le *Board Governance Committee Working Group*, visant à formuler des propositions de réforme de la GNSO. En février 2008, ce groupe de travail a publié ses recommandations qui ont été subséquemment adoptées par le directoire et mises en œuvre à partir d'août 2009. GNSO, *GNSO Improvements Accomplishments*, 2012, disponible sur *http://gnso.icann.org/en/ongoing-work/archive/2012/improvements/status-en.htm* ; M. L. Mueller, *ibid.*, p. 13.

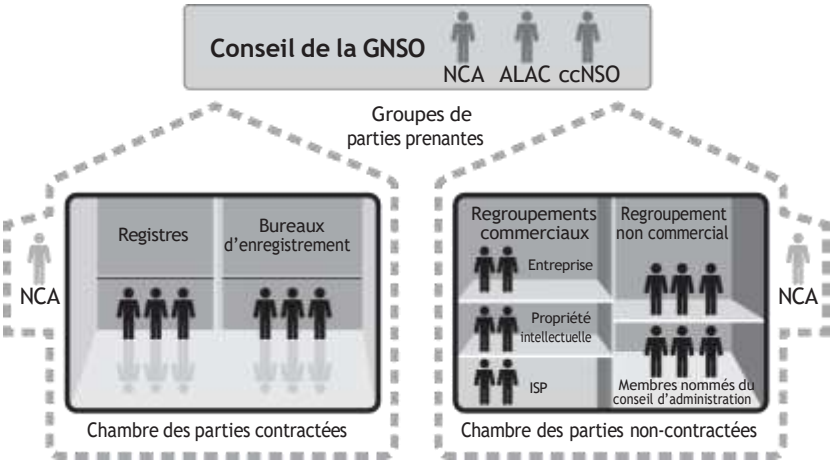
2. Notamment les lacunes de la GNSO furent mises en exergue par un rapport que l'ICANN même avait commissionné à la London School of Economics, dans le but d'évaluer le fonctionnement de cette organisation de support. S. Bastow *et al.*, *A Review of the Generic Names Supporting Organization (GNSO)*, *op. cit.*

3. À ce propos, Milton Mueller remarque que les « *[t]rademark holders, commercial users and telecom firms are overlapping categories. They all include large commercial entities whose primary interest in domain name system policy is trademark protection. These "three" constituencies were, for all practical purposes, one big Constituency ; they held joint meetings at ICANN and voted together as a bloc over 90 % of the time* ». M. L. Muellers, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*, p. 12.

4. Dans ce sens : S. Bastow *et al.*, *A Review of the Generic Names Supporting Organization (GNSO)*, *op. cit.*, p. 17-30.

407 Ainsi, en raison de l'évident déséquilibre *intra-stakeholder*, le conseil de la GNSO fut réorganisé par le biais d'une structure bicamérale dans le cadre de laquelle une chambre est affectée aux parties contractuelles et l'autre est consacrée aux parties non contractuelles[1]. La chambre des parties contractuelles est ultérieurement subdivisée en deux « groupes de parties prenantes » représentant les intérêts des registres de gTLDs et des bureaux d'enregistrement, tandis que la chambre des parties non-contractuelles est formée du groupe des « parties prenantes non commerciales » et de celui des « parties prenantes commerciales[2] ». Le conseil de la GNSO est responsable[3] du processus de développement des *policies* concernant les gTLDs. Il se compose de vingt-trois membres, dont dix-huit sont élus par les regroupements composant les deux chambres, trois sont sélectionnés par le NomCom et deux revêtent les fonctions d'agents de liaison sans droit de vote et sont nommés par l'ALAC et la ccNSO[4]. Notamment, les Règlements de l'ICANN prévoient que la chambre des parties contractuelles soit représentée par sept membres du conseil, ayant droit de vote, dont trois issus du groupe multipartite des registres, trois du groupe multipartite des bureaux d'enregistrement et un nommé par le NomCom de l'ICANN. La chambre des parties non contractuelles est, elle, représentée par treize membres ayant droit de vote, dont six élus par le groupe des usagers commerciaux – à savoir, deux pour chaque *constituency* commerciale[5] – six issus du regroupement non commercial et un nommé par le NomCom de l'ICANN[6].

Structure de la GNSO



1. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. X, sect. 3.8.

2. *Ibid.*

3. *Ibid.*, sect. 3.4.

4. *Ibid.*, sect. 3.1.

5. Les trois *constituencies* commerciales représentent les intérêts des entreprises, des titulaires de droits de propriété intellectuelle et des FAI. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, art. X, sect. 5.1.

6. *Ibid.*, sect. 3.8.

408 Aussi, il est important de remarquer que la réforme de 2009 a déterminé une réorganisation du processus d'élaboration de la *lex icanniana* sur la base du modèle participatif de l'IETF, structuré en groupes de travail ouverts qui sont « officiellement mandatés au sein de la structure de l'ICANN pour traiter les politiques et les autres problèmes auxquels la communauté Internet et ses parties prenantes doivent faire face[1] » et dont les principaux outils de travail sont des listes de diffusion publiquement archivées[2].

1. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, *op. cit.*, p. 9.

2. *Ibid.*

409 Ainsi, force est de souligner que le processus d'élaboration de la *lex icanniana* ou *Policy Development Process* (PDP) vise à l'implication de toute partie intéressée dans l'élaboration des projets de *policy*. Dans ce sens, les Règlements de l'ICANN prévoient la participation de toute partie intéressée aussi bien dans la phase « d'exploration » que dans le processus normatif lui-même. En effet, lorsque la GNSO explore la possibilité d'entamer un nouveau PDP, son chef du personnel élabore un rapport préliminaire qui sera soumis à une période de consultation publique, à la suite de laquelle il élaborera un rapport final fondé sur les commentaires soumis au sujet du rapport préliminaire[1]. L'examen d'une problématique par le biais d'un

rapport préliminaire peut être proposé par un des comités consultatifs, par le directoire de l'ICANN ou par le conseil de la GNSO, qui sont les trois sujets ayant le droit d'activer un PDP[2]. Une fois que le rapport final a été élaboré, le conseil de la GNSO entame le PDP, lorsque le processus a été proposé par le directoire tandis que le lancement du PDP demande un vote favorable des deux chambres, lorsque le processus a été promu par le conseil de la GNSO ou par un comité consultatif[3]. Il est intéressant de remarquer qu'au sens des Règlements icanniens, une simple décision du directoire ou un vote à la majorité qualifiée[4] du conseil de la GNSO permet d'entamer un PDP concernant une problématique qui ne relève pas du champ d'action de l'ICANN ou de la GNSO.

1. ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 7 févr. 2014, ann. A, sect. 4.

2. *Ibid*., sect. 3 et 4.

3. *Ibid*., sect. 5. Notamment, un « vote de plus de 33 % des membres du conseil présents de chaque chambre ou de plus de 66 % des votes d'une chambre en faveur du lancement du PDP relevant de leur compétence suffit à lancer le PDP ». *Ibid.*, art. 3.9.b.

4. Cette « super-majorité » est atteinte avec le vote affirmatif de plus de 66 % des voix de chaque chambre ou 75 % des voix d'une chambre et la majorité de l'autre. *Ibid*., art. 3.9.c.

410 Ainsi, lorsque le PDP est formellement initié par le conseil de la GNSO, un groupe de travail ou le chef du personnel de la GNSO est chargé de rédiger un rapport d'analyse qui sera subséquemment publié afin de stimuler les commentaires de toute partie intéressée pour une période donnée – généralement d'une durée de vingt jours – et ces commentaires seront intégrés dans le rapport final[1]. Enfin, le président du conseil de la GNSO distribuera le rapport final aux membres du conseil afin que cet organe vote la version finale de proposition de *policy* qui sera recommandée au directoire, pour qu'il la vote[2]. Il est donc évident que le processus normatif orchestré par la GNSO vise à corroborer la légitimité de la régulation privée icannienne sur la base de la représentation des différents groupes d'intérêts au sein de la structure bicamérale de la GNSO, ainsi que sur la participation de toute partie intéressée au PDP. Toutefois, il est également évident que, bien que les *policies* icanniennes soient élaborées par le truchement d'une approche ascendante, multi-parties prenantes et consensuelle, leur adoption relève de la compétence exclusive du directoire[3] qui jouit d'un pouvoir discrétionnaire « quasi absolu[4] », ayant la possibilité de refuser toute proposition que ne soit pas « dans l'intérêt de l'ICANN ou de la communauté de l'ICANN[5] ».

1. ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, *op. cit*., sect. 1 et 6.

2. *Ibid*., sect. 7.

3. *Ibid*., sect. 8 et 9.

4. M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit*., p. 15.

5. ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, *op. cit*., sect. 9.

▪ B – Le système juridique privé icannien

411 Comme nous l'avons mis en exergue, la régulation icannienne est mise en œuvre par la voie contractuelle. Notamment, la fonction de régulation de l'ICANN est particulièrement évidente dans l'imposition du protocole Whois[1], « un protocole Internet utilisé pour accéder aux bases de données et obtenir des informations concernant l'enregistrement d'un nom de domaine ou d'une adresse IP[2] », ainsi que dans la définition du Règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine ou UDRP, au sens duquel tout titulaire de marque qui se sent lésé par un enregistrement considéré comme abusif peut demander que la controverse soit soumise à arbitrage[3].

1. Le protocole Whois fut décrit pour la première fois dans la RFC 812, subséquemment mise à jour par la RFC 954 et, enfin, consacré par la RFC 3912 qui spécifie à la fois les caractéristiques techniques du protocole et sa politique d'utilisation. Comme le souligne la RFC 3912, « Whois est le protocole transactionnel basé sur TCP qui est utilisé pour offrir un service d'informations aux utilisateurs d'Internet. Alors qu'à l'origine il était prévu pour faire office de pages blanches et pour fournir des informations sur les noms de domaines enregistrés, son utilisation s'est étendue à d'autres services d'informations. Le protocole met à disposition [les informations demandées] dans un format compréhensible ».
L. Daigle, *Spécification du protocole Whois, RFC 3912*, sept. 2004, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/rfc3912.html*

2. ICANN, *Guide d'initiation à l'ICANN*, *op. cit.*, p. 25. Aussi, au sujet de la fonction régulatoire du protocole Whois, par exemple : K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.* ; C. B. Preston, "Internet Porn, ICANN, and Families: a Call to Action", *Journal of Internet Law*, p. 3-15, oct. 2008, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1285270*

3. Dans ce sens : B. Carotti, "ICANN and Global Administrative Law", *op. cit* ; M. A. Froomkin, "ICANN's 'Uniform Dispute Resolution Policy' – Causes and (Partial) Cures", *Brooklyn Law Review*, vol. 67, p. 605 et s., 2002 ; J. P. Kesan. et
A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: the Case of ICANN", *op. cit.* ; J. Kim, "Territoriality Challenges in Protecting Trademark Interests in the System of Generic Top-Level Domains (gTLDs)", *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 18, nº 1, 2014.

412 En premier lieu, l'ICANN souligne que les accords concernant les gTLDs établis avec les parties contractuelles « exigent que les registres et bureaux d'enregistrement offrent une page Web interactive et un service Whois de port 43[1] fournissant un accès public et gratuit aux données relatives aux noms de domaine enregistrés. Ces données comprennent la création de l'enregistrement du domaine et les dates d'expiration, les serveurs de noms et les informations de contact du registrant et les contacts administratifs et techniques désignés[2] ». Ainsi, bien que les susdites prescriptions – ainsi que la RFC 3912 qui décrit le protocole Whois – soient le fruit d'un processus participatif, on se doit de souligner que les termes contractuels par le biais desquels elles sont imposées revêtent une évidente portée régulatoire, puisqu'ils imposent la gratuité de l'accès aux données Whois et leur publicité et octroient à l'ICANN le pouvoir exclusif de définir l'éventail des données qui devront être rendues publiques. Dans ce sens, l'accord d'accréditation précise que « [l]es données accessibles se composent d'éléments qui sont désignés le cas échéant conformément à une spécification ou à une politique adoptée par l'ICANN[3] ».

1. Selon la RFC 3912, « un serveur Whois écoute le port TCP 43 en attente de requêtes de la part des clients Whois. Le client Whois fait une requête textuelle au serveur Whois qui répond également à l'aide de données textuelles ».
L. Daigle, *Spécification du protocole Whois, RFC 3912, op. cit.*
Notamment, grâce au protocole Whois, tout usager jouit de la possibilité de se connecter sur le port 43 d'un serveur Whois, d'envoyer une « ligne » contenant l'identifiant qui fait l'objet de sa question (par exemple *u-paris2.fr*) et de

recevoir une réponse sous forme de texte. Pour une démonstration pratique du fonctionnement du protocole Whois : *www.port43whois.com/*

2. ICANN, *Guide d'initiation à l'ICANN*, *op. cit.*, p. 25.

3. ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, *op. cit.*, § 3.3.1.

413 Aussi, au delà de son impact sur la protection des données personnelles[1] des registres de domaines, le protocole Whois contribue substantiellement à la mise en œuvre du principe fondamental concernant l'attribution des noms de domaine génériques[2], c'est-à-dire le principe du « premier arrivé, premier servi » ou « premier déclarant, premier occupant », une règle appliquée depuis les années 1960 en droit international afin de gérer des ressources rares, telles que le spectre des fréquences radio dans le domaine des télécommunications satellitaires[3]. Ainsi, dans le but d'une correcte exécution de ce principe, tout sujet souhaitant enregistrer un nom de domaine doit vérifier que l'identifiant qu'il souhaite enregistrer ne soit pas déjà attribué, en consultant la base de données Whois. Par conséquent, l'accord d'accréditation impose à tout bureau d'enregistrement la fourniture du « service Whois port 43 qui offre au public un accès gratuit […] aux données les plus récentes (c'est-à-dire avec une mise à jour quotidienne au minimum) concernant tous les noms de domaine enregistrés actifs commandités par le bureau d'enregistrement pour chaque TLD pour lequel il est accrédité[4] ».

1. M. Zalnieriute et T. Schneider, *ICANN's Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values*, *op. cit*.

2. On se doit de souligner que l'attribution des noms de domaine nationaux ainsi que les procédures d'arbitrages au sujet de potentiels différends concernant ces noms de domaine sont définies par les registres nationaux par le biais de leurs chartes de nommage.

3. Dans ce sens : L. Ravillon, "Recours à la technique du premier arrivé, premier servi dans le droit des nouvelles technologies… ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques", *JCP G*, n° 47, 22 nov. 2000, p. 2113.

4. ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, *op. cit.*, § 3.3.1.

414 Toutefois, l'utilisation de la règle du « premier déclarant, premier occupant » fait en sorte que le premier réservataire soit privilégié par rapport à tout autre sujet en dépit de l'existence de droits légitimes sur la dénomination choisie, en favorisant donc les conflits « entre le propriétaire légitime de droits antérieurs sur une marque et le titulaire de mauvaise foi d'un nom de domaine calqué sur la dénomination de cette marque[1] ». Ainsi, dans le souci de trouver une solution efficace desdits conflits[2], le 1er décembre 1999, l'ICANN a adopté l'UDRP[3], un régime régulatoire décentralisé en vertu duquel l'ICANN a délinéé les règles générales qui régissent une procédure administrative unique[4] à dimension globale visant à la résolution des différends et a autorisé une série d'entités privées à gérer et la résolution des conflits concernant les noms enregistrés dans des extensions génériques[5], grâce à l'arbitrage rendu par des « commissions administratives[6] ».

1. Dans ce sens : O. Garlin-Ferrard, "L'élaboration de la nature et du régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la marque", *op. cit.*, p. 17.

2. On se doit de rappeler que l'élaboration d'un mécanisme efficace de résolution des conflits concernant les titulaires de marques était l'une des raisons d'être du Cadre pour le commerce électronique mondial qui avait été proposé par l'administration Clinton, en 1997. B. Clinton et A. Gore, *A Framework for Global Electronic Commerce*, *op. cit.*

3. ICANN, *Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, 26 août 1999, § 3, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-fr*

4. Force est de souligner que le règlement n'exclut pas la possibilité de réguler le litige dans le cadre d'un tribunal compétent. En effet, « dès lors qu'un requérant engage une procédure au titre des principes UDRP, le détenteur d'un nom de domaine est tenu de s'y soumettre. Toutefois, compte tenu de leur caractère administratif, les principes UDRP n'interdisent pas au détenteur d'un nom de domaine ou au propriétaire d'une marque de porter le litige devant un tribunal compétent appelé à statuer indépendamment. L'une ou l'autre des parties peut donc intenter une action devant un tribunal avant, pendant ou après le déroulement d'une procédure régie par les principes UDRP ». Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, *Guide de l'OMPI sur le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine*, p. 6, 2008, disponible sur *www.wipo.int/freepublications/fr/arbitration/892/wipo_pub_892.pdf*
Pour une analyse détaillée de la UDPR : L. R. Helfer et G. B. Dinwoodie, "Designing Non-National Systems: the Case of Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", *William and Mary Law Review*, vol. 43, 2001, p. 141 et s. ; M. A. Froomkin, "ICANN's 'Uniform Dispute Resolution Policy' – Causes and (Partial) Cures", *op. cit.* ; M. Geist, "*Fair. Com*? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 67, p. 903 et s., 2002 ; J. P. Kesan et A.A. Gallo, "The Market for Private Dispute Resolution Services – An Empirical Re-Assessment of ICANN-UDRP Performance", *Bepress Legal Series, The Berkeley Electronic Press*, nº 480, 2005 ; D. A. Simon, "An Empirical Analysis of Fair Use Decisions under the Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy", *Boston College Law Review*, vol. 53, nº 1, 2012.

5. L'UDRP s'applique également à plusieurs domaines nationaux ayant adopté volontairement ce système. Parmi ces domaines nationaux nous trouvons, par exemple, le domaine national chypriote « .cy », le domaine irlandais « .ir », le domaine monténégrin « .me », etc., tandis qu'au niveau français, une procédure alternative de résolution des litiges a été adoptée depuis le 11 mai 2004 afin de régir les litiges relatifs au domaine « .fr » et « .re ». Ce mécanisme est dénommé « Procédure alternative de résolution de litiges (PARL) du ".fr" et du ".re" ». *www.afnic.fr/data/divers/public/parl-afnic.pdf*

6. Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, *Guide de l'OMPI sur le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine*, *op. cit.*, p. 6 ; ICANN, *Liste des fournisseurs de services de règlement de litiges approuvés*, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/providers-2012-02-25-fr*

415 L'élaboration de l'UDRP a été rendue nécessaire afin de contrecarrer le phénomène du cybersquattage[1] – c'est-à-dire l'enregistrement abusif de noms de domaine[2] – dont la gravité avait été mise en exergue lors du processus qui mena à l'institution de l'ICANN. Dans ce sens, suivant les vœux exprimés par l'administration Clinton, dans son Cadre pour le commerce électronique mondial[3], le Livre blanc avait expressément souligné le besoin de développer un système de résolution des différends afférant au cybersquattage, dans le cadre d'un partenariat avec l'OMPI[4]. Pour cette raison, suite à une période de consultation publique, l'OMPI élabora un rapport détaillé[5] qui constituait la base de l'UDRP. L'objectif de cette procédure était donc la mise en place d'un « système alternatif de règlement des différends[6] » pouvant se dérouler entièrement en ligne et concernant exclusivement les litiges relatifs aux enregistrements portant atteinte à des marques déposées[7]. Dans ce sens, l'UDRP a été conçue afin de s'adapter efficacement à l'univers transnational internautique, en permettant de réguler les différends « qui découlent de l'enregistrement et de l'utilisation de mauvaise foi par des tiers de noms de domaine[8] » en l'espace de quelques jours[9], par le biais d'une procédure administrative[10].

1. *Ibid.*, p. 3.

2. Comme la Commission européenne le mit en exergue, les noms de domaine « ont été une cible facile pour la violation des droits de propriété intellectuelle, particulièrement à l'égard des marques déposées. Il est en principe possible de limiter les risques d'atteinte aux marques déposées dans le DNS en soumettant les enregistrements à certaines règles. C'est habituellement le cas pour les ccTLD nationaux. En revanche, dans les principaux domaines

génériques ouverts, à savoir ".com", ".org" et ".net", les noms sont attribués sur la base du principe "premier arrivé, premier (seul) servi". […] Le 30 avril 1999, l'OMPI a publié son rapport final sur le mécanisme des noms de domaine Internet, auquel l'UE et ses États membres ont activement contribué. Le comité consultatif des gouvernements (GAC) de l'ICANN s'est également prononcé en faveur de la mise en œuvre des recommandations de l'OMPI ». Commission des communautés européennes, *L'organisation et la gestion de l'Internet : enjeux internationaux et européens 1998-2000*, *op. cit.*, p. 18-19.

3. B. Clinton et A. Gore, *A Framework for Global Electronic Commerce*, *op. cit.*

4. Au sens du Livre blanc, « *[t]he US Government will seek international support to call upon the World Intellectual Property Organization (WIPO) to initiate a balanced and transparent process, which includes the participation of trademark holders and members of the Internet community who are not trademark holders, to (1) develop recommendations for a uniform approach to resolving trademark/domain name disputes involving cyberpiracy (as opposed to conflicts between trademark holders with legitimate competing rights), (2) recommend a process for protecting famous trademarks in the generic top level domains* […] ». NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, *op. cit.*, sect. 8 « The Trademark Dilemma ».

5. OMPI, *Rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet*, 30 avr. 1999, disponible sur *www.wipo.int/amc/fr/processes/process1/report/finalreport.html*

6. Aux États-Unis, l'adoption de mécanismes alternatifs de résolution des différends, tels que l'UDRP, avait été autorisée et promue depuis 1998, en vertu de la loi relative à la résolution alternative des différends. *Alternative Dispute Resolution Act of 1998*, One Hundred Fifth Congress of the United States of America, 23 mars, 1998, disponible sur *www.govtrack.us/congress/bills/105/hr3528/text*
Jay Kesan et Andres Gallo ont analysé les avantages et les défauts de la « résolution alternative des différends » (*alternative dispute resolution* ou ADR), en soulignant que ce mécanisme « *is faster than the courts and provides quick relief for a diverse set of issues* […], *tends to have simple procedural rules that parties can easily understand* […], *is relatively inexpensive and provides valuable dispute resolution services for consumers. As a result, there is a proliferation of different ADR providers in many economic sectors* ». Cependant, selon Kesan et Gallo, l'ADR determine plusieurs risques, puisque « *the appointment and availability of panelists or arbitrators is limited and controlled by the ADR provider* […], *procedures are usually private [and] sometimes ADR systems do not provide for an effective appeal of their rulings* ». J. P. Kesan et A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: the Case of ICANN", *op. cit.*, p. 348.

7. On se doit de souligner que Michael Froomkin a ouvertement critiqué la structure procédurale de l'UDRP, en la considérant comme trop favorable envers les propriétaires de marques protégées, affirmant que « *the procedural design of ICANN's UDRP has a number of special features that resulted in an especially unjust set of outcomes* ». M. A. Froomkin, "ICANN's 'Uniform Dispute Resolution Policy' – Causes and (Partial) Cures", *op. cit.*, p. 712, cité *in* J. P. Kesan et A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: the Case of ICANN", *op. cit.*, note 38 ; M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.* Dans le même sens : K. E. Fuller, "ICANN: the Debate Over Governing the Internet", *op. cit.*, p. 5.

8. Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, *Guide de l'OMPI sur le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine*, *op. cit.*, p. 5.

9. Dans ce sens, l'OMPI affirme que « [t]oute la procédure se déroule en ligne et débouche sur des décisions exécutoires dans un délai de deux mois ». OMPI, *Aperçu de l'OMPI*, Édition 2011, p. 34, disponible sur *www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/general/1007/wipo_pub_1007_2011.pdf*

10. A. Shah, "Using ADR to Solve Online Disputes", in *Richmond Journal of Law & Technology*, vol. 10, nº 3, 2004, p. 5, disponible sur *http://jolt.richmond.edu/v10i3/article25.pdf*
Aussi, dans ce sens : A. E. Almaguer et R. W. Baggott, "Shaping New Legal Frontiers: Dispute Resolution for the Internet", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 13, 1998.

416 Ainsi, le lien contractuel existant entre l'ICANN et les « parties contractuelles » revêt une fonction instrumentale dans le but de mettre en œuvre un véritable système juridique privé, délinéé par l'UDRP. Le pouvoir de régulation icannien se manifeste donc sous deux perspectives différentes. D'une part, par le biais des accords de registres, l'ICANN interdit aux registres de « connecter » au fichier racine les bases de données gérées par les bureaux d'enregistrement n'ayant pas inclus l'UDRP dans leurs contrats d'enregistrement[1]. D'autre part, par le truchement du RAA, l'ICANN impose aux bureaux d'enregistrement une pluralité de règles sous forme d'obligations contractuelles, telles que l'adoption du protocole Whois[2] et la rétention des données Whois pour une durée de trois ans[3] ; le paiement de frais d'accréditation « dont le montant est établi par le

conseil d'administration de l'ICANN[4] » ; et l'inclusion de l'UDRP dans les contrats d'enregistrement[5].

1. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "ICANN's 'Uniform Dispute Resolution Policy' – Causes and (Partial) Cures", *op. cit.*, p. 651-652 ; K. Komaitis, "ICANN: Guilty as Charged?", *op. cit.*
Les différents accords de registre peuvent être consultés sur le site Web de l'ICANN. ICANN, *Registry Agreements*, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/registries-2012-02-25-en*

2. ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, *op. cit.*, § 3.3.4.

3. *Ibid.*, § 3.4.2 et 3.4.3.

4. *Ibid.*, § 3.9.2.

5. Au sens du RAA, « […] *le bureau d'enregistrement doit mettre en place une politique et des procédures visant à régler les litiges relatifs aux noms enregistrés. Jusqu'à ce que des politiques et des procédures différentes soient établies par l'ICANN* […], *le bureau d'enregistrement doit respecter la Procédure uniforme de règlement des litiges en matière de noms de domaine identifiée sur le site Web de l'ICANN* ». ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, *op. cit.*, § 3.8.

417 L'UDRP donne donc naissance à un « régime décentralisé », mis en œuvre par le truchement d'une série de prestataires privés à qui l'ICANN confie la résolution des conflits[1]. Ce système juridique privé confère à des panels d'experts, rattachés à des « institutions de règlement[2] », le pouvoir de prononcer l'annulation ou le transfert de l'enregistrement du nom de domaine, ou de rejeter une plainte. Par la suite, les bureaux d'enregistrement mettent en œuvre les décisions arrêtées par les panels, en modifiant dans les bases de données dont ils ont le contrôle[3]. La source normative principale de ce régime est l'ensemble des « principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine[4] » adoptés par l'ICANN, tandis que les modalités d'application de ces principes sont délinéées par les « règles supplémentaires[5] », établies par les différentes institutions de règlement agréées par l'ICANN.

1. J. P. Kesan et A. A. Gallo, "Pondering the Politics of Private Procedures: the Case of ICANN", *op. cit.*, p. 8.

2. Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, *Guide de l'OMPI sur le règlement des litiges relatifs aux noms de domaine*, *op. cit.*

3. ICANN, *Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, *op. cit.*, § 3.

4. Dans ce sens : B. Carotti, "Alternative Dispute Resolution: the ICANN's Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP)", *in* S. Cassese *et al.* (ss. la dir.), *Global Administrative Law: Cases, Materials, Issues*, 2008, p. 154 ; ICANN, *Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, *op. cit.*

5. La plupart des règles supplémentaires concernent les termes de présentation des conclusions et des preuves à la commission administrative constituée par l'institution de règlements afin de statuer sur une plainte, ainsi que la structure organisationnelle de la commission même. Ces règles ne peuvent pas être en contradiction par rapport à l'UDRP. En guise d'exemple : Centre d'arbitrage et de médiation de l'OMPI, *Règles supplémentaires de l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle pour l'application des principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, 14 déc. 2009, disponible sur *www.wipo.int/amc/fr/domains/supplemental/eudrp/#10*

418 Ainsi, en vertu de l'UDPR, toute personne physique ou morale jouit d'un mécanisme extrajudiciaire permettant de traiter efficacement les litiges afférents au cybersquattage, par le biais d'une procédure administrative qui peut être engagée « en adressant une plainte […] à toute institution de règlement agréée par l'ICANN[1] », tout en sachant que les règles utilisées par le panel sont définies de façon univoque par l'ICANN et le résultat de la procédure arbitrale mis en œuvre par le bureau d'enregistrement concerné. La combinaison du RAA et de l'UDRP détermine donc l'établissement d'une véritable juridiction privée par la voie contractuelle[2] qui se

fonde sur l'attribution de fonctions quasi législatives à l'ICANN[3], de fonctions quasi judiciaires aux institutions de règlement agréées par l'ICANN et de fonctions quasi exécutives aux bureaux d'enregistrement.

1. ICANN, *Règles d'application des principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, § 3.a.

2. Dans ce sens : K. J. Heller, "The Young Cybersquatter's Handbook: a Comparative Analysis of the ICANN Dispute", *Cardozo Online Journal of Conflict Resolution*, vol. 2, nº 2, 2001, p. 4.

3. Notamment, au sens du RAA « [l]e titulaire du nom de domaine accepte que l'enregistrement de son nom fasse l'objet d'une suspension, d'une annulation ou d'un transfert dans le cadre d'une spécification ou d'une politique adoptée par l'ICANN, ou conformément à toute procédure du bureau d'enregistrement ou de registre qui correspond à la spécification ou à la politique adoptée par l'ICANN (1) pour corriger les erreurs commises par le bureau d'enregistrement ou l'opérateur de registres lors de l'enregistrement du nom ou (2) pour résoudre les litiges relatifs au nom enregistré ». ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, *op. cit.*, § 3.7.7.11.

419 L'existence de l'UDRP détermine donc un impact direct sur la situation juridique de tous les titulaires de nom de domaine enregistré dans une des différentes extensions génériques – et dans une pluralité de ccTLDs qui exploitent l'UDRP – et de tous les titulaires de droits de marques. Aussi, le choix de privilégier le droit d'enregistrement des propriétaires de marques par rapport aux « premiers arrivés » révèle la fonction régulatoire icannienne. En effet, un tel choix suppose la confrontation d'intérêts concurrents et la délibération en faveur de la protection des propriétaires de marques, ce qui ne peut pas être considéré comme une simple coordination technique[1]. Ainsi, l'ICANN doit être considérée comme un véritable régulateur du spectre de nommage de l'Internet, dont l'autorité se déploie par le biais d'un système de liens contractuels tandis que la légitimité de ses décisions découle du degré d'inclusivité, de transparence et d'imputabilité de son mécanisme de gouvernance multi-parties prenantes.

1. Dans ce sens : M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.* ; K. E. Fuller, "ICANN: the Debate Over Governing the Internet", *op. cit.* ; S. Schiavetta et K. Komaitis, "ICANN's Role in Controlling Information on the Internet", *op. cit.* ; J. Weinberg, "ICANN and the Problem of Legitimacy", *op. cit.* ; *id.*, "Non-State Actors and Global Informal Governance: the Case of ICANN", *op. cit.*

SeCtiON **3**

Conclusion préliminaire

420 Au cours de ce chapitre, nous avons mis en exergue le processus d'institutionnalisation de la gouvernance du DNS par le truchement d'une structure hiérarchique, capable d'encadrer l'hétérogénéité des réseaux électroniques qui composent l'Internet. En effet, bien que l'Internet soit un réseau de réseaux essentiellement décentralisés et distribués, l'adoption du DNS donne naissance à une véritable administration cyberterritoriale globale qui se concrétise dans la coordination technique du nommage et

de l'adressage, ainsi que dans la régulation du marché mondial des noms de domaine.

421 Comme nous l'avons souligné, l'existence d'une telle structure cyberterritoriale se fonde sur la valeur instrumentale[1] d'un spectre de nommage unique dans le but de maintenir le caractère global et non fragmenté de l'Internet[2]. Toutefois, il est évident que le choix de confier l'administration du DNS à une structure privée en mesure d'élaborer un régime de *private ordering* contraignant détermine une évidente « privatisation » de la régulation d'une « ressource publique qui doit être gérée dans l'intérêt de la communauté mondiale de l'Internet[3] ». En outre, bien que la régulation icannienne soit présentée comme le résultat d'un processus participatif, l'actuelle configuration de l'ICANN se fonde sur l'attribution du monopole du pouvoir décisionnel au directoire[4] qui, comme nous l'avons souligné, est encadré par des mécanismes d'imputabilité particulièrement faibles. Notamment, en raison de sa capacité présumée à s'auto-examiner[5], l'ICANN doit rendre des comptes exclusivement à une « communauté Internet[6] » dont les contours ne sont pas bien definis. Toutefois, la communauté Internet à laquelle l'ICANN est censée rendre des comptes semble être *de facto* la communauté qui gravite autour de l'ICANN même. En effet, comme nous l'avons mis en lumière, la supervision de la transparence et de l'*accountability* de l'ICANN est déléguée à des équipes dont la composition est validée par le président de l'ICANN et par le représentant du GAC au sein du directoire. Ainsi, tel que le souligne le Rapport d'information du Sénat français, « ce système de redevabilité en circuit fermé[7] » est en mesure d'assurer la redevabilité de l'ICANN par rapport à la communauté Internet qui compose cette organisation, « mais assurément pas à l'égard des États et des 3 milliards d'internautes[8] ».

1. Notamment, on se doit de rappeler que la RFC 2082 affirme que l'existence d'un spectre de nommage structuré hiérarchiquement et dérivé d'une racine unique doit être considérée comme une « contrainte technique inhérente à la conception du DNS ». IAB, *IAB Technical Comment on the Unique DNS Root, RFC 2826*, *op. cit.*

2. Dans ce sens : *ibid.* ; M. L. Mueller, "Competing DNS Roots: Creative Destruction or Just Plain Destruction?", *op. cit.*

3. GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays*, *op. cit.*, § 5.3.

4. ICANN, *Règlements de l'ICANN*, 24 juin 2011, art. II, sect. 1.

5. R. Beckstrom, *Propos du PDG de l'ICANN sur la nouvelle affirmation d'engagements*, *op. cit.* ; A. M. Froomkin, "Almost Free: an Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.*

6. Voir nº 380, note 5.

7. C. Morin-Désailly, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet »*, *op. cit.*, p. 112.

8. *Ibid.*

422 En outre, il est essentiel de souligner que la faible imputabilité du directoire icannien expose son processus décisionnel à des tentatives de détournement de la part d'intérêts particuliers[1]. Ainsi, bien que les Articles d'incorporation de l'ICANN affirment qu'elle doit promouvoir « l'intérêt public mondial dans la stabilité opérationnelle de l'Internet[2] », on se doit

de souligner que le mécanisme multipartite icannien – dont le but est la détermination de l'« intérêt public mondial » par le biais d'un processus ascendant et consensuel – est susceptible d'être largement influencé par des intérêts commerciaux. En effet, d'une part, la détermination de l'« intérêt public mondial » semble être, en soi, une tâche utopique puisqu'elle se fonde sur l'hypothèse fallacieuse selon laquelle il existerait une seule conception uniforme de l'intérêt public au niveau mondial – plutôt qu'une cacophonie de conceptions hétérogènes, composées d'une pluralité d'intérêts particuliers divergents –, et que cette conception soit identifiable[3] ; tandis que, d'autre part, il est évident qu'en dépit de l'ouverture du processus icannien à un ample spectre de *stakeholders*, le fonctionnement « itinérant » de cette entité, la prolifération de groupes de travail et de comités *ad hoc* au sein de sa structure, ainsi que les fréquentes révisions de ses règlements représentent des « filtres » susceptibles de limiter la participation des parties prenantes ne disposant pas des ressources humaines et financières nécessaires pour « suivre » ce processus. En ce sens, Michael Froomkin a inféré que les *stakeholders* jouissant de telles ressources sont principalement les entités privées, représentant des intérêts commerciaux majeurs[4], notamment étasuniens[5].

1. Dans ce sens : C. M. Bruner, "States, Markets, and Gatekeepers: Public-Private Regulatory Regimes in an Era of Economic Globalization", *op. cit.* ; M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.* ; M. L. Mueller, "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *op. cit.*

2. ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*

3. Dans ce sens, : R. G. Noll et B. M. Owen, *The Political Economy of Deregulation: Interest Groups in the Regulatory Process*, Washington, 1983 ; R. G. Noll (ss. la dir.), "Government Regulatory Behavior: a Multidisciplinary Survey and Synthesis", *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley, 1985.

4. M. A. Froomkin, "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *op. cit.*, p. 24 et 160-161.
Dans ce sens, on se doit de remarquer que, lors du dernier programme d'expansion de l'espace de nommage, promu par l'ICANN, les trois registres leaders, à savoir les sociétés américaines *Verisign* et *Neustar* et l'irlandaise *Afilias*, ont présenté un total de 899 candidatures sur 1930, afin de devenir les registres des nouvelles extensions génériques. L. Belli, *Colonization 3.0: an Historical Change for the Domain Name System*, 10 juill. 2012, disponible sur *www.medialaws.eu/colonization-3-0-an-historical-change-for-the-domain-name-system/*

5. Une telle affirmation semble être corroborée par le fait que, dans le cadre du dernier processus d'expansion du spectre de nommage orchestré par l'ICANN, envion 2/3 des candidatures pour des nouveaux gTLD aient été soumises par des sociétés étasuniennes. Notamment, « [l]'analyse des nombres de projets en Amérique du Nord (915) et en Europe (671) révèle qu'en fait près de la moitié des projets déclarés en Europe sont portés par des entreprises des États-Unis. Ce qui ramène le nombre de projets réellement européens à 352, c'est-à-dire à peu près comme l'Asie-Océanie (303). Les USA totalisent donc plus de 1 200 candidatures sur 1930 […]. À cela s'ajoutent les services de *backend* technique pour lesquels 11 entreprises des USA couvrent 3/4 des TLD ». D. Lacroix, *Désaméricaniser le nommage Internet*, 9 mars 2014, disponible sur *http://reseaux.blog.lemonde.fr/2014/03/09/diversifier-le-nommage-internet/*

423 Aussi, comme nous l'avons souligné, en dépit de la prétendue indépendance de l'ICANN et de sa responsabilité vers la seule « communauté Internet », il est évident que l'ICANN entretient une « relation exclusive[1] » avec l'Administration étasunienne, comme le témoigne le fait que l'AoC est un accord entre l'ICANN et le DoC et que ce document peut être « amendé à tout moment par consentement mutuel des parties[2] ». Dans le même sens, le fait que l'ICANN opère les fonctions IANA en vertu d'un contrat public octroyé par le DoC soulève des problématiques concernant la compatibilité

entre le « rôle historique[3] » du DoC au sujet de la « délégation[4] » et de la « réaffectation de la délégation[5] » de la gestion des TLDs et le principe selon lequel « [l]es pays ne devraient pas intervenir dans des décisions relatives au [ccTLD] d'un autre pays[6] ». En effet, l'impossibilité de la part d'un État de changer son registre de ccTLD ou d'obtenir la reconnaissance d'un nouveau ccTLD, indépendamment de l'ICANN, illustre non seulement la position apicale de cette administration globale mais aussi la valeur stratégique du rôle « tutélaire » des États-Unis, en ce qui concerne l'autorisation – et la potentielle non-autorisation – des changements et modifications du fichier racine[7]. Pour cette raison, le GTGI – qui avait été instituée suite à la première phase du SMSI – avait suggéré l'internationalisation de l'ICANN en donnant naissance à une World ICANN ou WICANN sous l'égide de l'ONU[8]. Un tel projet a été reproposé par le Rapport d'information du Sénat français au sens duquel la WICANN pourrait être constituée par le biais d'un traité intergouvernemental ou « sur un fondement juridique hybride, s'inspirant du modèle du Comité international de la Croix-Rouge [lequel relève] du droit privé suisse [et] se voit reconnaître une personnalité juridique internationale au même titre que les organisations intergouvernementales en vertu d'un statut souvent qualifié de *sui generis*[9] ». Dans le cadre de la WICANN, les États maintiendraient leur fonction consultative à laquelle s'ajouterait « une fonction de supervision des changements dans la racine, en substitution du département du Commerce du gouvernement des États-Unis[10] ». Aussi, dans une telle configuration la redevabilité icannienne devrait être corroborée par l'attribution aux États d'un « vrai droit de recours, transparent et indépendant, contre les décisions de l'ICANN[11] ».

1. Dans ce sens : Commission européenne, "Globalisation of ICANN", *Internet Policy and Governance in Plain Language*, 23 mai 2014, disponible sur *https://ec.europa.eu/digital-agenda/en/news/internet-policy-and-governance-plain-language*

2. ICANN et DoC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, *op. cit.*, § 11.

3. DoC, *US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, *op. cit.* ; L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit.*

4. GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays*, *op. cit.*, principe 3.4.

5. *Ibid*., principe 7.1.

6. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 63.

7. DoC, *US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, *op. cit.* ; M. A. Froomkin, "Almost Free: an Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *op. cit.* ; L. G. Kruger, *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, *op. cit.*

8. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.*, § 70.

9. C. Morin-Désailly, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet »*, *op. cit.*, p. 173.

10. *Ibid*., p. 174.

11. *Ibid*., p. 175.

424 L'analyse de la gouvernance du DNS est donc particulièrement importante afin de mettre en lumière l'émergence d'une véritable « souveraineté technique » en vertu de laquelle les *policies* icanniennes acquièrent une valeur quasi obligatoire qui se déploie au niveau transnational. En effet,

tout comme la standardisation Internet, la régulation icannienne jouit d'un caractère quasi obligatoire déterminé par la contrainte marchande, selon laquelle, afin d'avoir accès au marché du nommage, il est quasi nécessaire de s'assujettir à la *lex icanniana*. Toutefois, en raison de la nature privée ou hybride des souverains techniques et, par conséquent, de leur manque de puissance publique, la légitimité de leur processus de « légifération » peut s'asseoir exclusivement sur l'ouverture à la participation du plus grand nombre possible de parties intéressées. Dans ce sens, il n'est pas anodin que l'ICANN affecte des ressources croissantes[1] à l'activité d'engagement des parties prenantes ou *stakeholder engagement*[2] et que l'ISOC promeuve un *IETF Policy Programme*[3] dans le but d'inclure des experts non techniques, issus de pays en voie de développement, dans les activités de l'IETF. En effet, on se doit de souligner que la légitimité participative de type habermassien se fonde sur la participation de toute partie intéressée, et non pas des seuls *key stakeholders*[4], à la recherche coopérative d'une solution efficace et partagée.

1. ICANN, *ICANN Expands Global Stakeholder Engagement Team*, 20 mars 2014, disponible sur *www.icann.org/news/announcement-2014-03-20-en*

2. On se doit de souligner qu'au sein du personnel de l'ICANN, une équipe entière est dévouée à l'activité de « *Global Stakeholder Engagement* (GSE) ». Selon le site Web de l'ICANN, le GSE « *is a team of people appointed to demonstrate ICANN's commitment to international participation and the efficacy of its multistakeholder environment* ». ICANN, *Global Stakeholder Engagement*, juin 2013, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/gse-2012-02-25-en*

3. ISOC, *IETF Policy Programme*, disponible sur *www.internetsociety.org/what-we-do/education-and-leadership-programmes/ietf-and-ois-programmes/internet-society-fellowship-5*

4. NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses, op. cit.*

425 Ainsi, comme nous le montrerons au cours du prochain chapitre, la gouvernance de l'Internet ne peut pas faire abstraction de la participation du plus grand nombre de parties intéressées, mais comme nous avons pu l'observer au cours de ce travail, la concertation et la consultation nécessitent un cadre institutionnel permettant la coopération multi-parties prenantes, afin de pouvoir élaborer des outils régulatoires partagés, tels que des standards Internet, ou des propositions, telles que des projets de *policy*. En effet, c'est grâce à un tel cadre institutionnel que les outils régulatoires issus de processus participatifs sont adoptés en vertu de leur efficacité ou sont imposés par le biais du lien contractuel et, par conséquent, mis en œuvre de façon coordonnée. Dans le prochain chapitre, nous analyserons la gouvernance globale de l'Internet et nous tâcherons de suggérer une stratégie visant à transposer le processus techno-administratif qui caractérise l'élaboration de la *lex informatica* et de la *lex icanniana* dans un mécanisme de gouvernance capable de produire des modèles de lois – ou d'autres outils régulatoires – qui pourraient être adoptés par les législateurs et régulateurs nationaux en vertu de leur efficacité et de leur légitimité participative.

CHaPitre 2

Une gouvernance multi-parties prenantes dans le but d'une modélisation régulatoire

« Our basic freedoms are not a partisan issue : it is up to us to protect them ; it is up to us to preserve the open Internet. »

Edward Snowden, « Allocution à distance, lors de la *Technology Entertainment Design (TED) Conference* », Vancouver, 18 mars 2014.

426 Au cours de ce travail de recherche, nous avons mis en exergue l'existence d'une pluralité de mécanismes gouvernantalistes permettant à des acteurs hétérogènes de coordonner et de réguler les aspects techniques du réseau Internet, par le biais d'une multitude d'outils régulatoires. Aussi, nous avons souligné qu'il serait fondamentalement erroné de considérer ces aspects techniques comme purement techniques, puisque les choix architecturaux concernant le design structural des réseaux composant l'Internet, tout comme la coordination technique du DNS, sont susceptibles de déterminer d'importantes conséquences juridiques, politiques, économiques et sociales[1], et, par conséquent, les dimensions non techniques de la *lex informatica*, de la *lex electronica* et de la *lex icanniana* ne peuvent pas être négligées.

1. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: the Globalization of Internet Governance, op. cit.* ; M. Mueller, *Ruling the Root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace, op. cit.*

427 Parallèlement, nous avons remarqué que l'« écosystème internautique[1] » est caractérisé par une dimension transnationale naturellement a-territoriale, qui fait en sorte que les acteurs non étatiques sont paradoxalement avantagés par rapport aux acteurs publics en ce qui concerne l'effectivité de leurs « régulations ». En effet, à la différence des régulations d'origine étatique, dont l'efficacité est limitée par des frontières géographiques, les régulations privées peuvent être mises en œuvre par le biais de mesures techniques telles que des algorithmes – et peuvent donc exercer une

influence directe sur la sphère juridique des internautes – indépendamment des limites territoriales. Notamment, les standards Internet sont caractérisés par l'efficacité technique en vertu de laquelle leur adoption volontaire se diffuse jusqu'à devenir une condition d'accès aux marchés internationaux[2], tandis que les instruments contractuels se caractérisent par une efficacité fondée sur l'association de la force contraignante du contrat à la mise en œuvre technique des dispositions contractuelles, qui permettent aux acteurs privés de définir des environnements numériques juridiquement sûrs et pouvant déterminer la mise en œuvre de véritables systèmes juridiques privés[3].

1. Une telle formulation a été suggérée par l'*Internet Society* et, ensuite, a été adoptée au niveau international et national. Voir n[os] 437 et s. ; ARCEP, *Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet*, *op. cit.* ; ISOC, *L'écosystème Internet*, oct. 2010, disponible sur *www.internetsociety.org/sites/default/files/factsheet_ecosystem_020514_en.pdf*

2. Voir n[os] 150 et s.

3. Voir n[os] 255 et s. et n[os] 401 et s.

428 Le caractère transnational du réseau Internet et le pluralisme normatif caractérisant l'environnement numérique mettent donc en lumière l'existence d'une architecture polycentrique qui peut bénéficier de mécanismes gouvernantalistes en mesure de promouvoir une certaine interopérabilité[1] à la fois technique et juridique, afin que les réseaux électroniques et les systèmes normatifs qui composent l'Internet donnent lieu à un « espace de circulation des informations, aux règles communes ou compatibles[2] ». La gouvernance de l'Internet se présente donc comme le domaine d'étude prenant en considération les intersections des différentes sphères normatives qui concernent l'environnement internautique. Une telle intersection prône la mise en place d'un cadre conceptuel commun et d'une « approche normative compensatoire[3] », visant à permettre la communication entre les différentes familles axiologiques et les différentes dimensions sectorielles de la régulation internautique sur la base de principes[4] et de standards partagés.

1. On se doit de rappeler que l'interopérabilité doit être définie comme « la capacité […] d'échanger des informations et d'utiliser mutuellement ces informations, et ce afin de permettre à chacun desdits produits logiciels de fonctionner de toutes les manières prévues ». CJUE, *Microsoft Corporation c/ Commission des communautés européennes*, préc.

2. N. Mallet-Poujol, « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », *Cahiers français* n° 372, La société numérique, janv.-févr. 2013.

3. S. Kablan et A. Oulaï, *Les normes « informelles » comme instrument de régulation du cyberespace*, 2007, p. 8.

4. Tel que l'expliquent Max Senges et Lisa Horner, les principes doivent être considérés comme des lignes directrices ou comme une sorte de boussole nous aidant à déterminer comment nous devrions nous comporter dans un contexte spécifique. Les droits, quant à eux, représentent un type particulier de principes, généralement codifiés afin de déterminer ce à quoi les individus ont droit dans le cadre d'une juridiction donnée. Les droits humains sont un type particulier de droit, consacrés par la Déclaration universelle des droits de l'Homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, et réglementés par le système international des droits de l'Homme. M. Senges et L. Horner, *Values, Principles and Rights in Internet Governance*, août 2009, p. 8, disponible sur *www.global-partners.co.uk/wp-content/uploads/values_principles_and_rights_internet_governance_senges_horner.pdf*

429 Ainsi, comme nous l'avons évoqué précédemment[1], la gouvernance de l'Internet est un domaine bien plus vaste que la simple gouvernance des

ressources critiques internautiques[2] et, comme Laura DeNardis l'a mis en lumière, ce domaine d'étude porte sur cinq « secteurs » principaux : le contrôle des ressources critiques internautiques ; l'élaboration de standards Internet qui permettent l'interopérabilité entre les différentes technologies de l'information et de la télécommunication ; la régulation des différents droits de propriété intellectuelle tels que les brevets, droits d'auteur et les marques ; la gestion de la sécurité de l'infrastructure internautique, ce qui implique une variété de problématiques afférentes à l'authentification, au cryptage, aux cyberattaques et à l'interception de données personnelles, etc. ; et l'adaptation des droits et libertés fondamentaux tels que la liberté d'expression, d'information et d'association et le droit à la protection de la vie privée, à l'environnement internautique.

1. Voir n[os] 313 et s.

2. Dans ce sens, l'agenda de Tunis affirme explicitement que « la gouvernance de l'Internet va au-delà des questions de nommage et d'adressage. Elle recouvre aussi des questions de politique publique importantes comme les ressources Internet essentielles, la sécurité et la sûreté du réseau, des aspects touchant au développement et des questions se rapportant à l'utilisation de l'Internet ». SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 58.

430 Dans le but d'élaborer des solutions régulatoires efficaces, en mesure de maintenir le caractère global et interopérable du réseau Internet, les « secteurs » susmentionnés doivent donc être encadrés par des mécanismes gouvernantalistes impliquant les acteurs qui opèrent dans ces secteurs mais aussi dans les différentes couches Internet[1]. Notamment, la traditionnelle tripartition proposée par Yochai Benkler – au sens de laquelle le réseau Internet peut être schématisé en une couche de transport physique, une couche logique et une couche de contenus[2] – nous permet d'inférer que la gouvernance multi-parties prenantes doit nécessairement impliquer les intermédiaires Internet jouissant de souveraineté marchande[3], tels que les FAI ou les opérateurs téléphoniques, mais aussi les fournisseurs de services et de contenus ; les entités jouissant d'une « souveraineté technique[4] », telles que l'IETF, l'ICANN ou le W3C aussi bien que les marchés ; et les pouvoirs publics « traditionnels » qui, en vertu de leur souveraineté territoriale, jouissent de la capacité de réguler les médias ainsi que de façonner l'éventail des droits des internautes localisés au sein de territoires nationaux, tout en imposant des comportements spécifiques sous contrainte de sanctions. Cependant, la participation des trois catégories de *stakeholders* susmentionnées doit être considérée comme nécessaire mais non suffisante à la mise en œuvre d'une gouvernance capable d'élaborer des solutions régulatoires efficaces, tout en prenant en considération l'éventail d'« effets externes[5] » que la régulation d'un « secteur » donné est susceptible de produire. Dans ce sens, il est essentiel que les plus ample éventail possible d'intérêts, aussi bien commerciaux que sociaux, soit représenté au sein de processus gouvernantalistes ouverts et transparents, non seulement en raison d'un souci démocratique, mais aussi dans le but de permettre la prise en compte de la totalité des externalités qui peuvent être générées, ce qui n'est pas

envisageable lorsque les mécanismes gouvernantalistes assument une structure opaque et « *oli-stakeholder*[6] ».

1. Dans ce sens : W. Kleinwächter, "Multistakeholderism and the IGF: Laboratory, Clearinghouse, Watchdog", *in* W. J. Drake, *Internet Governance: Creating Opportunities for All*, p. 76-77, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/images/2010/book/igf.sharm.book.final.pdf*

2. Y. Benkler, "From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access", *op. cit*.

3. Voir n[os] 265 et s.

4. Voir n[os] 313 et s.

5. Selon l'*Encyclopaedia Universalis*, « les économistes désignent par "externalité" ou "effet externe" le fait que l'activité de production ou de consommation d'un agent affecte le bien-être d'un autre sans qu'aucun des deux reçoive ou paye une compensation pour cet effet. Une externalité présente ainsi deux traits caractéristiques. D'une part, elle concerne un effet secondaire, une retombée extérieure d'une activité principale de production ou de consommation. D'autre part, l'interaction entre l'émetteur et le récepteur de cet effet ne s'accompagne d'aucune contrepartie marchande ». Encyclopaedia Universalis, « Externalité, économie », disponible sur *www.universalis.fr/encyclopedie/externalite-economie/*

6. Un tel néologisme se réfère à un mécanisme gouvernantaliste fondé sur la participation d'un groupe limité (*ὀλίγος/olígos* « peu nombreux ») de *stakeholders*.

SeCtiON **1**

Un écosystème internautique multi-parties prenantes

431 Comme nous l'avons mis en exergue au cours de ce travail, la mise en place d'une gouvernance multi-parties prenantes se révèle essentielle en raison de la nature même de l'Internet, à savoir une interconnexion de réseaux hétérogènes qui transcende les frontières nationales et dont le fonctionnement se fonde sur l'activité d'entités non étatiques. Ainsi, en raison de sa nature décentralisée, l'Internet demande des mécanismes de gouvernance et des solutions régulatoires ayant une flexibilité et une adaptabilité capable de prendre en compte les spécificités d'une pluralité d'acteurs, souvent localisés dans une pluralité de juridictions. La mise en œuvre d'une gouvernance multi-parties prenantes se fonde donc sur l'association d'acteurs non étatiques aux pouvoirs publics traditionnels[1] et sur l'élaboration d'instruments de *soft law* – tels que des standards non-obligatoires, des chartes et des déclarations de principes – en mesure de promouvoir l'« interopérabilité » non seulement des réseaux électroniques mais aussi des systèmes juridiques. Comme nous le mettrons en exergue dans la seconde section, l'élaboration de modèles régulatoires standards peut être vue comme une approche complémentaire à la rigidité de la légifération nationale et du droit international en fournissant la base de l'autorégulation ou de la corégulation par le biais d'une approche ouverte et *bottom-up*[2].

1. Dans ce sens : E. Pavan, M. Senges et K. Komaitis, "Towards a Humanistic Conception of Cyberspace. A Twofold Challenge for Netizens Mobilizing for a Democratic Internet Governance", *The Annals of "Dunarea de Jos" University of Galati. Economics and Applied Informatics*, vol. 1, 2009.

2. Dans ce sens : D. Hawtin, "Internet Charters and Principles: Trends and Insights", *Internet Rights and Democratisation, Global Information Society Watch*, 2011, p. 51.

432 En premier lieu, au cours de ce chapitre, nous éluciderons la nature intrinsèquement multi-parties prenantes de l'écosystème internautique, laquelle suggère l'intérêt d'une gouvernance participative capable de considérer l'hétérogénéité d'intérêts et de points de vue des différents *stakeholders*[1]. D'une part, cette réflexion nous permettra de souligner la capacité de l'Internet à « infléchir, non seulement les méthodes de travail, mais encore les configurations organisationnelles, les procédés de commandement, la conception de l'autorité[2] ». D'autre part, nous remarquerons que la valeur de service public[3] de l'Internet et son rôle instrumental afin de permettre la « participation à la vie démocratique et l'expression des idées et des opinions[4] » font en sorte que les intermédiaires Internet jouent une fonction instrumentale à la pleine jouissance des droits des internautes, ce qui implique non seulement la nécessité d'inclure ces acteurs non étatiques dans le cadre d'une gouvernance *multistakeholder* mais aussi la responsabilité de ceux-ci en ce qui concerne le respect des droits fondamentaux des internautes[5].

1. L. Belli, "A Heterostakeholder Cooperation for Sustainable Internet Policymaking", *op. cit.*

2. J. Chevallier, *Institutions politiques*, LGDJ, coll. « Systèmes », 1996, p. 117.

3. Dans ce sens : Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2007) 16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, *op. cit.*

4. Cons. const., 10 juin 2009, déc. nº 2009-580 DC.

5. Dans ce sens : Conseil des droits de l'Homme, *Les droits de l'Homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, *op. cit.* ; Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises, John Ruggie*, *op. cit.*

433 En effet, d'une part, le réseau Internet fait l'objet d'une régulation polycentrique, puisqu'il est caractérisé par la coexistence d'une pluralité de cultures normatives et d'outils régulatoires[1], tandis que, d'autre part, il constitue le vecteur d'une mutation systémique visant à inclure un plus grand nombre de parties prenantes dans l'élaboration d'instruments régulatoires durables, grâce à une négociation multi-acteur. La diffusion d'un paradigme multipartite de la gouvernance de l'Internet représente donc une prise de conscience de la valeur normative des différentes formes de régulation élaborées par un ensemble hétérogène d'entités publiques et privées, ainsi que la nécessité d'établir un lien entre ces « régulateurs » hétéroclites dans le souci d'élaborer des solutions efficaces et interopérables. Cette prise de conscience corrobore le « besoin de renouveler les relations entre la société civile et les pouvoirs de décision[2] », afin de parvenir à un équilibre entre les différentes cultures normatives dont les acteurs du numérique sont porteurs. Le modèle multipartite, qui caractérise la gouvernance internautique, met donc en lumière la nécessité « de repenser la manière de produire le droit[3] » en associant les diverses parties prenantes sur la base d'un critère de spécificité. En effet, l'autorité exercée sur un territoire physique à un moment donné ne semble pas être l'unique critère

utile afin de pouvoir réguler les différentes dimensions de l'environnement transfrontalier internautique.

1. Dans ce sens, Jean-Marie Chevallier *et al.* ont souligné que dans le cadre de l'environnement internautique s'est développée une sorte d'« hypertrophie des règles ». J.-M. Chevallier *et al*., *Internet et nos fondamentaux*, PUF, Paris, 2000, p. 41.

2. D. Bourcier, « Comment s'accorder sur les normes ? Le droit et la gouvernance face à Internet », *op. cit.*

3. C. Paul, « Du droit et des libertés sur l'Internet », *op. cit*., p. 16.

434 Comme nous l'avons évoqué précédemment, la recherche d'un équilibre entre les différents *stakeholders* a été initiée au cours du SMSI qui a déterminé les balbutiements d'un nouveau « modèle multi-parties prenantes ». Ce dernier se fonde sur le constat de la nature globale du réseau Internet et l'hétérogénéité des acteurs exerçant une fonction régulatoire sur ses différentes couches. Cela met en lumière la nécessité d'une gouvernance multi-niveau et multi-acteur en mesure de permettre la communication entre les entités commerciales, la société civile et les pouvoirs publics dans le but d'envisager une coordination non seulement des réseaux électroniques – ou systèmes autonomes[1] – qui composent l'Internet, mais aussi des systèmes juridiques qui peuvent réguler les réseaux électroniques et qui bénéficient donc d'une coordination entre les niveaux régulatoires national, régional (dans une perspective continentale exemplifiée par des organisations telles que le Conseil de l'Europe ou l'Organisation des États américains) et global. La gouvernance de l'Internet doit donc être considérée comme le cadre permettant l'interaction entre les tâches opérationnelles et les politiques publiques afférentes à l'Internet. Au cours de ce chapitre, nous éluciderons donc les exigences qui ont déterminé l'émergence de modèles multi-parties prenantes ainsi que l'intérêt de tels modèles afin de saisir les dynamiques de l'environnement internautique à la fois au niveau international[2] et national[3].

1. On se doit de rappeler que les réseaux électroniques qui composent l'Internet sont nommés « Systèmes autonomes » ou *Autonomous Systems* (AS). Jusqu'à présent, environ 59 000 numéros AS ont été attribués par l'IANA et environ 43 000 d'entre eux identifient des réseaux IP contrôlés par des FAI. Wikipédia, « Autonomous System », disponible sur *https://fr.wikipedia.org/wiki/Autonomous_System*

2. Dans ce sens, on se doit de souligner que l'OCDE a institué, dès le 15 janvier 2009, le Comité consultatif technique de l'Internet (ITAC) afin de permettre à la communauté technique de contribuer au développement de politiques liées à l'Internet, tandis que le Conseil de l'Europe a formellement prôné « la pleine participation égale de toutes les parties prenantes de tous les pays » lors de « l'élaboration des politiques publiques internationales relatives à l'Internet et des mécanismes de gouvernance de l'Internet ». Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, adoptée par le Comité des ministres, 21 sept. 2011, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/documents/CM%20Dec%20on%20Internet%20Governance%20Principles_fr.pdf*

3. Dans ce sens, voir la composition du Conseil national du numérique, disponible sur *www.cnnumerique.fr/membres/* ainsi que du *Comitê gestor da Internet*, organe brésilien pionner de la gouvernance *multistakeholder* de l'Internet, disponible sur *www.cgi.br/membros/*

435 Toutefois, bien que la mise en place de mécanismes participatifs et multi-parties prenantes ait été consacrée en tant que fondement de la légitimité de la gouvernance de l'Internet[1], force est de souligner que la « doctrine du *multistakeholderism* » peut être approchée par le biais de deux conceptions paradoxalement différentes. En effet, d'une part, l'implication directe des

parties intéressées peut être considérée comme une nouvelle forme de justice sociale, élargissant le spectre des sujets attitrés à contribuer aux processus régulatoires tout en améliorant leur qualité ; tandis que, d'autre part, le multipartisme suscite de vives critiques, en étant considéré comme une idée « régressive et antithétique au concept de démocratie[2] », en raison de l'opacité et de la fermeture d'une pluralité de processus[3] par le biais duquel les différents *stakeholders* peuvent avoir accès aux mécanismes gouvernantalistes ainsi que leur manque d'imputabilité, notamment au niveau international, ce qui peut se prêter facilement à des dérives oligarchiques.

1. En effet, au sens du paragraphe 31 de l'agenda de Tunis, les signataires s'engagèrent « à assurer la stabilité et la sécurité de l'Internet en tant que ressource mondiale et à garantir la nécessaire légitimité de sa gouvernance, sur la base de la participation pleine et entière de toutes les parties prenantes, aussi bien des pays développés que des pays en développement, selon leurs rôles et responsabilités respectifs ». SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*

2. À ce sujet, Karl Auerbach, ancien membre du directoire de l'ICANN, affirme que « *democracy is inclusive, stakeholderism is exclusionary. In a democratic system nearly every competent living person of sufficient age has an automatic right to participate. Under stakeholderism participation is limited to those who can demonstrate a "stake", usually a financial interest* ». Voir : K. Auerbach, *Stakeholderism – The Wrong Road For Internet Governance*, p. 1, disponible sur *www.cavebear.com/archive/rw/igf-democracy-in-internet-governance.pdf*

3. Dans ce sens, par exemple, nous mettrons en lumière que le processus de sélection des membres du MAG du FGI s'opère dans une totale opacité une fois que les candidats sont proposés au secrétaire général adjoint du département des Affaires économiques et sociales des Nations unies, duquel dépend le secrétariat du FGI. Voir n^os^ 490 et s.

436 Enfin, nous éluciderons le développement des deux résultats principaux du SMSI. D'une part, nous mettrons en exergue la concrétisation du principe de participation multi-parties prenantes par le truchement d'un FGI, organisé sous l'égide des Nations unies dans le but d'être une plateforme de dialogue ouverte et inclusive. D'autre part, nous soulignerons l'existence d'un processus informel de « coopération renforcée », se déployant sur trois niveaux différents : le développement d'une coopération prenant forme au sein d'organisations intergouvernementales ; le développement d'initiatives et de projets impliquant des entités de nature différente au niveau interinstitutionnel[1] ; et, *in fine*, la volonté de la part d'un ensemble de *stakeholders* de créer une nouvelle entité de coordination ayant une nature intergouvernementale ou multipartite[2].

1. Dans ce sens, nous pouvons remarquer l'accord de coopération entre l'ICANN et l'UNESCO afin de supporter l'introduction de nouveaux noms de domaine internationalisés de premier niveau. ICANN et UNESCO, *Cooperation Agreement between the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, 10 déc. 2009, disponible sur *www.icann.org/en/system/files/files/unesco-mou-10dec09-en.pdf*

2. Comme le relève Markus Kummer, « *there is no common understanding of what is meant with the term [enhanced cooperation], but it is used by some countries to push for setting up a new UN body to deal with Internet issues* ». M. Kummer, *Internet Governance: What is Enhanced Cooperation?*, 2 juill. 2012, disponible sur *www.internetsociety.org/blog/2012/07/internet-governance-what-enhanced-cooperation*. En guise d'exemple, nous pouvons remarquer la proposition d'un « Comité des Nations unies sur les politiques concernant Internet », formulée par le Trilatéral IBSA. L. Belli, *Internet Governance v. Internet Government*, 7 nov. 2011, disponible sur *www.medialaws.eu/internet-governance-v-internet-government/*

SOUS-SeCtiON 1

L'écosystème internautique

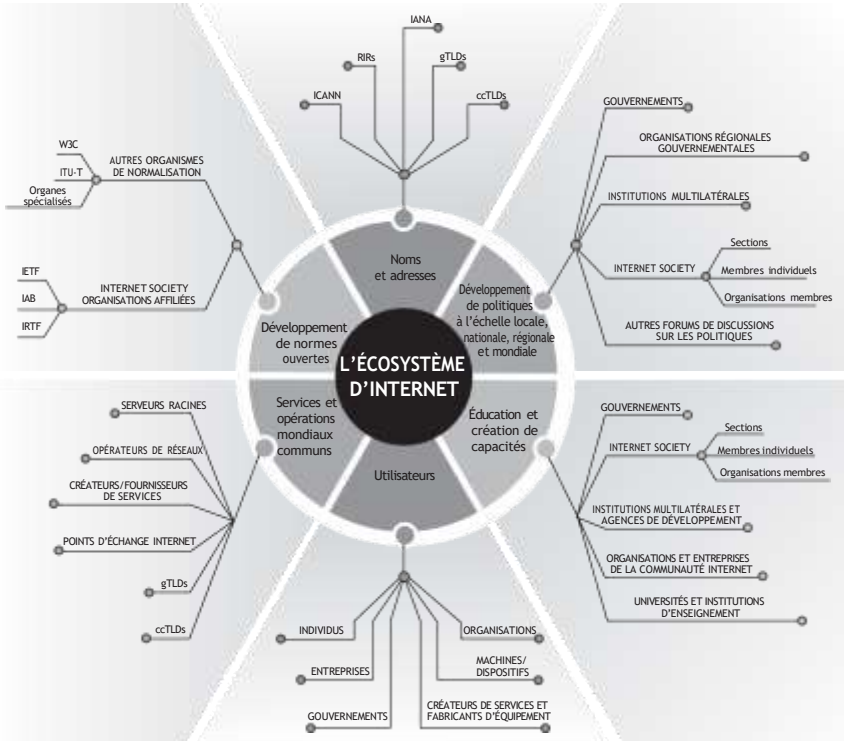
437 Le concept d'écosystème semble être particulièrement adapté[1] afin de saisir la complexité du réseau Internet en comprenant à la fois l'environnement technique délinéé par l'ensemble des protocoles, logiciels et machines qui composent l'Internet, ainsi que l'ensemble des internautes qui interagissent dans le cadre de l'Internet et la pluralité d'outils normatifs qui règle leurs relations et définit leurs comportements. En effet, tout écosystème est « constitué au plan structural par l'association de deux composantes en constante interaction l'une avec l'autre : un environnement […] associé à une communauté vivante[2] » et tout comme les autres écosystèmes, l'écosystème internautique donne naissance à un réseau d'interactions entre les différents composants vivants, c'est-à-dire les internautes, mais aussi entre les « ensembles complexes » qui le composent, à savoir les réseaux électroniques et les systèmes juridiques.

1. L'intérêt d'une telle notion afin de décrire la complexité des dynamiques subjacentes au réseau des réseaux a été mis en lumière à la fois au niveau international et au niveau national. Dans ce sens : ARCEP, « Rapport au Parlement et au Gouvernement sur la neutralité de l'Internet », *Les Actes de l'ARCEP*, sept. 2012, p. 14-31 ; BEREC, *Differentiation Practices and Related Competition Issues in the Scope of Net Neutrality*, mai 2010, p. 13 ; ISOC, *The Internet Ecosystem*, 15 oct. 2010, disponible sur *www.internetsociety.org/sites/default/files/Internet%20Ecosystem.pdf* ; OCDE, *Le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, *op. cit.*, p. 8.

2. F. Ramade, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'eau : biogéochimie et écologie des eaux continentales et littorales*, Ediscience International, Paris, 1998, p. 186.

438 Les « écosystèmes ne constituent pas des entités figées mais au contraire des structures […] dont le fonctionnement implique sans cesse l'existence de déplacements à l'intérieur de leurs composants et entre ces derniers[1] ». Dans ce sens, on se doit de souligner que les constantes évolutions et la multiplication des usages ainsi que des services fournis par le biais de l'Internet rendent nécessaire la mise en œuvre de mécanismes gouvernantalistes qui soient ouverts à la participation non seulement des *stakeholders* actuels mais aussi de potentiels nouveaux *stakeholders* et qui soient en mesure de prendre en considération les « effets externes » que l'activité, ou la régulation d'une composante de l'écosystème, peut déterminer par rapport aux autres composantes.

« L'écosystème d'Internet »[2]



1. F. Ramade, *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'eau : biogéochimie et écologie des eaux continentales et littorales*, *op. cit*.

2. ISOC, *The Internet Ecosystem*, *op. cit.*

439 À la lumière de l'interaction continue entre la « communauté vivante » internautique et un « environnement » numérique naturellement a-territorial, force est de souligner que, tout comme les différentes formes de régulation contractuelle et d'autorégulation technique qui déploient leurs effets de façon transnationale, les régulations élaborées par les pouvoirs publics au niveau national sont susceptibles de déterminer d'importantes externalités ayant des conséquences globales[1]. Dans cette perspective, la promotion d'un modèle de gouvernance *multistakeholder* à partir du SMSI ne doit pas être simplement considérée comme une « solution diplomatique », visant à éviter l'opposition entre l'« unilatéralisme étasunien[2] » et la volonté d'autres acteurs étatiques d'affirmer leur souveraineté sur l'Internet[3]. Bien au contraire, un tel « modèle » doit être considéré comme une étape nécessaire afin de permettre la coordination des différents acteurs exerçant une fonction de régulation sur les différents niveaux – territoriaux et architecturaux – de l'Internet, afin de prendre en compte les différentes dimensions affectées par une solution régulatoire et les potentiels effets

externes qu'une régulation peut déterminer dans le cadre d'un Internet global.

1. Dans ce sens : L. DeNardis et M. Raymon, *Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance*, présenté au *Eighth Annual GigaNet Symposium*, Bali, Indonesia, 21 oct., 2013.

2. M. L. Mueller, *Networks and States: The Global Politics of Internet Governance*, *op. cit*., p. 68. Aussi, dans ce sens, John Laprise souligne qu'au cours du SMSI, « *[m]any states, especially US rivals such as Russia, China, Saudi Arabia and India, wanted to see Internet governance shift to a UN venue where US influence would be diluted by the multistate environment. In response, the US shrewdly refused to give up control of a technology it claimed original ownership over* […] ». J. Laprise, *Internet Governance: The New « Great Game »*, 3 juin 2014, disponible sur *http://cgcsblog.asc.upenn.edu/2014/06/03/internet-governance-the-new-great-game/*

3. *Ibid*., p. 69.

440 En effet, les parties prenantes doivent être considérées comme les individus ou groupes d'individus ayant un intérêt dans le comportement et dans le fonctionnement d'une entité donnée en raison du fait qu'elles peuvent être « affectées par la réalisation d'objectifs organisationnels[1] » de façon directe ou indirecte. Ainsi, tout comme dans la gouvernance d'entreprise[2], l'inclusion d'une pluralité de *stakeholders* dans les mécanismes décisionnels d'une entité donnée vise à consentir aux divers sujets intéressés par les éventuels effets externes d'exprimer leurs points de vue et fournir leurs expertises[3]. Le *multistakeholderism* ne doit donc pas être regardé comme un objectif à atteindre mais comme la méthode nécessaire, afin de développer des politiques durables visant à préserver la « connectivité universelle[4] » de l'Internet par le biais de son ouverture, de son interopérabilité, de sa stabilité et de sa sécurité[5]. Dans les prochains développements, nous tâcherons d'illustrer l'importance des effets externes de la régulation concernant le réseau Internet dans le but de mettre en évidence la nécessité d'une gouvernance multi-parties prenantes capable de prendre en considération ces effets tout en évitant les conséquences potentiellement nuisibles pour le fonctionnement de l'Internet.

1. R. E. Freeman, "Divergent Stakeholder Theory", *Academy of Management Review*, vol. 24, n° 2, 1999, p. 233-236 ; R. E. Freeman et J. McVea, "A Stakeholder Approach to Strategic Management", *op. cit*. Aussi, au sujet de la responsabilité sociétale, le Secrétariat général des Nations unies affirme que les « *stakeholders* » peuvent être identifiés comme « *those individuals of groups that have an interest, or take an interest, in the behaviour of a company both within and without the normal mode of operation. They therefore establish what the social responsibility of the company entails, or, at least, how they perceive it to be* ». UN Secretary general, *Development of Guidelines on the role and social responsibilities of the private sector*, 2000, A/AC.253/21.

2. Voir n^{os} 59 et s.

3. R. E. Freeman, "Divergent Stakeholder Theory", *op. cit.* ; R. E. Freeman et J. McVea, "A Stakeholder Approach to Strategic Management", *op. cit.*

4. B. Carpenter, *Architectural Principles of the Internet*, *op. cit.*

5. L. DeNardis et M. Raymon, *Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance*, *op. cit.*, p. 2.

§ 1 – L'importance des « effets externes » de la régulation internautique

441 Comme nous l'avons évoqué tout au long de ce travail, les choix régulatoires concernant les couches spécifiques de l'architecture internautique

sont susceptibles de déterminer d'importantes conséquences sur les autres couches. Ainsi, on se doit de souligner, en premier lieu, que la définition de l'architecture internautique par le biais de standards ouverts et non propriétaires détermine d'importantes externalités positives. Celles-ci se traduisent par l'augmentation considérable de la générativité de l'Internet – c'est-à-dire sa capacité à produire des évolutions non anticipées au travers des contributions non filtrées des utilisateurs[1] – en permettant à tout individu de pouvoir diffuser de nouvelles applications et de fournir de nouveaux services sur la base desdits standards[2]. Dans ce sens, il est essentiel de rappeler que la régulation de la couche réseau de l'architecture Internet – celle qui intéresse la gestion du « trafic Internet » – détermine des externalités considérables puisque la gestion du trafic Internet a un impact direct sur la possibilité de diffuser ou de pouvoir accéder à des applications données, mais aussi sur les droits fondamentaux des usagers, puisqu'une telle régulation est susceptible de limiter ou d'amplifier le droit de recevoir ou de communiquer des informations et des idées ainsi que la liberté d'exercer une activité économique ou commerciale[3].

1. Voir n[os] 192 et s.

2. Dans ce sens : Y. Benkler, "Overcoming Agoraphobia: Building the Commons of the Digitally Networked Environment", *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 11, n 287, 1998 ; Berkman Center for Internet & Society at Harvard Law School, Roadmap for Open ICT Ecosystems, 2005, available at *http://cyber.law.harvard.edu/epolicy/roadmap.pdf*

3. À ce sujet : AN, *Rapport d'Information sur la neutralité de l'Internet et des réseaux*, *op. cit.* ; L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users' Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, *op. cit.* ; L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow*, *op. cit.* ; T. Decruyenaire, « La neutralité de l'Internet et ses enjeux Économiques », *op. cit.* ; C. T. Marsden, *Net NeutralityTowards a Co-regulatory Solution*, *op. cit.*

442 Aussi, on se doit de souligner que la législation nationale est susceptible de déterminer des effets extraterritoriaux nuisibles aux internautes localisés en dehors de la juridiction étatique. D'une part, par exemple, les externalités négatives déterminées par la loi pour unir et renforcer l'Amérique en fournissant les outils appropriés pour déceler et contrer le terrorisme ou *Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*[1] (USA PATRIOT Act) ainsi que de la législation étasunienne sur la surveillance d'intelligence étrangère ou *Foreign Intelligence Surveillance Act* (FISA) sur le droit à la protection de la vie privée et des données personnelles des internautes non étasuniens et, notamment, des citoyens européens[2]. Dans ce sens, on se doit de souligner que la section 217 de l'USA PATRIOT Act autorise toutes agences administratives étasuniennes à intercepter toute communication concernant un « *computer trespasser* » en dépit de l'obtention d'un mandat lorsqu'elles obtiennent l'autorisation du propriétaire de l'« ordinateur protégé », la définition de ce sujet étant tellement omni-compréhensive qu'elle peut permettre l'inclusion de tout fournisseur de services de *cloud computing* dont les serveurs sont localisés aux États-Unis. Aussi, bien que

le but principal du FISA soit la collecte d'informations concernant les activités de nature terroriste menées par des étrangers et qu'une telle collecte ait été soumise à l'obtention d'une autorisation préalable de la part de la Cour pour la surveillance d'intelligence étrangère ou *Foreign Intelligence Surveillance Court* (FISC), l'envergure de la collecte de données personnelles de citoyens étrangers – notamment menée par la NSA[3] – met en exergue les évidents effets externes d'une telle législation, non seulement sur la protection de la vie privée des usagers d'Internet mais aussi sur la sécurité de l'Internet et sur la diminution de son interopérabilité et de son ouverture subséquemment à la diminution de confiance dans un réseau non sécurisé.

1. Notamment, force est de souligner que les implications extraterritoriales du USA PATRIOT Act sont explicitement énoncées par son préambule même, au sens duquel l'objectif de cette loi est « *to deter and punish terrorist acts in the United States and around the world, to enhance law enforcement investigatory tools, and for other purposes* ».

2. Dans ce sens : N. C. J. Fossoul, *Does the USA PATRIOT Act Give US Government Access to EU Citizens' Personal Data Stored in the Cloud in Violation of the EU Law ?*, 2012, p. 48 et s. ; S. Larcher, *Cloud Computing: le Patriot Act s'applique aussi en Europe*, 6 déc. 2012, disponible sur *www.linformaticien.com/actualites/id/27313/cloud-computing-le-patriot-act-s-applique-aussi-en-europe.aspx* ; A. Maughan, O. I. Ireland et P. C. Bayz, *The Butterfly Effect: Outsourcing, the USA PATRIOT Act and OFAC*, 2010 ; Z. Whittaker, *Case study: How the USA PATRIOT Act can be used to access EU data*, 26 avr. 2011, disponible sur *www.zdnet.com/blog/igeneration/case-study-how-the-usa-patriot-act-can-be-used-to-access-eu-data/880*5

3. Force est de souligner que les révélations d'Edward Snowden, un ancien employé contractuel de la NSA, publié dans les quotidiens *The Guardian* et *Washington Post*, en juin 2013, ont mis en évidence le fait que les autorités étasuniennes jouissent de la possibilité d'accéder et de traiter les données personnelles des citoyens étrangers et notamment européens à grande échelle, dans le cadre d'une pluralité de programme classés. Notamment, ces programmes garantissent l'accès aux données stockées dans les serveurs d'une pluralité d'entreprises étasuniennes, dans le cadre de programmes tels que « PRISM » ; ils permettent la mise sur écoute du trafic Internet véhiculé par le biais de câbles sous-marins, dans le cadre de programme tels que « UPSTREAM » ; et ils consentent l'accès aux données concernant des utilisateurs ciblés, en vertu de programmes tels que « X-KEYSCORE ». Dans ce sens : D. Bigo *et al.*, "Mass Surveillance of Personal Data by EU Member States and Its Compatibility with EU Law", *Liberty and Security in Europe Papers*, nº 61, 6 nov. 2013, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=2360473* ; A. Etzioni, *NSA: National Security vs. Individual Rights*, 2014.

443 La « dimension réseautique » transnationale qui caractérise l'Internet met donc en évidence le possible chevauchement des effets de règles d'origine publique, technique ou contractuelle qui correspondent à une assertion de pouvoir normatif sur l'un des niveaux territoriaux ou cyberterritoriaux qui « composent » l'Internet et donnent naissance à une « pluralité d'organisations sociales où se manifestent des phénomènes de droit[1] ». Force est donc de reconnaître qu'en parallèle aux pouvoirs publics exerçant leurs prérogatives au niveau national, une pluralité d'entités non étatiques exercent leur « autorité régulatoire » sur des réseaux électroniques ayant une dimension étatique ou transétatique. D'une part, comme nous l'avons souligné précédemment[2], ces entités jouissent de la capacité d'organiser et de réguler les cyberespaces dont elles ont le contrôle tout en revêtant une véritable « fonction exécutoire[3] » pouvant appliquer directement à la fois la législation nationale et leur autorégulation ou régulation privée. D'autre part, on se doit de souligner que ces différentes typologies régulatoires exercent une influence réciproque, déterminant donc des effets externes à leur propre « sphère régulatoire ». En effet, comme Ian Brown et Christopher Marsden l'ont mis en exergue, tout comme l'imposition de

législations nationales demande la réécriture du code informatique et des conditions d'usage des applications Internet telles que Facebook, Skype, Twitter, etc., les termes contractuels définis par ces applications influencent les législatures nationales, par exemple en ce qui concerne la protection des données à caractère personnel[4].

1. H. Moutouh, « Pluralisme juridique », *in* D. Alland et S. Rials (ss. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », 2003, p. 1159.

2. Voir n^os^ 255 et s.

3. Comme nous l'avons rappelé précédemment, les intermédiaires internautiques assument un rôle comparable à celui d'un auxiliaire de police judiciaire en vertu de leur obligation de coopération avec les autorités publiques et de leur aptitude à mettre en œuvre leur régulation contractuelle, en imposant leurs conditions aux utilisateurs par le biais d'instruments techniques. Voir ci-dessus Partie 1, chap. II, sect. 2, n^os^ 226 et s.
Aussi, dans ce sens, Joe McNamee relève la tendance croissante à utiliser les intermédiaires internautiques afin de contrôler et d'appliquer la loi sur Internet et également dans le but d'infliger des sanctions aux usagers. J. McNamee, "Internet intermediaries: The new cyber police?", *in* Global Information Society Watch, *Internet rights and democratization*, 2011.

4. I. Brown et C. T. Marsden, *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, The MIT Press, Cambridge, 2013.

444 Ainsi, les régulations privées élaborées et mises en œuvre par les intermédiaires Internet donnent naissance à de véritables sphères de droit, constituant des ordres juridiques privés[1] transnationaux et ayant une influence sur les ordres juridiques « traditionnels ». Pour cette raison, il devient nécessaire d'envisager une approche réticulaire, capable de prendre en considération les interactions existant entre les différents ordres juridiques nationaux et les ordres juridiques privés qui déploient leur efficacité sur les environnements numériques transnationaux dans lesquels les internautes peuvent agir et interagir. En outre, la pluralité de sources normatives pouvant être appliquée dans les cyberspaces et le risque de juxtaposition et, par conséquent, de conflit entre celles-ci met en exergue l'intérêt d'employer des instruments régulatoires flexibles et informels[2] afin de promouvoir l'interopérabilité des instruments régulatoires. Toutefois, l'élaboration de tels outils de *soft law* ne coïncide pas avec une simple autorégulation. Bien au contraire, un tel effort doit user à la « modélisation » de solutions régulatoires, fruit d'une négociation dont le but est l'efficacité de la régulation et l'inclusion d'acteurs qui y seront assujettis. Ce but peut être atteint en impliquant les acteurs privés et techniques qui sont en mesure de souligner les solutions les plus efficaces, les acteurs étatiques qui ont l'obligation de promouvoir et de protéger les droits de l'homme et qui peuvent garantir la constitutionnalité des solutions envisagées et les organisations issues de la société civile, en mesure de représenter légitimement l'intérêt public.

1. Dans ce sens, Martin Shapiro souligne que « *by their very nature, contracts are a kind of private lawmaking system. The two or more contracting parties create a set of rules to govern their future relationships. These are the various substantive provisions of the contract. Such a system of private lawmaking can exist transnationally even when there is no transnational court or transnational sovereign to resolve disputes between the contracting parties and to enforce those resolutions* ». M. Shapiro, "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 1993, p. 38.

2. Dans ce sens : M. Raymond et G. Smith, "Reimaging the Internet: The Need for a High-level Strategic Vision for Internet Governance", *Internet Governance Papers*, n° 1, juill. 2013.

445 Toutefois, jusqu'à présent, la mise en œuvre d'un tel effort de négociation multi-parties prenantes n'a pas été formalisée par un cadre institutionnel. D'une part, on se doit de remarquer qu'au niveau international, il n'existe aucune organisation internationale en mesure de coordonner l'ensemble des questions liées à l'Internet. En effet, plusieurs voix ont souligné qu'à présent, un grand nombre d'organisations sont impliquées dans la gouvernance de l'Internet et chacune d'entre elles contribue au bon fonctionnement de l'Internet mondial par le biais de son œuvre de standardisation – soit-elle technique ou juridique – sans aucune obligation de coordination avec les autres. D'autre part, l'hétérogénéité et la pluralité des acteurs impliqués dans la régulation de l'Internet ont stimulé le besoin d'une approche corégulatoire – déjà diffusée dans plusieurs systèmes juridiques nationaux – qui présuppose un dialogue multi-acteur et se fonde sur la mise en place d'une supervision de la part des pouvoirs publics sur les entités privées qui élaborent les diverses formes d'autorégulation. L'intérêt d'une telle approche se fonde donc sur la reconnaissance de l'efficacité des outils régulatoires privés – dont l'applicabilité n'est pas liée aux frontières nationales mais, au contraire, présente une dimension « réseautique » – afin de pouvoir encadrer une pluralité d'enjeux tels que, par exemple, le traitement des données personnelles ou la sécurité des réseaux électroniques[1], tout en garantissant la conformité de ces « solutions privées » aux cadres constitutionnels dans lesquels elles opèrent.

1. Dans ce sens : C. Pfleeger et S. L. Pfleeger, *Security in Computing*, 2003.

446 L'approche corégulatoire repose donc sur la « relevance juridique[1] » réciproque de l'ordre étatique par rapport à l'autorégulation et à la régulation privée. Comme nous l'avons souligné précédemment[2], la corégulation permet de mettre en œuvre une véritable « externalisation de l'activité législative[3] ». Dans une telle perspective, nous avons argué[4] que la gouvernance multi-parties prenantes se fonde sur la concertation et la consultation à titre préliminaire ; la coopération successive dans le but d'élaborer une solution régulatoire appropriée ; et, enfin, la coordination dans la mise en œuvre d'une telle solution. En effet, un tel mécanisme permet, d'une part, l'évaluation des potentiels effets externes que les différentes normes, *policies* et règles peuvent déterminer et, d'autre part, l'élaboration d'outils régulatoires efficaces et adaptés, sur la base des expertises des acteurs directement intéressés, tout en restant dans le respect d'un cadre constitutionnel, en vertu de la participation et de la successive supervision des pouvoirs publics.

1. Selon le juriste Santi Romano, il y aurait « autant d'ordres juridiques que d'institutions » et l'État n'est qu'« un ordre juridique parmi d'autres ». La notion de « relevance juridique » est utilisée par Santi Romano afin de mettre en lumière les relations entre les différents ordres juridiques. S. Romano, *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 2e ed., 2002.

2. Voir nos 279 et s.

3. F. Perraldi-Leneuf, « La normalisation, une alternative à la réglementation ? », *Revue Constructif*, *op. cit.*

4. Voir nos 81 et s., 161 et s.

447 Ainsi, tel que le soulignait le vice-secrétaire général à la Conférence des plénipotentiaires de l'UIT, Houlin Zhao, « il est important de reconnaître que dans l'environnement [Internet] d'aujourd'hui, aucun organisme est en mesure de prendre soin tous les enjeux existants. Autrement dit, une grande collaboration entre tous les organismes concernés est nécessaire[1] ». Comme nous l'analyserons au cours de cette section, la gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet doit faciliter la communication osmotique des opinions exprimées par les différents acteurs impliqués, par le biais de mécanismes permettant de recueillir les expertises d'une hétérogénéité de groupes d'intérêt, tout en assurant la représentativité de ceux-ci et l'ouverture à la participation de nouvelles parties prenantes.

1. Traductin libre de « *it is important to recognize that in today's* [Internet] *environment, no single body alone can take care of everything. That is, a grand collaboration between all concerned bodies is needed* ». H. Zhao, *ITU and Internet Governance input to the 7th meeting of the ITU Council Working Group on WSIS*, Genève, 30 nov. 2004, p. 11.

§ 2 – La nécessité d'une gouvernance de l'environnement internautique

448 Comme nous l'avons mis en exergue précédemment, les théories cyberanarchistes[1], au sens desquelles les cyberespaces doivent être considérés comme des endroits incontrôlés et incontrôlables, ont été réfutées depuis longtemps[2]. En revanche, si l'on part du principe que plusieurs outils régulatoires encadrent l'Internet, la question qui reste cruciale est celle de la définition d'un mécanisme permettant l'interaction entre les diverses entités en mesure de réguler les cyberespaces qui composent l'Internet dans le but de coordonner leurs fonctions régulatoires et d'élaborer des solutions compatibles ou partagées. Dans ce sens, au cours de la seconde section de ce chapitre, nous mettrons en lumière le fait que l'objectif de cette interaction *inter-stakeholder* devrait être le développement de modèles de lois, qui pourraient être adoptés par les systèmes juridiques nationaux, ainsi que de modèles de clauses contractuelles, qui pourraient être intégrés par les systèmes juridiques privés délinéés par les intermédiaires Internet. Une telle modélisation revêt donc un rôle essentiel pour que les systèmes juridiques puissent jouir d'une interopérabilité pourvue par l'adoption de solutions régulatoires communes fondées sur l'efficacité et, bien évidemment, sur le respect et la promotion des droits fondamentaux des internautes. Le réseau Internet n'est donc pas simplement une interconnexion de plusieurs réseaux électroniques mais aussi une interconnexion de systèmes juridiques dont l'interopérabilité – aussi bien au niveau technique que juridique – est essentielle afin de maintenir sa dimension globale et sa connectivité universelle.

1. Dans ce sens : J. P. Barlow, *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, 1996 ; D. J. Johnson et D. G. Post, "Law and Borders – the Rise of Law in Cyberspace", *op. cit.* ; D. G. Post, "Anarchy, State, and the Internet: an Essay on Law-Making in Cyberspace", *Journal of Online Law*, art. 3, 1995, disponible sur *www.temple.edu/lawschool/dpost/anarchy.html* ;

B. M. Ryga, "Cyberporn: Contemplating the First Amendment in Cyberspace", *Seton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 6, 1995, p. 221 et s.

2. Dans ce sens : J. Goldsmith, "Against Cyberanarchy", *University of Chicago Law Review*, nº 65, 1998 ; J. Goldsmith et T. Wu, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, *op. cit.*

449 Aussi, la diffusion capillaire de l'Internet et l'indéniable convergence des médias traditionnels vers le réseau des réseaux ont mis en lumière la juxtaposition d'une multitude d'instruments normatifs et de cadres réglementaires dans un environnement internautique caractérisé par une nature essentiellement multi-acteur et multi-niveau. Dans ce sens, l'Internet ressemble de plus en plus à un assemblage de nombreuses technologies dont la normalisation et la régulation se situent sur différents niveaux. Pour cette raison, certains auteurs suggèrent que la gouvernance de l'Internet consiste en une collection de plusieurs processus ayant lieu au sein d'instances qui s'occupent de sujets spécifiques de façon « isolée », bien que leurs domaines de compétence soient fondamentalement entremêlés[1].

1. W. H. Dutton et M. Peltu, "The Emerging Internet Governance Mosaic: Connecting the Pieces", *Information Polity*, nº 12, 2007, p. 63-81.

450 L'objectif fondamental de la gouvernance de l'environnement internautique est donc d'éviter l'incompatibilité des différents réseaux électroniques et juridiques qui composent l'Internet, en promouvant une approche commune visant à accroître la « communication, coordination et collaboration[1] » des différentes parties impliquées. Cela détermine la nécessité de développer une approche conceptuelle commune en mesure de permettre la communication et l'établissement de relations de coopération entre les différentes entités exerçant une influence sur chaque secteur de la régulation internautique. La gouvernance de l'Internet doit donc être considérée comme l'ensemble d'accords, règles et procédures permettant – ou au moins stimulant – l'interopérabilité des différents systèmes juridiques et techniques qui composent le réseau des réseaux. Dans ce sens, en réfléchissant sur la gouvernance, Pierre Calame souligne le besoin d'évoluer d'un modèle « westphalien », fondé sur les comportements anarchiques des États souverains vers « un modèle fondé sur les relations[2] » entre les entités étatiques et non étatiques qui composent un système dynamique et complexe. La cohérence d'un tel système complexe découlerait donc de la coopération et de la mise en concurrence de différents « agents » qui le composent[3]. Dans ce but, Calame souligne qu'il est donc nécessaire d'élaborer des principes communs permettant d'organiser « trois types de relations majeures […] : les relations entre niveaux de gouvernance (qui fondent le principe de subsidiarité active), les relations entre acteurs (qui fondent le partenariat) et les relations entre problèmes (qui fondent les approches intégrées, systémiques[4]) ».

1. W. Kleinwächter, "Multistakeholderism and the IGF: Laboratory, Clearinghouse, Watchdog", *op. cit.*

2. P. Calame, « La révolution de la gouvernance et la réforme de la gouvernance européenne », Note de travail, FPH, 3 sept. 2002, disponible sur *http://graspe.eu/bip773.pdf*

3. Dans ce sens : A. Guadamuz, *Networks, Complexity and Internet Regulation*, Cheltenham, 2011.
Aussi, pour une analyse multidisciplinaire de la théorie de la complexité : D. Post et D. Johnson, "Chaos Prevailing on Every Continent: a New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems", *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, nº 1055, 1999 ; M. M. Waldrop, *Complexity: the Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, Penguin, New York, 1993.

4. En outre, selon Calame, le principe de subsidiarité active « consiste à définir ensemble les principes directeurs communs des politiques à conduire, à charge ensuite pour chaque niveau de préciser les modalités pratiques de mise en œuvre de ces principes […]. Parmi les principes directeurs figurent les conditions d'un authentique partenariat entre acteurs ». P. Calame, *La révolution de la gouvernance et la réforme de la gouvernance européenne*, *op. cit.*

451 Bien que la définition d'un cadre conceptuel commun, en mesure de favoriser l'interopérabilité technique et la sécurité juridique de l'Internet, soit un objectif partagé par la plupart des parties prenantes de la gouvernance internautique, la complexité et la diversité de ces acteurs posent la question du processus par le biais duquel cet objectif peut être atteint ; du rôle que les diverses entités impliquées devraient revêtir ; et de la nécessité d'assurer aussi bien la participation et l'effective représentativité des acteurs impliqués. Force est donc de parler de gouvernance de l'Internet afin d'identifier le processus qui mène les acteurs de la société de l'information « à se doter de systèmes de représentation, d'institutions, de processus, de corps sociaux, pour se gérer [eux]-mêmes dans un mouvement volontaire[1] ».

1. P. Calame, « Questions sur la gouvernance et la subsidiarité active, postface à l'édition arabe de "l'État au cœur" », *Débats du Caire*, 23-24 nov. 1999.

452 La naissance d'une telle « société de l'information » ainsi que la « conception commune » de ses « bases constitutionnelles[1] » ont été mises en exergue par la Déclaration de principes issue de la première phase du SMSI, au sens de laquelle, les « représentants des peuples du monde » ont proclamé leur « volonté et […] détermination communes d'édifier une société de l'information à dimension humaine, inclusive et privilégiant le développement, une société de l'information, dans laquelle chacun ait la possibilité de créer, d'obtenir, d'utiliser et de partager l'information et le savoir et dans laquelle les individus, les communautés et les peuples puissent ainsi mettre en œuvre toutes leurs potentialités en favorisant leur développement durable et en améliorant leur qualité de vie, conformément aux buts et aux principes de la Charte des Nations unies ainsi qu'en respectant pleinement et en mettant en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'Homme[2] ».

1. Dans ce sens : I. Falque-Pierrotin, « Les enjeux juridiques de l'Internet au regard de la préparation du Sommet de Genève », *op. cit.*

2. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 1. Aussi, dans ce sens, le secrétaire général des Nations unies, Ban Ki-moon, a affirmé que la Déclaration de principes Genève « constituait un élément essentiel d'une société de l'information à dimension humaine, inclusive, privilégiant le développement et non discriminatoire ». Assemblée générale des Nations unies, *Note du secrétaire général des Nations unies, poursuite des activités du Forum sur la gouvernance de l'Internet*, 7 mai 2010, A/65/78 – E/2010/68, § 2, disponible sur *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan039401.pdf*

453 Ainsi, comme nous l'avons anticipé dans la première partie de ce travail, la consécration d'une gouvernance *multistakeholder* de l'Internet au cours de la deuxième phase du SMSI[1] découle du constat préliminaire selon lequel, d'une part, la régulation publique est côtoyée par d'autres outils régulatoires

tels que la « normalisation [qui] est l'un des éléments constitutifs essentiels de la société de l'information[2] » et, d'autre part, la « gestion internationale de l'Internet devrait s'exercer […] avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales[3] ». Bien que la référence à la *standardization* dans la Déclaration de Genève eût été insérée dans le but de souligner la compétence de l'UIT en ce qui concerne la normalisation des télécommunications[4], ces dispositions impliquent la reconnaissance du rôle essentiel de la standardisation technique et du secteur privé dans le développement de l'environnement Internet mais aussi la réitération du rôle incontournable des pouvoirs publics, en soulignant le fait que la conduite de tout usager d'Internet reste indissociablement encadrée par les systèmes juridiques nationaux. Dans ce sens, l'agenda de Tunis s'adresse explicitement aux États en les exhortant à « élaborer, en collaboration avec les autres parties prenantes, la législation nécessaire permettant d'enquêter sur la cybercriminalité et de poursuivre en justice les auteurs de cyberdélits[5] ».

1. Dans ce sens : B. Fallery et F. Rodhain, *La multi-gouvernance des organisations : l'exemple de la régulation des collectifs sur Internet*, Manuscrit auteur, publié dans 5e conférence GeCSO, Gestion des connaissances, société et organisations, Montréal, 2012 ; *id.*, « Fondements théoriques pour une régulation d'Internet : la légitimation faible et la réflexivité forte », *Systèmes d'information et management*, vol. 15, nº 3, 2010 ; W. Kleinwächter, "Beyond ICANN vs. ITU? How WSIS Tries to Enter the New Territory of Internet Governance", *op. cit.* ; M. Mueller et J. Mathiason et L. W. Mcknight, "Making Sense of 'Internet Governance': Defining Principles and Norms in a Policy Context", *op. cit.*

2. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 44.

3. *Ibid.*, § 48.

4. Dans ce sens : R. Weber, *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Springer, Zurich, 2009, p. 41.

5. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 40.

454 Le SMSI fut donc le théâtre de la première tentative de définition d'un mécanisme de gouvernance de l'Internet, fondé sur l'implication d'un nombre élargi de *stakeholders* non étatiques dans l'élaboration non seulement d'objectifs communs concernant les politiques publiques mais aussi la législation nationale. Ainsi, la gouvernance de l'Internet doit être considérée comme une combinaison de coordination politique et de régulation[1], essayant de transposer le modèle ouvert et inclusif des organisations de standardisation technique dans l'élaboration de politiques publiques ainsi que d'instruments régulatoires. Dans ce sens, tout comme la gouvernance environnementale, la gouvernance de l'Internet vise à « faciliter notre adaptation au changement et aider notre société à évoluer en associant toutes les parties prenantes[2] ».

1. Dans ce sens : R. Weber, *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, *op. cit.*

2. Comité interministériel pour le développement durable, *Stratégie nationale de développement durable 2010-2013 : vers une économie verte et durable*, 27 juill. 2010, p. 5, disponible sur *www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/SNDD-3.pdf*

455 En effet, une telle évolution semble être indissociablement liée à la nature essentiellement transnationale de l'environnement internautique qui, tout

comme d'autres phénomènes juridiques transnationaux, tels que le droit financier international ou le droit international de l'environnement, met en exergue le « déplacement des frontières de l'intérêt général de la sphère publique à la sphère privée[1] » et stimule une approche coopérative à la gouvernance illustrée de façon parlante par « la multiplication des partenariats public-privé (PPP) largement promus par les institutions […] internationales[2] ». Il est donc nécessaire de remarquer que, dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, chaque partie prenante est à la fois un potentiel partenaire et un potentiel producteur d'externalités négatives pouvant affecter les droits, les intérêts et l'activité des autres acteurs impliqués.

1. Y. Queinnec, *Le contrat durable, contours du concept et pistes d'exploration*, 2010, p. 2, disponible sur *www.businesshumanrights.org/Links/Repository/185581*. Aussi, dans ce sens : S. E. Gaines et C. Kimber, "Redirecting Self-Regulation", *Journal of Environemental Law*, vol. 13, nº 157, 2001.

2. *Ibid.*

456 Ainsi, en raison des effets externes que les différents types de régulation – tant d'origine publique que privée – peuvent déterminer sur les composants de l'écosystème Internet, il semble essentiel d'envisager des formes de gouvernance multipartite « favorisant la mobilisation de la société par la médiation et la concertation[1] ». Dans ce sens, Don MacLean a mis en évidence que des facteurs tels que les libéralisations dans le secteur des services et des télécommunications, la propagation de l'Internet, la prise de conscience du lien existant entre l'utilisation des TIC et la mise en œuvre d'un développement durable ainsi que la diffusion de l'autorégulation ont déclenché la recherche de nouvelles formes de gouvernance visant à l'inclusion du secteur privé et de la société civile dans le développement de politiques publiques et des processus de prise de décision concernant l'ensemble des TIC[2].

1. Dans ce sens : L. nº 2009-967, 3 août 2009, art. 49, de programmation relative à la mise en œuvre du *Grenelle de l'environnement*, mod. par L. nº 2012-1460, 27 déc. 2012, art. 14. Notamment, cet article envisage la mise en place de « nouvelles formes de gouvernance » dans le souci de « construire une nouvelle économie conciliant protection de l'environnement, progrès social et croissance économique ».

2. D. MacLean, "The Quest for Inclusive Governance of Global ICTs: Lessons from the ITU in the Limits of National Sovereignty", *in* W. J. Drake et E. J. Wilson, *Governing Global Electronic Networks International Perspectives on Policy and Power*, MIT Press, Cambridge, 2008.

457 Une telle application de la théorie des parties prenantes[1] aux différents mécanismes de gouvernance encadrant les TIC suggère donc de prendre en considération l'impact des différentes formes de régulation, à la fois sur l'architecture logique de l'environnement internautique et sur la sphère juridique de chaque internaute, dans le but de permettre le développement durable de l'Internet. Comme nous l'avons argumenté dans le chapitre précédent, une telle approche est à la base du mécanisme de gouvernance du DNS[2], dont le but a été de transposer dans une *New Corporation* l'ouverture, la transparence et l'approche multi-parties prenantes qui caractérisent la gouvernance d'entités telles que l'IETF et le W3C afin que le DNS soit

« coordonné » par le biais d'un *private ordering* fondé sur le consensus des parties intéressées.

1. Pour un aperçu de la théorie des parties prenantes : C. Fontaine, A. Haarman et S. Schmid, *The Stakeholder Theory*, 2006 ; R. E. Freeman, *Strategic Management: a Stakeholder Approach*, Pitman, Boston, 1984 ; *id*., "Response: Divergent Stakeholder Theory", *Academy of Management Review*, vol. 24, nº 2, 1999 ; *id.*, "A Stakeholder Theory of Modern Corporations", *Ethical Theory and Business*, 2004 ; J.-Y. Trochon, « Les nouveaux risques de l'entreprise face à la mondialisation, approche juridique », *RD aff. int.*, nº 8, 2003.

2. Voir nos 313 et s.

458 Le SMSI a donc joué un rôle instrumental afin d'associer les principes à la base de la standardisation technique avec ceux qui sont au fondement de la promotion du développement durable au sens de la Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques – issue du Sommet de la Terre de 1992[1] – selon laquelle « une approche participative et multipartite tente d'approcher la diversité des intérêts et des positions, non seulement dans le but de promouvoir les principes démocratiques, mais aussi pour accroître la probabilité que, dans la pratique, les actions et les plans proposés seront acceptés, mis en œuvre et effectifs[2] ». Le SMSI a donc bâti une interface permettant la consécration de l'approche multi-parties prenantes, désormais consolidée dans le domaine environnemental[3] et dans « le système technicien[4] », au sein d'instruments de *soft law* qui ont délinéé les fondements de la gouvernance internautique. En effet, on se doit de rappeler qu'en affirmant la nécessité de « la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales », les participants du SMSI ont transposé dans l'écosystème internautique le modèle multipartite consacré par le Sommet mondial sur le développement durable[5]. Ce modèle se fonde sur les principes de transparence, de redevabilité[6] et de participation[7] ainsi que sur la légitimité des parties prenantes et vise à établir un « environnement propice » à la bonne gouvernance[8]. Ainsi, à l'instar de la gouvernance environnementale, celle de l'Internet est porteuse de « valeurs favorables à la démocratie, à la décentralisation, à la transparence et donc à des formes d'action publique qui accordent une large place à la société civile[9] », puisque la complexité des problèmes qui affectent ces domaines requiert l'implication « d'acteurs nombreux, interagissant à de multiples échelles [et] dont les territoires ne correspondent généralement pas aux territoires institutionnels classiques[10] ».

1. Voir nos 275 et s.

2. Traduction libre de « *a participatory, multistakeholder approach tries to approximate the diversity of interests and positions, not only to further democratic principles but also to increase the practical likelihood that the proposed actions and plans will be accepted, implemented and effective* ». United Nations Development Programme, *Multi-Stakeholder Decision-Making A Guidebook for Establishing a Multi-Stakeholder Decision-Making Process to Support Green, Low-Emission and Climate-Resilient Development Strategies*, 2012, p. 8.

3. Dans ce sens : Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable*, Johannesburg, 26 août-4 sept. 2002, A/CONF.199/20, disponible sur *http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/636/94/PDF/N0263694.pdf?OpenElement*

4. Voir nos 204 et s.

5. Assemblée générale des Nations unies, *Rapport du Sommet mondial pour le développement durable, op. cit.* ; M. Hemmati, *Multi-Stakeholder Processes for Governance and Sustainability – Beyond Deadlock and Conflict*, Earthscan, London, 2001.

6. Selon l'Organisation internationale de normalisation, la redevabilité, autrement dit « imputabilité » ou *accountability* est l'« état consistant, pour une organisation, à être en mesure de répondre de ses décisions et activités à ses organes directeurs, ses autorités constituées et, plus largement, à ses parties prenantes ». ISO, *ISO 26000 : 2010, lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale*, art. 2.1, p. 2.

7. M. Mueller, J. Mathiason et L. W. Mcknight, "Making Sense of 'Internet Governance': Defining Principles and Norms in a Policy Context", *op. cit.*, p. 107.

8. Dans ce sens : *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, chap. B6 « Créer un environnement propice ». Aussi, comme Hemmati *et al*. l'ont mis en exergue, les processus multipartites ont pour but l'instauration de nouvelles formes de communication, consultation et coordination entre toutes les parties intéressées ; visent à l'instauration de conditions d'équité et de mécanismes de responsabilité, régissant les rapports entre les différents *stakeholders* ; et aspirent à la promotion de PPP. M. Hemmati, *Multi-Stakeholder Processes for Governance and Sustainability – Beyond Deadlock and Conflict, op. cit.*, p. 19.

9. J. Theys, « La gouvernance, entre innovation et impuissance », *Développement durable et territoires, Dossier 2 : Gouvernance locale et développement durable*, 2002, disponible sur *http://developpementdurable.revues.org/1523*

10. *Ibid.*

459 Toutefois, il est important de rappeler que la mise en œuvre de mécanismes de gouvernance participatifs et multi-parties prenantes, fondés sur une approche ouverte et ascendante n'implique pas l'abandon des structures étatiques traditionnelles dont l'action est organisée selon un système de *command and control*. En effet, comme nous l'avons mis en lumière précédemment[1], l'environnement internautique est caractérisé par une architecture polycentrique, qui n'implique pas la substitution des modes classiques d'action publique mais, au contraire, suggère l'intérêt d'une « complémentarité […] entre l'État et la société civile, entre la démocratie représentative et la démocratie délibérative, entre l'innovation managériale et la crédibilité institutionnelle[2] ».

1. Voir n[os] 166 et s.

2. J. Theys, « La gouvernance, entre innovation et impuissance », *op. cit.*, p. 3.

460 Ainsi, comme nous le mettrons en exergue dans la prochaine sous-section, la consécration de l'approche *multistakeholder* dans une pluralité de sources de *soft law*, au cours des dix dernières années, a donné naissance à une nouvelle norme de droit international coutumier au sens de laquelle la gouvernance de l'Internet doit se dérouler par le biais de processus multi-parties prenantes[1]. En effet, l'existence d'une pluralité de centres de régulation produisant des effets directs et indirects sur les réseaux qui composent l'Internet impose la nécessité d'une approche *multistakeholder* à géométrie variable, en mesure d'impliquer le plus grand nombre de parties intéressées dans des processus promus et orchestrés par les différents groupes de *stakeholders*, selon le cas.

1. Dans ce sens : J. Malcolm, *Multi-Stakeholder Governance and the Internet Governance Forum*, *op. cit.*, p. 322.

SOUS-SeCtiON **2**

La subsidiarité en tant que fondement de l'architecture multi-parties prenantes internautique

461 Le défi principal du SMSI a consisté en la réconciliation de deux modèles de gouvernance : d'une part, le paradigme « classique », représenté par le droit souverain de chaque État de « réglementer ses télécommunications[1] », selon une logique *top-down*, inscrite dans le préambule de la Constitution de l'UIT, et, d'autre part, le modèle multipartite fondé sur la coordination ascendante consacrée dans le processus ouvert et collaboratif typique des organisations de standardisation Internet. Ainsi, comme le soulignent Laurent Gille et Jacques-François Marchandise, le rapprochement entre l'« univers communautaire du Web et l'univers public de l'UIT » ne relève pas simplement de la « confrontation de deux modes de gouvernance, mais également de deux univers géopolitiques[2] ».

1. UIT, « Constitution de l'Union internationale des télécommunications », *Recueil des textes fondamentaux de l'Union internationale des télécommunications*, adoptés par la Conférence de plénipotentiaires, édition 2011, préambule, § 1.

2. L. Gille et J.-F. Marchandise (ss. la dir.), « La dynamique d'Internet : prospective 2030 », *Étude du Commissariat général à la stratégie et à la prospective*, nº 1, 2013, p. 94.

462 En effet, la dimension aterritoriale du réseau Internet détermine, d'une part, une remise en cause du « paradigme classique » selon lequel « toute régulation est, *prima facie*, territoriale[1] » et, d'autre part, la valorisation des mécanismes d'autorégulation et de *private ordering* qui permet à des entités non-étatiques de réguler efficacement les interactions et les comportements des internautes dans le cadre de cyberespaces caractérisés par la transterritorialité. Dans ce sens, nous avons argué que la nature *end-to-end* de l'architecture internautique – qui consacre l'autonomie des individus et des « machines » aux extrémités des réseaux – et la dimension globale définie par le double protocole TCP/IP donnent naissance à un « modèle distribué où le cadre d'un protocole global et partagé permet à chaque acteur (producteur, agrégateur, consommateur) d'être autonome et de constituer un nœud du système [et] d'assumer éventuellement une partie de la commande du réseau[2] ». Notamment, la prolifération de la *lex informatica* et de la *lex electronica*[3] met en évidence un phénomène de « réallocation » de la souveraineté qui justifie l'inclusion de nouveaux « souverains techniques[4] » et « souverains marchands[5] » ayant acquis un rôle primordial en ce qui concerne la régulation du cyberespace, en vertu de leur capacité d'élaborer et mettre en œuvre des outils autorégulatoires ou de régulation contractuelle capables de produire leurs effets de façon directe et avec une portée potentiellement globale.

1. L. Gille et J.-F. Marchandise (ss. la dir.), « La dynamique d'Internet : prospective 2030 », *op. cit.*

2. *Ibid*., p. 93.

3. Voir n[os] 294 et s.

4. *Ibid.*

5. *Ibid.*

463 Toutefois, force est de remarquer qu'actuellement, les différents mécanismes de gouvernance et centres de régulation se trouvent « écartelés entre des instances internationales, publiques, civiles ou privées, qui tentent de gérer de façon compétitive cette plurinormativité[1] ». Ainsi, en l'absence d'une instance capable de coordonner les politiques publiques liées à l'Internet de façon globale, force est de constater l'intérêt d'une approche multi-parties prenantes dans le but de prôner la *policy coordination* tout en évitant la fragmentation à la fois technique et juridique des réseaux qui composent l'Internet[2].

1. Dans ce sens : L. Gille et J.-F. Marchandise (ss. la dir.), *La dynamique d'Internet : Prospective 2030*, *op. cit.*, p. 96.

2. Dans ce sens, la déclaration de Genève affirma clairement que « [l]es problèmes internationaux liés à la gouvernance de l'Internet devraient être traités de manière coordonnée ». SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 50.

464 Les différentes régulations applicables en vertu de la souveraineté nationale, de l'efficacité technique – et de la contrainte marchande qui en découle[1] – ou du lien contractuel, donnent naissance à un « enchevêtrement de légitimités de nature différente[2] » qui met en évidence l'intérêt d'un processus d'institutionnalisation capable de favoriser « les interactions/confrontations/compromis entre les règles de droit (produites par les États et les organisations intergouvernementales : lois, conventions, sanctions, etc.) et les nouvelles "petites" institutions qui se créent (par l'action des entreprises et par l'activisme civil : chartes, codes, consortiums, forums, etc[3].) ». La mise en place d'une gouvernance internautique permettant la communication des entités exerçant une fonction régulatrice, sur la base de principes et procédures partagés, est donc prodromique à la coordination des différents systèmes normatifs par le biais du principe de subsidiarité aussi bien dans sa dimension verticale qu'horizontale. En effet, pour rappel, la subsidiarité verticale est consubstantielle au principe de l'*end-to-end*, dans la mesure où il encadre l'attribution des fonctions de transport et de traitement des informations entre les différentes couches de l'architecture internautique, décentralisant l'intelligence du réseau dans ses extrémités[4]. Par conséquent, la dimension verticale du principe de subsidiarité est naturellement endogène par rapport à l'architecture internautique[5] et peut se révéler utile afin de déléguer l'élaboration ou la mise en œuvre d'instruments régulatoires aux entités qui seront directement affectées par la régulation et (re)déléguer ces responsabilités lorsqu'elles ne sont pas exercées adéquatement. Toutefois, dans le cadre d'une gouvernance ouverte et inclusive, il est essentiel de prendre en considération l'importance de la dimension horizontale du principe de subsidiarité, en vertu de laquelle « les organisations de citoyens et les individus ont le droit d'entreprendre des activités dirigées vers l'intérêt public, sans demander d'autorisation

ou de permis aux autorités publiques [et] les institutions doivent créer les conditions favorables au développement et à l'entreprise de ces activités[6] ». Une telle acception du principe de subsidiarité revêt donc une fonction incontournable afin que les diverses parties intéressées puissent exercer leur « liberté de participer aux débats publics au niveau local, national ou mondial, aux initiatives législatives et à l'observation citoyenne des processus décisionnels[7] ».

1. Voir n[os] 150 et s.

2. B. Fallery et F. Rodhain, *La multi-gouvernance des organisations : l'exemple de la régulation des collectifs sur Internet, op. cit.*, p. 6.

3. *Ibid*.

4. Dans ce sens : B. Schewick, *Internet Architecture and Innovation*, *op. cit.*

5. Voir n[os] 181 et s. Aussi : J. Saltzer, D. P. Reed et D. D. Clark, "End-to-End Arguments in System Design", *op. cit.* ; L. B. Solum.et M. Chung, "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *op. cit.*

6. C. Raffiaen, *Repenser le principe de subsidiarité*, Bruxelles, mars 2003, p. 3.

7. Dans ce sens : Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec(2014) 6 du Comité des Ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet – Exposé des motifs*, 16 avr. 2014.

465 Ainsi, force est de remarquer que le principe de subsidiarité verticale présuppose la décentralisation et la hiérarchisation des différentes composantes d'une architecture donnée – soit-elle l'architecture logique internautique ou l'architecture institutionnelle – en raison de laquelle ce principe organise l'attribution des compétences et la délimitation des responsabilités entre les différents niveaux et sous-ensembles d'un système complexe. En ce sens, la subsidiarité verticale sous-entend une logique hiérarchique dans le but d'atteindre la répartition la plus efficace des compétences et d'empêcher la « concurrence » entre une pluralité d'ordres juridiques et d'échelons administratifs différents. À l'inverse, la subsidiarité horizontale, quant à elle, se fonde sur une logique de coopération faisant abstraction de l'encadrement hiérarchique[1], tout en associant une pluralité d'entités étant sur un pied d'égalité[2].

1. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec(2014) 6 du Comité des Ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet – Exposé des motifs*, *op. cit*.

2. Un exemple de subsidiarité horizontale peut être repéré dans l'article 118 de la Constitution italienne joue un rôle de précurseur en prônant la subsidiarité horizontale, lorsqu'il prévoit que « […] l'État, les régions, les villes, les provinces et les municipalités favorisent l'initiative autonome des citoyens, en tant qu'individus et associations, dans l'exercice des activités d'intérêt général, sur la base du principe de subsidiarité ».

466 Ainsi, tel que le soulignait Egidio Tosato, le principe de subsidiarité peut être vu comme un principe d'ordre interne, dans le cadre d'une société envers ses composantes, mais aussi comme un principe « d'ordre externe » visant à organiser les relations des différentes sociétés entre elles[1]. Dans ce sens, le juriste italien arguait que tout comme la société ne doit pas remplacer les individus en ce qui concerne ce qu'ils peuvent faire pour eux-mêmes, de la même manière les acteurs sociaux majeurs – notamment, l'État – ne doivent pas entreprendre des tâches qui peuvent être effectuées par des acteurs mineurs[2], c'est-à-dire les parties prenantes non étatiques. Les

deux dimensions de ce principe revêtent donc un rôle instrumental afin d'encadrer, d'une part, les compétences fonctionnelles des couches architecturales internautiques et, d'autre part, la coopération *inter-stakeholder* tout en stimulant l'initiative de la part des différentes parties prenantes dans le cadre d'une gouvernance participative.

1. E. Tosato, « Sul Principio di Sussidiarietà Dell'Intervento Statale », *Persone, Società Intermedie e Stato*, Milan, 1989, p. 86.

2. *Ibid.*

467 Dans le but d'exploiter le principe de subsidiarité, il est donc essentiel de définir les acteurs qui opèrent dans le réseau Internet et d'identifier les entités en mesure d'élaborer des politiques et de réguler un domaine spécifique de la façon la plus efficace. Subséquemment, il est essentiel de créer des enceintes de concertation promouvant la communication des diverses parties prenantes et leur *policy coordination*[1]. Enfin, pour que la gouvernance produise des résultats concrets, il est désirable que les différents acteurs impliqués proposent des standards régulatoires communs offrant des solutions efficaces pour des problématiques spécifiques tout comme les standards Internet qui offrent des solutions concrètes à des problématiques techniques. Ainsi, afin qu'une telle gouvernance puisse être mise en œuvre, il est essentiel d'adopter une approche réticulaire permettant de saisir les mutations des rôles des parties impliquées et l'inclusion de nouveaux *stakeholders*, selon les différents domaines de politique publique qui font l'objet des discussions[2]. En effet, force est de souligner que bien que la participation de tous les groupes de parties prenantes soit un principe fondamental de la gouvernance de l'Internet, la justification de leur participation ainsi que le rôle qu'elles revêtent est susceptible de changer « en fonction des circonstances[3] ».

1. Dans ce sens : J. G. Backhaus, *Subsidiarity as a Constitutional Principle in Environmental Policy*, Maastricht Research School of Economics of Technology and Organizations, 1999, p. 11.

2. La liste des domaines de politique publique afférents à l'Internet est une liste ouverte et influencée par l'évolution technologique. Selon le Rapport de base du GTGI, les questions de politiques générale concernant la gouvernance de l'Internet excèdent la gestion de l'infrastructure et des ressources Internet critiques, pouvant intéresser l'utilisation de l'Internet, notamment le pollupostage, la sécurité des réseaux et la cyberdélinquance, les questions relatives à l'Internet mais dont les répercussions dépassent le cadre de ce dernier, telles que la protection des droits fondamentaux, et les questions relatives aux aspects de la gouvernance de l'Internet qui ont trait au développement, en particulier le renforcement des capacités dans les pays en développement Pour une description des différents domaines inhérents aux politiques publiques internautiques. GTGI, *Rapport de base*, 29 août 2005, disponible sur *www.wgig.org/index.html*

3. *Ibid.*, § 45.

468 Dans les prochains paragraphes, nous mettrons en exergue la consécration du principe du *multistakeholderism* par le SMSI, dans le souci d'organiser la complexité et la multiplicité des entités impliquées dans l'administration et la régulation de chaque dimension réseautique de l'Internet. Dans ce cadre, les pouvoirs publics se situent « à côté (mais non pas au-dessus) d'une multitude d'acteurs définissant des régulations et les mettant en œuvre[1] » en favorisant une dynamique de complémentarité entre « l'autorégulation libertaire et la régulation institutionnelle, en fonction des questions et des

besoins [par le biais d']une gouvernance multipolaire organisée, différenciée, et ordonnée en différents niveaux[2] ». Ainsi, le principe de subsidiarité se révèle instrumental à la mise en œuvre du *multistakeholderism* puisque sa dimension verticale permet la répartition des rôles et responsabilités des différentes parties impliquées, tandis que sa dimension horizontale prône la participation active et la coopération directe des acteurs non étatiques avec les pouvoirs publics, dans le but de la définition et la mise en œuvre d'une pluralité d'outils régulatoires.

1. B. Fallery et F. Rodhain, « Fondements théoriques pour une régulation d'Internet : la légitimation faible et la réflexivité forte », *op. cit.*, p. 23. Aussi, dans ce sens : J. G. Ackhaus, *Subsidiarity as a Constitutional Principle in Environmental Policy*, *op. cit.*, p. 8.

2. B. Fallery et F. Rodhain, *La multi-gouvernance des organisations : l'exemple de la régulation des collectifs sur Internet, op. cit.*, p. 13.

§ 1 – La naissance du principe de la participation multi-parties prenantes

469 Le concept de « gouvernance multi-parties prenantes » est essentiel afin que la complexité du « paysage réticulaire[1] » internautique, caractérisé par de « multiples dimensions[2] », soit transposée dans des mécanismes d'élaboration de politique et de prise de décisions ouverts, transparents et démocratiques[3], en mesure de favoriser la communication *intra-stakeholder*, afin que « les intérêts, les attentes et les besoins de toutes les parties prenantes soient pris en compte[4] ». En effet, l'implication directe à la fois de souverains techniques et marchands[5] ayant la possibilité de réguler les différents réseaux qui composent l'Internet permet d'une part d'acquérir les informations et les expertises nécessaires à l'élaboration des politiques publiques et, d'autre part, d'optimiser l'efficacité régulatoire en envisageant une approche corégulatrice, attribuant « la responsabilité primaire pour la solution des problèmes à la plus petite unité fonctionnelle[6] ».

1. Dans ce sens : J. Berleur, C. Lazaro et R. Queck, « Gouvernance de la société de l'information : loi – autoréglementation – éthique », *Cahiers du CRID*, n° 22, Bruylant-Presses universitaires de Namur, 2002, p. 264.

2. *Ibid.*

3. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 48.

4. F. Massit-Folléa, « Gouverner l'Internet comme un bien commun mondial ? », Contribution écrite au *European Dialogue on Internet Governance*, Cons. Europe, 13-14 oct. 2008, p. 3.

5. Voir n[os] 265 et s.

6. Dans ce sens : J. G. Backhaus, *Subsidiarity as a Constitutional Principle in Environmental Policy*, *op. cit.*, p. 8.

470 Le double objectif des processus multi-parties prenantes est donc de permettre d'augmenter à la fois la qualité des politiques publiques et l'effectivité de leur mise en œuvre, en exploitant la participation des acteurs non-gouvernementaux, dans le cadre d'une globalisation croissante. Dans ce sens, Kofi Annan a mis en exergue le fait que la meilleure gouvernance

se fonde sur la « participation et la responsabilité[1] » de toutes les parties impliquées. Pour cette raison, « il faut ouvrir davantage le domaine public international, y compris l'Organisation des Nations unies, à d'autres acteurs, dont l'apport est indispensable : organisations de la société civile, secteur privé, les parlementaires, pouvoirs locaux, associations scientifiques, écoles et universités[2] ». Toutefois, bien que le terme « *multistakeholder* » ait été consacré dans le contexte du Sommet de la Terre, on se doit de remarquer que son entrée dans le domaine internautique n'a pas été immédiate. En effet, cette notion était encore absente des documents issus de la première phase du SMSI qui, comme on peut le remarquer dans la Déclaration de Genève, employaient le terme « multilatérale[3] » pour qualifier la « gestion de l'Internet[4] ». Dans ce sens, on se doit de souligner que, tout au long du SMSI, seulement un statut consultatif ou d'organisations associées avait été attribué aux ONG et aux représentants du secteur privé, tandis que les États membres des Nations unies constituaient l'unique catégorie de sujets légitimés aux négociations[5].

1. K. A. Annan, *Nous les peuples : le rôle des Nations unies au XXIe siècle*, 2000, § 46, disponible sur *www.un.org/french/millenaire/sg/report/full.htm*

2. *Ibid.*

3. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 48.

4. *Ibid.*

5. W. Kleinwächter, « Multistakeholderism and the IGF: Laboratory, Clearinghouse, Watchdog », *op. cit.*, p. 76-77. Aussi, William Drake a mis en évidence que les modalités de participation au SMSI attribuaient aux présidents des différentes sessions le pouvoir d'admettre ou exclure la présence des observateurs du secteur privé et de la société civile. Dans ce sens, l'article 32.2 du règlement intérieur du SMSI prévoyait que les négociations devaient être « menées par les États membres de l'Organisation des Nations unies ou de toute institution spécialisée et par la délégation de la Communauté européenne uniquement ». W. J. Drake, *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance (WGIG)*, 2005, p. 249-250.

471 Cependant, la nécessité d'une approche *multistakeholder* était explicitement évoquée par le paragraphe n° 49 de la Déclaration de principes de Genève, selon lequel « la gestion de l'Internet […] devrait associer toutes les parties prenantes et les organisations intergouvernementales ou internationales concernées ». Ce paragraphe a donc consacré le rôle des acteurs impliqués dans le processus de la gouvernance de l'Internet, en proposant un cadre *multi-acteur* et en reconnaissant que :

– « le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet est le droit souverain des États. Ceux-ci ont des droits et des responsabilités en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, qui ont une portée internationale ;
– le secteur privé a joué et devrait continuer de jouer un rôle important dans le développement de l'Internet, dans les domaines tant techniques qu'économiques ;
– la société civile a également joué un rôle important pour les questions liées à l'Internet, en particulier au niveau communautaire, et devrait continuer de jouer ce rôle ;

– les organisations intergouvernementales ont joué et devraient continuer de jouer un rôle de facilitateur dans la coordination des questions de politique publique liées à l'Internet ;
– les organisations internationales ont elles aussi joué et devraient continuer de jouer un rôle important dans l'élaboration des normes techniques et des politiques relatives à l'Internet ».

472 Comme Wolfgang Kleinwächter l'a souligné, cet article représente une véritable pierre angulaire de l'approche multi-parties prenantes puisqu'il met en lumière l'impossibilité de séparer les différentes facettes de la gouvernance de l'Internet. Cela implique que les organisations ayant le pouvoir de réguler les aspects techniques et juridiques du réseau des réseaux doivent « accroître leur communication, coordination et collaboration. En deuxième lieu, pour que cela soit réalisable, équilibré et durable, il faut impliquer tous les acteurs gouvernementaux et non gouvernementaux qui influencent les différents niveaux de l'Internet[1] ». Toutefois, on se doit de remarquer que l'effort clarificateur du paragraphe 49 était largement incomplet. En effet, cet article se limite à définir les rôles des différents *stakeholders* de façon « statique » sans prendre en considération, d'une part, l'existence de nouvelles catégories de parties prenantes – telles que les communautés numériques[2], les représentants des usagers d'Internet, les parlementaires ou encore la communauté technique, dont les membres peuvent être associés à une ou plusieurs catégories de *stakeholders* prévues par le paragraphe 49 – et, d'autre part, le dynamisme et la « variabilité » des rôles et des responsabilités des différentes parties prenantes, qui peuvent changer selon le « secteur » faisant l'objet d'un mécanisme gouvernantaliste spécifique[3]. Dans ce sens, par exemple, les pouvoirs publics revêtent une fonction principale dans la régulation ainsi que dans la répression de la cybercriminalité[4], tandis qu'ils revêtent une simple fonction consultative dans la régulation des gTLDs[5]. Pour cette raison, la Déclaration multi-parties prenantes issue de la *NETmundial* a explicitement reconnu le fait que les rôles des différents groupes de *stakeholders* ne sont pas fixes, puisqu'au contraire les « rôles et responsabilités respectifs des parties prenantes doivent être interprétés d'une manière souple, en considérant les spécificités du thème en discussion[6] ».

1. W. Kleinwächter, *ibid*., p. 80.
Ainsi, si l'on peut affirmer, comme le souligne Jacques Chevallier, que « la diplomatie économique forme un triangle dont les trois côtés sont constitués par les relations entre firmes, par les relations entre États et les relations entre firmes et États », on est aussi tenus de constater que la diplomatie internautique forme un polyèdre, ou plutôt une toile, dont les côtés sont constitués par les maintes relations existantes entre les différentes parties prenantes. J. Chevallier, *L'État post-moderne*, coll. « Droit et société », 2008, p. 41.

2. Dans ce sens, Danièle Bourcier et Primavera de Filippi soulignent qu'au cours « des dernières décennies, un grand nombre de communautés numériques se sont développées, adoptant des règles de droit et d'éthique, des procédures et des modes de gouvernance assez proches, tout en défendant des valeurs sensiblement différentes. Derrière ces communautés d'acteurs, on trouve des *objets* numériques (logiciels, contenus, et données) auxquels ces valeurs vont s'appliquer, et des licences qui définissent à quelles conditions ces objets seront rendus libres par leurs auteurs ».
D. Bourcier et P. Filippi, « Les communautés numériques : objectifs, principes et différences », *Cahiers français*, nº 372, janv.-févr. 2013, p. 41-42.

3. Dans ce sens, Avri Doria souligne que « *[w]hen one starts to consider the responsibilities of each of these roles one finds that the responsibilities also vary over issues, time and are subject to the phase of a process. For example one stakeholder may have a primary responsibility while an Internet protocol is being designed, though other stakeholders would still have responsibilities that contributed to the trade-off decisions made in multistakeholder discussions. Once the protocol is designed, a different set of stakeholders may have the primary responsibility, without eliminating the multistakeholder process that allows all to assume their responsibilities and contribute to developing appropriate policies and implementations. When it comes to making national public policy, a task where government workers have priority, all the other stakeholders still have their own responsibilities in the process* ». A. Doria, *Discussion of Principles related to Stakeholder Roles and Responsibilities*, 8 mars 2014, disponible sur *http://content.netmundial.br/contribution/discussion-of-principles-related-to-stakeholder-roles-and-responsibilities/201*

4. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 40.

5. Voir n[os] 370 et s.

6. Traduction libre de « *respective roles and responsibilities of stakeholders should be interpreted in a flexible manner with reference to the issue under discussion* ». *NETmundial Multistakeholder Statement*, 24 avr. 2014, disponible sur *http://NETmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf*

473 Toutefois, force est de souligner que, bien que la Déclaration de Genève ait défini les rôles des différentes parties prenantes et employé l'expression « gouvernance de l'Internet » à plusieurs reprises[1], aucune définition d'une telle gouvernance n'avait été fournie par ce document. Ainsi, dans le but de combler cette lacune épistémologique, le Plan d'action issu de la première phase du SMSI avait donné mandat au GTGI[2] d'élaborer une « définition pratique de la gouvernance de l'Internet[3] » permettant la mise en œuvre d'un mécanisme ouvert, transparent et inclusif, en mesure de « garantir la participation pleine et active des représentants des États, du secteur privé et de la société civile tant des pays développés que des pays en développement et qui fera intervenir les organisations intergouvernementales et internationales et forums intéressés[4] ».

1. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 48 et 50.

2. Au sens du Plan d'action de Genève, le GTGI aurait dû « i) élaborer une définition pratique de la gouvernance de l'Internet ; ii) identifier les questions d'intérêt général qui se rapportent à la gouvernance de l'Internet ; iii) élaborer une conception commune des rôles et des sphères de responsabilité respectives des gouvernements, des organisations intergouvernementales, des organisations internationales et des autres forums existants, ainsi que du secteur privé et de la société civile, tant des pays en développement que des pays développés ; iv) élaborer un rapport sur les résultats de cette activité, lequel serait soumis pour examen à la seconde phase du SMSI (Tunis, 2005) ». SMSI, « Plan d'action », Document WSIS-03/GENEVA/DOC/5-F, 12 mai 2004, § 13.b, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/poa-fr.html*
En outre, force est de remarquer que la composition hétéroclite du GTGI fut élaborée sur le modèle de la Task-Force sur les technologies de l'information et des télécommunications des Nations unies – instituée en 2001 par le secrétaire général Kofi Annan afin d'améliorer les stratégies des États membres de l'ONU et des agences onusiennes relatives aux TIC – en suivant les critères d'équité au niveau de la représentation géographique et de parité hommes-femmes. Pour des informations concernant les membres du GTGI : *www.wgig.org/members.html*

3. En effet, force est de souligner que les différentes parties prenantes avaient des conceptions hétérogènes de la gouvernance de l'Internet, qui déterminaient des priorités dramatiquement différentes et, pour cette raison, l'élaboration d'une définition de travail apparaissait essentielle. Ainsi, comme nous l'avons pu le lire sous la plume de Jovan Kurbalija et Eduardo Gelbstein, « les experts en télécommunications considéraient la gouvernance de l'Internet du point de vue du développement des infrastructures techniques. Les experts en informatique se concentr[ai]ent sur le développement de différentes normes et applications, telles que XML ou Java. Les experts en communications donn[ai]ent plus de poids à la simplification des communications. Les militants des droits de l'Homme considéraient la gouvernance de l'Internet du point de vue de la liberté d'expression, du respect de la vie privée et autres droits fondamentaux. Les juristes s'attard[ai]ent sur la juridiction et la résolution des différends ». J. Kurbalia et E. Gelbstein, *Gouvernance de l'Internet : enjeux, acteurs et fractures*, 2005, p. 11-12.

4. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 50.

474 Notamment, dans son *Rapport de base*, le GTGI explorait le débat concernant la gouvernance de l'Internet en soulignant l'émergence d'un « nouveau "tripartisme" naissant associant les pouvoirs publics, le secteur privé et la société civile, [qui] supposerait la nécessité d'un nouveau cadre conceptuel qui d'une part est intégré dans le système de droit international existant, mais de l'autre, va au-delà de ce cadre, en intégrant d'autres types de normes ("normes douces ou *soft law*" et autorégulation par exemple) aux concepts de gouvernance mondiale[1] ». Dans le prochain paragraphe, nous mettrons en exergue la consécration progressive du principe de la participation multi-parties prenantes dans une pluralité d'outils de *soft law*, sur la base des travaux du GTGI.

1. GTGI, *Rapport de base*, *op. cit.*, § 285 et 286.

§ 2 – La consécration du principe de la participation multi-parties prenantes

475 Comme nous l'avons évoqué précédemment, la consécration du *multistakeholderism* est intimement liée à la mise en place d'une gouvernance participative de l'Internet fondée sur le principe de subsidiarité horizontale. Ainsi, dans le but de délinéer le mécanisme gouvernantaliste le plus approprié, le GTGI a été chargé de trouver un terrain d'entente concernant les rôles et responsabilités respectifs de toutes les parties prenantes, après avoir identifié le spectre des « questions d'intérêt général qui se rapportent à la gouvernance de l'Internet[1] ». Dans ce sens, le Rapport issu du GTGI a déterminé une véritable attribution des compétences aux différentes parties impliquées, en affirmant que les pouvoirs publics auraient dû « élaborer, coordonner et appliquer des politiques publiques, selon les besoins[2] », au niveau national, régional et international, tout en assurant des fonctions de contrôle ; le secteur privé ne devait pas limiter son rôle et ses responsabilités aux domaines économique et technique – auxquels il avait été confiné par le paragraphe 49 de la Déclaration de principes de Genève[3] – en étant chargé d'identifier les pratiques optimales ainsi que d'élaborer « des propositions, directives et instruments de politique générale à l'intention des décideurs et d'autres parties prenantes[4] » dans le but de « contribuer à l'élaboration des législations nationales et participer à celle des politiques aux niveaux national et international[5] » ; enfin, le rôle de la société civile consistait à « contribuer à des processus et politiques plus participatifs, davantage axés sur le facteur humain et plus largement ouverts à tous[6] » ainsi qu'à l'encouragement de la « responsabilité sociale et la pratique de la bonne gouvernance[7] ».

1. SMSI, *Plan d'action*, *op. cit.*, § 13.b.

2. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, juin 2005, § 30, disponible sur *www.wgig.org/docs/WGIGReport-French.pdf*

3. Dans ce sens : F. Musiani, "WSIS+10: the Self-Praising Feast of Multi-Stakeholderism in Internet Governance", *Internet Policy Review*, 12 avr. 2013, disponible sur *http://policyreview.info/articles/analysis/wsis10-self-praising-feast-multi-stakeholderism-internet-governance*

4. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet, op. cit.*, § 31.

5. *Ibid.*

6. *Ibid*., § 32.

7. *Ibid.*

476 Le GTGI était guidé par les constats selon lesquels « toutes les parties prenantes ont un rôle important à jouer dans la société de l'information[1] » et, pour cette raison, leur « pleine participation[2] » dans les processus politiques et dans les institutions publiques doit être assurée. Dans ce sens, le GTGI avait défini la gouvernance de l'Internet comme l'« élaboration et application par les États, le secteur privé et la société civile, dans le cadre de leurs rôles respectifs, de principes, normes, règles, procédures de prise de décisions et programmes communs propres à modeler l'évolution et l'utilisation de l'Internet[3] ». Cette définition a été subséquemment consacrée par l'Agenda de Tunis pour la société de l'information[4] et entérinée par l'Assemblée générale de l'ONU[5]. Aussi cette définition a été adoptée par les États membres du Conseil de l'Europe[6] qui ont consacré la subsidiarité horizontale en tant que fondement des mécanismes gouvernantalistes encadrant l'interaction des différentes parties prenantes. En effet, depuis mai 2009, les ministres des États participants à la première Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication ont affirmé « la nécessité d'adopter une approche multipartite de la gouvernance de l'Internet[7] » et, subséquemment, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a déclaré que l'« élaboration et la mise en place des dispositions pour la gouvernance de l'Internet devraient assurer, de manière ouverte, transparente et responsable, la pleine participation des gouvernements, du secteur privé, de la société civile, des milieux techniques et des utilisateurs – compte tenu de leurs rôles et de leurs responsabilités spécifiques[8] ».

1. SMSI, *Plan d'action, op. cit.*, § 3.

2. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire, op. cit.*, § 48.

3. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet, op. cit.*, § 10.

4. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information, op. cit.*, § 34.

5. ONU, *Résolution adoptée par l'Assemblée générale 60/252,* Sommet mondial sur la société de l'information, *op. cit.*

6. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet, op. cit.*

7. Cons. Europe, *Vers une nouvelle conception des médias*, Résolution issue de la 1re Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication Une nouvelle conception des médias ?, Reykjavik, 29 mai 2009, MCM (2009) 011, § 11.

8. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet, op. cit.*

477 Toutefois, on se doit de remarquer que la définition élaborée par le GTGI met « l'accent sur l'acte de gouvernance lui-même et non sur les administrateurs qui en sont chargés[1] », ce qui suggère que la catégorisation des différentes parties intéressées ne doive pas être considérée comme exhaustive et que les différents stakeholders puissent jouer un

rôle d'« administrateurs » en fonction des différents domaines en examen puisqu'ils doivent être considérés comme dynamiques et sujets à des changements « en fonction des circonstances[2] ». En effet, l'existence d'un ensemble de « systèmes de gouvernance auto-organisée[3] » au sein d'un environnement internautique pluraliste met en lumière, d'une part, la possibilité que les mêmes sujets puissent revêtir des rôles différents au sein de divers systèmes de gouvernance et, d'autre part, la nécessité de coordination intersystémique afin qu'une problématique donnée soit traitée par le système le plus proche.

1. GTGI, *Rapport de base, op. cit.*, § 39.

2. Dans ce sens le GTGI souligne que « la gouvernance est un processus qui suppose la création et l'application de mécanismes propres à donner le cap ou à prescrire des mesures à prendre. Le libellé reste neutre quant à la façon dont ces deux fonctions sont menées à bien, dans la mesure où cela peut varier considérablement en fonction des domaines et des contextes institutionnels. D'un point purement logique, il n'est pas indispensable d'énumérer les parties prenantes à ce processus. Néanmoins, d'un point de vue politique, il semble bon de rappeler que chacun de ces trois acteurs de la société a un rôle à jouer, en fonction des circonstances ». GTGI, *ibid*., § 45.

3. Selon Elinor Ostrom, les systèmes de gouvernance auto-organisée jouissent d'une meilleure efficience du contrôle local par rapport à la centralisation du pouvoir de surveillance et de sanction. Selon le prix Nobel de l'économie 2009, les huit propriétés génériques qui caractérisent les systèmes de gouvernance autonomes sont : 1) les relations entre les membres et les non-membres de la communauté doivent être clairement définies ; 2) la production de règles doit se faire en relation étroite avec la nature de la ressource à réguler ; 3) les individus affectés par une règle collective doivent pouvoir participer à la modification de la règle et cette modification doit se faire à faible coût ; 4) les individus qui surveillent la ressource commune doivent être choisis localement et être responsables devant la communauté ; 5) les sanctions prononcées à l'encontre de membres de la communauté doivent être graduées ; 6) et, elles doivent obéir à un principe de subsidiarité privilégiant le respect des règles locales ; 7) les membres de la communauté doivent avoir un accès rapide à une arène locale pour résoudre leurs conflits à bas coût ; 8) enfin, la communauté est constituée d'un enchevêtrement de niches locales. E. Ostrom, *Governing the Commons: the Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, New York, 1990. Dans ce sens : D. Cardon et J. Levrel, « La vigilance participative. Une interprétation de la gouvernance de Wikipédia », *Réseaux*, vol. 2, n° 154, 2009, p. 55.

478 Ainsi, l'ouverture et l'inclusion d'une hétérogénéité de parties prenantes revêtent aussi une fonction prodromique à l'individuation du mécanisme gouvernantaliste le plus approprié, en mesure de permettre l'interaction *interstakeholder* nécessaire, en premier lieu, à la définition des politiques publiques et, subséquemment à l'élaboration de solutions régulatoires et à leur mise en œuvre. Dans ce sens, dès la Conférence de plénipotentiaires de Guadalajara de 2010, les membres de l'UIT ont explicitement reconnu que « le modèle de gouvernance multi-parties prenantes reposant sur les principes du SMSI constitue le cadre régissant la gouvernance mondiale de l'Internet[1] » tout en consacrant « la nécessité pour les gouvernements d'élaborer des politiques publiques en consultation avec toutes les parties prenantes[2] ». Dans ce même sens, l'OCDE a mis en exergue que « les processus multipartites apportent la flexibilité et l'évolutivité mondiale nécessaires pour relever les défis de l'Internet[3] », en encourageant les pouvoirs publics à « œuvrer dans des cadres multipartites à la concrétisation des buts des politiques publiques internationales et au renforcement de la coopération internationale dans la gouvernance de l'Internet[4] ».

1. UIT, *Rapport du secrétaire général de l'UIT en vue du cinquième Forum mondial des politiques de télécommunication et des technologies de l'information et de la communication*, 2013, p. 14, disponible sur *www.itu.int/md/S13-WTPF13-C-0003/fr*

2. UIT, « Rôle de l'UIT concernant les questions de politiques publiques internationales ayant trait à l'Internet et à la gestion des ressources de l'Internet, y compris les noms de domaine et les adresses », Résolution 102 (Rév. Guadalajara, 2010), considérant h), *Recueil des textes fondamentaux de l'Union internationale des télécommunication*, adoptés par la Conférence de plénipotentiaires, 2011, p. 407.

3. OCDE, *Communiqué sur les principes applicables à la politique de l'Internet. Réunion à haut niveau sur l'économie Internet*, 28-29 juin 2011, disponible sur *www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/48310811.pdf*

4. *Ibid*.

479 Ainsi, la mise en œuvre d'une gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet encadrée par le principe de subsidiarité est censée être un facteur fortifiant à la fois l'efficacité et la démocratie participative. Dans ce sens, on se doit de souligner que l'UE a intégré le principe de la participation multi-parties prenantes au sein de la gouvernance européenne de l'Internet. En effet, on se doit de remarquer que le législateur européen a tenté de concrétiser la participation multipartite en introduisant des mécanismes de « consultation et de transparence » dans l'architecture administrative européenne par exemple en prévoyant que « les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales […] donnent aux parties intéressées la possibilité de présenter leurs observations[1] » en ce qui concerne l'encadrement des services de communication électronique.

1. Notamment, au sens des articles 6 et 9 de la directive 2009/140/CE, dite « mieux réguler », les autorités de régulation nationales sont censés mettre en œuvre un tel mécanisme consultatif lorsqu'elles ont l'intention de prendre des mesures, ou entendent prévoir des restrictions concernant la gestion des radiofréquences pour les services de communications électroniques.
Force est de rappeler que la directive 2009/140/CE, une des composantes du « paquet télécoms » de 2009, qui se composait de trois sources de droit dérivé : notamment, la directive 2009/140/CE et la directive 2009/136/CE, qui modifient les directives de 2002 constituant le deuxième paquet télécoms, ainsi que le règlement 1211/2009/CE, instituant l'Organe des régulateurs européens des communications électroniques (*Body of European Regulators for Electronic Communications* ou BEREC, selon l'acronyme anglophone). Toutefois, force est de souligner que, lors de la transposition du troisième paquet télécoms, le législateur français a omis la prévision d'une obligation de consultation, en se limitant à prévoir que l'Autorité de régulation des communications électroniques et des postes assure « la transparence des procédures opérationnelles, en particulier pour les autres parties intéressées » lors de l'élaboration de ses projets de décision. Voir D. n° 2012-436, 30 mars 2012, art. 4, II, portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques.

480 Toutefois, bien que la définition de gouvernance de l'Internet consacrée par l'agenda de Tunis ait mis « l'accent sur l'acte de gouvernance lui-même[1] », la mise en œuvre d'un mécanisme permettant une gouvernance en 4C[2] de l'Internet reste inachevée, puisque les différentes composantes d'un tel mécanisme n'ont jamais été détaillées. En effet, jusqu'à présent, la concertation, la consultation, la coopération et la coordination des acteurs opérant dans les différents sous-systèmes de la gouvernance de l'Internet ont eu lieu de façon non structurée, et le Forum des Nations unies sur la gouvernance de l'Internet – ainsi que les versions nationales et régionales du FGI – représente l'unique plateforme permettant l'interaction des différents « systèmes de gouvernance auto-organisée » qui composent la gouvernance de l'Internet.

1. GTGI, *Rapport de base*, *op. cit*., § 39.

2. Voir n[os] 78 et s.

481 Dans la prochaine section, nous montrerons donc les aboutissements du SMSI, en soulignant la complémentarité d'un dialogue multi-acteur, ayant lieu au sein du FGI, et de processus de coopération renforcée *ad hoc*, permettant à différents *stakeholders* de poursuivre et mettre en œuvre des objectifs communs par le biais d'un effort collaboratif. Notamment, nous mettrons en exergue la possibilité de mettre en œuvre des efforts multi-parties prenantes utilisant le processus participatif qui caractérise la standardisation technique afin d'élaborer des « modèles régulatoires » visant à fournir des solutions concrètes et « évolutives », applicables à une pluralité de systèmes juridiques en vertu de leur efficacité.

SeCtiON **2**

Une « gouvernance en 4C » de l'Internet

482 En soulignant l'intérêt d'une approche *multistakeholder*, le Rapport du GTGI a mis en exergue la nécessité d'une instance de concertation mondiale permettant à toutes les parties intéressées de « débattre les questions de politique générale relatives à l'Internet, […] ainsi que les questions nouvelles qui, soit touchent plus d'une institution, soit ne relèvent d'aucune institution, soit ne sont pas abordées de manière coordonnée[1] ». Ainsi, dans le but de combler cette lacune, le GTGI a recommandé l'institution d'un nouvel espace de dialogue où les différents *stakeholders* auraient pu analyser « sur un pied d'égalité toutes les questions qui se rapportent à la gouvernance de l'Internet[2] » en favorisant la transparence, la responsabilisation, la coordination et la mise en œuvre d'une approche *multistakeholder*. Dans ce but, le Rapport du GTGI prônait aussi l'établissement d'un nouveau mécanisme participatif encadrant la « fonction de gouvernance/contrôle[3] » de l'Internet. Un tel mécanisme aurait pu recouvrir « entre autres, l'audit, l'arbitrage, la coordination, l'orientation et la réglementation[4] ». Il aurait également dû avoir une forme d'organisation « multilatérale, transparente et démocratique, avec la pleine participation des États, du secteur privé, de la société civile et des organisations internationales […] dans le cadre de leur rôle respectif[5] » et « aucun gouvernement n'[aurait dû] jouer à lui seul un rôle prépondérant dans la gouvernance de l'Internet sur le plan international[6] ».

1. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.*, § 40.
2. *Ibid.*, § 36.
3. *Ibid.*, § 48.
4. *Ibid.*, § 50.
5. *Ibid.*

6. *Ibid*. Bien évidemment ce paragraphe se réfère au rôle prépondérant des États-Unis qui, comme le souligne John Laprise, refusèrent explicitement de céder le contrôle d'une ressource dont ils revendiquaient la création. J. Laprise, *Internet Governance: the New "Great Game", op. cit.*
Aussi, dans le même sens : V. Mayer-Schoenberger et M. Ziewitz, "*Jefferson Rebuffed – the United States and the Future of Internet Governance", op. cit.* ; M. L. Mueller, *Networks and States: the Global Politics of Internet Governance, op. cit.*

483 Toutefois, l'opposition[1] étasunienne à toute proposition de mécanisme visant à la « fonction de gouvernance/contrôle » de l'Internet réduisait l'éventail des propositions faites par le GTGI à la « fonction de forum[2] » seulement. Ainsi, le double objectif d'une telle instance de concertation aurait dû être, d'une part, la facilitation du « décloisonnement des ensembles juridiques nationaux et non nationaux[3] » par le biais d'un processus d'harmonisation spontanée et, d'autre part, le rapprochement des entités en mesure d'exercer un contrôle sur les différentes dimensions étatiques et réseautiques de l'Internet, tout en renforçant leur coopération. En effet, la mise en place de mécanismes en mesure d'« assurer, de manière ouverte, transparente et responsable, la pleine participation des gouvernements, du secteur privé, de la société civile, des milieux techniques et des utilisateurs[4] », représente la principale – et, souvent, l'unique – source de légitimité des processus gouvernantalistes qui s'articulent dans une dimension transnationale et qui ne peuvent pas s'appuyer sur des sources de légitimité « classiques[5] ».

1. Dans le même sens : V. Mayer-Schoenberger et M. Ziewitz, *ibid.* ; K. McKarthy, *Condoleezza Rice's Missive to the EU, op. cit.*

2. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet, op. cit.*, § 40-47.

3. Dans ce sens : E. Dubout et S. Touzé « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *in* E. Dubout et S. Touzé (ss. la dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, Paris, Éditions A. Pedone, 2009.

4. *Ibid*., 2. Gouvernance multiacteur.

5. Ici, la formule « légitimité classique » se réfère aux trois typologies de légitimité mises en exergue par Max Weber, qui prône la légitimité légale-rationnelle à la base de l'État moderne ; la légitimité traditionnelle ; et la légitimité charismatique. M. Weber, *Économie et société, op. cit.* Voir n° 36.

484 Dans ce sens, le juriste italien Sabino Cassese souligne que « dans l'espace juridique ultranational, les organismes supranationaux et les organismes globaux ne disposent pas d'actes solennels (Constitutions) visant à régler les rapports avec d'autres ordres[1] ». Par conséquent, en l'absence d'un législateur mondial en mesure de promulguer de tels actes, la légitimité des processus gouvernantalistes concernant l'Internet – qu'ils soient dans un but technique ou juridique – peut s'asseoir exclusivement sur la mise en place d'un processus ouvert, transparent et multi-parties prenantes, dont le but ultime est l'élaboration de solutions efficaces et respectueuses des droits de l'Homme. La mise en place d'un forum permettant la concertation multi-parties prenantes doit donc être vue non seulement comme une étape prodromique à la définition d'un mécanisme de « gouvernance en 4C » de l'Internet, mais aussi comme une condition essentielle afin de garantir la légitimité d'un tel mécanisme. Ainsi, la légitimité de tout mécanisme de gouvernance et, notamment d'un Forum mondial sur la gouvernance de l'Internet se fonde sur l'ouverture des débats à la pleine participation de toutes les parties prenantes dont le « bien-être » pourrait

être affecté, afin que ces sujets puissent exprimer leurs opinions[2]. En effet, les produits d'un forum de discussion perçu comme manquant d'ouverture seraient ignorés ou contestés par les parties intéressées se sentant exclues[3].

1. S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux : de l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *BICC*, 15 déc. 2008.

2. M. L. Mueller *et al*., "Building an Internet Governance Forum", *Internet Governance Project*, 2 févr. 2006, disponible sur *www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/igp-forum.pdf*

3. *Ibid*.

SOUS-SeCtiON 1

L'institution d'un forum multi-parties prenantes sous l'égide de l'ONU

485 Comme Konstantinos Komaitis l'a mis en exergue, la définition de la gouvernance de l'Internet élaborée par le GTGI consacre la participation multi-parties prenantes en tant que principe fondamental, en représentant une véritable « invitation ouverte[1] » adressée à toutes les parties intéressées. Ainsi, la participation du plus grand nombre de *stakeholders* par le biais d'un processus transparent et fondé sur le « plein respect et mise en œuvre de la Déclaration universelle des droits de l'homme[2] » représente une condition essentielle afin de légitimer la gouvernance de l'Internet, visant à la définition de principes, de normes et de règles partagés. La mise en œuvre d'un processus ouvert, transparent, participatif et respectueux des droits de l'Homme représente donc la principale source de légitimité de la gouvernance et de la « standardisation[3] » ayant lieu dans un espace international.

1. K. Komaitis, "Internet Governance: Why Plato Is Still Relevant", *International Journal of Communications Law and Policy*, 2009, p. 135.

2. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 1.

3. Ici, le terme « standardisation » ne se réfère pas à la standardisation ou à la normalisation technique mais, au contraire, à la standardisation juridique visant à l'élaboration de sources de droit international – pouvant être de la *soft law* ou de la *hard law* – définissant des standards communs à respecter dans des secteurs spécifiques.

486 En effet, en l'absence d'un mécanisme de gouvernance capable de produire une régulation de l'Internet fondée sur la représentation démocratique au niveau international, le recours à des processus participatifs en mesure d'associer les différents sujets intéressés se révèle instrumental afin de légitimer les solutions proposées. Une telle participation permet de mettre en œuvre le principe démocratique d'origine romaine du « *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* », à savoir « ce qui touche tout le monde doit être considéré et approuvé par tous[1] » ainsi que le droit fondamental de « prendre part à la direction des affaires publiques, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis[2] ».

Dans ce sens, Jürgen Habermas a mis en lumière que seul un système qui garantit les droits fondamentaux et permet la participation de tous ceux qui sont affectés par une décision peut être considéré comme légitime[3].

1. À ce sujet, Bernard Manin met en exergue que le principe du « *Quod omnes tangit, ab omnibus tractari et approbari debet* », connu plus généralement par son abréviation « QOT », fut formulé pour la première fois dans le *Codex* de Justinien en 531. Aussi, Manin remarque qu'à partir du XIII[e] siècle, « [l]'intervention de la volonté et du consentement des gouvernés dans la sélection des délégués conférait aux résolutions des assemblées représentatives une force obligatoire » et « les autorités qui appelaient ainsi à élire des représentants insistaient en général pour que ceux-ci soient investis de pleins pouvoirs *(plenipotentiarii)*, c'est-à-dire pour que leurs électeurs se considèrent liés par leurs décisions quelles qu'elles puissent être ». B. Manin, *Principes du gouvernement représentatif*, 1995, p. 117-118.

2. Pacte international relatif aux droits civils et politique, art. 25.a.

3. Dans ce sens : J. Habermas, *Droit et démocratie : entre faits et normes*, *op. cit.* ; A. M. Frooomkin, "*Habermas@ discourse.net*: Toward a Critical Theory of Cyberspace", *op. cit.*

487 Comme nous l'avons souligné précédemment, le but de la gouvernance – et notamment de la gouvernance de l'Internet – est l'implication d'une pluralité d'acteurs dans les processus d'élaboration des politiques et de prise de décisions, au-delà des sujets « classiquement habilités à décider dans le cadre du gouvernement représentatif[1] » en vertu de leur désignation sur la base du consentement des autres. Ainsi, dans le but de pouvoir transposer les procédures habermassiennes qui caractérisent l'élaboration des standards techniques internautiques dans des mécanismes de « modélisation régulatoire » – qui permettent à tous les *stakeholders* intéressés de participer à la formulation de propositions de standards juridiques[2] –, il est essentiel de mettre en œuvre une « fonction de forum[3] » permettant à « chacun des intéressés [d']engager le dialogue sur n'importe quelles questions relevant de la gouvernance de l'Internet[4] ».

1. L. Blondiaux et Y. Sintomer, « L'impératif délibératif », *Politix*, vol. 15, n° 57, Premier trimestre 2002, p. 18.

2. Voir n[os] 507 et s.

3. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.*, § 40-47.

4. *Ibid.*, § 45.

488 Soulignons que le Rapport du GTGI avait envisagé quatre propositions alternatives, sur la base desquelles la gouvernance de l'Internet aurait pu se structurer[1]. Le premier modèle proposé par le GTGI prévoyait la création d'un Conseil mondial de l'Internet (CMI), sous l'égide de l'ONU, dont les membres devaient être « désignés par chaque État, sur la base d'une représentation régionale adéquate[2] » tandis que les autres parties prenantes devaient avoir un rôle consultatif. Dans ce cadre, les États devaient avoir « un rôle prépondérant » et le CMI devait « faciliter la négociation de traités, conventions et accords sur les politiques publiques relatives à l'Internet[3] ». Aussi, cette proposition prévoyait que l'ICANN soit réformée et internationalisée et qu'elle rende des comptes au CMI, puisque « la relation entre le CMI et les institutions techniques et opérationnelles de l'Internet [devait] être officialisée[4] ». Le deuxième modèle suggérait le renforcement du rôle du Comité consultatif gouvernemental de l'ICANN et la création d'un forum consultatif « où toutes les questions se rapportant aux

organismes de gouvernance de l'Internet existants [pouvaient] être ouvertement débattues[5] » dans le but de « produire des analyses et formuler des recommandations sur certaines questions[6] ». Le troisième modèle augurait la création d'un Conseil International de l'Internet (CII), en dehors du système onusien, chargé des « questions de politique publique internationale relatives à la gestion des ressources Internet ainsi que de celles qui ne relèvent pas de la compétence d'autres organisations intergouvernementales existantes[7] », y compris les compétences de l'ICANN et de la fonction IANA[8]. Enfin, le dernier modèle prônait l'établissement d'un régime de gouvernance de l'Internet fondé sur trois organisations distinctes : un Conseil mondial pour les politiques Internet (CMPI), une ICANN totalement internationalisée ou *World ICANN* (WICANN) et un Forum mondial sur la gouvernance de l'Internet. Le CMPI devait avoir un caractère intergouvernemental – tout en jouissant des expertises des autres *stakeholders* qui étaient censés participer à titre consultatif – et il était « chargé des questions de politiques publiques de portée internationale liées à l'Internet et il [contribuait dans] une perspective de politique publique au processus d'élaboration de normes techniques relatives à l'Internet[9] ». La WICANN aurait été formée en réformant l'ICANN, en l'internationalisant par le biais de son insertion dans le système des Nations unies. Elle aurait également été chargée du développement du DNS « du point de vue technique comme du point de vue économique[10] ». Il est important de remarquer que cette proposition maintenait la prépondérance du secteur privé dans la structure de la WICANN et le rôle consultatif des acteurs publics dans le cadre du GAC, mais qu'elle aurait imposé à la WICANN de rendre des comptes à un comité dont les membres auraient été désignés par le CMPI[11]. Le Forum mondial aurait été « chargé de faciliter la coordination (et l'examen) des questions de politiques publiques liées à l'Internet[12] » dans le cadre d'un dialogue ouvert à la participation de toutes les parties prenantes sur un pied d'égalité.

1. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.*, p. 13-16.
2. *Ibid.*, § 52.
3. *Ibid.*, § 53.
4. *Ibid.*, § 54.
5. *Ibid.*, § 60.
6. *Ibid.*, § 59.
7. *Ibid.*, § 63.
8. *Ibid.*, § 62.
9. *Ibid.*
10. *Ibid.*, § 70.
11. *Ibid.*
12. *Ibid.*, § 71.

489 Toutefois, on se doit de remarquer que les modèles proposés par le GTGI soulignent l'impossibilité de mettre en œuvre un régime de gouvernance de l'Internet par le biais de la seule fonction de forum et suggèrent la

délinéation de mécanismes de coopération complémentaire. Dans les prochains paragraphes, nous mettrons donc en exergue l'institution du FGI dans le but d'assurer la susdite fonction de forum tout en favorisant l'émergence d'un environnement multi-parties prenantes susceptible de transposer le processus de standardisation technique dans la « standardisation juridique[1] ». Par la suite, nous mettrons en exergue l'absence de cadre institutionnel permettant à une diversité de *stakeholders* de mettre en œuvre la coopération renforcée prévue par l'Agenda de Tunis[2] et nous soulignerons l'existence de mécanismes de coopération renforcée *ad hoc*.

1. Voir n[os] 507 et s.
2. Voir n[os] 498 et s.

§ 1 – Le Forum sur la gouvernance de l'Internet

490 Suite aux deux phases du SMSI, les principes consacrés dans la Déclaration de Genève étaient considérés comme constituant « un élément essentiel d'une société de l'information à dimension humaine, inclusive, privilégiant le développement et non discriminatoire[1] », tandis que l'approche *multistakeholder* a acquis un rôle fondamental, en vertu de sa consécration par l'Agenda de Tunis.

1. ONU, « Note du secrétaire général des Nations unies concernant la poursuite des activités du Forum sur la gouvernance de l'Internet », A/65/78 – E/2010/68, § 2, disponible sur *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan039401.pdf*

491 Ainsi, dans le but de transposer ces valeurs dans un processus de gouvernance internationale de l'Internet, il était nécessaire de créer, à titre liminaire, une instance de concertation en mesure de mettre en œuvre la fonction de forum, facilitant le dialogue entre les différents *stakeholders*, tout en assurant « la liaison avec les organes intergouvernementaux et autres institutions pour les questions relevant de leur compétence qui ont trait à la gouvernance de l'Internet[1] ». La création d'une telle instance représentait donc une étape prodromique à la transposition du processus ouvert, transparent et multi-acteur typiquement adopté par les organisations de standardisation Internet dans l'élaboration des politiques publiques internationales afférentes à l'Internet. La mise en œuvre de la fonction de forum, souhaitée par le GTGI, visait à permettre la communication de l'approche westphalienne intrinsèque au système international et l'approche participative et *bottom-up*, qui caractérise la communauté technique internautique. Dans ce but, l'agenda de Tunis avait promu la création d'un FGI capable d'identifier les leviers d'action pour des politiques publiques, en agissant comme « un gisement de connaissances sur les questions relatives à la gouvernance de l'Internet[2] » ainsi que comme un catalyseur du processus de gouvernance multi-acteur internautique. Ainsi, l'Agenda de Tunis doit être considéré comme un véritable document constitutionnel du FGI, ayant explicitement conféré le mandat au « secrétaire général de l'ONU

à réunir[3], selon une approche ouverte et non exclusive, […] un nouveau forum destiné à établir entre les multiples parties prenantes un dialogue sur les politiques à suivre […] sous le nom de *Forum sur la gouvernance de l'Internet*[4] ». Ainsi, au sens de l'article 72 de l'agenda de Tunis, le FGI recevait le mandat :

« a) de traiter les questions de politique publique relatives aux principaux éléments de la gouvernance de l'Internet afin de contribuer à la viabilité, à la robustesse, à la sécurité, à la stabilité et au développement de l'Internet ;

b) de faciliter le dialogue entre les organes s'occupant de différentes politiques publiques internationales multisectorielles concernant l'Internet et de débattre de questions qui ne relèvent pas de la compétence d'un organe déjà existant ;

c) de maintenir la liaison avec les organisations intergouvernementales et d'autres institutions appropriées sur les questions relevant de leur mandat ;

d) de faciliter l'échange d'informations et de bonnes pratiques et, à cet égard, d'utiliser pleinement les compétences des communautés universitaires, scientifiques et techniques ;

e) de conseiller toutes les parties prenantes en vue de proposer les moyens qui permettront que l'Internet soit disponible et financièrement abordable plus rapidement dans le monde en développement ;

f) de renforcer et d'accroître l'engagement des parties prenantes, en particulier celui des pays en développement, dans les mécanismes de gouvernance de l'Internet existants et/ou futurs ;

g) de recenser les nouvelles questions et de les porter à l'attention des organes compétents et du public en général et, s'il y a lieu, de faire des recommandations ;

h) de contribuer au renforcement des capacités en matière de gouvernance de l'Internet dans les pays en développement, en s'appuyant pleinement sur les sources de savoir et de compétences locales ;

i) de promouvoir la prise en compte des principes du SMSI dans les mécanismes de gouvernance de l'Internet et de l'évaluer régulièrement ;

j) de traiter notamment les questions relatives aux ressources fondamentales de l'Internet ;

k) d'aider à trouver les solutions aux problèmes découlant de l'utilisation et de la mauvaise utilisation de l'Internet, qui préoccupent particulièrement l'usager ordinaire ;

l) de publier ses travaux[5] ».

1. ONU, « Note du secrétaire général des Nations unies concernant la poursuite des activités du Forum sur la gouvernance de l'Internet », *op. cit.*, § 45.

2. Secrétariat du FGI, Forum sur la gouvernance de l'Internet (FGI), Réunion inaugurale Athènes, 30 oct.-2 nov. 2006, § 1, disponible sur *http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gGAlYDuH1mgJ : www.intgovforum.org/synth/F.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr*

3. Il est intéressant de remarquer le choix de l'expression « réunir un forum » qui a été préférée à l'emploi de l'expression « organiser un forum » afin de souligner que la volonté des participants au SMSI n'allait absolument pas dans le sens de la mise en place d'une nouvelle agence onusienne.

4. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 72.

5. *Ibid*.

492 Ainsi, le FGI n'a pas été conçu pour être une entité de prise de décision, ou *decision-making body*, mais comme une plateforme visant à façonner la prise de décisions[1] dans une démarche de *decision shaping*. Ainsi, dans le but de mettre en œuvre un forum de dialogue fondé sur l'ouverture et l'auto-organisation, l'agenda de Tunis avait suggéré le recours à une structure organisationnelle « légère et décentralisée[2] » en mesure de faciliter aussi bien la concertation que la coopération multi-parties prenantes. Dans ce sens, au cours des consultations visant à pétrir le FGI, un travail minutieux de combinaison des différentes propositions cristallisa le consensus autour de la création de deux « organes » garantissant la mise en œuvre de la fonction de forum : un secrétariat[3] avec un mandat quinquennal et un Groupe consultatif multipartite ou *Multistakeholder Advisory Group* (MAG), que l'agenda de Tunis avait défini comme « un bureau efficace et économique[4] », dont la composition devait être renouvelée chaque année[5]. Ainsi, d'une part, le secrétariat doit être considéré comme la structure administrative chargée de faciliter l'organisation logistique de ce forum annuel tandis que, d'autre part, le MAG est le comité chargé de la définition du programme du FGI, en déterminant la thématique annuelle et en choisissant les propositions d'atelier à retenir.

1. Dans ce sens, le site Web du FGI affirme que le but du forum est « d'informer et d'inspirer ceux qui ont le pouvoir d'élaborer des politiques ». IGF secrétariat, "What is the Internet Governance Forum?", Background note, 2011, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/aboutigf*

2. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 73.b.

3. Le secrétariat fut établi au sein de l'Office des Nations unies à Genève (ONUG) le 2 mars 2006 et il lui fut attribué un rôle de coordination et d'assistance des travaux du MAG, et d'organisation du FGI. Afin de garantir une continuité avec le processus du SMSI et de sauvegarder le *modus operandi* multi-acteur du GTGI, Markus Kummer – à savoir, le diplomate suisse qui avait précédemment dirigé les travaux du GTGI, en tant que secrétaire – fut nommé directeur exécutif du secrétariat du FGI et il fut maintenu à cette position jusqu'à janvier 2011.

4. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 78.b.

5. Toutefois, on se doit de remarquer que la sélection des candidats au MAG est effectuée par le secrétaire général adjoint du département des Affaires économiques et sociales des Nations unies dans une totale opacité. En effet, bien que les différents candidats soient présentés suite à des processus pouvant être transparents et démocratiques, la sélection est effectuée exclusivement par le secrétaire général adjoint de façon totalement discrétionnaire.

493 Le FGI a donc été conçu dans le souci de fournir aux différentes parties prenantes la possibilité d'analyser des problématiques communes et, éventuellement, de collaborer à long terme afin de concevoir des solutions efficaces par le biais d'une approche collaborative. Ainsi, tel que le souligne Wolfgang Kleinwächter[1], la société civile considérait la création d'un tel forum comme une étape prodromique à la mise en place d'un mécanisme inclusif et *bottom-up* d'élaboration des politiques. Dans ce sens, bien que

le mandat du FGI ne lui confère pas le pouvoir de prendre des décisions contraignantes, sa structure fondée sur l'auto-organisation permet aux parties intéressées de mettre en œuvre un processus analogue à celui dont se sert la communauté technique lors de l'élaboration de la *lex informatica*, dans le but d'élaborer des « modèles régulatoires[2] ». En effet, la structure du FGI pourvoit les instruments nécessaires aussi bien à la mise en place d'une concertation *intra-stakeholder* qu'à l'organisation d'une coopération pouvant déboucher sur l'élaboration d'instruments de *soft law*. Bien que cette dernière possibilité soit étrangement sous-exploitée, dans la prochaine sous-section nous mettrons en lumière la possibilité de mettre en œuvre concrètement une telle coopération afin de modéliser des solutions régulatoires par le biais d'un effort participatif *multistakeholder*. Dans ce sens, en dépit de sa nature de forum de dialogue[3], structuré dans une « pléthore d'ateliers » ou *workshops*, le FGI permet la création de « coalitions dynamiques[4] » dont la fonction principale est l'analyse de sujets spécifiques à long terme[5] mais qui, théoriquement, peuvent être exploitées de façon analogue à des groupes de travail de l'IETF, afin de produire des modèles régulatoires. Ces modèles pourraient être « portés à l'attention des organes compétents et du public en général » ou « recommandés », comme le souligne explicitement le mandat du FGI[6].

1. W. Kleinwächter, "Multistakeholderism and the IGF: Laboratory, Clearinghouse, Watchdog". *op. cit.*, p. 82.

2. Voir n^os^ 507 et s.

3. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 67.

4. L'expression « coalitions dynamiques » fut utilisée pour la première fois par Nitin Desai, première présidente du Groupe consultatif multi-parties prenantes du FGI. Au cours du processus préparatoire du premier FGI, qui a eu lieu à Athènes en 2006, M^me^ Desai suggéra que « *one can imagine dynamic coalitions forming here and there to continue to work on recently identified issues* ». E-mail envoyé par Alejandro Pisanty à la Coalition dynamique sur la neutralité du Net le 17 avr. 2014, disponible sur *http://mailman.edri.org/pipermail/nncoalition/2014-April/000392.html*
Dans ce sens, le document préparatoire au premier FGI souligna que l'un des possibles résultats du FGI aurait pu être des « *dynamic coalitions* […] *i.e. a group of institutions or people who agree to pursue an initiative started at the inaugural IGF meeting* ». MAG, *Athens Meeting Outline*, 2006, disponible sur *www.intgovforum.org/athens_outline.htm*

5. L'existence de coalitions dynamique met donc en exergue la nécessité de considérer le FGI « comme un processus et non seulement comme un événement ». IGF secrétariat, *The Internet Governance Forum: Second Meeting, Synthesis Paper*, Rio de Janeiro, 12-15 nov. 2007, § 77.

6. L. Belli, M. van Bergen et M. Wozniak, "A Discourse Principle Approach to Network Neutrality: A Model Framework and its Application", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, *op. cit*.

494 Les ateliers et les coalitions dynamiques peuvent être vus comme des véritables « éléments structurels[1] » du FGI, dont le but est, d'une part, la mise en place d'un débat ciblé et, d'autre part, la mise en œuvre d'une analyse coopérative à long terme, pouvant favoriser non seulement la concertation mais aussi l'élaboration d'instruments de *soft law*. Dans ce sens, Jeremy Malcolm a clairement mis en exergue que les documents de *soft law*– tels que les codes, les résolutions, les déclarations, et même les modèles de lois – sont par nature non contraignants et, pour cette raison, il n'existe pas d'empêchement à l'élaboration de ces documents de la part d'un corps qui n'a pas de pouvoirs régulatoires[2]. De plus, si de tels documents sont le fruit d'une analyse méticuleuse et reflètent un large

consensus, les différentes parties prenantes auront tendance à les adopter et à les incorporer dans leurs propres pratiques et régulations[3].

1. L. Belli, "A New Arrival in the IGF Family: the Dynamic Coalition on Network Neutrality", *in* L. Belli et P. De Filippi (ss. la dir.), *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow. Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality*, *op. cit*.

2. J. Malcolm, "Lessons for the Internet Governance Forum from the IETF", *IGFWatch News*, 22 oct. 2006, disponible sur *http://igfwatch.org/discussion-board/lessons-for-the-internet-governance-forum-from-the-ietf*

3. *Ibid*.

495 Aussi, dans le but de permettre une large participation, la mise en place d'une liste de diffusion ouverte est considérée comme un élément essentiel[1] afin de pouvoir établir une coalition dynamique au sein du FGI. En effet, comme nous l'avons mis en exergue lors de l'analyse du *modus operandi* de l'IETF[2], les listes de diffusion représentent des instruments incontournables afin de permettre la coopération à distance des différents individus intéressés par un sujet donné, en engendrant des espaces collaboratifs dans le cadre desquels peut avoir lieu l'élaboration de standards qui définissent l'architecture internautique. Un tel modus operandi est susceptible d'être répliqué dans le but de produire des instruments de *soft law* puisque, comme le souligne Jeremy Malcolm, « il n'y a aucune raison (sauf politique) qui empêche l'établissement de groupes de travail de l'IGF pouvant analyser des thèmes particuliers, comme par exemple la lutte contre le spam, la protection de la vie privée et les coûts d'interconnexion[3] ».

1. Comme le souligne le site Web du FGI, la création d'une coalition dynamique est conditionnée à l'existence des éléments suivants : a) l'exposition des motivations déterminant la nécessité de créer une coalition dynamique spécifique ; b) l'élaboration d'un plan d'action ; c) la mise en place d'une liste de diffusion ; d) la définition d'un responsable ; e) le support de représentants d'au moins trois groupes de parties prenants. *www.intgovforum.org/cms/dynamiccoalitions*

2. Voir n[os] 204 et s.

3. Traduction libre de « *there is no reason (except political) why Working Groups of the IGF could not also be established to focus on particular issue areas, such as for example spam, privacy and interconnection costs* ». J. Malcolm, « Lessons for the Internet Governance Forum from the IETF », *op. cit.*

496 Dans ce sens, on se doit de souligner que les coalitions dynamiques du FGI permettent aux participants d'interagir et de coopérer de façon totalement auto-organisée. Aussi, une telle auto-organisation n'a pas de limite officielle et, pour cette raison, l'élaboration d'outils de *soft law* par le biais des listes de diffusion – telle que dans le cadre de l'IETF – est compatible avec les attributions potentielles de ces éléments structurels. En effet, l'organisation d'une hétérogénéité de parties intéressées à un sujet spécifique dans des coalitions dynamiques permet la mise en place de groupes de travail qui, grâce aux expertises des participants, sont susceptibles de considérer l'intégralité du spectre des « effets externes » – positifs et négatifs – que la régulation d'une composante particulière de l'écosystème internautique peut déterminer par rapport aux autres composantes. Le processus participatif qui a lieu au sein de ces coalitions a donc la capacité de reproduire le processus de l'IETF dans le domaine régulatoire, en pétrissant de véritables « modèles de lois[1] ». Ainsi, tout comme les standards informatiques, les

modèles régulatoires ne seront pas obligatoires, mais pourront être adoptés en vertu de leur efficacité tandis que leur légitimité découlera directement du processus habermassien par le biais duquel ils ont été conçus, c'est-à-dire sur la base des principes d'ouverture, d'inclusivité, de transparence et de la participation multi-parties prenantes, structurée selon un modèle auto-organisationnel « de-bas-en-haut » ou *bottom-up*.

1. Dans ce sens : L. Belli, M. van Bergen et M. Wozniak, *A discourse principle approach to network Neutrality: A model framework and its application, op. cit.* J. Malcolm, *ibid.* ; *id., The Sovereign Right of States: Why Multi-Stakeholder Policy Development is Possible and Necessary*, présenté au premier GigaNet Annual Symposium, Athènes, 29 oct. 2006.

497 Enfin, on se doit de souligner que la coopération *intra-stakeholder* n'est pas totalement déléguée à l'initiative des parties prenantes, puisque l'agenda de Tunis mentionne explicitement le besoin d'« accroître la coopération internationale, sur une base volontaire, en matière de renforcement des capacités dans des domaines se rapportant à la gouvernance de l'Internet[1] » dans le but de faciliter la mise en œuvre d'un système multi-acteur et multi-niveau, fondé sur le principe de subsidiarité. Dans le paragraphe qui suit, nous explorerons donc le développement inachevé d'une telle « coopération renforcée » dont la formalisation dans un cadre institutionnel international a été vouée à l'échec, jusqu'à présent bien qu'elle se soit développée *de facto*.

1. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 51.

§ 2 – Une coopération renforcée *de facto*

498 Comme nous l'avons souligné, lorsque l'Internet n'avait pas encore connu son actuelle expansion, la communauté internautique était essentiellement autoréglée sur la base d'une sorte de « contrat social internautique[1] » ne nécessitant pas l'intervention d'intermédiaires publics ou privés afin d'être respecté. Toutefois, l'énorme expansion du réseau Internet a déterminé une remarquable complexification de la « communauté internautique », stimulant le besoin de régulation en mesure d'encadrer de façon effective les différents cyberespaces composant l'Internet. Dans une telle perspective, dès la troisième réunion préparatoire de la phase tunisienne du SMSI – connue sous le nom de « *PrepCom 3* » – l'Union européenne avait proposé des « rajustements concernant l'organisation institutionnelle de la gouvernance de l'Internet[2] » en souhaitant la mise en place d'un « nouveau modèle de coopération internationale[3] » qui aurait pu permettre l'élaboration conjointe de politiques publiques internationales[4] et l'établissement de principes communs. Cette proposition a été subséquemment entérinée par l'Agenda de Tunis, qui a reconnu la « nécessité à l'avenir de renforcer la coopération afin de permettre aux gouvernements de s'acquitter, sur un pied d'égalité, de leurs rôles et responsabilités en ce qui concerne les questions de politiques publiques internationales concernant l'Internet[5] ».

Ainsi, le double objectif de la coopération renforcée est, d'une part, de « permettre aux gouvernements de s'acquitter de leurs rôles et responsabilités[6] » et, d'autre part, de promouvoir « l'élaboration de principes applicables à l'échelle mondiale aux questions de politiques publiques ainsi que la coordination et la gestion des ressources fondamentales de l'Internet[7] ».

1. Voir n^{os} 176 et s.

2. European Union (UK), *Proposal for addition to Chair's paper Sub-Com A Internet Governance on Paragraph 5 "Follow-up and Possible Arrangements"*, *op. cit*.

3. *Ibid*.

4. La liste des questions d'intérêt public qui auraient dû faire l'objet de l'élaboration de politiques publiques internationales fut mise en lumière par le GTGI. GTGI, *Rapport du GTGI*, *op. cit.*, § 13.

5. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 69.

6. *Ibid*., § 69.

7. *Ibid*., § 70.

499 Aussi, la mise en avant de la « nécessité » d'intensification de la coopération, sans spécifier qu'une telle coopération devrait être réservée exclusivement aux pouvoirs publics, peut donc être vue comme un « compromis important[1] » entre une conception intergouvernementale de gouvernance de l'Internet et le « nouveau paradigme politique[2] », guidé par l'action des entités non gouvernementales, dont le modèle icannien est l'exemple le plus accompli. La coopération renforcée était donc censée permettre la création d'un « cadre ou des mécanismes adaptés[3] » favorisant l'évolution de la gouvernance internautique sur la base d'un rapport de subsidiarité entre les différents acteurs impliqués dans un « processus transparent, démocratique et multilatéral[4] ». Toutefois, bien que l'agenda de Tunis ait explicitement affirmé que le secrétaire général de l'ONU aurait dû entamer le « processus tendant à renforcer la coopération […] en faisant appel à toutes les organisations compétentes [avant] la fin du premier trimestre de 2006 », on se doit de noter que, jusqu'à présent, la coopération renforcée reste dépourvue d'un quelconque cadre. Ainsi, dans le souci de combler cette lacune, le président de la Commission des Nations unies sur la science et la technologie au service du développement (CSTD) a mis en place un groupe de travail sur la coopération renforcée, visant à rechercher, compiler et examiner les contributions de tous les États membres et toutes les autres parties prenantes, et à formuler des recommandations au sujet de comment mettre pleinement en œuvre le mandat du SMSI en ce qui concerne la coopération renforcée[5].

1. Dans ce sens : *CTS/FGV Preliminary Responses to the Questionnaire of the CSTD Working Group on Enhanced Cooperation*, disponible sur *http://observatoriodainternet.br/cooperacao-aprimorada*

2. Dans ce sens, B. La Chapelle, "Multistakeholder Governance: Principles and Challenges of an Innovative Political Paradigm", *in* W. Klainwächter (ss. la dir.), *MIND 2. Internet Policy Making*, Berlin, 2011.

3. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 61.

4. *Ibid*.

5. Working Group on Enhanced Cooperation, *Note on Composition and Guidelines*, February 13, 2013, disponible sur *http://unctad.org/Sections/un_cstd/docs/cstd2013d02_Composition.pdf*

500 Cependant, on se doit de remarquer que, nonobstant l'absence de cadre institutionnel, la coopération renforcée a lieu *de facto* au sein des instances internationales existantes[1] ainsi que dans le cadre d'initiative *ad hoc*, afin de réaliser les objectifs communs d'un ensemble de parties prenantes. Notamment, une telle coopération renforcée se concrétise en ce qui concerne :

– les mécanismes de coordination tels que le Groupe des Huit (G8) ou le trilatéral IBSA[2] (Inde, Brésil et Afrique du Sud) ;
– les initiatives stimulées par des organisations internationales, telles que les différentes agences onusiennes, l'OCDE, le Conseil de l'Europe, l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et l'organisation de coopération de Shanghai[3] ;
– les partenariats intergouvernementaux *ad hoc*, visant à l'harmonisation de la législation concernant des domaines spécifiques comme, par exemple, l'élaboration (échouée) de l'Accord commercial anti-contrefaçon, généralement connu sous son acronyme anglophone « ACTA » ;
– les partenariats interorganisationnels tels que l'accord de coopération UNESCO-ICANN pour la promotion de la diversité linguistique sur Internet ;
– les initiatives multi-parties prenantes *ad hoc*, telles que la conférence *NETmundial* ou le processus d'élaboration d'un modèle de cadre sur la neutralité du réseau.

La coopération renforcée doit donc être considérée comme un processus visant à accroître et à consolider les synergies entre les différentes parties prenantes dans le but de concrétiser des initiatives communes pouvant impliquer la régulation de secteurs spécifiques de l'Internet.

1. Pour une représentation exhaustive des différentes instances dans le cadre desquelles la coopération renforcée a lieu ainsi que leurs rôles, N. Bollow, "Public Interest Representation in the Information Society", *in* J. Malcolm (ss. la dir.), *Consumers in the Information Society: Access, Fairness and Representation*, 2012, p. 181-214 ; *id*., *Key Internet Governance Fora*, 2012, disponible sur *http://idgovmap.org/map/inst_category/key*

2. Notamment, on se doit de rappeler la proposition du trilatéral IBSA recommandant l'institution d'un « organisme approprié dans le cadre du système des Nations unies afin de coordonner et permettre une évolution cohérente globale intégrée des politiques publiques relatives à l'Internet ». IBSA, *Multistakeholder meeting on Global Internet Governance*, Rio de Janeiro, 1e-2 sept. 2011, disponible sur *www.culturalivre.org.br/artigos/IBSA_recommendations_Internet_Governance.pdf* Cette proposition visait explicitement à la mise en œuvre d'un mécanisme onusien de coopération renforcée et fut présentée par le gouvernement indien lors de la 66e session de l'Assemblée générale des Nations unies, tout en affirmant qu'il est « *urgent and imperative that a multilateral, democratic participative and transparent global policy-making mechanism be urgently instituted, as mandated by the Tunis Agenda under the process of "Enhanced Co-operation", to enable coherent and integrated global policy-making on all aspects of global Internet governance* ». D. Singh, *Statement by Mr. Dushyant Singh, Member of Parliament, on Agenda Item 16 – Information and Communication Technologies for Development, at the 66th Session of the United Nations General Assembly on October 26, 2011*, disponible sur *www.un.int/india/2011/ind1945.pdf*

3. Il est intéressant de remarquer qu'en septembre 2011 quatre membres de l'organisation de coopération de Shanghai – à savoir la Chine, la Russie, le Tadjikistan et l'Ouzbékistan – ont proposé un code de bonne conduite sur la sécurité de l'information lors de la 66e Assemblée générale des Nations unies, en exhortant les membres de l'ONU à « *cooperate in combating criminal and terrorist activities that use information and communications technologies, including networks, and in curbing the dissemination of information that incites terrorism, secessionism, or extremism, or that undermines other countries' political, economic, and social stability, as well as their spiritual and cultural environment* ». UNGA, *Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations Addressed to the Secretary-General*, Item 93, Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, 14 sept. 2011, disponible sur *www.rusemb.org.uk/data/doc/internationalcodeeng.pdf*

Aussi, dans ce sens : *An International Code of Conduct for Information Security – China's Perspective on Building a Peaceful, Secure, Open and Cooperative Cyberspace*, 10 févr. 2014, Genève, disponible sur *www.unidir.ch/files/conferences/pdfs/a-cyber-code-of-conduct-the-best-vehicle-for-progress-en-1-963.pdf*

501 En ce sens, par exemple, force est de souligner que le conseil de l'UIT a explicitement considéré « la sécurité, la sûreté, la continuité, la durabilité et la solidité de l'Internet[1] » comme des questions de politiques publiques qui relèvent de son mandat[2] et qui devraient donc être développées au sein de son cadre institutionnel qui, comme nous l'avons évoqué[3], est ouvert à la participation de *stakeholders* non étatiques. Aussi, suite à la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales de 2012, l'UIT a donné naissance à une forme particulière de coopération renforcée ayant lieu entre les 89 membres signataires de la version mise à jour du Règlement des télécommunications internationales[4]. Ainsi, actuellement 89 membres de l'UIT sont « liés[5] » par la version du règlement administratif sur les télécommunications issu de la conférence de 2012 tandis que les autres demeurent liés à la version de 1988.

1. Cons. UIT, *Rôle du groupe spécialisé dans l'identification des questions de politiques publiques relatives à l'Internet*, Résolution 1305, 2009.

2. *Ibid*. Aussi, dans ces sens : UIT, « Renforcement du rôle de l'UIT dans l'instauration de la confiance et de la sécurité dans l'utilisation des technologies de l'information et de la communication », *Actes finaux de la Conférence des Plénipotentiaires*, Résolution 130, Guadalajara, 2010, p. 273.

3. Voir n° 140.

4. Cette résolution fut proposée par la République islamique d'Iran, lors de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales, organisée sous l'égide de l'UIT, en décembre 2012. UIT, « Résolution plénière n° 3, Promouvoir un environnement propice à la croissance accrue de l'Internet », *Actes finaux de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales*, Dubaï, 2012, p. 20, disponible sur *www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12-fr.pdf*

5. Dans ce sens : Constitution de l'Union Internationale des télécommunications, art. 6.

502 En outre, en dehors du régime juridique différent encadrant les 89 signataires, la Résolution n° 3 « Promouvoir un environnement propice à la croissance accrue de l'Internet » a demandé au secrétaire général de l'UIT de « prendre les mesures nécessaires pour que l'UIT joue un rôle actif et constructif dans le développement du […] modèle multi-parties prenantes de l'Internet, comme indiqué au paragraphe 35 de l'agenda de Tunis[1] ». Ce dernier souligne qu'« en ce qui concerne les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet, le pouvoir décisionnel relève de la souveraineté nationale des États ». Dans ce sens, on se doit de remarquer que, bien que ni les résolutions ni les recommandations de l'UIT puissent être catégorisées comme des actes contraignants, elles sont « presque toujours suivies, car elles sont considérées comme le reflet de la sagesse de la communauté internationale (composée en partie du secteur public et en partie du secteur privé) qui les a adoptées[2] ». Ainsi, l'adoption de la Résolution n° 3 donne lieu à une forme particulière de « coopération renforcée » visant à déléguer à l'UIT la

compétence de développer un modèle multi-parties prenantes ayant une claire traction intergouvernementale.

1. UIT, « Résolution plénière nº 3. Promouvoir un environnement propice à la croissance accrue de l'Internet », *op. cit.*

2. Dans ce sens : F. Dehousse et T. Zgajewski, « De l'UIT à l'OMC : les mutations de droit international des télécommunications », *op. cit.*, p. 279.

503 Parallèlement, l'organisation de la conférence *NETmundial* met en lumière la possibilité d'exploiter une coopération renforcée essentiellement multi-parties prenantes dans le but d'élaborer des principes universels et une feuille de route permettant l'aboutissement à un cadre institutionnel *multistakeholder* de gouvernance de l'Internet. Comme nous l'avons souligné précédemment, la conférence *NETmundial* a été initiée par la Présidente du Brésil, Mme Dilma Rousseff, et le président de l'ICANN, M. Fadi Chehadé, qui ont subséquemment bénéficié du support de douze États en tant que cohôtes[1]. On se doit de remarquer que cette coopération renforcée à l'initiative brésilo-icannienne a été déclenchée par les révélations concernant les programmes de surveillance globale mise en œuvre par la NSA, suivies par une sévère condamnation de la part de Mme Rousseff[2] et par l'exhortation à la mondialisation de l'ICANN et des fonctions IANA de la part du groupe I*[3], dans le but de restaurer la confiance dans l'Internet[4].

1. Notamment, les États jouant un rôle de cohôte furent l'Argentine, le Brésil, la France, le Ghana, l'Allemagne, l'Inde, l'Indonésie, l'Afrique du Sud, la Corée du Sud, la Tunisie, la Turquie et les États-Unis d'Amérique. Voir le site Web officiel de la conférence *NETmundial*, disponible sur *http://NETmundial.br/hlmc/*

2. UN, *Statement by H.E. Dilma Roussef, President of the Federative Republic of Brazil, at the Opening of the General Debate of the 68th Session of the United Nations General Assembly*, *op. cit.*

3. Comme nous l'avons souligné précédemment, le terme « groupe I* » se réfère au regroupement périodique de l'ISOC, l'IAB, l'IETF, le W3C, l'ICANN et des Registres Internet régionaux. IAB, *Montevideo Statement on the Future of Internet Cooperation*, *op. cit.*

4. Dans ce sens, Mathieu Weill a souligné que « l'affaire Snowden a fait perdre toute légitimité morale aux États-Unis qui, jusqu'alors, se présentaient comme les défenseurs des libertés […]. L'affaire Snowden est l'électrochoc qui permet de comprendre que le *statu quo* n'est pas tenable ». C. Morin-Désailly, *Rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet »*, enregistré à la présidence du Sénat le 8 juill. 2014, p. 132.

504 La coopération multi-parties prenantes mise en œuvre par le *NETmundial* s'est fondée sur la participation d'un ample spectre de parties prenantes[1] et a été orchestrée par un comité multi-parties prenantes de haut niveau ou *High Level Multistakeholder Committe* au sein duquel siégeaient les douze États cohôtes côtoyés par trois représentants pour chaque groupe de parties prenantes non gouvernementales – à savoir, la société civile, le secteur privé, la communauté technique et la communauté académique – et par les représentants de l'UIT, du département des Affaires économiques et sociales des Nations unies[2] et de la Commission européenne[3]. Notamment, l'exploitation d'une telle coopération renforcée dans le but d'élaborer des principes et une feuille de route pour la gouvernance mondiale de l'Internet mérite d'être soulignée puisqu'elle représente une considérable évolution par rapport au cadre « statique » délinéé par l'agenda de Tunis, au

sens duquel « les questions d'intérêt général qui se rapportent à l'Internet [relèvent] de la souveraineté nationale des États, lesquels ont des droits et des responsabilités en la matière[4] ».

1. Notamment, force est de souligner que la déclaration issue de la conférence *NETmundial* a été élaborée sur la base de 183 contributions, envoyées par un large éventail de *stakeholders*. *NETmundial Multistakeholder Statement, op. cit.*

2. Force est de rappeler que le FGI est rattaché à ce département onusien.

3. Voir le site Web officiel de la conférence *NETmundial*, *op. cit.*

4. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 35.a.

505 Ainsi, force est de remarquer que la déclaration multi-parties prenantes issue du *NETmundial* pose les bases d'une évolution de la gouvernance de l'Internet, en raison aussi bien de son contenu que du processus par le truchement duquel un tel contenu a été délinéé. D'une part, l'Internet est explicitement considéré comme une « ressource mondiale qui doit être gérée dans l'intérêt public[1] », et les droits de l'Homme sont considérés comme le fondement de tout type de principe concernant la gouvernance de l'Internet. D'autre part, la déclaration même ayant été développée sur la base d'un processus participatif et consensuel[2], elle prône la mise en place de mécanismes gouvernantalistes ouverts, transparents et démocratiques, en mesure d'assurer la participation significative de toutes les parties prenantes à la prise de décisions sur la base du consensus. Aussi, il est essentiel de souligner que la déclaration issue du *NETmundial* prône explicitement la mise en place de *checks and balances* indépendants et la possibilité de réexaminer des décisions, dans le souci de garantir la responsabilité des parties impliquées dans les différents mécanismes gouvernantalistes[3].

1. *NETmundial Multistakeholder Statement, op. cit.*

2. Dans ce sens, le préambule de la déclaration issue du *NETmundial* met en exergue que ce document est le « *non-binding outcome of a bottom-up, open, and participatory process involving thousands of people from governments, private sector, civil society, technical community, and academia from around the world. The NETmundial conference was the first of its kind. It hopefully contributes to the evolution of the Internet governance ecosystem* ». *NETmundial Multistakeholder Statement, ibid.*

3. *Ibid.*

506 Force est de remarquer que l'effet collatéral de la coopération renforcée *multistakeholder*, prônée par le *NETmundial*, est d'avoir soustrait la définition du « modèle multi-parties prenantes de l'Internet[1] » au processus intergouvernemental de l'UIT. En effet, l'organisation du *NETmundial* en avril 2014 a fait en sorte que la définition des principes spécifiant le « modèle multi-parties prenantes » ne soit pas dirigée par l'UIT lors de la conférence plénipotentiaire d'octobre 2014[2], en raison de la Résolution n° 3 adoptée lors de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales de 2012. Aussi, le mécanisme mis en place par le *NETmundial*, donnant lieu à l'élaboration d'un document non contraignant – c'est-à-dire pouvant être volontairement adopté et mis en œuvre – sur la base d'un processus participatif et consensuel, vise indubitablement à transposer le processus de standardisation Internet dans l'élaboration de politiques

publiques internationales. Comme nous l'avons souligné au sujet de la gouvernance du DNS, le *modus operandi* des organisations de standardisation technique peut être transposé dans le contexte de la standardisation juridique et, notamment, afin de façonner les *policies* qui règlent le marché des noms de domaine. Comme nous le mettrons en exergue au cours de la prochaine sous-section, la transposition du processus de standardisation technique dans la « modélisation régulatoire » est possible bien qu'actuellement, celui-ci ne dispose pas d'un cadre institutionnel. Toutefois, la mise en œuvre d'une coopération renforcée *ad hoc* permet non seulement l'élaboration de modèles régulatoires non contraignants mais offre aussi la possibilité d'insérer de tels modèles dans le processus de « standardisation » ayant lieu au sein d'organisations intergouvernementales[3].

1. UIT, « Résolution plénière n° 3, Promouvoir un environnement propice à la croissance accrue de l'Internet », *op. cit.*

2. UIT, *Conférence de plénipotentiaires de l'UIT de 2014*, 20 oct.-7 nov. 2014, Busan (République de Corée), disponible sur *www.itu.int/fr/plenipotentiary/2014/Pages/default.aspx*

3. Voir n^{os} 524 et s.

SOUS-SeCtiON **2**

La modélisation régulatoire

507 Comme nous l'avons examiné, l'environnement internautique est caractérisé par l'hétérogénéité des réseaux électroniques et des systèmes juridiques qui le composent. Une telle hétérogénéité suggère l'intérêt d'instruments normatifs en mesure d'être adoptés volontairement par les régulateurs nationaux ou d'être adaptés aux caractéristiques spécifiques des différents systèmes en prônant leur compatibilité et leur interopérabilité. Ainsi, tout comme le domaine environnemental[1], le domaine internautique met en contact les dimensions régulatoires nationales et internationales en favorisant la « communicabilité » d'une pluralité d'« ensembles juridiques[2] » qui peuvent bénéficier d'instruments régulatoires, pouvant avoir une nature technique ou juridique.

1. Dans ce sens : P. R. Portney et R. N. Stavins, *Public Policies for Environmental Protection*, 2000 ; J. B. Wiener, "Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context", *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999.

2. Dans ce sens, Mireille Delmas-Marty met en exergue que « la clôture des systèmes de droit est devenue illusoire à l'heure où la mondialisation multiplie les interdépendances ». M. Delmas-Marty, *Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques*, 2006, p. 1, disponible sur *www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf*

508 La définition d'un cadre conceptuel commun devient donc nécessaire afin de permettre la communication et l'interopérabilité des différentes composantes de l'écosystème internautique, ainsi que pour favoriser la compatibilité des différents systèmes juridiques par le biais de l'harmonisation multilatérale, de l'imposition unilatérale ou de la diffusion transnationale[1]. Dans ce but, la standardisation se révèle instrumentale afin

de favoriser l'interaction et la connectivité entre différents « systèmes » qui peuvent être des régimes internationaux, des ordres juridiques nationaux, des marchés, ou encore les différents systèmes autonomes composant l'Internet. En effet, dans un cadre multi-acteur et multidimensionnel, la standardisation présente l'intérêt de fournir un outil de régulation commun – tant technique que juridique – en mesure d'encadrer une problématique partagée de façon cohérente et, théoriquement, efficace. Ainsi, la standardisation technique permet la définition de spécifications techniques communes afin de garantir l'interopérabilité des différentes composantes qui forment l'environnement internautique, tandis que la standardisation juridique – ayant lieu au sein d'enceintes internationales – vise à la compatibilité et, dans une certaine mesure, à l'« interopérabilité »[2] de différents systèmes juridiques, en définissant un niveau de protection commun ou standard. Un tel effort d'interopérabilité juridique a été confié jusqu'à présent à l'harmonisation multilatérale[3]. Toutefois, comme nous le mettrons en exergue au cours de cette sous-section, dans le cadre de la gouvernance de l'Internet, la standardisation juridique ne doit pas être limitée aux initiatives intergouvernementales. Bien au contraire, elle doit s'inspirer de la standardisation technique dans le but de mettre en œuvre un processus de « modélisation » d'instruments régulatoires par le biais d'une approche participative, transparente et multi-parties prenantes.

1. Voir n[os] 73 et s.
Aussi, dans ce sens : H. Jörgens, *Governance by Diffusion. Implementing Global Norms Through Cross-National Imitation and Learning*, *op. cit*.

2. Dans ce sens : R. Weber, *Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation*, *op. cit.*

3. Dans ce sens, par exemple, la convention sur la cybercriminalité élaborée au sein du Conseil de l'Europe vise « à harmoniser les éléments des infractions ayant trait au droit pénal matériel national et les dispositions connexes en matière de cybercriminalité ; à fournir au droit pénal procédural national les pouvoirs nécessaires à l'instruction et à la poursuite d'infractions de ce type ainsi que d'autres infractions commises au moyen d'un système informatique ou dans le cadre desquelles des preuves existent sous forme électronique ; et à mettre en place un régime rapide et efficace de coopération internationale ». Cons. Europe, *Convention sur la cybercriminalité. Rapport explicatif*, 2001, disponible sur *http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm*

509 On se doit de remarquer que, dès les années 1960, la diffusion de la standardisation internationale a représenté un véritable vecteur d'harmonisation du droit. D'une part, la globalisation a stimulé la standardisation internationale afférent à la protection des droits de l'homme et de l'État de droit, par le biais d'une pluralité de « conventions et mécanismes de sanction, de contrôle, de simple vigilance… qui se sont développés tant sur le plan mondial que sur le plan européen[1] ». D'autre part, la standardisation s'est fort répandue dans les domaines techniques ainsi que dans le champ environnemental ou de la consommation[2], en devenant un élément essentiel afin de permettre l'ouverture de marchés globaux et l'encadrement de problématiques naturellement transfrontalières.

1. J.-B. Auby, « La bataille de San Romano, réflexions sur les évolutions récentes du droit administratif », *AJDA*, 2001, p. 915.

2. Dans ce sens, par exemple : M. Delmas-Marty, *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994 ; M. Shapiro, "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, *op. cit.*

510 En droit interne, la notion de « standards juridiques » trouve ses origines dans la pensée de Nathan Roscoe Pound[1], doyen de l'*Harvard School of Law*, qui lors d'un congrès de l'*American Bar Association* en 1919 développa la thèse selon laquelle les juristes disposent de quatre catégories d'instruments juridiques : les règles impératives, définies par le législateur et les tribunaux ; les principes, comportant à la fois des applications et des exceptions ; les concepts, consistant en des notions générales ; et les standards, tels que le bon père de famille (ou *bonus pater familias*), consistant en des « observations empiriques » de ce qui se passe normalement dans la société[2]. Dans une telle perspective, il est possible d'arguer que la fonction ultime du standard semble être de permettre « une adaptation permanente du droit à une vie sociale changeante[3] ». Ainsi, tout comme les standards techniques constituent l'interface qui permet à une technologie spécifique d'être interopérable et d'adapter son champ d'application à une pluralité de contextes et d'environnements ayant des caractéristiques hétéroclites, les standards juridiques peuvent être considérés comme l'interface qui consent à la règle de droit de devenir interopérable en lui permettant de s'adapter à une multiplicité de contextes et de situations juridiques spécifiques.

1. R. Bousta, *Essai sur la notion de bonne administration en droit public*, L'Harmattan, Paris, 2010, p. 288.

2. A. Tunc, « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n° 2, avr.-juin 1970, p. 248.

3. *Ibid.*, p. 249.

511 Comme nous l'avons souligné dans la première section de cet ouvrage, les standards techniques constituent des « spécifications techniques accessibles à tous les intéressés[1] », définissant un niveau commun de sécurité, de performance, de qualité et des conditions d'interopérabilité[2], sur la base d'un raisonnement privilégiant la rationalité, ou « *imperio rationis* », dont l'unique but devrait être l'efficacité[3]. D'autre part, on se doit de remarquer que la formule « standard juridique » consacre un niveau de protection minimal dans un domaine spécifique. Cependant, bien qu'au niveau international cette formule soit utilisée pour définir un instrument normatif ayant une application « multi-juridictionnelle », au niveau national elle déploie sa multiplicité en « normalisant » une pluralité de situations hétérogènes par le biais de critères communs. Ainsi, au niveau international, les standards représentent une base juridique commune, établissant des principes ou fournissant un « modèle » d'instrument régulatoire qui cristallise le consensus de toutes les parties impliquées et qui sera transposé dans les systèmes juridiques nationaux. Dans ce sens, ces derniers s'harmoniseront en atteignant un niveau de régulation considéré comme « normal » dans des domaines spécifiques, tels que la protection des droits de l'homme, la protection des conditions de travail, la lutte contre la cybercriminalité, etc. En revanche, au niveau national, les standards juridiques définissent des objectifs de qualité, d'efficacité et

de performance jugés « souhaitables pour des catégories d'usagers ou à l'égard de situations délicates qui impliquent de nombreux acteurs[4] » et qui sont susceptibles d'être consacrés dans des lois, règlements, chartes, codes et déclarations[5].

1. P. Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *op. cit.*, p. 255.

2. Dans ce sens : F. Massit-Folléa, "Standards Agrements and Normative Collisions in Internet Governance", *in* F. Massit-Folléa, C. Méadel et L. Monnoyer-Smith (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, 2012, p. 70.

3. Voir n^{os} 150 et s.

4. D. Mockle, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les cahiers de droit*, vol. 43, n^{o} 2, 2002, p. 172.

5. *Ibid.*

512 Toutefois, il est évident que la légitimité des standards – qu'ils soient développés au niveau international ou national – ne peut dériver que d'un processus d'élaboration transparent, ouvert, garantissant la diversité des parties impliquées ainsi que leur responsabilité. Ainsi, on se doit de souligner qu'un tel cadre procédural est précisément délinéé par la norme ISO 26000, définissant des lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale[1], laquelle « révèle une nouvelle forme d'éthique de la normalisation, une "métanorme" en quelque sorte, par une formalisation et une structuration des pratiques coutumières internationales en matière de responsabilité sociétale et un ordonnancement matriciel, fondé sur les droits de l'Homme[2] ». En effet, ces lignes directrices sont applicables à l'élaboration de politiques publiques « par tout type d'organisation, quelle que soit leur taille ou leur localisation[3] », et se fondent sur sept principes de la responsabilité sociétale : la redevabilité, la transparence, le comportement éthique, la reconnaissance des intérêts des parties prenantes[4], le respect du principe de légalité, la prise en compte des normes internationales de comportement[5] et le respect des droits de l'Homme[6].

1. ISO, *ISO/FDIS 26000 : 2010, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale.*

2. I. Cadet, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *Revue internationale de droit économique*, 2010/4, t. 24, p. 403.

3. ISO, *ISO/FDIS 26000 : 2010, op. cit.*, art. 1.

4. On se doit de remarquer que la notion de « partie prenante » est considérée dans une acception très large par la norme ISO 26000, qui la définit comme les « individus ou groupes ayant un intérêt dans les décisions ou activités d'une organisation ». ISO, *ISO/FDIS 26000 : 2010, op. cit.*, art. 2.20.

5. Comme le souligne Pierre Mazeau, au sens de la norme ISO 26000, la gouvernance doit « être garante d'un comportement éthique dans l'ensemble de ses relations ». La notion la plus novatrice de la norme est sans doute celle des "normes internationales de comportement" qui "traduisent les attentes vis-à-vis du comportement d'une organisation en matière de responsabilité sociétale, procédant du droit coutumier international, de principes du droit international généralement acceptés ou d'accords intergouvernementaux universellement ou quasi universellement reconnus". Cette notion joue le rôle d'une "corde de rappel". On en donnera pour preuve le paragraphe (qui a emporté l'adhésion de la Chine) qui reconnaît des différences, mais ne permet pas pour autant à l'organisation de s'exonérer de ses responsabilités, un paragraphe rédigé en ces termes : "il est recommandé que l'organisation prenne en considération les différences sociétales, environnementales, juridiques, culturelles, politiques et la diversité des organisations, ainsi que les différences de conditions économiques, en toute cohérence avec les normes internationales de comportement" ». P. Mazeau, « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation », *Responsabilité et environnement*, n^{o} 67, juill. 2012.

6. ISO, « Principes de la responsabilité sociétale », *ISO/FDIS 26000 : 2010, op. cit.*, art. 4, p. 12-16.

513 Les lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale définies par la norme ISO 26000 invitent donc un ample éventail de « parties prenantes » à collaborer au développement de politiques publiques de façon durable, dans le cadre d'une concertation avec les pouvoirs publics, qui doit se dérouler sur la base des principes susmentionnés. Force est donc de souligner que rien n'empêche l'application du modèle de gouvernance proposé par la norme ISO 26000 à l'élaboration des politiques publiques concernant l'environnement internautique, afin de promouvoir la durabilité de l'écosystème Internet, en sollicitant la participation de toutes les formes d'organisations qui opèrent dans la société, qu'elles soient publiques ou privées[1]. Cette norme peut donc être exploitée dans le but de définir un mécanisme en mesure de concevoir une régulation souple et évolutive – notamment, des modèles régulatoires catégorisables comme de la *soft law* – par le biais d'un processus participatif en cohérence avec les sources de droit existantes. En ce sens, l'élaboration d'instruments de droit mou sur la base des principes délinéés par la norme ISO 26000 est donc tout à fait compatible avec le modèle habermassien qui caractérise la standardisation Internet.

1. Dans ce sens : I. Cadet, « La norme ISO 26000 relative à la responsabilité sociétale : une nouvelle source d'usages internationaux », *op. cit.*, p. 408.

514 Comme nous le suggérerons dans le paragraphe qui suit, l'élaboration d'outils de *soft law* tels que des « modèles régulatoires » visant à encadrer des composantes spécifiques de l'environnement internautique peut avoir lieu dans le cadre de groupes de travail ouverts. Dans ce sens, force est de remarquer que l'efficacité de la régulation internautique ainsi que l'extensibilité des solutions régulatoires aux différentes dimensions territoriales et réseautiques qui composent l'Internet dépendent de « la participation de toutes les parties prenantes intéressées[1] » à une gouvernance multi-acteurs. En effet, une telle gouvernance permet la mise en œuvre d'une concertation préliminaire nécessaire afin d'évaluer l'« impact réel ou potentiel sur les droits de l'Homme[2] » ainsi que la génération d'éventuelles externalités – tant positives que négatives – de la part des instruments régulatoires proposés. Ainsi, comme nous l'avons mis en exergue lors de l'analyse de l'IETF[3], le processus de standardisation Internet favorise la participation de tout individu intéressé à l'élaboration des « *Internet Drafts*[4] » et impose la nécessité de tester « son bon fonctionnement et sa bonne interopérabilité[5] » afin de prendre en considération l'impact de ces instruments sur les différentes composantes techniques pouvant être affectées par son adoption. La reproduction d'un tel processus – dont l'objectif principal est « l'excellence technique[6] » – dans l'élaboration de modèles régulatoires de nature juridique vise donc à faire en sorte que les modèles envisagés soient efficaces, durables et évolutifs, et que ces qualités stimulent leur adoption volontaire de la part des législateurs, des régulateurs nationaux, ou encore des « souverains marchands[7] ».

1. OCDE, *Communiqué sur les principes applicables à la politique de l'Internet. Réunion à haut niveau sur l'économie Internet*, *op. cit.*, p. 3.

2. ISO, « Droits de l'Homme – Domaine d'action 1 : Devoir de vigilance », *ISO/FDIS 26000 : 2010, op. cit.*, art. 6.3.3, p. 30. Une telle évaluation d'impact semble essentielle dans une pluralité de domaines régulatoires concernant les usages de réseaux électroniques composant l'Internet. Dans le contexte de la surveillance des communications électroniques, par exemple, force est de remarquer que «[s]i la surveillance des communications a pour conséquence de révéler des informations protégées susceptibles d'exposer une personne à des enquêtes, des discriminations ou des violations des droits de l'homme, elle constitue à la fois une violation sérieuse du droit au respect de la vie privée et une atteinte à la jouissance d'autres droits fondamentaux tels que la liberté d'expression, d'association et d'engagement politique ». *Principes internationaux sur l'application des droits de l'Homme à la surveillance des communications*, 10 juill.2013, disponible sur *https://fr.necessaryandproportionate.org/text*

3. Voir n[os] 204 et s.

4. *Ibid.*

5. S. Bradner, *Le processus de standardisation Internet (3[e] révision), RFC 2026, op. cit.*, § 1.2.

6. *Ibid.*

7. Voir n[os] 265 et s.

515 De la même façon, l'élaboration de modèles régulatoires par le biais d'« approches de gouvernance novatrices[1] » semble être possible et envisageable seulement lorsque ce processus est régi par une série de principes, définissant le cadre procédural dans lequel cet exercice normatif doit se dérouler. Dans ce sens, comme le Conseil de l'Europe l'a mis en exergue, la gouvernance de l'Internet ne peut pas faire abstraction du respect des droits de l'Homme, de la démocratie et de l'État de droit, et présuppose une pleine participation de toutes les parties impliquées sur un pied d'égalité et dans un cadre transparent et ouvert[2]. Dans les prochains paragraphes, nous mettrons donc en lumière la possibilité de transposer le processus habermassien qui caractérise la standardisation technique dans l'élaboration de « modèles régulatoires ». Dans ce but, nous mettrons en lumière la nécessité de définir un cadre conceptuel et procédural commun afin que les « modèles » issus de ces processus gouvernantalistes soient non seulement efficaces et extensibles mais aussi fondamentalement légitimes.

1. Cons. Europe, « Une nouvelle conception des médias ? », *Vers une nouvelle conception des médias*, Résolution issue de la 1[re] conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, *op. cit*.

2. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet, op. cit.*

§ 1 – Les droits de l'Homme : un cadre conceptuel commun

516 Comme nous l'avons évoqué précédemment, la standardisation et la normalisation se fondent sur la définition de spécifications techniques communes qui brassent un cadre conceptuel permettant la communication et l'échange entre une pluralité d'acteurs opérant dans des environnements hétéroclites. Dans ce sens, nous avons souligné que la fonction de la standardisation peut être lue aussi bien sous une perspective technique que juridique. D'une part, la standardisation et la normalisation permettent l'interopérabilité d'une pluralité d'« environnements techniques » différents en délinéant les caractéristiques spécifiques d'un produit ou d'un service donné tandis que, d'autre part, la prolifération d'une multitude de régimes régulateurs sectoriels au niveau international[1] vise à la standardisation

de règles ainsi que de voies de recours concernant des problématiques partagées, garantissant donc la compatibilité et, d'une certaine façon, l'interopérabilité de systèmes juridiques différents.

1. Dans ce sens, Benedict Kingsbury *et al*. considèrent ces différents secteurs comme « le terreau de l'émergence du droit administratif global ». Notamment, ces auteurs identifient ces secteurs de régulation transnationale dans « l'immense augmentation de la portée et des formes de la régulation et de l'administration transgouvernementales, destinées à répondre aux conséquences de l'interdépendance dans des domaines tels que la sécurité, les conditions relatives au développement et à l'assistance financière aux pays en développement, la protection de l'environnement, la réglementation bancaire et financière, la mise en application du droit, les télécommunications, les échanges de produits et services, la propriété intellectuelle, la réglementation du travail et les mouvements transnationaux de populations, y compris des réfugiés ». Aussi Kingsbury *et al.* mettent en exergue la difficulté de gérer ces secteurs « par des mesures nationales, réglementaires et administratives, isolées. Il en résulte que nombre de systèmes transnationaux de réglementation ou de coopération réglementaire ont été établis par le biais de traités internationaux et de réseaux de coopération intergouvernementale plus informels, déplaçant de nombreuses décisions réglementaires du niveau national au niveau global ». B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.*, p. 16.

517 Le processus de standardisation juridique est particulièrement évident en ce qui concerne l'élaboration de normes internationales définissant un niveau minimal de protection des droits de l'Homme. En effet, en l'absence d'une architecture constitutionnelle mondiale, la standardisation de la protection des droits de l'Homme représente un vecteur majeur d'ouverture des systèmes juridiques – qui seraient autrement cloisonnés – par le biais d'un processus d'harmonisation. En raison de leur rôle « fondamental[1] » dans le cadre des architectures constitutionnelles, nous pouvons donc arguer que les droits de l'Homme revêtent une fonction de « méta-principes de compatibilité systémique[2] » particulièrement importants dans le but d'établir la communicabilité entre les différents « environnements juridiques » et de délinéer les traits permettant leur interopérabilité dans le cadre d'un « espace juridique global[3] ». La protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales – inscrite à la fois dans les textes constitutionnels et dans les conventions et standards internationaux – doit donc être considérée comme un élément fondamental de tout mécanisme gouvernantaliste en raison de sa nature de « méta-principe » permettant l'établissement de rapports transversaux entre systèmes juridiques de nature différente.

1. On se doit de rappeler que le caractère fondamental de ces droits est dû à leur rang constitutionnel ou conventionnel. Dans ce sens : E. Picard, « L'émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juill. 1998.

2. E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *op. cit.*

3. Dans ce sens, Sabino Cassese rappelle que les « juges non nationaux […] affirment qu'il existe des principes généraux, communs aux différents systèmes régulateurs spéciaux, ainsi que des "passerelles" entre un régime régulateur et l'autre. Dans l'affaire Gasoline, par exemple, l'*Appellate Body* de l'OMC a établi que […] "les accords commerciaux ne doivent pas être considérés comme en état d'isolement clinique par rapport au droit public international" ». S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit.*

518 Dans ce sens, on se doit de souligner que le respect des droits de l'Homme ne représente pas simplement une obligation de la part des États et une responsabilité de la part du secteur privé[1] mais doit être vu comme une véritable norme de droit international coutumier sur la base de laquelle doit être développé tout mécanisme de gouvernance de l'Internet[2]. Le respect

des droits de l'Homme représente donc un principe fondamental de la gouvernance de l'Internet puisque ces droits constituent le tissu conjonctif de l'espace juridique global dans le cadre duquel interagissent les différentes parties impliquées. En effet, force est de souligner qu'afin de remplir leurs obligations concernant le respect, la protection et la mise en œuvre des droits fondamentaux, les États sont tenus « d'appliquer des lois tendant à exiger des entreprises qu'elles respectent les droits de l'Homme, […] et, périodiquement, d'évaluer la validité de ces lois et de combler les éventuelles lacunes[3] ». Aussi, par le ricochet des obligations étatiques découlant du droit international, les acteurs privés sont obligés de se conformer aux standards internationaux de protection des droits de l'Homme, y compris en ce qui concerne l'élaboration de régimes contractuels réglant les relations avec des parties contractuelles étrangères.

1. Dans ce sens : Conseil économique et social, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'homme des sociétés*, préc. ; Conseil des droits de l'Homme, *Rapport du représentant spécial du secrétaire généralchargé de la question des droits de l'Homme et des sociétéstransnationales et autres entreprises, John Ruggie, op. cit.* ; OCDE, *Principes directeurs pour les entreprises multinationales*, 2011.

2. Dans ce sens : Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.* ; *NETmundial Multistakeholder Statement, op. cit.* ; SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire, op. cit.* ; SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*

3. *Ibid.*

519 Comme nous l'avons évoqué précédemment, l'environnement internautique est régulé par le biais de standards et de protocoles informatiques, une pluralité de droits spéciaux, ainsi que des régulations privées de nature contractuelle[1]. Ainsi, dans un environnement caractérisé par un évident pluralisme normatif, le respect des droits de l'Homme revêt une véritable fonction de « charnière[2] » entre les différents systèmes juridiques. En effet, comme le Conseil de l'Europe et le Conseil des droits de l'Homme l'ont réitéré, les droits de l'Homme représentent la base sur laquelle les politiques nationales et internationales afférentes à l'Internet doivent se fonder[3]. Ainsi, la Déclaration du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les principes de la gouvernance de l'Internet a affirmé que les « dispositions pour la gouvernance de l'Internet doivent assurer la protection de tous les droits et libertés fondamentaux et affirmer leur universalité, leur indivisibilité, leur interdépendance et leur corrélation, conformément au droit international des droits de l'Homme[4] ». Le Conseil des droits de l'Homme a, quant à lui, établi que « les droits dont les personnes jouissent hors ligne doivent également être protégés en ligne[5] », en statuant que les obligations qui incombent aux États en ce qui concerne le « respect, la protection et la mise en œuvre des droits de l'Homme et des libertés fondamentales sur leur territoire et/ou sous leur juridiction[6] » s'appliquent également dans l'environnement numérique.

1. Voir n[os] 166 et s.

2. Dans ce sens : E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *op. cit.* ; S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit.*

3. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.* ; Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2014) 6 du Comité des ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet*, *op. cit.* ; Conseil des droits de l'Homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Nations unies A/HRC/20/L.13, 29 juin 2012 ; Conseil des droits de l'Homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Nations unies A/HRC/26/L.24, 20 juin 2014.
Aussi, à ce sujet : W. Benedek (ss. la dir.), "Human Security in the Information Society", *Human Security Perspectives*, 2012 ; et, dans le même ouvrage, M. C. Kettemann, "The UN Human Rights Council Resolution on Human Rights on the Internet: Boost or Bust for Online Human Rights Protection?", *in* W. Benedek, *Human Security Perspectives*, *op. cit.*

4. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet, op. cit.*, 1. « Droits de l'homme, démocratie et État de droit ».

5. Conseil des droits de l'Homme, *Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Nations unies, *op. cit*.

6. Conseil des droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, *op. cit.*

520 Le recours à un corpus partagé de droits fondamentaux vise donc à pallier l'absence d'« actes solennels » en mesure de régler les rapports entre les différents « systèmes régulateurs spéciaux » existants au sein d'un « espace juridique ultranational[1] ». Ainsi, Sabino Cassese souligne que la défense des droits de l'Homme « intéresse des organismes spécialisés dans certains secteurs (comme l'Organisation internationale du travail et l'UNESCO), des organismes *ad hoc* (comme le Haut-commissariat pour les droits de l'Homme, organe de l'ONU, ou la Cour européenne des droits de l'Homme [CEDH], organe du Conseil de l'Europe) » mais aussi « d'autres organismes[2] » en vertu des liens surgissant entre leurs domaines de compétence et la protection des droits fondamentaux inaliénables et garantis à tout individu.

1. S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit*.

2. *Ibid.*

521 La protection des droits de l'Homme représente donc le dénominateur commun sur lequel se fonde la connexion d'une pluralité d'ordres normatifs et vers lequel doit converger l'action des acteurs impliqués dans la gouvernance de l'Internet. En effet, comme Édouard Dubout et Sébastien Touzé l'ont mis en exergue, la nature à la fois fondatrice et universaliste des droits de l'Homme explique leur « propension à exercer une fonction communicante entre ordres et systèmes juridiques[1] », en constituant une sorte de « code génétique dont les principaux gènes sont partagés par la quasi-totalité des systèmes démocratiques[2] ». Ainsi, en vertu de leur caractère fondamental, les normes qui consacrent la protection des droits de l'Homme ne peuvent pas être remises en cause par les législateurs et donnent naissance à un « croisement transcendantaliste entre ordres juridiques[3] » qui s'étend directement ou indirectement aux systèmes juridiques privés mis en place par les intermédiaires internautiques.

1. E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *op. cit.*, p. 20.

2. *Ibid.*

3. *Ibid*., p. 34. Notamment, Édouard Dubout et Sébastien Touzé mettent en exergue que « la prise en compte positive de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme par la Cour suprême des États-Unis » illustre parfaitement le phénomène de la « dénationalisation de la solution juridique » ainsi que l'« alignement en substance des interprétations des normes de protection des droits fondamentaux ». Supreme Court of the United States, 26 juin 2003, *Lawrence et al. c/ Texas*.

522 Ainsi, bien que les droits de l'Homme aient une nature dynamique, pouvant être considérés comme des « exigences éthiques historiquement déterminées[1] », ils donnent naissance à un lien stable entre systèmes juridiques distincts en raison de la logique « normativiste » qui les place au plus haut niveau à la fois des différentes hiérarchies normatives nationales, et des diverses régulations sectorielles qui se répandent au niveau international. En effet, bien que la globalisation économique – édulcorée par la standardisation technique – se soit structurée de façon beaucoup plus accomplie par rapport à la globalisation politique[2], les différents systèmes juridiques nationaux bâtissent leur « interopérabilité » par le truchement d'un phénomène de convergence autour du respect des droits de l'Homme[3]. Au niveau européen, l'obligation de respecter les droits fondamentaux permet de rétablir la connectivité d'une « pluralité d'unités[4] spécialisées » qui forment des États « déconstruits de l'intérieur[5] » devenus désormais des « États ouverts[6] » ; tandis qu'au niveau international, ce phénomène permet de cristalliser des bases conceptuelles entre une multitude de systèmes régulateurs séparés, caractérisés par la spécificité et le cloisonnement sectoriel.

1. A. Greppi, *Teoría e ideología en el pensamiento político de Norberto Bobbio*, Madrid, 1998, p. 272, cité *in* Champeil et V. Desplats, « Norberto Bobbio et les droits de l'Homme », *in* P. Comanducci et R. Guastini, *Analisi e diritto*, 2005, p. 173.

2. J. E. Stiglitz, *Making Globalization Work*, 2006, cité *in* S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux. De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit*.

3. Force est de remarquer que la fonction de « méta-principes » attribuée aux droits fondamentaux est particulièrement évidente au niveau prétorien, tel que le montre le phénomène d'« internationalisation du dialogue de juges ». L. Burgogue-Larsen, « L'internationalisation du dialogue des juges » *Le dialogue des juges – Mélanges en hommage à B. Genevois*, Dalloz, Paris, 2008.
Dans ce sens, par exemple, la CJUE a affirmé que « les obligations des États membres de l'Organisation des Nations unies (ONU) au titre de la Charte des Nations unies l'emportent incontestablement sur toute autre obligation de droit interne ou de droit international conventionnel […] Cette primauté s'étend aux décisions contenues dans une résolution du Conseil de sécurité, conformément à l'article 25 de la Charte des Nations unies, aux termes duquel les membres de l'ONU sont tenus d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité ». CJUE, 21 sept. 2005, *Yassin Abdullah Kadi c/ Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, aff. T-315/01, points 213-215.

4. Dans ce sens : N. Walker, « The Idea of Constitutional Pluralism », *The Modern Law Review*, vol. 65, n° 3, 2002.

5. M. Telò, « Le constitutionnalisme européen, du XX^e^ au XXI^e^ siècle », *in* P. Magnette (ss. la dir.), *La Constitution de l'Europe*, Université de Bruxelles, Bruxelles, p. 75.

6. *Ibid*.

523 Ainsi, pour que la gouvernance de l'Internet et la régulation qui en découle éventuellement puissent se fonder sur ces « méta-principes de compatibilité systémique[1] », les pouvoirs publics doivent se porter garants de l'application des droits de l'Homme et les acteurs non étatiques doivent avoir la possibilité d'évaluer leurs « impacts réels ou potentiels sur les droits de l'Homme[2] » dans le cadre d'un processus ouvert et transparent afin de mettre en œuvre leur responsabilité sociale[3]. Pour cette raison, dans le prochain paragraphe, nous mettrons en lumière la nécessité d'un cadre

procédural « habermassien » afin que la gouvernance de l'Internet puisse produire des solutions régulatoires efficaces et en mesure de corroborer la pleine jouissance des droits fondamentaux des internautes.

1. E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *op. cit.*

2. ISO, *ISO/FDIS 26000 : 2010*, *op. cit.*, art. 6.3.3.

3. Conseil des droits de l'Homme, *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en oeuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer »*, *op. cit.* ; Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2014) 6 du Comité des ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet*, *op. cit*.

§ 2 – Les coalitions dynamiques : un outil habermassien de modélisation régulatoire

524 Comme nous avons pu le lire sous la plume d'Avri Doria et Joy Liddicoat, le processus d'élaboration des standards internationaux peut être comparé au processus de standardisation Internet dans la mesure où ces deux types de standards sont généralement réalisés par le truchement d'une approche visant au consensus et « n'entrent en vigueur que lorsqu'un nombre suffisant de parties prenantes […] s'engagent volontairement à les utiliser[1] », ces sujets étant des États, dans le cadre de la standardisation internationale, et des entreprises privées, en ce qui concerne la standardisation technique. D'une part, les standards Internet permettent la mise en place d'une architecture réseautique globale qui permet l'interopérabilité de systèmes hétérogènes sur la base de règles communes[2] et qui façonne les interactions et la communication entre les différents usagers par le biais de la technique[3]. D'autre part, la standardisation internationale permet la mise en œuvre d'une interconnexion globale de systèmes juridiques, donnant naissance à une architecture juridique globale fondée sur des principes partagés ainsi que sur des mécanismes régulatoires communs[4].

1. J. Liddicoat et A. Doria, *Human Rights and Internet Protocols: Comparing Processes and Principles*, 2012, p. 3. Aussi, on se doit de souligner que la Cour interaméricaine des droits de l'Homme a expressément invoqué le phénomène de l'« humanisation du droit international » en remettant en cause le « fondement purement volontariste du droit international au profit d'un droit "véritablement universel" applicable tant aux États qu'aux êtres humains ». L. Hennebel, « L'"humanisation" du droit international des droits de l'Homme », *RTDH*, n° 59, 2004, p. 752 ; *id.*, *La Convention américaine des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007. Aussi, au sujet du processus d'« humanisation » du droit international : T. Meron, "The Humanization of Humanitarian Law", *The American Journal of International Law*, vol. 94, n° 2, avr. 2000, p. 239-278.

2. Voir n^{os} 181 et s.

3. Dans ce sens : T. Schultz, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, *op. cit.*, p. 123-129 ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace, Version 2.0*, *op. cit.*

4. Dans ce sens : B. Kingsbury, N. Krish et R. B. Stewart, "The Emergence of Global Administrative Law", *op. cit.* ; N. Krish et B. Kingsbury, "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law, in the International Legal Order", *op. cit*.

525 Ainsi, l'objectif de la gouvernance de l'Internet devrait être la définition d'une « écologie institutionnelle de l'environnement numérique[1] » dans le but non seulement de coordonner les différents instruments régulatoires qui intéressent les cyberespaces mais aussi de permettre l'élaboration de solutions régulatoires favorisant l'interopérabilité juridique grâce à la

participation d'une hétérogénéité de parties prenantes. Dans ce sens, tout comme les groupes de travail de l'IETF se concentrent sur l'élaboration de solutions efficaces concernant les enjeux techniques rencontrés par les FAI et les fournisseurs de services en ligne, il est possible d'envisager des groupes de travail *hetero-stakeholder* visant à l'élaboration de solutions concernant les enjeux techno-juridiques que les différentes parties prenantes – soient-elles des souverains marchands ou des souverains traditionnels – doivent affronter. En effet, le processus habermassien qui caractérise l'élaboration des standards Internet est susceptible d'être reproduit dans le cadre de groupes de travail permettant à une hétérogénéité de participants d'élaborer des « modèles régulatoires » ayant la même fonction que les standards Internet, c'est-à-dire l'encadrement d'un sujet spécifique par le biais d'un instrument « qui fonctionne », ou *running code*, qui sera adopté en vertu de son efficacité et non pas en raison de son imposition. Le but d'un tel exercice collaboratif serait donc la conception de modèles régulatoires à caractère « technoscientifique » par le plus grand nombre de parties intéressées pouvant être des « représentants d'intérêts », des experts de haut vol, ainsi que tout individu intéressé jouissant des connaissances techniques et scientifiques nécessaires afin de contribuer au débat.

1. Y. Benkler, *The Wealth of Networks: How Social Production transforms Markets and Freedom*, Yale University Press, 2006, cité *in* F. Massit-Folléa, *Gouvernance de l'Internet et société civile : les limites du multistakeholderisme*, mai 2008, note 6, disponible sur *www.csi.ensmp.fr/voxinternet/www.voxinternet.org/spip9ac4.html?article223#nh6*

526 Force est de rappeler que le processus de standardisation de l'IETF vise à permettre à toute personne intéressée de « participer aux travaux, de savoir ce qui est décidé, et de faire entendre sa voix à propos d'un sujet donné[1] » dans le but de faire émerger l'argument le plus rationnel. D'une part, un tel processus vise à aboutir à la solution régulatoire la plus efficace sur la base d'un « discours rationnel[2] » enrichi par la participation directe d'experts. D'autre part, la transparence d'un tel processus ainsi que son ouverture à tout individu intéressé confère au modèle régulatoire – c'est-à-dire le standard Internet dans le cadre de l'IETF – issu de cette négociation discursive une légitimité fondée sur la participation plutôt que sur des propriétés formelles[3]. À ce propos, Jürgen Habermas a énoncé trois conditions essentielles afin de permettre « la formation de la volonté rationnelle[4] » par le biais d'un processus discursif participatif : l'absence de limites concernant la possibilité de participer et de fournir des arguments de discussion pouvant être analysés ; l'absence de contraintes pouvant biaiser la discussion, laquelle doit viser uniquement à stimuler l'émergence de l'argument le plus rationnel par le truchement d'un débat ouvert ; la proposition d'arguments de manière hypothétique dans le but de stimuler la discussion et l'éventuelle émergence d'arguments alternatifs[5].

1. Traduction libre de « *participate in the work, know what is being decided, and make his or her voice heard on the issue* ». H. Alvestrand, *A Mission Statement for the IETF*, *op. cit*.

2. Dans ce sens : J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.*

3. *Ibid.*

4. *Ibid.*

5. J. Habermas, *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. par F. Lacoste, Payot, Paris, 1978, p. 149-155.

527 Comme nous l'avons mis en exergue précédemment, les conditions habermassiennes susmentionnées peuvent être identifiées dans le processus de standardisation de l'IETF qui se fonde sur la discussion d'*Internet Drafts* par tout individu intéressé[1] *via* des listes de diffusion, dont les archives peuvent être consultées librement. Selon l'auteur de ce travail de recherche, ce processus peut être reproduit au sein des coalitions dynamiques du FGI, lesquelles sont susceptibles de fournir les conditions nécessaires afin d'expérimenter l'élaboration de modèles régulatoires à vocation « techno-juridique », par le biais d'un processus participatif et transparent reproduisant le *modus operandi* des groupes de travail de l'IETF. Dans le but de vérifier la faisabilité de cette proposition, l'auteur de ce travail a fondé une « coalition dynamique sur la neutralité du réseau » ou *Dynamic Coalition on Network Neutrality*[2], au sein du FGI, dont l'un des objectifs principaux a été l'élaboration d'un modèle de cadre sur la neutralité du réseau[3] par le biais d'un processus participatif, fondé sur l'ouverture et la transparence[4]. En effet, parallèlement à la génération d'un débat public international autour de la neutralité du réseau, cette coalition a élaboré un modèle régulatoire permettant d'encadrer la gestion du trafic Internet de la part des FAI, tout en garantissant le respect des libertés et droits fondamentaux des internautes[5], « notamment le droit à la liberté d'expression et de fournir ou de recevoir des informations indépendamment des frontières, ainsi que le droit à la protection de la vie privée[6] ».

1. Comme nous l'avons souligné précédemment, toutefois cette ouverture est *de facto* largement limitée par l'existence de plusieurs filtres limitant la participation des individus ne disposant pas de moyens économiques ainsi que de compétences linguistiques et techniques de niveau élevé. Voir n° 214.

2. Site Web de la coalition dynamique sur la neutralité du réseau : *http://networkneutrality.info/*

3. L. Belli, M. van Bergen et M. Wozniak, *A Discourse Principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application*, *op. cit*.
Le modèle de cadre élaboré par la coalition dynamique sur la neutralité du réseau a été soumis au comité directeur sur la société de l'information et les médias du Conseil de l'Europe, dans le but de devenir une recommandation du Comité des ministres. L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users' Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, *op. cit.* Plusieurs éléments proposés dans le modèle de cadre ont été inclus dans la recommandation CM/Rec(2016)1 du Comité des ministres aux États membres sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée en lien avec la neutralité du réseau : *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2402799&Site=CM*

4. L'élaboration de ce modèle de cadre a été stimulée par le Conseil de l'Europe qui, dans la *Déclaration du Comité des ministres sur la neutralité du réseau*, mettait en lumière la possibilité d'explorer ultérieurement les enjeux liés à la neutralité du réseau « *within a Council of Europe framework with a view to providing guidance to member states and/or to facilitating the elaboration of guidelines with and for private sector actors* ». Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur la neutralité du réseau*, *op. cit*.
Aussi, force est de souligner que l'élaboration d'un cadre modèle sur la neutralité du réseau a été rendue particulièrement nécessaire à la lumière de l'étude conduite par l'ORECE et la Commission européenne, en 2012, au sens de laquelle, bien que le marché des télécommunications au sein de l'UE soit hautement concurrentiel, les FAI européens mettent en œuvre une pluralité de techniques de gestion discriminatoire du trafic Internet. Notamment, cette étude souligne que plus de 20 % des internautes européens sont soumis à des restrictions se traduisant par le blocage et/ou le ralentissement du trafic *peer-to-peer* (P2P), tant sur les réseaux fixes que mobiles, et par le blocage du trafic de voix sur IP (VoIP), essentiellement sur les réseaux mobiles. BEREC, *A View of Traffic Management and Other Practices Resulting in Restrictions to the Open Internet in Europe*, Findings from BEREC's and the European Commission's joint

investigation, 29 mai 2012, BoR (12) 30, p. 8, disponible sur *https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf*
Dans ce contexte, « l'élaboration par le Conseil de l'Europe d'un cadre sur la neutralité du réseau [se révèle] particulièrement utile pour corriger ce qui semble être une "faille systémique" du marché des télécommunications, ainsi que pour renforcer la valeur de service public d'Internet ». L. Belli, *Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'homme, op. cit.*, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/CDMSI/CDMSI%282013%29Misc18_fr.pdf*

5 L. Belli, "A New Arrival in the IGF Family: the Dynamic Coalition on Network Neutrality", *op. cit.* ; L. Belli et M. Bergen, *A Discourse principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application, op. cit.*

6. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur la neutralité du réseau, op. cit.*

528 Comme nous l'avons mis en exergue, la « fonction de forum[1] » du FGI vise explicitement à « renforcer et accroître l'engagement des parties prenantes[2] ». Dans ce sens, l'exploitation des coalitions dynamiques dans le but d'élaborer des outils de *soft law* tel que des modèles réglementaires doit être vue comme un élément instrumental afin de promouvoir des « approches de gouvernance novatrices[3] ». En effet, l'élaboration de tels outils au sein d'une composante du FGI fait en sorte que le « discours rationnel » à la base du processus de standardisation techno-juridique jouisse de la participation d'un vaste éventail de *stakeholders*, qui sont issus du « vivier » particulièrement riche et diversifié du FGI et qui peuvent être associés à titre individuel ou en qualité de représentant d'une entité spécifique. Cependant, bien que les coalitions dynamiques soient susceptibles d'être exploitées de façon analogue à des groupes de travail de l'IETF, force est de souligner que le FGI ne jouit pas d'un cadre institutionnel analogue à celui de l'IETF, ce qui permet à cette dernière entité d'élever un projet Internet au rang de standard Internet[4]. Pour cette raison, la structure actuelle du FGI ne permet pas la transposition *in toto* du processus de standardisation technique dans la modélisation régulatoire, en dépit du fait que le mandat du FGI lui confère explicitement la capacité « de faire des recommandations[5] ».

1. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet, op. cit.*, § 40.
2. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information, op. cit.*, § 72.
3. Cons. Europe, *Vers une nouvelle conception des médias, op. cit.*
4. Voir n[os] 204 et s.
5. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information, op. cit.*, § 72.g.

529 Toutefois, en dépit du potentiel des coalitions dynamiques, ces éléments structurels du FGI sont largement inexploités et leur utilisation, dans le but d'élaborer des modèles régulatoires, a été « testée » pour la première fois[1] dans le cadre de l'élaboration du modèle de cadre sur la neutralité du réseau[2], bien qu'une telle option ait été suggérée depuis 2007[3]. Ce modèle a été conçu dans le cadre d'un processus de « coopération renforcée » orchestré par l'auteur de ce travail de recherche, qui a donné naissance à une synergie entre l'activité d'une composante du FGI – à savoir la coalition dynamique sur la neutralité du réseau – et le processus de standardisation juridique du Conseil de l'Europe, « gouvernance en 4C[4] » qui peut être considéré comme une véritable *ad hoc*. La phase de concertation

initiale de ce processus de gouvernance a eu lieu lors du « Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'Homme[5] », une conférence dont les débats ont été stimulés par un rapport rédigé par l'auteur de ce travail de recherche pour le Conseil de l'Europe[6]. Cette dernière peut être considérée comme analogue au *Birds of a Feather meeting*[7] qui marque la naissance des groupes de travail de l'IETF. En effet, les participants à cette conférence ont mis « en évidence la nécessité de protéger les droits et libertés fondamentales des utilisateurs en se dotant d'un cadre spécifique pour la neutralité du réseau[8] » tout en soulignant que « la transparence, la concurrence et le choix des consommateurs étaient essentiels, mais pas suffisants pour garantir que les pratiques de gestion du trafic Internet soient mises en œuvre dans le plein respect des droits de l'Homme[9] ». L'élaboration d'un modèle de cadre sur la neutralité étant en conformité avec la stratégie pour la gouvernance de l'Internet 2012-2015 du Conseil de l'Europe[10], le secrétariat de cette organisation a donné mandat à l'auteur de ce travail de recherche et à Matthijs van Bergen – à savoir, un autre participant à la conférence susmentionnée – d'élaborer un modèle de cadre sur la neutralité du réseau à proposer au Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Dans ce but, l'auteur de ce travail de recherche a proposé la création d'une coalition dynamique représentant les intérêts en jeu de manière *hetero-stakeholder*[11] afin de nourrir le processus de standardisation intergouvernementale du Conseil de l'Europe en proposant un modèle de cadre issu d'un effort multi-parties prenantes de type habermassien[12]. La création d'une coalition dynamique sur la neutralité du réseau peut donc être vue comme analogue à celle d'un groupe de travail de l'IETF dont les travaux visent à déboucher sur un standard Internet par le biais d'un effort participatif[13].

1. On se doit de remarquer que la Coalition dynamique Droits et principes d'Internet a développé une Charte des droits de l'Homme et principes pour Internet. Toutefois, ce document de *soft law* ne peut pas être qualifié de modèle régulatoire puisqu'il liste des principes plutôt que des prescriptions régulatoires modèles. IRP Coalition, *Charte des droits de l'Homme et principes pour Internet*, 2011, disponible sur *http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2011/09/pdf/french.pdf*

2. Annexe – Modèle de cadre sur la neutralité du réseau, n° 537. Cons. Europe, *Déclaration du Comité des ministres sur la neutralité du réseau*, *op. cit.*

3. Notamment, dès le deuxième FGI plusieurs voix se sont levées en support d'un « *formal mechanism by which reports or recommendations by the Dynamic Coalitions could be received by the IGF's plenary body as an input to its policy-setting role* » tout en soulignant que les coalitions dynamiques « *should go beyond dialogue, into some form of action: [a] Dynamic Coalition should be "IGF-plus" and capable of achieving something* ». IGF Secrétariat, *The Internet Governance Forum: Second Meeting, Synthesis Paper*, *op. cit.*, § 80-81.

4. Voir n^{os} 78 et s.

5. L. Belli, *Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'Homme*, *op. cit*.

6. L. Belli, *La neutralité du réseau et les droits de l'Homme*, document de fond préparé pour le Conseil de l'Europe, 29 mai 2013.

7. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*,§ 2.2.2. Aussi, voir n^{os} 204 et s.

8. L. Belli, *Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'Homme, op. cit.*, p. 3.

9. *Ibid.*, p. 5.

10. En effet, la stratégie pour la gouvernance de l'Internet 2012-2015 du Conseil de l'Europe affirme la nécessité de définir les « principes d'une politique des droits de l'homme pour la "neutralité du réseau", afin d'assurer aux usagers de l'Internet le plus large accès possible aux contenus, applications et services de leur choix, dans le cadre de la mission de service public de l'Internet et dans le plein respect des droits de l'Homme fondamentaux ». Cons. Europe, *Gouvernance de l'Internet. Stratégie du Conseil de l'Europe 2012-2015*, *op. cit.*, § I.8.e, disponible sur *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM%282011%29175&Language=lanFrench&Ver=final*

11. L. Belli, *A Heterostakeholder Cooperation for Sustainable Internet Policymaking*, *op. cit.*

12. L. Belli et M. Bergen, *A Discourse Principle Approach to Network Neutrality: a Model Framework and its Application*, *op. cit*.

13. Voir n[os] 204 et s.

530 La coalition dynamique sur la neutralité du réseau a donc été instituée suite à la conférence susmentionnée et a commencé ses travaux en juillet 2013. Notamment, le 20 juillet 2013 un projet[1] de cadre régulatoire a été partagé sur la liste de diffusion de la coalition, dans le but de stimuler un processus coopératif par le biais d'une *Request for Comments* invitant tout individu intéressé – et non pas seulement les membres de la coalition – à exprimer ses commentaires pour une durée de un mois. Suite à cette période, une première ébauche de modèle de cadre a été élaborée sur la base des commentaires reçus et a été divulguée au sein de la liste de diffusion de la coalition pour que tout individu intéressé eût la possibilité de la commenter au cours d'une deuxième période consultative[2]. Enfin, une deuxième ébauche a été élaborée et diffusée afin de stimuler des remarques finales[3]. Subséquemment, le modèle de cadre a été présenté au Comité directeur sur la société de l'information et les médias (CDMSI) du Conseil de l'Europe, lors de sa réunion de décembre 2013[4]. À ce stade, le modèle de cadre pouvait être considéré comme un « standard proposé[5] ». Dans ce sens, un processus analogue à la *Last Call* de l'IETF a été mis en place au cours de l'année 2015 afin de permettre à tout individu intéressé de présenter des commentaires et suggestions afin de développer une Déclaration de principe sur la neutralité du net qui a pu être validée par la communauté du FGI[6]. Ainsi, bien que le processus de modélisation régulatoire de la coalition dynamique et le processus de standardisation du Conseil de l'Europe soient distingués, il est indéniable que ce « standard proposé » ait été exploité dans le but d'enrichir l'élaboration intergouvernementale d'un « Projet de recommandation du Comité des ministres aux États membres sur la protection de la liberté d'expression et le droit à la vie privée dans le contexte de la neutralité du réseau[7] ». Après deux ans de gestation, ce projet de recommandation a été approuvé par le comité des ministres du Conseil de l'Europe qui l'a donc élevé au rang de « standard » du Conseil de l'Europe[8].

1. Ce projet de modèle avait été élaboré en fusionnant certains éléments des deux modèles suggérés par Luca Belli et Matthijs van Bergen lors du « Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'homme ». *Ibid*.

2. Cette deuxième période visait à permettre à un groupe grandissant de parties intéressées de participer au « discours rationnel » visant à pétrir le modèle de cadre. Dans ce sens, force est de souligner que le nombre de membres de la liste de diffusion passa de 12, lors de la création de la liste, à 82 lors de la seconde phase consultative.

3. Force est de remarquer que seul un individu a manifesté son opposition à la version finale du modèle de cadre.

4. Cons. Europe, *5th Meeting the Steering Committee on Media and Information Society, Abridged report*, Strasbourg, 3 au 6 déc. 2013, p. 8, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282013%29011_en%20Abridged%20report%205th%20meeting.pdf*

5. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*,§ 4.1.1. Aussi, voir ci-dessus : Partie 1, chap. II, sect. 1, ss-sect. 2, § 1 « La "démocratie participative" du système technicien », n^{os} 204 et s.

6. L. Belli et N. Foditsch, *Network neutrality: An empirical approach to legal interoperability, op. cit.*

7. Cons. Europe, *6th Meeting the Steering Committee on Media and Information Society, Abridged report*, Strasbourg, 20 au 23 mai, p. 11-14, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/CDMSI/CDMSI(2014)007_abridged%20report_EN.pdf*

8. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec(2016)1 du Comité des Ministres aux États membres sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée en lien avec la neutralité du réseau*, *op. cit.*

531 Aussi, force est de remarquer que le modèle de cadre élaboré par la coalition dynamique sur la neutralité du réseau a déjà été utilisé en tant que « modèle » régulatoire. Notamment, la définition de neutralité du Net consacrée par le modèle de cadre[1] a directement inspiré le Parlement européen qui a entériné cette définition dans la première lecture du *Règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté*[2]. Plusieurs éléments du modèle de cadre ont ensuite été intégrés dans les articles 3, 4 et 5 du règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novemebre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert[3]. Force est donc de souligner qu'un tel processus habermassien est susceptible d'améliorer la qualité des décisions publiques tout en permettant aux *stakeholders* qui seront sujets à la régulation de l'Internet d'y contribuer directement. L'élaboration du modèle de cadre sur la neutralité du réseau est une tentative ambitieuse de démontrer la possibilité de transposer le processus de standardisation de l'IETF, dans un but de modélisation régulatoire enrichissant la régulation « publique ». Aussi, bien que cette « tentative » se soit fondée sur une synergie *ad hoc*, l'élaboration de modèles régulatoires par le biais des coalitions multi-parties prenantes pourrait être institutionnalisée au sein du FGI ou dans le cadre d'autres institutions. En effet, la mise en place d'un tel processus habermassien multi-parties prenantes devrait être vue comme la raison d'être d'un modèle de gouvernance qui vise à améliorer la qualité de la régulation en permettant aux parties intéressées de coopérer afin de suggérer des solutions potentielles. Notamment, la mise en œuvre d'un processus participatif de délibération consensuelle, sur la base d'informations diversifiées et d'analyses d'experts, est susceptible de permettre l'élaboration de recommandations non contraignantes qui peuvent être offertes en tant que « solutions modèles » aux instances de régulation opérant au niveau international ou national[4]. Dans ce sens, de tels modèles revêtiraient la même fonction que les standards Internet, stimulant l'interopérabilité des systèmes juridiques par le biais d'un processus de « diffusion transnationale » de manière volontaire.

1. Voir Annexe « Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet », n° 537.

2. Notamment, comme nous l'avons souligné précédemment, la définition même du principe de « neutralité de l'Internet » consacré par le Parlement européen s'inspire clairement de la définition élaborée par la Coalition dynamique sur la neutralité du réseau. Selon la *Dynamic Coalition on Network Neutrality*, « la neutralité du réseau est le principe selon lequel le trafic Internet doit être traité de façon égalitaire, sans discrimination, restriction ni ingérence fondée

sur l'expéditeur, le destinataire, la catégorie ou le contenu, de sorte que la liberté de choix des usagers d'Internet ne soit pas limitée par l'application d'un traitement favorable ou défavorable à la transmission du trafic Internet lié à des contenus, services, applications ou appareils particuliers ». Coalition dynamique sur la neutralité du réseau, *Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet*, oct. 2013, disponible sur *www.networkneutrality.info/sources.html* Selon le Parlement européen, « le principe de "neutralité de l'Internet" dans l'Internet ouvert signifie que tout le trafic devrait être traité de la même manière, sans discrimination, restriction ou interférence, quels que soient l'émetteur, le récepteur, le type, le contenu, l'appareil, le service ou l'application ». *Projet de résolution législative du Parlement européen surla proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil établissant des mesures relatives au marché unique européen des communications électroniques et visant à faire de l'Europe un continent connecté*, 20 mars 2014, amendement 41, considérant 45.
Bien que le nouveau règlement (UE) 2015/2120 ne consacre pas explicitement la neutralité du net, l'article 3 du règlement considère ce principe comme un droit des utilisateurs finaux. Parallèlement, ce Conseil de l'Europe a consacré explicitement ce principe dans le paragraphe 2.1 des lignes directrices contenues dans la recommandation CM/REC2016)1.

3. Confronter le Modèle de cadre, en annexe, avec les article 3, 4 et 5 du Règlement (UE) 2015/2120 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015, diponible sur *http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:32015R2120&from=FR*

4. Dans ce sens : J. Malcolm, "Lessons for the Internet Governance Forum from the IETF", *op. cit.* ; M. L. Mueller *et al.*, "Building an Internet Governance Forum", *op. cit.*

SeCtiON **3**

Conclusion préliminaire

532 Au fil de ce dernier chapitre, nous avons mis en exergue la valeur d'une gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet dans le but de pouvoir considérer les différentes implications – tant normatives, économiques, politiques que sociales – de la régulation de l'Internet et évaluer les externalités qui peuvent être produites par les divers outils régulatoires qui encadrent le réseau des réseaux. En effet, nous avons mis en exergue que les entités jouissant de la capacité de réguler les cyberespaces qui composent l'Internet exercent une influence qui dépasse les frontières géographiques ou les limites « architecturales » de l'objet régulé. Notamment, les instruments normatifs qui règlent les différentes composantes de l'Internet sont susceptibles de produire des effets externes – négatifs ou positifs – qui influencent indirectement le spectre des droits dont jouissent des acteurs qui opèrent dans d'autres composant de l'écosystème Internet[1].

1. Dans ce sens : I. Brown et C. T. Marsden, *Regulating Code: Good Governance and Better Regulation in the Information Age*, *op. cit*.

533 La gouvernance multi-parties prenantes de l'Internet peut donc être exploitée afin de permettre la concertation, la coopération, la consultation et la coordination des différentes entités exerçant un pouvoir régulatoire sur les « ensembles complexes » qui composent l'Internet, dans le but de favoriser son interopérabilité et son « bon fonctionnement[1] » en stimulant la définition de principes, de normes et de règles partagés. Dans ce sens, bien que la définition et l'adoption de telles règles relèvent des entités jouissant d'une souveraineté – soit étatique, soit technique, soit marchande – sur les différentes composantes de l'Internet, il semble possible et envisageable

de reproduire le processus participatif habermassien qui caractérise l'élaboration des standards Internet afin d'élaborer des modèles régulatoires pouvant être adoptés de manière volontaire par les « souverains » concernés. Comme nous l'avons souligné, une telle approche participative et *bottom-up* caractérise l'élaboration des *Internet Drafts* de la part des groupes de travail de l'IETF[2] et a été transposée dans la formulation des propositions de *policies* concernant les gTLDs de la part de la GNSO de l'ICANN[3]. La modélisation de solutions régulatoires ne se limite donc pas exclusivement à l'élaboration de protocoles informatiques de la part de la communauté technique mais, bien au contraire, elle permet déjà la négociation d'instruments de *soft law* dans le cadre d'un processus impliquant un ample spectre de parties intéressées qui peuvent participer à titre individuel ou être structurées dans des *constituencies* comme dans le cadre de la GNSO[4].

1. A. Supiot, *Du gouvernement par les lois vers la gouvernance par les nombres, op. cit.*

2. Voir n[os] 204 et s.

3. Voir n[os] 404 et s.

4. *Ibid.*

534 Comme nous l'avons souligné, l'exploitation des coalitions dynamiques du FGI est susceptible de permettre la mise en œuvre d'une telle coopération hétéro-parties prenantes afin de modéliser des propositions de solutions régulatoires. Toutefois, il faut rappeler que les coalitions dynamiques ne sont pas insérées dans un cadre institutionnel ou procédural en mesure de permettre la recommandation des produits de ces « groupes informels ». Par conséquent, actuellement, la reconnaissance et l'exploitation des résultats de leurs travaux ne découlent pas de l'approbation ou de la recommandation officielle de la part d'un organe du FGI mais, au contraire, dépendent de la considération ou de l'adoption de la part d'institutions nationales ou supranationales ayant la capacité de légiférer ou jouissant d'un pouvoir de régulation. Dans ce sens, nous avons souligné que la définition du principe de la neutralité du Net (consacrée au sein du modèle de cadre du réseau de la coalition dynamique sur la neutralité du réseau) a été « officialisée » pour la première fois par le Parlement européen, qui a inclus une définition extrêmement proche de celle offerte par le Modèle de cadre, dans sa première lecture de la proposition de règlement dit « Continent connecté ». En effet, en dépit de la prévision explicite du pouvoir « de faire des recommandations » dans le mandat du FGI, jusqu'à présent, une telle option n'a pas été mise en pratique et, par conséquent, la configuration actuelle du FGI ne permet pas l'attribution d'un statut juridique précis aux documents issus de la coopération multi-parties prenantes qui peut avoir lieu dans le cadre des coalitions dynamiques.

535 L'institutionnalisation des *dynamic coalitions* en tant que groupes de travail du FGI – sur l'exemple des groupes de travail de IETF – pourrait donc renforcer ce forum permettant de « développer des résultats tangibles »,

tel que recommandé par le Groupe de travail sur les améliorations du FGI[1], organisé par la conférence des Nations unies sur la science et la technique au service du développement. En ce sens et comme le montre l'exemple de la *Dynamic Coalition on Network Neutrality*, le processus de modélisation régulatoire est possible mais, jusqu'à présent, il n'a été mis en œuvre que sur la base d'une initiative individuelle. Toutefois, l'actuelle absence d'un mécanisme institutionnel permettant la recommandation des instruments de *soft law* élaborés par le biais de la coopération multi-parties prenantes est évidemment en contradiction avec le mandat du FGI. En effet, la possibilité d'émettre des recommandations est explicitement prévue par ce mandat dont la structure pourrait être reconfigurée afin de reproduire, en partie, l'architecture institutionnelle de l'IETF. Notamment, les coordinateurs des coalitions dynamiques pourraient jouer un rôle de « Directeurs de domaine » pouvant soumettre les propositions de modèles régulatoires adoptées par « consensus sommaire » à un comité de coordination des coalitions dynamiques dont le rôle serait comparable à l'IESG de l'IETF[2] qui pourrait s'appeler *Internet Policy Steering Group* (IPSG) et devrait être composé d'individus réputés pour leur expertise et choisis parmi les différentes catégories de *stakeholders* reconnus par le FGI[3] sur la base de règles publiques[4]. Leur rôle consisterait alors à évaluer la clarté et la qualité des projets de modèles régulatoires et d'exhorter les membres de « la communauté Internet en général[5] » à fournir leurs commentaires au cours du « dernier appel » ou *Last Call*[6], suite auquel les modèles pourraient être adoptés par acclamation[7] ou par le biais de processus référendaires[8] lors des sessions plénières du FGI et ensuite publiés. Une telle reconfiguration semble être en pleine cohérence avec le mandat délinéé par l'agenda de Tunis, au sens duquel le FGI doit « s'inspirer des structures existantes de gouvernance de l'Internet[9] » et lui permettrait de se restructurer comme une véritable *Internet Policy Task Force* en mesure de jouer un rôle déterminant dans l'évolution des « politiques publiques internationales concernant l'Internet[10] ». Un tel processus permettrait donc, d'une part, l'élaboration de propositions par le biais d'une approche participative, *bottom-up* et ouverte à tout individu intéressé et, d'autre part, « l'évaluation et l'examen par les pairs » des solutions proposées.

Toutefois, une telle reconfiguration organisationnelle nécessite d'être effectuée sur la base de principes partagés. Dans ce sens, la déclaration issue de la conférence *NETmundial* a mis en exergue la nécessité de disposer de processus de gouvernance de l'Internet « ouverts, démocratiques et transparents[11] » permettant aux différents groupes de parties prenantes de désigner leurs représentants par le biais de « processus fondés sur des mécanismes inclusifs, connus du public, bien définis et responsables[12] ». La reconfiguration du FGI devrait donc s'effectuer à la lumière de ces principes, en permettant à « toutes les parties prenantes, comprenant les gouvernements, le secteur privé, la société civile, la communauté technique

et universitaire et les utilisateurs[13] » de participer directement à la définition de propositions de modèles régulatoires dans le cadre d'un écosystème de gouvernance décentralisé et distribué. Dans une telle perspective, comme le relève le rapport du Sénat français sur la gouvernance de l'Internet, il serait envisageable d'ériger les principes du *NETmundial* en traité[14] » afin que les États reconnaissent « le bien-fondé de l'approche multi-parties prenantes[15] ».

1. UNGA, *Report of the Working Group on Improvementsto the Internet Governance Forum*, 16 mars 2012, A/67/65 – E/2012/48, p. 4.

2. Voir n[os] 204 et s.

3. Notamment, ces catégories sont identifiées par le paragraphe 73 de l'*Agenda de Tunis*, au sens de laquelle le FGI se fonde sur la « complémentarité de toutes les parties prenantes », c'est-à-dire « les gouvernements, les entités du secteur privé, la société civile et les organisations intergouvernementales ». En raison du lobbying très efficace des organisations techniques Internet, le secrétariat du FGI a aussi officiellement reconnu la « communauté technique » en tant que cinquième catégorie de *stakeholders* en vertu d'une interprétation extensive du paragraphe 36 de l'*Agenda de Tunis* au sens duquel est reconnue « la contribution précieuse que les [communautés] universitaires et techniques, parmi les groupes de parties prenantes mentionnés au paragraphe 35, apportent à l'évolution, au fonctionnement et au développement de l'Internet ».

4. Dans ce sens, le rapport du Sénat français met en lumière la nécessité de déléguer le choix des représentants des différents groupes de *stakeholders* à ces groupes mêmes, « selon des règles publiques, au lieu de laisser le dernier mot sur les nominations au secrétaire général de l'ONU, naturellement plus soucieux d'équilibre géographique que de compétence en matière d'Internet ». C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, *op. cit.*, p. 171.

5. P. Hoffman, *Le Tao de l'IETF. Guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, *op. cit.*, § 6.1.2.

6. *Ibid*.

7. Force est de souligner qu'une une telle approbation « par acclamation » a été déjà expérimentée avec succès lors de la conférence *NETmundial*, afin d'adopter le texte final de la déclaration multipartite issue de cette conférence. C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, *op. cit.*, p. 161.

8. Dans ce sens, le FGI 2015 a expérimenté pour la première fois l'utilisation de *Idea Rating Sheets* afin d'évaluer le consensus autour des différents résultats des coalitions dynamiques : *http://www.intgovforum.org/cms/dynamiccoalitions/ feedback*

9. SMSI, *Agenda de Tunis pour la société de l'information*, *op. cit.*, § 73.a.

10. Voir : *ibid*., § 69.

11. *NETmundial Multistakeholder Statement*, *op. cit.*

12. *Ibid*.

13. *Ibid*.

14. C. Morin-Désailly, *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, *op. cit.*, p. 164.

15. *Ibid*.

CONCLUSiON GÉNÉraLe

Une gouvernance hétéro-parties prenantes pour une régulation durable

536 Au cours de ce travail de recherche, nous avons mis en exergue l'intérêt de la notion de gouvernance afin de saisir les dynamiques permettant à une pluralité de parties prenantes de contribuer activement à l'élaboration d'instruments régulatoires et à la prise de décisions concernant une problématique commune. En effet, le double but de la gouvernance est la coordination des actions des différents acteurs opérant dans un système donné et, parallèlement, la définition d'instruments régulatoires capables d'engendrer et de maintenir la stabilité et le bon fonctionnement du système et des sous-systèmes qui le composent. D'une part, une gouvernance ouverte à la contribution de *stakeholders* de nature différente se révèle instrumentale à la mise en œuvre de la « liberté de participer aux débats publics au niveau local, national ou mondial, aux initiatives législatives et à l'observation citoyenne des processus décisionnels[1] ». D'autre part, une telle approche participative habermassienne est prodromique à la définition d'instruments de régulation – de nature publique ou privée – qui soient à la fois efficaces et acceptés par les sujets régulés[2].

La collaboration d'une hétérogénéité de parties prenantes vise donc à stimuler la confrontation de positions scientifiques différentes et la négociation d'intérêts divergents, dans le cadre d'un processus transparent afin d'esquisser des solutions régulatoires « durables ». Dans ce sens, nous avons mis en lumière que le but des processus de gouvernance analysés dans ce travail est l'établissement d'une concertation et d'une coopération entre les différents acteurs de l'écosystème Internet, afin que ces *stakeholders* puissent coordonner leurs activités et esquisser des solutions régulatoires consensuelles qui seront « acceptées, mises en œuvre et effectives[3] ». D'une part, l'implication d'une hétérogénéité de parties prenantes ayant des opinions et des intérêts différents est essentielle dans le but d'améliorer la qualité du processus de prise de décisions publiques[4], incluant les expertises et les avis émis par les acteurs non étatiques directement impliqués

par un processus décisionnel donné. D'autre part, l'existence d'un cadre hétéro-parties prenantes se révèle instrumentale afin de « démocratiser » l'élaboration d'instruments de *soft law* et de l'autorégulation qui, par définition, est le résultat de la négociation entre les intérêts particuliers des sujets autorégulés. En parallèle, une gouvernance en 4C favorise la mise en œuvre d'une « coopération réglementaire[5] » en vertu de laquelle la régulation technique et la « régulation contractuelle » ou *private ordering* sont élaborées par les acteurs privés dans le respect des droits fondamentaux des utilisateurs, dont les pouvoirs publics demeurent les garants ultimes.

En ce sens, nous avons mis en lumière que la régulation des réseaux électroniques et des « cyberespaces » qui composent l'Internet ne se fonde pas exclusivement sur des instruments normatifs de nature publique, qui sont l'émanation de la souveraineté nationale, mais, bien au contraire, elle se développe par le truchement de vecteurs normatifs issus de formes nouvelles de souverainetés technique et marchande. Notamment, les outils régulatoires qui découlent de celles-ci – à savoir la *lex informatica* et la *lex electronica* – revêtent une fonction supplétive par rapport à la régulation publique qui est naturellement incapable d'atteindre son objectif régulatoire dans un environnement numérique immatériel et a-territorial. Toutefois, bien que la *lex informatica* et la *lex electronica* soient en mesure de permettre le « bon fonctionnement » des réseaux électroniques et des cyberespaces, par le biais desquels se structure l'Internet, ces outils régulatoires ne sont pas socialement, politiquement et économiquement « neutres » et les intérêts qu'elles consacrent ont un impact direct sur les droits des internautes[6]. Ainsi, l'intervention étatique demeure essentielle afin de garantir la pleine jouissance des droits fondamentaux des internautes directement concernés – et qui sont susceptibles d'être restreints – par l'activité des acteurs privés dont le « pouvoir régulatoire » n'est pas soumis aux mêmes *checks and balances* qui encadrent les acteurs publics[7].

Dans ce sens, force est de rappeler que, bien que la « médiation » des intermédiaires qui exercent un contrôle sur l'infrastructure physique ou logique de l'Internet soit essentielle afin de réguler l'Internet, « le pouvoir de décision en ce qui concerne les questions de politique publique liées à l'Internet, est le droit souverain des États[8] ». L'objectif de la gouvernance de l'Internet doit donc être la communication, l'interopérabilité et la coordination de ces différentes sphères normatives afin de favoriser une régulation durable des différentes composantes de l'écosystème internautique. Ainsi, pour que l'intervention étatique soit en mesure de saisir la complexité de l'environnement internautique tout en évitant de produire des externalités négatives nuisibles aussi bien à l'infrastructure internautique qu'aux droits des internautes, il est envisageable que la régulation publique – tant dans un cadre national, supranational qu'international – s'inspire de « modèles régulatoires » élaborés par le biais d'un effort participatif et possiblement *hetero-stakeholder*, c'est-à-dire impliquant un spectre d'intérêts ample et

varié. En effet, la prise en compte ou l'adoption volontaire de tels modèles régulatoires favoriserait l'interopérabilité des systèmes juridiques nationaux par le biais d'un processus de diffusion transnationale, proche de celui qui caractérise l'adoption volontaire de standards techniques de la part des FAI et des fournisseurs de services et qui permet l'interopérabilité des systèmes autonomes qui composent l'Internet[9].

Le fondement d'une telle modélisation régulatoire sur la protection des droits de l'Homme des internautes semble donc être une condition essentielle afin de permettre une mise en œuvre effective de ces « charnières[10] » entre les différents systèmes juridiques dans les différents cyberespaces qui composent l'environnement internautique. Dans ce sens, les modèles régulatoires pourraient assumer une fonction de « spécifications techno-juridiques » communes, définissant non seulement des principes et des règles partagés mais aussi des mécanismes standards garantissant une protection effective des droits fondamentaux des usagers dans des contextes spécifiques. Une telle modélisation serait donc instrumentale afin de permettre aux États de s'acquitter de leur obligation d'« assure[r] aux utilisateurs d'Internet l'accès à des recours effectifs en cas de restriction ou quand ils estiment que leurs droits sont violés, ce qui implique à la fois une coordination et une coopération renforcée entre les institutions, entités et communautés pertinentes[11] ». Elle offrirait également la possibilité de permettre aux acteurs du « secteur privé [d']engager un véritable dialogue avec les pouvoirs publics pertinents et la société civile dans le cadre de l'exercice de la responsabilité sociale des entreprises[12] ».

Dans ce sens, nous avons mis en exergue l'intérêt de structurer la gouvernance de l'Internet sur la base de la subsidiarité verticale, qui impose la définition des rôles des différents *stakeholders*[13], ainsi que de la subsidiarité horizontale, qui promeut la coopération desdits *stakeholders*. Ainsi, l'institution de forums axés sur l'ouverture et la transparence représente une condition essentielle afin de mettre en œuvre une « gouvernance en 4C » fondée sur la concertation, la coopération, la consultation et la coordination d'une pluralité de parties intéressées, en favorisant un processus de diffusion transnationale reposant sur l'apprentissage et la réplication de pratiques innovantes, concernant une problématique donnée. Toutefois, bien que la fonction de forum – revêtue, notamment, par les différentes « variantes » nationales et internationales du FGI – soit instrumentale, afin de permettre « le dialogue sur n'importe quelles questions relevant de la gouvernance de l'Internet[14] », celle-ci est, en soi, insuffisante afin de permettre l'élaboration de solutions régulatoires partagées. Pour que le processus habermassien qui caractérise la standardisation Internet puisse être transposé dans un processus effectif de modélisation régulatoire, il est nécessaire qu'au sein de ces instances de concertation se cristallisent des groupes de travail pouvant élaborer et proposer des solutions modèles sur la base du *rough consensus* par le biais d'un processus ascendant. Dans ce but, le FGI – et ses variantes

nationales et régionales – offre une plateforme susceptible de favoriser le développement d'une modélisation régulatoire par le truchement de groupes de travail mettant en place des processus ouverts, transparents et *bottom-up*, et donnant lieu à une véritable coopération multi-parties prenantes. Par la suite, les modèles régulatoires issus d'une telle coopération pourraient être adoptés et mis en œuvre par les « régulateurs » les plus proches de la problématique faisant l'objet de chaque modèle régulatoire, dans un cadre distribué et orienté par le principe de subsidiarité.

Dans ce but, la définition d'un cadre procédural qui permette la recommandation des résultats des coalitions dynamiques du FGI semble être une étape nécessaire afin que ces éléments structurels du FGI puissent être considérés comme des véritables groupes de travail et puissent être chargés de proposer des modèles régulatoires. Dans un tel cadre, ces propositions pourraient être soumises aux commentaires de « la communauté Internet en général » et, enfin, recommandées par le FGI au sens de son mandat. Le fonctionnement du FGI serait donc partiellement reconfiguré afin de supplémenter la fonction de forum par le biais d'une fonction de recommandation de solutions modèles, comme une véritable *Internet Policy Task Force*.

Dans l'attente d'une réforme allant dans ce sens, il convient de continuer l'expérimentation d'« approches de gouvernance novatrices[15] » dans le cadre des coalitions dynamiques du FGI, afin de nourrir les différents mécanismes de régulation de l'Internet par le biais des propositions élaborées grâce à une coopération multi-parties prenantes[16].

1. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2014) 6 du Comité des ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet*, préc.

2. Dans ce sens : J. Habermas, *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, *op. cit.* ; D. Volpato Dutra, « Les enjeux de la théorie de l'argumentation comme base de l'éthique discursive », *op. cit*.

3. United Nations Development Programme, *Multi-Stakeholder Decision-Making A Guidebook for Establishing a Multi-Stakeholder Decision-Making Process to Support Green, Low-Emission and Climate-Resilient Development Strategies*, *op. cit.*

4. Dans ce sens : B. Pancher, *Grenelle de l'environnement. Comité Opérationnel nº 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, *op. cit*.

5. F. Cafaggi, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation : participation, autorégulation et régulation privée », *op. cit*.

6. Dans ce sens : L. DeNardis, *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, *op. cit.* ; L. Lessig, *Code and the Other Laws of Cyberspace. Version 2.0*, *op. cit.* ; F. Massit-Folléa, C. Méadel et L Monnoyer-Smith. (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, *op. cit*.

7. Dans ce sens : J. Malcom, *Internet Freedom in a Wolrd of States*, 2013, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/wks2013/workshop_background_paper/64_1367863304.pdf*
La nécessité de l'intervention étatique devient particulièrement évidente en ce qui concerne la gestion discriminatoire du trafic Internet, de la part des FAI, par le biais de pratiques pouvant avoir un impact direct sur la liberté d'expression des internautes, la confidentialité de leurs communications ainsi que le pluralisme des médias. Dans ce sens : L. Belli et M. Bergen, *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users' Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, *op. cit.* ; C. T. Marsden, *Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution*, *op. cit.* ; J. McNamee, "Internet intermediaries – The new cyberpolice?", *op. cit*.

8. SMSI, *Déclaration de principes. Construire la société de l'information : un défi mondial pour le nouveau millénaire*, *op. cit.*, § 49.

9. Dans ce sens : L. Belli et N. Foditsch, "Network Neutrality: An Empirical Approach to Legal Interoperability", *in* L. Belli et P. De Filippi, *The Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer, 2015.

10. Dans ce sens : S. Cassese, « La fonction constitutionnelle des juges non nationaux : De l'espace juridique global à l'ordre juridique global », *op. cit.* ; E. Dubout et S. Touzé, « La fonction des droits fondamentaux dans les rapports entre ordre et systèmes juridiques », *op. cit.*

11. Cons. Europe, *Recommandation CM/Rec (2014) 6 du Comité des ministres aux États membres sur un guide des droits de l'Homme pour les utilisateurs d'Internet*, préc.

12. *Ibid*.

13. À ce sujet, Joy Liddicoat et Avri Doria ont mis en lumière la complémentarité des différentes parties prenantes dans la protection des droits fondamentaux en arguant que « *in some situations, the technical community will not only be best placed but have the sole ability to protect human rights standards in relation to the free flow of information and ideas, precisely because they are the only community able to see the human rights issues that have been hard-wired into the very way in which the Internet operates* ». J. Liddicoat et A. Doria, *Human Rights and Internet Protocols: Comparing Processes and Principles*, *op. cit*.

14. GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, *op. cit.*, § 45.

15. Cons. Europe, *Vers une nouvelle conception des médias*, Résolution issue de la 1re Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des médias et des nouveaux services de communication, Une nouvelle conception des médias ?, *op. cit*.

16. Dans ce but, l'auteur de ce travail a fondé la coalition sur la neutralité du Net et a cofondé une coalition dynamique sur la responsabilité de plateformes, dont le premier meeting ou « *birds of a feather meeting* » a eu lieu dans le cadre du 9e FGI. Le but ultime de cette coalition consistera à élaborer des clauses contractuelles modèles, qui pourraient être intégrées dans les conditions d'usages de certains intermédiaires Internet afin de renforcer la responsabilité sociale des entreprises par le truchement de mécanismes de protections standardisés des droits de l'Homme. Voir le site Web officiel de la *Dynamic Coalition on Platform Responsibility*, disponible sur *http://platformresponsibility.info/* Force est de souligner qu'une telle initiative offrirait un instrument de mise en œuvre concrète des *Principes directeurs relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme : mise en œuvre du cadre de référence « protéger, respecter et réparer » des Nations unies, dans l'environnement internautique*.

aNNeXe

Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet

537 1) La neutralité du réseau est le principe selon lequel le trafic Internet doit être traité de façon égalitaire, sans discrimination, restriction ni ingérence fondée sur l'expéditeur, le destinataire, la catégorie ou le contenu, de sorte que la liberté de choix des usagers d'Internet ne soit pas limitée par l'application d'un traitement favorable ou défavorable à la transmission du trafic Internet lié à des contenus, services, applications ou appareils particuliers.

2) Conformément au principe de la neutralité du réseau, les fournisseurs d'accès Internet s'abstiennent de toute forme de discrimination, de restriction ou d'ingérence dans la transmission du trafic Internet, sauf si cette ingérence est strictement nécessaire et proportionnée aux objectifs suivants :

a) appliquer une disposition législative ou une décision de justice ;

b) préserver l'intégrité et la sécurité du réseau, des services et du terminal utilisé par l'internaute ;

c) empêcher la transmission de communications non sollicitées de marketing direct aux internautes qui ont accepté au préalable cette mesure restrictive ;

d) se conformer à une demande expresse de l'abonné, à condition que cette demande soit formulée librement, sans incitation de la part du fournisseur d'accès Internet ou de ses partenaires commerciaux ;

e) atténuer les conséquences d'une surcharge exceptionnelle et temporaire du réseau, d'abord au moyen de mesures indifférentes vis-à-vis des caractéristiques des applications puis, si elles ne s'avèrent pas efficaces, au moyen de mesures prenant en compte les caractéristiques spécifiques des applications.

3) Le principe de la neutralité du réseau s'applique à tous les services d'accès et de transit Internet offerts par les FAI, indépendamment de la technologie utilisée pour transmettre les signaux.

4) Le principe de la neutralité du réseau n'a pas à s'appliquer aux services spécialisés. Les fournisseurs d'accès devraient pouvoir offrir de tels services en plus de l'accès à Internet, à condition que ces offres ne nuisent pas aux services d'accès à Internet ou à leur performance, leur accessibilité économique ou leur qualité. Les offres de services spécialisés devraient être proposées de manière non discriminatoire et leur adoption par les internautes ne devrait rien avoir d'obligatoire.

5) Les abonnés à Internet ont le droit de recevoir et d'utiliser une adresse Internet publique et unique au niveau mondial.

6) Les techniques d'inspection ou d'analyse du trafic Internet doivent respecter la législation sur la vie privée et la protection des données. En règle générale, ces techniques ne devraient examiner que les données de l'entête. L'application de techniques d'inspection ou d'analyse du contenu des communications devrait être contrôlée par l'autorité nationale compétente en matière de protection des données afin de vérifier le respect des obligations en vigueur en matière de vie privée et de protection des données.

7) Les fournisseurs d'accès Internet doivent fournir des informations intelligibles et transparentes sur leurs pratiques de gestion du trafic et sur leurs politiques d'utilisation, notamment en ce qui concerne la coexistence de services d'accès à Internet et de services spécialisés. Lorsque la capacité du réseau est partagée entre les services d'accès à Internet et des services spécialisés, les critères sur lesquels se fonde ce partage sont clairement énoncés.

8) L'instance nationale de régulation compétente doit :

a) avoir pour mission de contrôler régulièrement, pour en rendre compte, les pratiques de gestion du trafic Internet et les politiques d'utilisation afin d'assurer la neutralité du réseau, d'évaluer l'impact potentiel des pratiques et des politiques susmentionnées sur les droits fondamentaux et de garantir l'existence d'une qualité de service suffisante et l'attribution au réseau Internet d'un niveau de capacité satisfaisant. Les rapports doivent être rédigés de façon ouverte et transparente et être mis à la libre disposition du public ;

b) mettre en place des procédures adaptées, claires, ouvertes et efficaces de traitement des plaintes sur les questions de neutralité du réseau. À cet effet, tous les usagers d'Internet ont le droit de recourir à ces procédures de plainte devant l'autorité compétente ;

c) traiter les plaintes dans un délai raisonnable et pouvoir appliquer les mesures nécessaires pour sanctionner les atteintes au principe de la neutralité du réseau.

Cette instance doit être dotée des ressources nécessaires pour s'acquitter efficacement et en temps opportun des obligations susmentionnées.

9) Définitions :

a) « Internet » est le réseau de réseaux de communication électronique en accès public utilisant le Protocole Internet pour mettre en communication ses extrémités atteignables, directement ou au moyen d'une traduction d'adresse réseau, *via* une adresse Internet unique au niveau mondial ;

b) l'expression « fournisseur d'accès Internet » désigne une personne morale offrant un service d'accès à Internet au public ou un service de transit Internet à un autre FAI ;

c) l'expression « service d'accès à Internet » désigne un service de communication électronique en accès public qui fournit une connexion à Internet, permettant donc à l'abonné ou à l'internaute de recevoir et de communiquer des données depuis et vers Internet quelle que soit la technologie utilisée pour transmettre le signal ;

d) l'expression « service de transit Internet » désigne un service de communication électronique fournissant une connexion à Internet entre fournisseurs d'accès Internet ;

e)l'expression « trafic Internet » désigne un ou plusieurs flux de données transmis *via* Internet, indépendamment des appareils ou applications qui les ont générés ;

f) l'expression « services spécialisés » désigne des services de communication électronique fournis et gérés au sein de réseaux de communication électronique fermés qui utilisent le Protocole Internet mais ne font pas partie d'Internet. L'expression « réseaux de communication électronique fermés » désigne des réseaux où les admissions sont strictement contrôlées ;

g) l'expression « indifférence vis-à-vis des caractéristiques des applications » s'applique aux pratiques, aux mesures et aux techniques de gestion du trafic Internet qui ne dépendent pas des caractéristiques des applications, des contenus, des services, des appareils ou des usages spécifiques ;

h) le terme « abonné » désigne une personne physique ou morale ayant conclu un accord avec un fournisseur d'accès Internet afin de bénéficier d'un service d'accès à Internet ;

i) l'expression « usager d'Internet » désigne toute personne physique ou morale qui utilise un service d'accès à Internet et qui, de ce fait, a la liberté de communiquer et de recevoir des informations et d'utiliser ou d'offrir des applications et des services *via* les outils de son choix. Ce peut être l'abonné ou toute personne autorisée par l'abonné à utiliser son service d'accès à Internet. Les personnes morales qui offrent des contenus et/ou des applications sur Internet sont aussi des usagers d'Internet.

Bibliographie

OUVRAGES JURIDIQUES

ANTHONY (G.) *et al*. (ss. la dir.), *Values in Global Administrative Law*, Hart Publishing, Oxford, 2011.

BELLEY (J.-G.) (ss. la dir.), *Le droit soluble. Contribution québécoise à l'étude de l'internormativité*, LGDJ, Paris, 1996.

BELLI (L.) et DE FILIPPI (P.), *The Net Neutrality Compendium: Human Rights, Free Competition and the Future of the Internet*, Springer, Berlin 2015.

BENEDEK (W.) (ss. la dir.), "*Human Security in the Information Society*", *Perspectives*, nº 1, 2012.

BENYEKHLEF (K.) et TRUDEL (P.) (ss. la dir.), *État de droit et virtualité*, Thémis, Montréal, 2009.

CARPANO (E.), *État de droit et droits européens : l'évolution du modèle de l'État de droit dans le cadre de l'européanisation des modèles juridiques*, L'Harmattan, Paris, 2005.

COMANDUCCI (P.) et GUASTINI (R.), *Analisi e diritto* 2005. *Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, Torino, 2006.

CÔTÉ (R.) et ROCHER (G.) (ss. la dir.), *Entre droit et technique : enjeux normatifs et sociaux*, Thémis, Montréal, 1994.

DAHMANI (A.), DO-NASCIMENTO (J.), LEDJOU (J.-M.) et GABAS (J.-J.), *La démocratie à l'épreuve de la société numérique*, Karthala Editions, Paris, 2007.

DE FILIPPI (P.), *Copyright Law in the Digital Environment*, Lap Lambert Academic Publishing GmbH & co. KG, Saarbrücken 2012.

DELMAS-MARTY (M.), *Études juridiques comparatives et internationalisation du droit*, Paris, Fayard, coll. « Leçons inaugurales du Collège de France », 2003.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit. Le relatif et l'universel*, Seuil, coll. « La couleur des idées », Paris, octobre 2004.

DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, Seuil, Paris, 1994.

DELPÉRÉE (F.) (ss. la dir.), *Le principe de subsidiarité*, LGDJ, Paris, 2002.

DUBOUT (E.) ET TOUZÉ (S.) (ss. la dir.), *Les droits fondamentaux : charnières entre ordres et systèmes juridiques*, A. Pedone, Paris, 2009.

DUGUIT (L.), *Manuel de droit constitutionnel*, E. de Boccard éditeur, Paris, 1937.

DUPUY (P. M.), *Droit international public*, Dalloz, Paris, 4e éd., 1998.

ELLUL (J.), *Le système technicien*, Callman-Lévy, Paris, 1977.

FERRARESE (M. R.), *Il diritto al presente. Globalizzazione e tempo delle istituzioni*, Il Mulino, Bologna, 2002.

FONTAINE (L.), « Les sources nouvelles en droit de l'environnement », *in* ASSOCIATION HENRI CAPITANT, *Le droit et l'environnement*, Dalloz, Paris, 2010.

FRISON-ROCHE (M.-A.), « Droit de la régulation », *Recueil Dalloz*, no 7, 2001.

GALLOUX (J.-C.), *Droit de la propriété industrielle*, Dalloz, coll. « Précis Dalloz », Paris, 2e éd., 2003.

GERARD (P.), Ost (F.) et KERCHOVE (M.) (ss. la dir.), *Droit négocié, droit imposé ?*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 1996.

GOLDSMITH (J.) et WU (T.), *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford University Press, Oxford, 2006.

GUADAMUZ (A.), *Networks, Complexity and Internet Regulation*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2011.

GUÉGUEN (D.), *Comitologie. Le pouvoir européen confisqué*, European Training Institute, Bruxelles, 3e éd., 2011.

HABERMAS (J.), *Droit et démocratie. Entre faits et normes*, Gallimard, Paris, 1997, p. 357.

HACHEZ (I.) *et al.* (ss. la dir.), *Les sources du droit revisitées*, vol. 1 : *Normes internationales et constitutionnelles*, Anthemis, Bruxelles, 2013.

HENNEBEL (L.) *La Convention américaine des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

JAVILLIER (J. C.) (ss. la dir.), *Gouvernance, droit international et responsabilité sociétale des entreprises*, Institut international d'études sociales, Genève, 2007.

KATSCH (E.), *Law in a Digital World*, Oxford University Press, New York, 1995.

KATSH (E.), *The Electronic Media and the Transformation of Law*, Oxford University Press, New York, 1989.

KATSH (E.), RIFKIN (J.) et GAITENBRY (A.), "E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of 'eBay Law'", *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, vol. 15, 2000.

KELSEN (H.), *Allgemeine Theorie der normen (Théorie générale des normes)*, Wein, Manz Verlag, 1979, trad. fr. BEAUD (O.) et MALKANI (F.), PUF, Paris, 1996.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2e édition de la Reine Rechtslehre par EISENMANN (C.), LGDJ, Paris, 1999.

KIRCHNER (C.), "Regulating toward what?", *in* ULLRICH (H.) (ss. la dir.), *The Evolution of European Competition Law*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2006.

LADEUR (K.-H.) (ss. la dir.), *Public Governance in the Age of Globalization*, Ashgate, Surrey 2004.

LAGET-ANNAMAYER (A.), *La régulation des services publics en réseaux : télé-communications et électricité*, Bruylant, Bruxelles-LGDJ, Paris, 2002.

LAJOIE (A.), MACDONALD (R. A.), JANDA (R.) et ROCHER (G.), *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Thémis, Montréal, 1998.

LARRIEU (J.), *Droit de l'Internet*, Ellipses, 2010.

LENOBLE (J.) et MAESSCHALCK (M.), *Toward a Theory of Governance. The Action of Norms*, Kluwer Law International, Londres, 2003.

LESSIG (L.), *Code and the Other Laws of Cyberspace, version 2.0*, Basic Books, New York, 2006.

LESSIG (L.), *Free culture. How Big Media Uses Technology and the Law to Lock Down Culture and Control Creativity*, Penguin Press, Londres, 2004.

LESSIG (L.), *L'avenir des idées*, Presses universitaires de Lyon, Paris, 2005.

LEWIS (D. E.) et SELIN (J. L.), *Sourcebook of United States Executive Agencies*, Administrative Conference of the United States, Office of the Chairman, december 2012.

LONGWORTH (E.), « Opportunité d'un cadre juridique applicable au cybe-respace », *Les dimensions internationales du droit du cyberespace*, Éditions de l'UNESCO-Economica, Paris, 2000.

LOQUIN (E.), « Où en est la lex mercatoria ? », *in Souveraineté étatique et marchés internationaux à la fin du XXe siècle – Mélanges en l'honneur de Ph. Kahn*, Litec, Paris 2000.

LOWE (V.), FITZMAURICE (M.) (ss. la dir.), *Fifty Years of the International Court of Justice. Essays in honor of Sir Robert Jennings Cambridge*, Cambridge University Press, Cambridge, 1996.

MACKINNON (R.), *Consent of the Networked: The worldwide struggle for Internet freedom*, Basic books, New York, 2012.

MADS (A.) et TÜRK (A.) (ss. la dir.), *Delegated Legislation and the Role of Committees in the EC*, Kluwer Law International Edition, La Haye, Londres, Boston, 2000.

MAGNETTE (P.) (ss. la dir.), *La Constitution de l'Europe*, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelles.

MANIN (B.), *Principes du gouvernement représentatif*, Calman-Levy, Paris, 1995.

MARCOU (G.) et MODERNE (F.) (ss. la dir.), *Droit de la régulation, service public et intégration régionale*, L'Harmattan, Paris, 2005.

MARSDEN (C. T.), *Net Neutrality Towards a Co-regulatory Solution*, Bloomsbury Academic, Londres, 2010.

MARSDEN (C. T.) (ss. la dir.), *Regulating the Global Information Society*, Warwick Studies in Globalisation, 2000.

MASSIT-FOLLÉA (F.), MÉADEL (C.) et MONNOYER-SMITH (L.) (ss. la dir.), *Normative Experience in Internet Politics*, Presses des Mines, Paris, 2012.

MILLON-DELSOL (C.), *L'État subsidiaire. Ingérence et non-ingérence de l'État : le principe de subsidiarité aux fondements de l'histoire européenne*, PUF, Paris, 1992.

MILLON-DELSOL (C.), *Le principe de subsidiarité*, PUF, coll. « Que sais-je ? », Paris, 1993.

MOCKLE (D.), *La gouvernance, le droit et l'État : la question du droit dans la gouvernance publique*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

MONTERO (E.), *Internet face au droit*, Story Scientia, Bruxelles, 1997.

MORAND (C.-A.) (ss. la dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruylant, Bruxelles, 2001.

MOUTOUH (H.), « Pluralisme juridique », *in* ALLAND (D.) et RIALS (S.) (ss. la dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, coll. « Quadrige », Paris, 2003.

OSMAN (F.), *Les principes généraux de la lex mercatoria*, LGDJ, Paris, 1992.

OST (F.) et KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Presses des facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

PASQUIER (R.), SIMOULIN (V.) et WEISBEIN (J.), *La gouvernance territoriale. Pratiques, discours et théories*, LGDJ, coll. « Droit et société », Paris, 2007.

PÉRALDI LENEUF (F.) (ss. la dir.), *Rapport sur l'étude Gouvernance démocratique et normalisation*, université Paris Dauphine, 2010.

PHILLIPS (J.) et SIMON (I.), *Trade Mark Use*, Oxford University Press, New York, 2005.

PONTIER (J. M.) (ss. la dir.), « Les autorités administratives indépendantes en Europe », *Annuaire européen d'administration publique 2008*, t. 31, PUAM, Aix-en-Provence, 2009.

POULLET (Y.), *Technologies de l'information et de la communication et « corégulation » : une nouvelle approche ?*, Wolters Kluwer, Paris, 2004.

RANJEVA (R.) et CADOUX (C.), *Droit international public*, EDICEF, Vanves, 1992.

RAWLS (J.), *Théorie de la justice*, Seuil, Paris, 1997.

ROMANO (S.), *L'ordre juridique*, Dalloz, Paris, 2e éd., 2002.

ROSA (S.), *La méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2007.

SCHEWICK (B.), *Internet Architecture and Innovation*, The MIT Press, Cambridge, 2010.

SCHULTZ (T.), *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruylant, Bruxelles, 2005.

SHORT (L. M.), *The Development of National Administrative Organization in the United States*, Johns Hopkins Press, Baltimore, 1923.

SUPIOT (A.), *Homo juridicus. Essai sur la fonction anthropologique du droit*, Seuil, Paris, 2009.

SZASZ (P.), "The Complexification of the United Nations System", *Max Plack Yearbook of United Nations Law*, vol. 3, 1999.

TOSATO (E.), "Sul principio di sussidiarietà dell'intervento statale", *Persone, società intermedie e Stato*, Milan, 1989.

TOURET (D.), *Introduction à la sociologie et à la philosophie du droit. La biologique du droit*, Litec, Paris, 1995.

TROPER (M.), « Constitution », *Dictionnaire encyclopédique de théorie et sociologie du droit*, LGDJ, Paris, 1993.

TRUCHET (D.), « La structure du droit administratif peut-elle demeurer binaire ? », *Clés pour le siècle*, Dalloz, Paris, 2000.

TRUDEL (P.), ABRAN (F.), BENYEKHLEF (K.) et HEIN (S.), *Droit du Cyberespace*, Thémis, Montréal, 1997.

WARUSFEL (B.), « La gestion de l'Internet entre autorégulation et rivalités institutionnelles : un phénomène mondial à la recherche de son modèle de gouvernance », *Annuaire français de relations internationales*, no 1, 2000.

WEBER (R.), *Shaping Internet Governance: Regulatory Challenges*, Springer, Zurich, 2009.

ZAGREBELSKY (G.), *Il diritto mite*, trad. fr. LERY (M.), *Le droit en douceur*, Economica, Paris, 2000.

OUVRAGES NON JURIDIQUES

BERTHAUD (P.) et KÉBABDJIAN (G.), *La question politique en économie internationale*, La Découverte, coll. « Recherches », Paris, 2006.

BYGRAVE (L.A.) et BING (J.) (ss. la dir.), *Internet Governance: Infrastructure and Institutions*, Oxford University Press, New York, 2009.

CANET (R.) et DUCHASTEL (J.) (ss. la dir.), *La régulation néolibérale. Crise ou ajustement ?*, Athéna Éditions, Montréal, 2004.

CHISTIANSEN (T.) et NEUHOLD (C.) (ss. la dir.), *International Handbook on Informal Governance*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 2012.

COURTY (G.), *Les groupes d'intérêt*, La Découverte, coll. « Repères », Paris, 2006.

CRÉPEAU (F.) (ss. la dir.), *Mondialisation des échanges et fonctions de l'État*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

CROZIER (M.), Huntington (S. P.), Watanuki (J.), *The crisis of democracy: Report on the governability of democracies for the trilateral commission*, New York University Press, New York, 1975.

DE SENARCLENS (P.), *La mondialisation. Théories, enjeux et débats*, Dalloz/Armand Colin, Paris, 2005.

DEHOUSSE (R.) (ss. la dir.), *L'Europe sans Bruxelles ? Une analyse de la méthode ouverte de coordination*, L'Harmattan, Paris, 2004.

DENARDIS (L.), *Protocol Politics: The Globalization of Internet Governance*, The MIT Press, Cambridge, 2009

DRAKE (W. J.), *Internet Governance: Creating Opportunities for All*, 2010, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/images/2010/book/igf.sharm.book.final.pdf*

DRAKE (W. J.), *Reforming Internet Governance*, UNICTTF, Series, n° 12, New York, 2005.

DRAKE (W. J.) et WILSON (E. J.), *Governing Global Electronic Networks International Perspectives on Policy and Power*, The MIT Press, Cambridge, 2008.

DROSSOU (O.) et JENSEN (H.) (ss. la dir.), *Visions in Process II. The World Summit on the Information Society, Geneva 2003 – Tunis 2005*, 2005.

FONTAINE (C.), HAARMAN (A.) et SCHMID (S.), *The Stakeholder Theory*, 2006 Disponible sur : *www.martonomily.com/sites/default/Files/attach/Stakeholders theory.pdf*

FREEMAN (R. E.), *Strategic Management: a Stakeholder Approach*n, Pitman, Boston, 1984.

FRIEDMAN (M.) et FRIEDMAN (R.), *Free to Choose: a Personal Statement*, Harcourt, San Diego, 1990.

FRISON-ROCHE (M.-A.) (ss. la dir.), *Les régulations économiques. Légitimité et efficacité*, Presses de Sciences Po et Dalloz, Paris, 2004.

GAUDIN (J. P.), *Gouverner par contrat. L'action publique en question*, Presses de Sciences Po, Paris, 1999.

GAUDIN (J. P.), *Pourquoi la gouvernance ?*, Presses de Science Po, Paris, 2002.

GAWER (A.) (ss. la dir.), *Platforms, Markets and Innovation*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham 2009.

GIBSON (W.), *Neuromancer*, cheltenham New York, 1984.

GRAY (B.), *Collaborating: Finding Common Ground for Multiparty Problems*, Jossey-Bass Management Series, San Francisco, 1989.

GRÉMION (C.), *Profession décideur Pouvoir des liants fonctionnaires et réforme de l'État*, Gauthier-Villars, Paris, 1979.

HABERMAS (J.), *Raison et légitimité. Problèmes de légitimation dans le capitalisme avancé*, trad. fr. LACOSTE (F.), Payot, Paris, 1978.

HAUBEN (M.) et HAUBEN (R.), *Netizens: On the History and Impact of Usenet and the Internet*, IEEE Computer Society, Los Alamitos, 1997.

HEMMATI (M.), *Multi-Stakeholder Processes for Governance and Sustainability. Beyond Deadlock and Conflict*, Earthscan, Londres, 2001.

HERMET (G.), *Nous sommes en 1775. Gouvernance et après-démocratie*, Revue Catholica, 2005.

HERMET (G.), KAZANCIGIL (A.) et PRUD'HOMME (J. F.), *La gouvernance : un concept et ses applications*, Karthala, Paris, 2005.

HUFTY (M.) *et al*., *Jeux de gouvernance. Regards et réflexions sur un concept*, Institut universitaire d'études du développement, Karthala, Paris, 2007.

HUITEMA (C.), *Et Dieu créa l'Internet*, Eyrolles, Paris, 1995.

IACOVINO (A.), *Teorizzare la Governance, Governabilità ai tempi del globale*, Aracne, Rome, 2005.

KAMALA (M. G.) (ss. la dir.), *Les enjeux du développement durable et les stratégies des acteurs. La place des entreprises*, UNESCO-Karthal, Paris, 2003.

KLAINWÄCHTER (W.) (ss. la dir.), *MIND 2, Internet Policy Making*, Berlin, 2011.

KRASNER (S. D.) (ss. la dir.), *International Regimes*, Cornell University Press, Ithaca et Londres, 1983.

KURBALIA (J.) et GELBSTEIN (E.), *Gouvernance de l'Internet. Enjeux, acteurs et fractures*, Global Knowledge Partnership, Genève, 2005.

LATHROP (D.) et RUMA (L.) (ss. la dir.), *Open Government: Collaboration, Transparency, and Participation in Practice*, O'Reilly Media, Sebastopol, 2010.

MACLEAN (D.) (ss. la dir.), *Internet Governance: a Grand Collaboration*, United Nations ICT Task Force, Series n° 5, New York, 2004.

MALCOLM (J.), *Multi-Stakeholder Governance and the Internet Governance Forum*, Terminus Press, Perth, 2008.

MATHIEN (M.), *Le sommet mondial sur la société de l'information et après ? Perspectives sur la cité globale*, Bruylant, Bruxelles, 2008.

MENY (Y.), MULLER (P.) et QUERMONNE (J.-L.) (ss. la dir.), *Politiques publiques en Europe*, L'Harmattan, coll. « Logiques politiques »,Paris, 1995.

MEYNAUD (J.) et SIDJANSKI (D.), *Les groupes de pression dans la Communauté européenne 1958-1968. Structure et actions des organisations professionnelles*, université de Montréal, Montréal, 1969.

MITCHELL (W. J.), *City of Bits: Space, Place, and the Infobahn*, The MIT Press, Cambridge, 1998.

MORGENTHAU (H. J.), *Politics among Nations. The Struggle for Power and Peace*, Knopf, New York, 1950.

MUELLER (D. C.), *Public Choice II*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

MUELLER (M. L.), *Networks and States. The Global Politics of Internet Governance*, The MIT Press, Cambridge, 2010.

MUELLER (M. L.), *Ruling the root: Internet Governance and the Taming of Cyberspace*, The MIT Press, Cambridge, 2004.

NOËL (P.), « Théories des régimes, économie politique internationale et science politique : réflexions critiques », *Annuaire français de relations internationales*, Bruylant, Bruxelles, 2000.

NOLL (R. G.) (ss. la dir.), "Government Regulatory Behavior: a Multidisciplinary Survey and Synthesis", *Regulatory Policy and the Social Sciences*, University of California Press, Berkeley, 1985.

NOLL (R. G.) et OWEN (B. M.), *The Political Economy of Deregulation: Interest Groups in the Regulatory Process*, Aei pr, Washington, 1983.

OSBORNE (D.) et GAEBLER (T.), *Reinventing government. How the entrepreneurial spirit is transforming the public sector*, Addison-Wesley, Reading Massachusetts, 1992.

OSTROM (E.), *Governing the Commons: The Evolution of Institutions for Collective Action*, Cambridge University Press, New York, 1990.

PALUMBO (A.) et VACCARO (S.) (ss. la dir.), *Governance: teorie, principi, modelli, pratiche nell'era globale*, Mimesis, Milan, 2006.

PALUMBO (A.) et VACCARO (S.) (ss. la dir.), *Governance e democrazia*, Mimesis, Milan, 2009.

PFLEEGER (C.) et PFLEEGER (S. L.), *Security in Computing*, Prentice Hall Professionnal, Upper Saddle River, 2003.

PIERRE (J.), *Debating Governance*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

POLLITT (C.) et BOUCKAERT (G.), *Public Management Reform: a Comparative Analysis*, Oxford University Press, Oxford, 2000.

POPEREN (J.) (ss. la dir.), *Robespierre textes choisis*, t. 2, Éditions Sociales, Paris, 1974.

POUZIN (L.), *The Cyclades Computer Network: Towards Layered Network Architectures*, North-Holland Pub. Co., Amsterdam, 1982.

RAMADE (F.), *Dictionnaire encyclopédique des sciences de l'eau : biogéochimie et écologie des eaux continentales et littorales*, Ediscience International, Paris, 1998.

REVEL (C.), *La gouvernance mondiale a commencé. Acteurs, enjeux, influences… et demain ?*, Ellipses, Paris, 2006.

ROSENAU (J. N.), *Turbulence in World Politics: a Theory of Change and Continuity*, Princeton University Press, New York, 1990.

ROUSSEAU (J.-J.), *Du contrat social*, Garnier-Flammarion, Paris, 1966.

SCHEMEIL (Y.) et EBERWEIN (W. D.) (ss. la dir.), *L'énonciation des normes internationales*, La Découverte, Paris, 2008.

SCHEPEL (H.), *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Hart Publishing, Oxford, 2005.

STEVENS (W. R.), *TCP/IP Illustrated: the Protocols*, vol. 1, Addison-Wesley Publishing Company, Boston, 1994.

STIGLITZ (J. E.), *Making Globalization Work*, W. W. Norton & company, New York, 2006.

THUOT (J.-F.), *La fin de la représentation et les formes contemporaines de la démocratie*, Éditions Nota bene, Montréal, 1998.

TITE-LIVE, *Ab urbe condita*, livre II, paragraphe I, disponible sur *http://fr.wikisource.org/wiki/Histoire_romaine_(Tite-Live)/Livre_II?match=la*

VITALE (A.), *La forma di Stato democratica*, Aracne, Rome, 2005.

WALDROP (M. M.), *Complexity: The Emerging Science at the Edge of Order and Chaos*, Penguin, New York, 1993.

WEBER (M.), *Économie et société*, Pocket, coll. « Agora », Paris, 2003.

WEBER (M.), *Le savant et le politique*, Plon, Paris, 1959.

WILLIAMSON (O.), *Corporate Control and Business Behavior: An Inquiry into the Effects of Organisation Form on Enterprise Behavior*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1970.

ZITTRAIN (J.), *The Future of the Internet and How to Stop It*, Yale University Press, 2008.

ARTICLES JURIDIQUES

AUBY (J. B.), « La théorie du droit administratif global : Brève présentation critique », *Troisième session du séminaire « Droit administratif comparé, européen et global »*, 3 mai 2007, disponible sur *www.sciencespo.fr/chaire-madp/sites/sciencespo.fr.chaire-madp/files/jba.pdf*

BELLI (L.), "A Heterostakeholder Cooperation for Sustainable Internet Policymaking", *Internet Policy Review.*, vol. 4, nº 2, mai 2015, disponible sur *http://policyreview.info/node/364/pdf*

BENYEKHLEF (K.), « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », *Lex Electronica*, vol. 8, nº 1, automne 2002.

BIGO (D.) *et al*., "Mass Surveillance of Personal Data by EU Member States and Its Compatibility with EU Law", *Liberty and Security in Europe Papers*, nº 61, 6 novembre 2013 disponible sur *http://ssrn.com/abstract=2360473*

BINGHAM (L. B.), "Collaborative Governance: Emerging Practices and the Incomplete Legal Framework for Citizen and Stakeholder Voice", *Missouri Journal of Dispute Resolution*, nº 2, 2009.

BOYLE (J.), "A Nondelegation Doctrine for The Digital Age?", *Duke Law Journal*, vol. 50, nº 5, 2000.

CHEVALLIER (J.), « La régulation juridique en question », *Droit et sociétés*, nº 49, 2001/3.

CRAWFORD (S.), "The ICANN Experiment", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol 12, p. 409, 2004.

DAMON (L. J.), "Freedom of Information Versus National Sovereignty: the Need for a New Global Forum for the Resolution of Transborder data Flow Problems", *Fordham International Law Journal*, nº 10, 1986-1987.

DATLA (K.) et REVESZ (R. L.), “Deconstructing Independent Agencies (and Executive Agencies)”, *Cornell Law Review*, vol. 98, n° 4, 2012.

DAWSON (C.), “Creating Borders on the Internet: Free Speech, the United States, and International Jurisdiction”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44, 2004.

DE FILIPPI (P.) et BELLI (L.), “Law of the Cloud v Law of the Land: Challenges and Opportunities for Innovation”, *European Journal of Law and Technology*, vol. 3, n° 2, 2012.

DEHOUSSE (F.) et ZGAJEWSKI (T.), « De l’UIT à l’OMC : les mutations de droit international des télécommunications », *Revue belge de droit international*, 1999/1.

DELLIS (G.), « Régulation et droit public “continental”. Essai d’une approche synthétique », *LGDJ-Revue du droit public*, n° 26, juillet-août 2010.

DELMAS-MARTY (M.), « L’internationalisation du droit : dégradation ou recomposition ? », *Esprit*, 2012/11.

DELMAS-MARTY (M.), « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », 2006, disponible sur *www.ieim.uqam.ca/IMG/pdf/article_Dalloz.pdf*

DEROSIER (J.-P.), « La dialectique centralisation/décentralisation. Recherches sur le caractère dynamique du principe de subsidiarité », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 59, n° 1, 2007.

DINWOODIE (G. B.), “Private Ordering and the Creation of International Copyright Norms: The Role of Public Structuring”, *Journal of Institutional and Theoretical Economy*, 2004.

EBERHARD (C.), « Préliminaires pour des approches participatives du droit, de la gouvernance et du développement durable », *Revue interdisciplinaire d’études juridiques*, vol. 62, 2009.

ELEFTHERIADIS (P.) “Cosmopolitan Law”, *European Law Journal*, n° 9, 2003.

ERRIT (H. H., JR.), “The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet’s Role in Strengthening National and Global Governance”, *Chicago-Kent College of Law*, vol. 5, n° 2, Illinois Institute of Technology.

ETSY (D. C.), “Good Governance at the Supranational Scale: Globalizing Administrative Law”, *The Yale Law Journal*, vol. 115, 2006.

FINNEMORE (M.) et KATHRYN (S.), “International Norm Dynamics and Political Change”, *International Organization*, vol. 52, n° 4, 1998.

FLÜCKIGER (A.), « Le principe de clarté de la loi ou l’ambiguïté d’un idéal », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n° 21, janvier 2007, disponible sur

www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-50557.pdf

FOSSOUL (N. C. J.), *Does the USA PATRIOT Act Give US Government Access to EU Citizens' Personal Data Stored in the Cloud in Violation of the EU Law?*, university of Tilburg, 2012.

FOSTER (K.), "Lex Sportiva: what is sports law?", *ASSER International Sports Law Series*, 2012.

FRANKEL (T.), "Governing by Negotiation: the Internet Naming System", *Cardozo Journal of International and Comparative Law*, vol. 12, 2004, disponible sur *www.tamarfrankel.com/support-files/governing-by-negotiation.pdf*

FROOMKIN (M. A.), "Almost Free: an Analysis of ICANN's 'Affirmation of Commitments'", *Journal on Telecommunications and High Technology Law*, vol. 9, 2010.

FROOMKIN (M. A.), "*Habermas@discourse.net*: Toward a Critical Theory of Cyberspace", *Harvard Law Review*, vol. 116, nº 3, janvier 2003, disponible sur *http://personal.law.miami.edu/~froomkin/discourse/ils.pdf*

FROOMKIN (M. A.), "ICANN's 'Uniform Dispute Resolution Policy' – Causes and (Partial) Cures", *Brooklyn Law Review*, vol. 67, 2002.

FROOMKIN (M. A.), "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", *Duke Law Journal*, vol. 50, nº 17, 2000.

FROOMKIN (M. A.) et LEMLEY (M. A.), "ICANN and Antitrust", *University of Illinois Law Review*, vol. 1, 2003.

FUELLER (K. E.), "ICANN: The Debate Over Governing the Internet", *Duke Law & Technology Review*, vol. 2, 2001, disponible sur *http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=dltr*

GAINES (S. E.) et KIMBER (C.), "Redirecting Self-Regulation", *Journal of Environemental Law*, vol. 13, nº 157, 2001.

GARLIN-FERRARD (O.), « L'élaboration de la nature et du régime juridiques du nom de domaine au travers des conflits avec la marque », *Dossiers Propriété Intellectuelle*, nº 3, 2002, disponible sur *www.legalbiznext.com/droit/IMG/pdf/nomsdedomaine.pdf*

GAUTRAIS (V.), LEFEBVRE (G.) et BENYEKHLEF (K.), « Droit du commerce électronique et nomes applicables : l'émergence de la Lex electronica », *Revue de droit des affaires internationales*, nº 5, 1997.

GEIST M., "*Fair.Com*? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 67, 2002.

GELTER (M.), "The Dark Side of Shareholder Influence: Toward a Holdup Theory of Stakeholders in Comparative Corporate Governance", *ECGI – Law Working Paper*, nº 96, 2008.

GOLDSMITH (J.), "Against Cyberanarchy", *University of Chicago Law Review*, nº 65, 1998.

GREENBERG (M. H.), "Return to Lilliput: the LICRA v. Yahoo – Case and the Regulation of Online Content in the World Market", *Berkeley Tchnology Law Journal*, vol. 18, 2003.

HARLOW (C.), "Global Administrative Law: the Quest for Principles and Values", *European Journal of International Law*, nº 17, 2006.

HELFER (L. R.) et DINWOODIE (G. B.), "Designing Non-National Systems: the Case of Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy", *William and Mary Law Review*, vol. 43, 2001.

HELLER (K. J.), "The Young Cybersquatter's Handbook: a Comparative Analysis of the ICANN Dispute", *Cardozo Online Journal of Conflict Resolution*, vol. 2, nº 2, 2001.

HENNEBEL (L.), « L'"humanisation" du droit international des droits de l'Homme », *Revue trimestrielle du droit de l'Homme*, nº 59, 2004.

ITEANU (O.), « L'ICANN, un exemple de gouvernance originale ou un cas de law intelligence ? », *Homo Numericus*, 2002, p. 10, disponible sur *www.homo-numericus.net/article154.html*

JOHNSON (D. J.) et POST (D. G.), "Law and Borders – The Rise of Law in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, 1996.

JOHNSON (D. J.) *et al.*, "A Commentary on the ICANN 'Blueprint' for Evolution and Reform", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, 2003.

KESAN (J. P.) et GALLO (A. A.), "Pondering the Politics of Private Procedures: The Case of ICANN", *I/S: A Journal of Law and Policy for the Information Society*, vol. 4, nº 2, 2008.

KESAN (J. P.) et GALLO (A. A.), "The Market for Private Dispute Resolution Services – An Empirical Re-Assessment of ICANN-UDRP Performance", *Bepress Legal Series, The Berkeley Electronic Press*, nº 480, 2005.

KESAN (J. P.) ET SHAH (R. C.), "Fool Us Once Shame on You – Fool Us Twice Shame on Us: What We Can Learn from the Privatizations of the Internet Backbone Network and the Domain Name System", *Washington University Law Review*, vol. 79, nº 1, 2001, disponible sur *http://digitalcommons.law.wustl.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1399&context=lawreview*

KIM (J.), "Territoriality Challenges in Protecting Trademark Interests in the System of Generic Top-Level Domains (gTLDs)", *Marquette Intellectual Property Law Review*, vol. 18, nº 1, 2014.

KINGSBURY (B.), "The Concept of 'Law' in Global Administrative Law", *European Journal of International Law*, vol. 20, nº 1.

KINGSBURY (B.) et CASINI (L.), "Global Administrative Law Dimensions of International Organizations", *International Organizations Law Review*, nº 6, 2009.

KINGSBURY (B.), KRISCH (N.) et STEWART (R. B.), « L'émergence du droit administratif global », *Revue internationale de droit économique*, t. 27, 2013/1.

KINGSBURY (B.), KRISCH (N.) et STEWART (R. B.), "The Emergence of Global Administrative Law", *Law and Contemporary Problems*, vol. 68, nº 15, 2005.

KLEIN (H.), "ICANN Reform: Establishing the Rule of Law", *Internet and Public Policy Project*, 2005.

KLEIN (H.), "The Feasibility of Global Democracy: Understanding ICANN's at-large Election", *The Journal Of Policy, Regulation and Strategy for Telecommunications Information and Media*, vol. 3, nº 4, 2001.

KLEINWÄCHTER (W.), "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, 2003.

KOHL (U.), "The Rule of Law, Jurisdiction and the Internet", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 12, nº 3, 2004.

KOHL (U.), "Who has the Right to Govern Online Activity? A Criminal and Civil Point of View", *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 18, nº 3, 2004.

KOMAITIS (K.), "Internet Governance: Why Plato is Still Relevant", *International Journal of Communications Law and Policy*, 2009.

KOMAITIS (K.), "ICANN: Guilty as Charged?", *The Journal of Information, Law and Technology*, nº 1, 2003, disponible sur *www2.warwick.ac.uk/fac/soc/law/elj/jilt/2003_1/komaitis/*

KRISH (N.) et KINGSBURY (B.), "Introduction: Global Governance and Global Administrative Law, in the International Legal Order", *The European Journal of International Law*, vol. 17, nº 1.

LABBÉ (E.), « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », *Juriscom.net*, 8 novembre 2000, disponible sur *www.juriscom.net/uni/doc/20001108.htm#_ftn58*

LANG (W.) et SCHALLY (H.), « La convention cadre sur les changements climatiques : un élément du bilan normatif du sommet de la Terre : la CNUED », *Revue générale de droit international public*, 1993.

LANORD (M.), « La norme technique : une source de droit légitime ? », *Revue française de droit administratif*, juillet-août 2005.

LAVENUE (J. J.), « Cyberespace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », *Droit prospectif*, 1998, disponible sur *http://droit.univ-lille2.fr/fileadmin/user_upload/enseignants/lavenue/cyberart.pdf*

LEACH (W. D.), "Collaborative Public Management and Democracy: Evidence from Western Watershed Partnerships", *Public Administration Review*, Special issue, n° 66, 2006.

LEMLEY (M.) et LESSIG (L.), "The End of End-to-End: Preserving the Architecture of the Internet in the Broadband Era", *UCLA Law Review*, vol. 48, 2001.

LEPP (J. T.), "ICANN's Escape from Antitrust Liability", *Washington University Law Review*, vol. 89, n° 4, 2012, disponible sur *http://digitalcommons.law.wustl.edu/lawreview/vol89/iss4/5*

LESSIG (L.), "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", *Harvard Law Review*, n° 113, 1999.

LESSIG (L.), "Zones in Cyberspace", *Stanford Law Review*, vol. 48, n° 1403, 1996.

LESSIG (L.), "Reading the Constitution in Cyberspace", *Emory Law Journal*, vol. 45, n° 3, 1996.

LIDDICOAT J. et DORIA A., *Human Rights and Internet Protocols: Comparing Processes and Principles*, 2012.

LIET-VEAUX (G.), « Ordres professionnels – Règles communes », *La semaine juridique – Administrations et collectivités territoriales*, fasc. 145, juillet 2004.

LOEN (L.) et VERHOEVEN (A.), "Towards a Legal Framework for Executive Rulemaking in the EU? The Contribution of the new Comitology Decision", *Common Market Law Review*, vol. 37, 2000.

LOQUIN (E.) et KESSEDJIAN (C.), « La mondialisation du droit, Travaux du Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux », *CREDIMI*, vol. 19, 2000.

MALLET-POUJOL (N.), « Le droit de l'Internet à l'épreuve de la mondialisation », *Cahiers français*, n° 372, La société numérique, janvier-février 2013.

MARAIS (B.), « Le service public du nommage, consécration et limites », *Revue française d'administration publique*, n° 146, 2013/2.

MARAIS (B.), « Analyses et propositions pour une régulation de l'Internet », *Lex Electronica*, vol. 7, n° 2, Printemps/Spring, 2002, disponible sur *www.lex-electronica.org/docs/articles_145.htm*

MARSDEN (C. T.), *Internet Co-Regulation and Constitutionalism: Towards a More Nuanced View*, 2011, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1973328*

MAUGHAN (A.), IRELAND (O. I.) et BAYZ (P. C.), *The Butterfly Effect: Outsourcing, the USA PATRIOT Act and OFAC*, 2010.

MERON (T.), “The Humanization of Humanitarian Law”, *The American Journal of International Law*, vol. 94, nº 2, April 2000.

MICHEL (H.), « Le droit comme registre d’Européisation d’un groupe d’intérêt », *Politique européenne*, nº 7, 2002/3.

MOCKLE (D.), « Le débat sur les principes et les fondements du droit administratif global », *Les cahiers de droit*, vol. 53, nº 1, mars 2012.

MOCKLE D., « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », *Les cahiers de droit*, vol. 43, nº 2, 2002.

PALFREY J., “The end of the Experiment: How ICANN’s Foray into global Internet Democracy Failed”, *Harvard Journal of Law and Technology*, vol. 17, nº 2, 2004.

PEREZ (O.), “Open Government, Technological Innovation and the Politics of Democratic Disillusionment: (E-)Democracy from Socrates to Obama”, *Bar-Ilan University Public Law and Legal Theory Working Paper*, 6 juin 2012.

PERRALDI-LENEUF (F.), « La normalisation, une alternative à la réglementation ? », *Revue Constructif*, nº 28, février 2011.

PICARD (E.), « L’émergence des droits fondamentaux en France », *AJDA*, juillet 1998.

POLLICINO (O.) et BASSINI (M.), “Internet Law in the Era of Transnational Law”, *EUI Working Papers*, 2011.

POST (D.), “Governing Cyberspace”, *Wayne Law Review*, vol. 43, 1996.

POST (D.), “Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace”, *Journal of Online Law*, article 3, 1995, disponible sur *www.temple.edu/lawschool/dpost/anarchy.html*

POST (D.) et JOHNSON (D.), “Chaos Prevailing on Every Continent: A New Theory of Decentralized Decision-Making in Complex Systems”, *Chicago-Kent Law Review*, vol. 73, nº 1055, 1999.

POULLET (Y.), “Transborder Data Flows and Extraterritoriality: The European Position”, *Journal of International Commercial Law and Technology*, vol. 2, nº 3, 2007.

POULLET (Y.), « Les aspects juridiques des systèmes d’information », *Lex Electronica*, vol. 10, nº 3, Hiver 2006, disponible sur *www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm*

POULLET (Y.), “The Various Regulatory Techniques on the Internet and the Role of State Law”, *Economia e diritto del terziario*, nº 2, 2001.

PRESTON (C. B.), “Internet Porn, ICANN, and Families: a Call to Action”, *Journal of Internet Law*, p. 3-15, octobre 2008, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1285270*

RADIN (M. J.), “Regulating by Contract, Regulating by Machine”, *Stanford Public Law and Legal Theory Working Paper Series*, Research Paper, n° 92, April 2004.

RAVILLON (L.), « Recours à la technique du premier arrivé, premier servi dans le droit des nouvelles technologies… ou comment gérer la rareté des ressources naturelles ou informatiques », *Juris-classeur périodique Édition générale*, n° 47, 22 novembre 2000.

REIDENBERG (J. R.), “States and the Internet Enforcement”, *University of Ottawa Law and Technology Journal*, vol. 1, n° 213, 2004.

REIDENBERG (J. R.), “Yahoo and Democracy on the Internet”, *Jurimetrics Journal*, vol. 42, 2002.

REIDENBERG (J. R.)., “Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules through Technology”, *Texas Law Review*, vol. 76, n° 3, février 1998.

REIDENBERG (J. R.), “Governing Networks and Cyberspace Rule-Making”, *Emory Law Journal*, vol. 45.

RUBINTEIN (I.), “Regulating Privacy by Design”, *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 26, 2012.

RYGA (B. M.), “Cyberporn: Contemplating the First Amendment in Cyberspace”, *Seton Hall Constitutional Law Journal*, vol. 6, 1995.

SCHIAVETTA (S.) et KOMAITIS (K.), “ICANN’s Role in Controlling Information on the Internet”, *International Review of Law, Computers and Technology*, vol. 17, n° 3, 2003.

SCHULTZ (T.), “Carving up the Internet: Jurisdiction, Legal Orders, and the Private/Public International Law Interface”, *The European Journal of International Law*, vol. 19, n° 4, 2008.

SCHULTZ (T.), “Private Legal Systems: What Cyberspace Might Teach Legal Theorists”, *Yale Journal of Law and Technology*, vol. 10, n° 5, disponible sur *http://digitalcommons.law.yale.edu/yjolt/vol10/iss1/5*

SCHULTZ (T.), « eBay : un système juridique en formation ? », *Revue du droit des technologies et de l’information*, vol. 22, 2005.

SCHULTZ BRESSMAN (L.), “Schechter Poultry at the Millennium: a Delegation Doctrine for the Administrative State”, *Yale Law Journal*, vol. 109, n° 6, 2000.

SCHWARCZ, (S. L.), “Private Ordering”, *Northwestern University Law Review*, vol. 97, n° 1, 2002., disponible sur *http://ssrn.com/abstract=298409*

SHAH (A.), “Using ADR to Solve Online Disputes”, *Richmond Journal of Law and Technology*, vol. 10, n° 3, 2004, disponible sur *http://jolt.richmond.edu/v10i3/article25.pdf*

SHAPIRO (M.), "The Globalization of Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 1, n° 1, 1993.

SIMON (D. A.), "An Empirical Analysis of Fair Use Decisions under the Uniform Domain-Name Dispute-Resolution Policy", *Boston College Law Review*, vol. 53, n° 1, 2012.

SOLUM (L. B.) et CHUNG (M.), "The Layers Principle: Internet Architecture and the Law", *University of San Diego School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper*, n° 55, June 2003.

STRUILLOU (J.-F.), « La participation des habitants : la concertation de l'article L. 300-2 du Code de l'urbanisme », *Droit et politiques de renouvellement urbain-Cahier du Gridauh*, n° 10, série Droit de l'urbanisme, 2004.

THOMPSON (R. B.), "Collaborative Corporate Governance: Listing Standards, State Law and Federal Regulation", *Wake Forest Law Review*, vol. 38, 2003.

TIMSIT (G.), « Les deux corps du droit. Essai sur la notion de régulation », *Revue française d'administration publique*, n° 78, 1996.

TRAKMAN (L. E.), "From the Medieval Law Merchant to e-Merchant Law", *University of Toronto Law Journal*, vol. 53, 2003.

TRIEPEL (H.), « Les rapports entre le droit interne et le droit international », *Recueil des cours*, 1923.

TROCHON (J.-Y.), « Les nouveaux risques de l'entreprise face à la mondialisation, approche juridique », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 8, 2003.

TRUDEL (P.), « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », *Sociologie et société*, vol. 32, n° 2, 2000.

TRUDEL (P.), « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *Revue de droit de l'université de Sherbrooke*, vol. 19, 1989.

TRUYOL (A.), « Doctrines contemporaines du droit des gens », *Revue générale de droit international public*, 1951.

TUNC (A.), « Standards juridiques et unification du droit », *Revue internationale de droit comparé*, vol. 22, n° 2, avril-juin 1970.

VANDERLINDEN (J.), « Production pluraliste du droit et construction de l'État africain », *Afrique contemporaine*, 2001, disponible sur *www.dhdi.free.fr/recherches/etatdroitjustice/articles/vanderli2.htm*

VAN SCHEWICK (B.), "Network Neutrality and Quality of Service: What a Non-Discrimination Rule Should Look Like", *Stanford Law Review*, Forthcoming, juin 2014.

VIVANT (M.), « Internet et droit », disponible sur *http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/3/1328/6.pdf*

VOLPATO DUTRA (D.), « Les enjeux de la théorie de l'argumentation comme base de l'éthique discursive », *Ethic@: an International Journal for Moral Philosophy*, 2002.

WALKER (N.), "The Idea of Constitutional Pluralism>, *The Modern Law Review*, vol. 65, nº 3, 2002.

WATSON (R.), « Comitologie, un moyen de mettre de l'huile dans les rouages réglementaires », *Europolitique*, nº 4300, 6 février 2012, disponible sur *www.pacteurope.eu/pact/wp-content/uploads/2012/02/eurf4360-supp.pdf*

WEBER (R.), "Legal Interoperability as a Tool for Combatting Fragmentation, Global Commission on Internet Governance", *Paper Series*, nº 4, 2014, disponible sur *https://www.cigionline.org/sites/default/files/gcig_paper_no4.pdf*

WEINBERG (J.), "Governments, Privatization, and 'Privatization': ICANN and the GAC", *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, vol. 18, 2011.

WEINBERG (J.), "ICANN and the Problem of Legitimacy", *Duke Law Journal*, vol. 50, nº 187, 2000.

WEITZENBOECK (E. M.), "Hybrid Net: the Regulatory Framework of ICANN and the DNS", *International Journal of Law and Information Technology*, vol. 22, nº 1.

WIENER (J. B.) "Global Environmental Regulation: Instrument Choice in Legal Context", *The Yale Law Journal*, vol. 108, 1999.

WILLIAMSON (O.), "Transaction-Cost Economic: The Governance of Contractual Relations", *Journal of Law and Economics*, nº 2, 1979.

WILSDON, E. A., *Regulating the Root: The Role of ICANN as Regulator, and Accountability*, mai 2010, disponible sur *http://ssrn.com/abstract=1632885*

WU (T.), "The World Trade Law of Censorship and Internet Filtering", *Chicago Journal of International Law*, vol. 7, nº 1, 2006.

WU (T.), "Network Neutrality, Broadband Discrimination", *Journal of Telecommunications and High Technology Law*, vol. 2, 2003.

YOO (C. S.), "Protocol Layering and Internet Policy", *Penn Law Faculty Scholarship Paper*, nº 454, 2013, disponible sur *http://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/454*

YOO (C. S.), "Free Speech and the Myth of the Internet as an Unintermediated Experience", *The George Washington Law Review*, vol. 78, 2010, disponible sur *http://groups.law.gwu.edu/lr/ArticlePDF/78_4_Yoo.pdf*

ZETZSCHE (D. A.), "An Ethical Theory of Corporate Governance History", *Center for Business and Corporate Law Research Paper Series*, nº 26, 2007.

ZILLER (J.), « Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne », *Revue française de droit administratif*, septembre-octobre 2010.

ZILLER (J.), « Vrais et faux changements dans les administrations en Europe », *Revue française d'administration publique*, nos 105-106, 2003/1.

ZINGALES (N.), "Internet Intermediary Liability: Identifying Best Practices for Africa", APC, *Intermediary Liability in Africa Research Series*, novembre 2013.

ZITTRAIN (J.), "Be Careful What You Ask for: Reconciling a Global Internet and Local Law", *in* THIERER (A.) et CREWS (C. W.) (ss. la dir.), *Who Rules the Net? Internet Governance and Jurisdiction*, 2003.

ZITTRAIN (J.), "Internet Points of Control", *Boston College Law Review*, vol. 44, no 2, 2003.

ZITTRAIN (J.), "ICANN: Between the Public and the Private: Comments Before Congress", *Berkeley Technology Law Journal*, vol. 14, 1999.

ZOLLER (E.), « Les agences fédérales américaines, la régulation et la démocratie », *Revue française de droit administratif*, 2004.

ARTICLES NON JURIDIQUES

BARLOW (J. P.), *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, Hache, 1996.

CARDOZO (N.), OPSAHL (K.) et REITMAN (R.), "Who has your back 2015: Which companies help protect your date from the Government?, *The Electronic Frontier Foundation's Fifth Annual Report on Online Service Providers' Privacy and Transparency Practices Regarding Government Access to User Data*, 2015, disponible sur *https://www.eff.org/who-has-your-back-government-data-requests-2015*

CLUB PARLEMENTAIRE DU NUMÉRIQUE, « Entretien avec Louis Pouzin, créateur du réseau Cyclade 1, cofondateur et président d'honneur de la Société française de l'Internet (SFI) », mercredi, 13 janvier 2010, disponible sur *www.clubparlementairedunumerique.com/actualite-secteur/124-louis-pouzin-eurolinc-sfi*

COLLECTIF, "Twenty-One Experts Define Cloud Computing", *Cloud Computing Journal*, collectif, 2008, disponible sur *http://cloudcomputing.sys-con.com/node/612375/print*

CROWLEY (J.), *Usages de la gouvernance et de la gouvernementalité*, Presses de Sciences Po, no 21, 2003/4.

DABBOUS (W.), « Le protocole IP, simple mais efficace », *Dossier pour la Science*, no 66, 2010.

DAIGLE (L.), *NBCUniversal and Comcast Sign Strategic Sponsorship Agreement for Internet Society and Internet Engineering Task Force*, 20 mars

2014, disponible sur *www.internetsociety.org/blog/institutional/2014/03/nbcuniversal-and-comcast-sign-strategic-sponsorship-agreement-internet*

DAKOWSKA (D.), « Usages et mésusages du concept de gouvernance appliqué à l'élargissement de l'Union européenne », *Politique européenne*, nº 10, 2003/2.

DALY (A.), "The Legality of Deep Packet Inspection", *International Journal of Communications Law and Policy*, 2011.

DECRUYENAIRE (T.), « La neutralité de l'Internet et ses enjeux Économiques », *Les Cahiers de la DG Trésor*, nº 2011-03, décembre 2011.

DE NARDIS (L.), "Internet Points of Control as Global Governance", *CIGI Internet Governance Papers*, nº 2, août 2013, p. 5, disponible sur *www.cigionline.org/sites/default/files/no2_3.pdf*

DE NARDIS (L.), "The Emerging Field of Internet Governance", *Yale Information Society Project*, septembre 2010.

DORIA (A.), *Discussion of Principles Related to Stakeholder Roles and Responsibilities*, 8 mars 2014, disponible sur *http://avri.doria.org/post/78896938171/discussion-of-principles-related-to-stakeholder-roles*

DRAKE (W. J.), *Reforming Internet Governance: Perspectives from the Working Group on Internet Governance (WGIG)*, United Nations ICT Task Force, 2005.

DUTTON, (W. H.) et PELTU (M.) "The emerging Internet Governance Mosaic: Connecting the Pieces", *Information Polity*, nº 12, 2007.

EDRI, "How the Internet Works: a Guide for Policy-Makers", *The EDRi Papers*, 2012, disponible sur *www.edri.org/files/2012EDRiPapers/how_the_internet_works.pdf*

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER, *Deep Packet Inspection and Privacy*, disponible sur *http://epic.org/privacy/dpi/default.html*

ENCYCLOPAEDIA UNIVERSALIS, *Externalité, économie*, disponible sur *www.universalis.fr/encyclopedie/externalite-economie/*

ETZIONI (A.), "*NSA: National Security vs. Individual Rights*", in Intelligence and National Security, vol. 30, 2015.

EUROPEAID, « Réforme du secteur public : Introduction », *Document de réflexion*, nº 1, mars 2009.

EUROPEAID, « Appui à la décentralisation et à la gouvernance locale dans les pays tiers », *Document de référence*, nº 2, Luxembourg, 2007.

FAIRFIELD (J. A. T.), "Anti-Social Contracts: The Contractual Governance of Virtual Worlds", *Washington & Lee Public Legal Studies Research Paper Series*, 26 juillet 2007,

FALLERY (B.) ET RODHAIN (F.), « Fondements théoriques pour une régulation d'Internet : La légitimation faible et la réflexivité forte », *Systèmes d'information et management*, vol. 15, nº 3, 2010.

FREUND (D.), "EU Integrity Watch Brussels lobbying in numbers", *Transparency International*, 2015, disponible sur *http://www.transparencyinternational.eu/wp-content/uploads/2015/06/23-06-2015-EU-Integrity-Watch-Launch-Press-Pack.pdf*

FOROUZAN (B. A.), *TCP/IP Protocol Suite*, Mc Graw-Hill Education, New York, 2002.

FREEMAN (R. E.), "A Stakeholder Theory of Modern Corporations", *Ethical Theory and Business*, 2004.

FREEMAN (R. E.), "Response: Divergent Stakeholder Theory", *Academy of Management Review*, vol. 24, nº 2, 1999.

FREEMAN (R. E.), "Divergent Stakeholder Theory", *Academy of Management Review*, vol. 24, nº 2, 1999.

FREEMAN (R. E.) et MCVEA (J.), "A Stakeholder Approach to Strategic Management", *Darden Business School Working Paper*, nº 01-02, 2001, disponible sur *http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=263511*

GALDEMAR (V.), GILLES (L.) et SIMON (M.-O.), « Performance, efficacité, efficience : Les critères d'évaluation des politiques sociales sont-ils pertinents ? », *Cahiers de recherche du CREDOC*, nº 229, décembre 2012, disponible sur *www.credoc.fr/pdf/Rech/C299.pdf*

GAUDIN (J.-P.), « La gouvernance moderne, hier et aujourd'hui : quelques éclairages à partir des politiques publiques françaises », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, mars 1998.

GEORGOPOULOS (T.), *La méthode ouverte de coordination européenne : « En attendant Godot » ?*, Institut d'études européennes, université de Montréal, note de recherche nº 01, 2005.

GIRIDHAR (K.), "Packet Switched Data Network (and its Evolution)", *Information Technology and Communications Ressources for Sustainable Development*, IIT Madras, 2002, disponible sur *www.eolss.net/sample-chapters/c15/e1-25-01-02.pdf*

GROSSMAN (E.), « Lobbying et vie politique », *Problèmes politiques et sociaux*, nº 918, novembre 2005.

GROSSMAN (E.) et SAURUGGER (S.), « Étudier les groupes d'intérêt en Europe », *Politique européenne*, nº 7, L'Harmattan, 2002/3.

GUILLEMOT (D.) et JEANNOT (G.), « Modernisation et bureaucratie, l'administration d'État à l'aune du privé », *RF sociologie*, vol. 54, 2013/1.

GURSTEIN (M.), "Multistakeholderism for the Powerful and Well Connected: Tyranny for Everyone Else?", 27 avril 2014, disponible sur *https://gurstein.wordpress.com/2014/04/27/multistakeholderism-for-the-powerful-and-well-connected-tyranny-for-everyone-else/*

HALPIN (H.), « "La souveraineté numérique". L'aristocratie immatérielle du World Wide Web », *Multitudes*, n° 3, 2008/45.

HARDACRE (A.) et KAEDING (M.), « Actes délégués et actes d'exécution. La nouvelle comitologie – Guide de référence de l'IEAP », version 3, septembre 2011, p. 6, disponible sur *www.eipa.eu/files/publications/Comitology_Brochure3FR_web.pdf*

HARDY (C.) et PHILLIPS (N.), "Strategies of Engagement: Lessons from the Critical Examination of Collaboration and Conflict in an Interorganizational Domain", *Organization Science*, n° 9, march/april 1998.

HAWKINS (R.), "Standards-Making as Technological Diplomacy: Assessing Objectives and Methodologies in Standards Institutions", *in* HAWKINS (R.), MANSELL (R.) et SKEA (J.), *Standards, Innovation and Competitiveness. The Politics and Economics of Standards in Natural and Technical Environments*, Edward Elgar Publishing Ltd, Cheltenham, 1995.

HAWKINS (R.) et BOUILLON (A.), « Vers une évolution ou vers une disparition de la "démocratie technique" ? L'avenir de la normalisation dans le domaine des technologies de l'information et de la communication », *Réseaux*, vol. 18, n° 102, 2000.

HAWTIN (D.), "Internet Charters and Principles: Trends and Insights", *Internet Rights and Democratisation, Global Information Society Watch*, 2011, p. 51.

HÉLÈNE (M.), « La société civile dans la "gouvernance européenne". Éléments pour une sociologie d'une catégorie politique », *Actes de la recherche en sciences sociales*, n°s 166-167, 2007/1.

HOLEC (N.) et BRUNET-JOLIVALD (G.), *« Gouvernance »*, Dossier documentaire réalisé par le *Centre de documentation de l'urbanisme* (CDU), octobre 1999.

IAB, "Montevideo Statement on the Future of Internet Cooperation", 7 octobre 2013, disponible sur *www.iab.org/documents/correspondence-reports-documents/2013-2/montevideo-statement-on-the-future-of-internet-cooperation/*

IANA, *Assigned Internet Protocol Numbers*, 16 janvier 2014, disponible sur *www.iana.org/assignments/protocol-numbers/protocol-numbers.xml*

IANA, *Technical Requirements for Authoritative Name Servers*, disponible sur *www.iana.org/procedures/nameserver-requirements.html*

ICANN, *Quel est le rôle de l'ICANN ?*, disponible sur *www.icann.org/fr/about/participate/what*

INSEL (A.), « La postdémocratie. Entre gouvernance et caudillisme », *La Revue du MAUSS*, 2005.

ISOC, *Combating Spam: Policy, Technical and Industry Approaches*, octobre 2012, disponible sur *www.internetsociety.org/doc/combating-spam-policy-technical-and-industry-approaches*

ISOC, *IETF Policy Programme*, disponible sur *www.internetsociety.org/what-we-do/education-and-leadership-programmes/ietf-and-ois-programmes/internet-society-fellowship-5*

ISOC, *L'écosystème Internet*, octobre 2010, disponible sur *www.internetsociety.org/sites/default/files/factsheet_ecosystem_020514_en.pdf*

ISOC, *One page overview of the IETF*, disponible sur *www.ietf.org/about/about-the-ietf-fr.pdf*

ISOC, *The Value of Openness for a Sustainable Internet, A Proposed Vision for the Post-2015 Agenda*, octobre 2013, disponible sur *www.internetsociety.org/doc/value-openness-sustainable-internet*

ISOC, *Un bref historique de l'Internet*, disponible sur *www.internetsociety.org/fr/internet/qu%E2%80%99est-ce-que-l%E2%80%99internet/histoire-de-l%E2%80%99internet/un-bref-historique-de-linternet*

ITU, *Policy, Business, Technical and Operational Considerations for the Management of a country code Top Level Domain (ccTLD)*, 2008, disponible sur *www.itu.int/ITU-D/cyb/ip/docs/itu-draft-cctld-guide.pdf*

JULLIET (L.) et ANDREW (C.), « Développement durable et nouveaux modes de gouvernance locale : le cas de la ville d'Ottawa », *Revue Économie et solidarités*, vol. 30, nº 2.

KABLAN (S.) et OULAÏ (A.), *Les normes « informelles » comme instrument de régulation du cyberespace*, 2007, disponible sur *www.fsa.ulaval.ca/sirul/2007-025.pdf*

KAHIN (B.) et KELLER (J.), *Public Access to the Internet*, The MIT Press,1996.

KAHN (R.), "National Information Infrastructure Components", *Serials Review*, spring/summer, 1992.

KAHN (R. E.), "The Role of the Government in the Evolution of the Internet", *in* NATIONAL ACADEMYOF ENGINEERING, *Revolution in the US Information Infrastructure*, National Academies Press, 1995.

KERBER (W.) et ECKHARDT (M.), "Policy Learning in Europe: The Open Method of Co-ordination and Laboratory Federalism", *Journal of European Public Policy*, nº 14 : 2, 2007.

KLEIN (H.), "Understanding WSIS: an Institutional Analysis of the UN World Summit on the Information Society", *Information Technology and International Development*, vol. 1, nºs 3-4, spring/summer 2004.

KLEINSTEUBER (H. J.), "The Internet between Regulation and Governance", *in* OSCE, *The Media Freedom Internet Cookbook*, OSCE, Vienne, 2004.

KLEINWÄCHTER (W.), "From Self-Governance to Public-Private Partnership: The Changing Role of Governments in the Management of the Internet's Core Resources", *Loyola of Los Angeles Law Review*, vol. 36, 2003.

KOVACS (A.), "The ICANN-US DOC 'Affirmation of Commitments' – A Step Forward?", *in* ICANN, *Noncommercial Users Constituency (NCUC)*, 7 octobre 2009, disponible sur *http://ncuc.org/profiles/blogs/the-icannus-doc-affirmation-of*

KUERBIS (B.), "The 'Iron Cage' of Multistakeholder Governance", *Internet Governance Project*, 24 janvier 2014, disponible sur *www.internetgovernance.org/2014/01/28/the-iron-cage-of-multistakeholder-governance/*

KUMMER (M.), *Internet Governance: What is Enhanced Cooperation?*, 2 juillet 2012, disponible sur *www.internetsociety.org/blog/2012/07/internet-governance-what-enhanced-cooperation*

LACOSTE (M.), *Origines de TCP/IP OSI & TCP/IP, Adressage IP, Address Resolution Protocol*, 2011, disponible sur *http://slideplayer.fr/slide/1163935/*

LACROIX (D.), *Désaméricaniser le nommage Internet*, 9 mars 2014, disponible sur *http://reseaux.blog.lemonde.fr/2014/03/09/diversifier-le-nommage-internet/*

LAPRISE (J.), *Internet Governance: The New "Great Game"*, 3 juin 2014, disponible sur *http://cgcsblog.asc.upenn.edu/2014/06/03/internet-governance-the-new-great-game/*

LARCHER (S.), *Cloud Computing: Le Patriot Act s'applique aussi en Europe*, 6 décembre 2012, disponible sur *www.linformaticien.com/actualites/id/27313/cloud-computing-le-patriot-act-s-applique-aussi-en-europe.aspx*

« Le système féodal », *L'Histoire de France*, disponible sur *www.histoire-france.net/moyen/feodalite#lien3*

LIPSCHUTS (R. J.), "Reconstructing World Politics: The Emergence of Global Civil Society", *Millenium. Journal of International Studies*, nº 21, 1992.

LOSSER (A.), « La stratégie du développement dans la pensée et la politique économique allemandes », *Mondes en développement*, t. 20, 1992.

LYNN (S.), *President's Report: ICANN – The Case for Reform*, 24 février 2002, disponible sur *http://archive.icann.org/en/general/lynn-reform-proposal-24feb02.htm*

MACOLM (J.), *Internet Freedom in a Wolrd of States*, 2013, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/wks2013/workshop_background_paper/64_1367863304.pdf*

MAISCOCQ (O.), « La comitologie ou les mesures d'exécution dans la Communauté européenne », *Courrier hebdomadaire du CRISP*, nº 2066, 2010/21.

MALCOLM (J.), "Lessons for the Internet Governance Forum from the IETF", *IGFWatch News*, 22 octobre 2006, disponible sur *http://igfwatch.org/discussion-board/lessons-for-the-internet-governance-forum-from-the-ietf*

MASSIT-FOLLÉA (F.), « La gouvernance de l'Internet. Une internationalisation inachevée », *Le Temps des médias*, nº 18, 2012/1.

MASSIT-FOLLÉA (F.), *Gouvernance de l'Internet et société civile : Les limites du multistakeholderisme*, mai 2008, note nº 6, disponible sur *www.csi.ensmp.fr/voxinternet/www.voxinternet.org/spip9ac4.html?article223#nh6*

MAYER-SCHOENBERGER (V.) ET ZIEWITZ (M.), *Jefferson Rebuffed – The United States and the Future of Internet Governance*, John F. Kennedy School of Government, Harvard University, mai 2006.

MAZEAU (P.), « La responsabilité sociétale : une nouvelle frontière pour la normalisation », *Responsabilité et environnement*, nº 67, juillet 2012.

MCKARTHY (K.), *Condoleezza Rice's Missive to the EU*, 2 décembre 2005, disponible sur *www.theregister.co.uk/2005/12/02/rice_eu_letter*

MCNAMEE (J.), "Internet Intermediaries: The New Cyber Police?", *in* GLOBAL INFORMATION SOCIETY WATCH, *Internet Rights and Democratization*, 2011.

MELL (P.) et GRANCE (T.), *The NIST Definition of Cloud Computing, Recommendations of the National Institute of Standards and Technology*, Special Publication 800-145, 2011.

MERRIEN (F.X.), « De la gouvernance et des États-providence contemporains », *Revue internationale des sciences sociales*, nº 155, 1998.

MORAVCSIK (A.), "Is There a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis", *Government and Opposition*, nº 39, 2004.

MUELLER (M. L.), "Booting Up Brazil", *Internet Governance Project*, 19 novembre 2013, disponible sur *www.internetgovernance.org/2013/11/19/booting-up-brazil/*

MUELLER (M.), "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *Internet Governance Project*, 2009, disponible sur *www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/ICANNInc.pdf*

MUELLER (M. L.), "Competing DNS Roots: Creative Destruction or Just Plain Destruction?", *Journal of Network Industries*, vol. 3, 2002, disponible sur *http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109021.pdf*

MUELLER (M. L.), "ICANN and Internet Regulation", *Communications of the ACM*, vol. 42, nº 6, juin 1999, disponible sur *http://braender.tcnj.edu/mit400/articles/internet/p41-mueller.pdf*

MUELLER (M.), "ICANN, Inc.: Accountability and Participation in the Governance of Critical Internet Resources", *Internet Governance Project*,

2009, p. 9, disponible sur *www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/ICANNInc.pdf*

MUELLER (M. L.), MATHIASON (J.) et KLEIN (H.), "The Internet and Global Governance: Principles and Norms for a New Regime", *Global Governance*, vol. 13, nº 2, 2007.

MUELLER (M. L.) *et al*., "Building an Internet Governance Forum", *Internet Governance Project*, 2 février 2006, disponible sur *www.internetgovernance.org/wordpress/wp-content/uploads/igp-forum.pdf*

MUSIANI (F.), "WSIS+10: the Self-Praising Feast of Multi-Stakeholderism in Internet Governance", *Internet Policy Review*, 12 avril 2013, disponible sur *http://policyreview.info/articles/analysis/wsis10-self-praising-feast-multi-stakeholderism-internet-governance*

NARAYANAN (A.), *Digital Feudalism is Upon us. How do we Respond ?*, Stanford Law School, 22 janvier 2013, disponible sur *http://cyberlaw.stanford.edu/events/digital-feudalism-upon-us-how-do-we-respond*

NATIONAL RESEARCH COUNCIL, *Signposts on Cyberspace: The Domain Name System and Internet Navigation*, National Academy Press, Washington, DC, 2005.

NET Mundial, *NETmundial Multistakeholder Statement of Sao Paulo*, 24 avril 2014, disponible sur *http://NETmundial.br/wp-content/uploads/2014/04/NETmundial-Multistakeholder-Document.pdf*

NTIA, *NTIA Announces Intent to Transition Key Internet Domain Name Functions*, 14 mars 2014, disponible sur *www.ntia.doc.gov/press-release/2014/ntia-announces-intent-transition-key-internet-domain-name-functions*

NTIA, *US Principles on the Internet's Domain Name and Addressing System*, 30 juin 2005, disponible sur *www.ntia.doc.gov/ntiahome/domainname/USDNSprinciples_06302005.pdf*

NTIA, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 5 juin 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/statement-policy-management-internet-names-and-addresses#N_3_*

OMPI, *Aperçu de l'OMPI*, édition de 2011, p. 34, disponible sur *www.wipo.int/export/sites/www/freepublications/fr/general/1007/wipo_pub_1007_2011.pdf*

ONU, *Note du secrétaire général des Nations unies concernant la poursuite des activités du Forum sur la gouvernance de l'Internet*, A/65/78 – E/2010/68, paragraphe 2, disponible sur *http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/un/unpan039401.pdf*

ORSELLO (G. P.), *La gouvernance dans l'Union Européenne*, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/contrib_orsello_fr.pdf*

PADIOLEAU (J.-G.), « L'action publique post-moderne : le gouvernement politique des risques », *Politiques et management public*, vol. 17, nº 4, 1999.

PANIĆ (M.), « L'Europe a-t-elle besoin de réformes néolibérales ? », *Cambridge Journal of Economics*, 11 décembre 2006, disponible sur *http://questions-critiques.free.fr/economie/Micha_Panic/COMMENTARY.pdf*

PARSONS (C.), *Literature Review of Deep Packet Inspection: Prepared for the New Transparency Project's Cyber Surveillance Workshop*, version 4.1, 6 mars 2011.

PAVAN (E.), SENGES (M.) et KOMAITIS (K.), "Towards a Humanistic Conception of Cyberspace. A Twofold Challenge for Netizens Mobilizing for a Democratic Internet Governance", *The Annals of "Dunarea de Jos" University of Galati. Economics and Applied Informatics*, vol. 1, 2009.

PENNEAU (A.), « Aspects juridiques de la normalisation technique », colloque du 27 novembre 1997 à l'université Paris-Dauphine, *Les petites affiches*, n° spécial, 11 févr. 1998.

PENNEAU (A.), « Les nouveaux aspects des limites de la normalisation », *Semaine juridique – Édition entreprise*, I, 1996.

PERRITT (H. H.), "The Internet as a Threat to Sovereignty? Thoughts on the Internet's Role in Strengthening National and Global Governance", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 5, n° 2, 1998.

PETER (I.), *Ian Peter's History of the Internet*, 2004, disponible sur *www.nethistory.info*

PISANI (E.), « Administration de mission, administration de gestion », *Revue française de science politique*, 1956.

PURDY (J. M.), "A Framework for Assessing Power in Collaborative Governance Processes", *Public Administration Review*, vol. 72, n° 3, 2012.

QUÉAU (P.), « Internet, média pour le XXIe siècle », *Le Monde diplomatique*, juin 1995.

QUEINNEC (Y.), *Le contrat durable, contours du concept et pistes d'exploration*, 2010, p. 2, disponible sur *www.businesshumanrights.org/Links/Repository/185581*

RAMASWAMI (P.), *Introducing Google Public DNS*, 3 décembre 2009, disponible sur *http://googleblog.blogspot.fr/2009/12/introducing-google-public-dns.html*

RAYMOND (M.) et SMITH (G.), "Reimaging the Internet: the Need for a High-level Strategic Vision for Internet Governance", *Internet Governance Papers*, n° 1, juillet 2013.

REAGLE (J.), *Why the Internet Is Good: Community Governance That Works Well*, 1998, disponible sur *http://cyber.law.harvard.edu/archived_content/people/reagle/regulation-19990326.html*

RHODES (R.), "The New Governance: Governing without Government", *Political Studies*, 1996, vol. 44.

RICHMAN (J.), "4 Technologies That Are Killing the URL", *IMEDIA CONNECTION*, 27 juillet 2009.

ROBERT (C.), « Les groupes d'experts dans le gouvernement de l'Union européenne », *Politique européenne*, nº 32, Bilans et perspectives de recherche, 2010/3.

ROBERTS (L. G.), "The Evolution of Packet Switching", *Proceedings of the IEEE*, vol. 66, nº 11.

ROSENAU (J. N.), « Le nouvel ordre mondial : forces sous-jacentes et résultats », *Études internationales*, vol. 23, nº 1, 1992.

SALTZER (J. H.), REED (D. P.) et CLARK (D. D.), "End-to-End Arguments in System Design", *ACM Transactions on Computer Systems*, nº 2, 1984.

SCHARPF (F. W.), "Games Real Actors Could Play: Positive and Negative Co-Ordination in Embedded Negotiations", *Journal of Theoretical Politics*, vol. 6, nº 1, 1994.

SCHNEIER (B.), "Power in the Age of the Feudal Internet", *in* MIND, *Collaboratory discussion paper #6 Internet & Security*, 2013.

SCHNEIER (B.), "You Have No Control Over Security on the Feudal Internet", *Harvard Business Review Blog Network*, 6 juin 2013, disponible sur *http://blogs.hbr.org/2013/06/you-have-no-control-over-s/*

SÉDALLIAN (V.), « Commentaire de l'affaire Yahoo! À propos de l'ordonnance du Tribunal de grande instance de Paris du 22 mai 2000 », *Juriscom.net*, 24 octobre 2000, disponible sur *www.juriscom.net/chr/2/fr20001024.htm*

SELTZER (W.), "*ICANN: Why the Registrar Accreditation Agreement Matters*", 5 novembre 2011, disponible sur *http://advocacy.globalvoicesonline.org/2011/11/05/icann-why-the-registrar-accreditation-agreement-matters-for-free-speech/*

SENGES (M.) et HORNER (L.), *Values, Principles and Rights in Internet Governance*, août 2009, p. 8, disponible sur *www.global-partners.co.uk/wp-content/uploads/values_principles_and_rights_internet_governance_senges_horner.pdf*

SHELLY (R.), "Habermas and the Normative Foundations of a Radical Politics", *Thesis Eleven*, nº 35, 1993.

SIMERAY (A.), *A Technical History of CYCLADES*, 10 janvier 1998, disponible sur *www.cs.utexas.edu/users/chris/think/Cyclades/Bibliography/interview.htm*

SSAC, *Blocage de DNS : Bénéfices versus dommages*, SAC 050, 14 juin 2011, disponible sur *www.icann.org/en/system/files/files/sac-050-fr.pdf*

STOCKER (G.), « Cinq propositions pour une théorie de la gouvernance », *Revue internationale des sciences sociales*, n° 155, 1998.

STREEL (A.), Queck (R.) et VERNET (P.), « Le nouveau cadre réglementaire européen des réseaux et services de communications électroniques », *Cahiers de droit européen*, 2002.

STRICKLING (L.), "Should the Department of Commerce Relinquish Direct Oversight Over ICANN?", 10 avril 2014, disponible sur *http://judiciary.house.gov/_cache/files/8fd91090-d800-4500-8e9e-e283f52ed2f3/041014-icann-strickling.pdf*

SUPIOT (A.), « Du Gouvernement à la gouvernance », *L'Observatoire de l'Europe*, 19 décembre 2012, disponible sur *www.observatoiredeleurope.com/Du-Gouvernement-a-la-gouvernance_a1830.html*

TAEWOO (N.), « Les opinions des citoyens à propos de la gouvernance ouverte et du gouvernement 2.0 », *Revue internationale des sciences administratives*, vol. 78, 2012/2.

TALBOT (C.), « La réforme de la gestion publique et ses paradoxes : l'expérience britannique », *Revue française d'administration publique*, nos 105-106, 2003/1.

TANENBAUM (A. S.), *Computer Networks*, vol. 17, Prentice Hall, 1996.

THEYS (J.), « La Gouvernance, entre innovation et impuissance », *Développement durable et territoires*, Dossier 2 : Gouvernance locale et développement durable, 2002, disponible sur *http://developpementdurable.revues.org/1523*

THIRION (N.), « Régulation : le mot et les choses », *Working Paper-PAI VI/06-CG-4*, 2009, p. 1 et 14, disponible sur *http://iap6.cpdr.ucl.ac.be/docs/CG/WP-PAI.VI.06-CG-4.pdf*

TRÉGUER (F.), *Les caractéristiques techniques d'Internet et ses potentialités politiques*, 20 janvier 2011, disponible sur *www.wethenet.eu/2011/01/les-caracteristiques-dinternet-et-ses-potentialites-politiques/*

VATNA (L.), « Regard prospectif sur la gouvernance internationale du développement durable », *Revue québécoise de droit international*, 2012.

VINCENT (C.) et CAMP (J.), "Setting Standards: Looking to the Internet for Models of Governance", *Ethics and Information Technology*, vol. 6, n° 3, 2004.

VIVANT (M.), « Communication audiovisuelle et Internet : une journée d'étude au CSA », *Lettre du CSA*, vol. 121, 1999.

WEINBERG (J.), *ICANN, "Internet Stability," and New Top Level Domains*, septembre 2001, disponible sur *http://arxiv.org/ftp/cs/papers/0109/0109099.pdf*

WEISBEIN (J.), « Sociogénèse de la "société civile européenne" », *Raisons politiques*, n° 10, 2003.

WHITTAKER (Z.), *Case study: How the USA PATRIOT Act can be used to access EU data*, 26 avril 2011, disponible sur *www.zdnet.com/blog/igeneration/case-study-how-the-usa-patriot-act-can-be-used-to-access-eu-data/8805*

WIKIPÉDIA, « Adresse IP », disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Adresse_IP*

WIKIPÉDIA, "Anycast", disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Anycast*

WIKIPÉDIA, "Autonomous System", disponible sur *https://fr.wikipedia.org/wiki/Autonomous_System*

WIKIPÉDIA, « Couches dans la pile TCP/IP », disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/Suite_des_protocoles_Internet*

WIKIPÉDIA, "Domain Name System", disponible sur *http://en.wikipedia.org/wiki/Domain_Name_System*

WIKIPÉDIA, « Mémoire cache », disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/M%C3%A9moire_cache*

WIKIPÉDIA, « Réseau privé virtuel », disponible sur *http://fr.wikipedia.org/wiki/R%C3%A9seau_priv%C3%A9_virtuel*

YOGESH (M.), AL-SHEHRI (A.) et JONES (J. J.), *National Information Infrastructure: Myths, Metaphors and Realities*, 1995, disponible sur *www.brint.com/papers/nii/*

RAPPORTS ET ÉTUDES

BELLI (L.), *Dialogue multi-parties prenantes du Conseil de l'Europe sur la neutralité du réseau et les droits de l'Homme*, rapport préparé pour le Comité directeur sur les médias et la société de l'information du Conseil de l'Europe, 3 décembre 2013, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/CDMSI/CDMSI%282013%29Misc18_fr.pdf*

BELLI (L.) et BERGEN (M.), *Protecting Human Rights through Network Neutrality: Furthering Internet Users' Interest, Modernising Human Rights and Safeguarding the Open Internet*, Strasbourg, 3-6 décembre 2013, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282013%29Misc19_en.pdf*

BELLI (L.) et DE FILIPPI (P.) (ss. la dir.), *The Value of Network Neutrality for the Internet of Tomorrow. Report of the Dynamic Coalition on Network Neutrality*, octobre 2013, disponible sur *http://networkneutrality.info/sources.html*

BENEDEK (W.) *et al.*, *Comments Relating to Freedom of Expression and Freedom of Association with regard to New Generic Top Level Domains*, Conseil de l'Europe, 12 octobre 2012, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/documents/DG-I%20%282012%29%204%20FINAL%20pdf.pdf*

BEREC, *A view of traffic management and other practices resulting in restrictions to the open Internet in Europe*, Findings from BEREC's and the European Commission's joint investigation, 29 mai 2012, BoR (12) 30,

p. 8, disponible sur *https://ec.europa.eu/digital-agenda/sites/digital-agenda/files/Traffic%20Management%20Investigation%20BEREC_2.pdf*

CDMSI, *5th Meeting the Steering Committee on Media and Information Society, Abridged report*, Strasbourg, Palais de l'Europe, 3-6 décembre 2013, disponible sur *www.coe.int/t/dghl/standardsetting/media/cdmsi/CDMSI%282013%29011_en%20Abridged%20report%205th%20meeting.pdf*

CONSEIL D'ÉTAT, « Étude annuelle 2012 – Les agences : une nouvelle gestion publique ? », *Les rapports du Conseil d'État*, 2012.

CONSEIL D'ÉTAT, *Rapport Public 2001 – Jurisprudence et avis de 2000. Les autorités administratives indépendantes*, La Documentation française, coll. « Études & documents », nº 52, Paris, 2001, disponible sur *www.conseil-etat.fr/cde/media/document//rapport-public2001.pdf*

CONSEIL DE L'EUROPE, *La gouvernance de l'Internet et ses ressources critiques*, rapport préparé par le Secrétariat du Conseil de l'Europe, avril 2009.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Droits d'auteur et droits de l'Homme*, rapport préparé par le Groupe de spécialistes sur les droits de l'Homme dans la société de l'information (MC-S-IS), septembre 2008.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention sur la cybercriminalité*, rapport explicatif, 2001, disponible sur *http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Reports/Html/185.htm*

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport du représentant spécial du secrétaire généralchargé de la question des droits de l'Homme et des sociétéstransnationales et autres entreprises, John Ruggie*, 21 mars 2011, A/HRC/17/31, paragraphe 6, disponible sur *www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/A.HRC.17.31_fr.pdf*

CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *Les outils juridiques de la gouvernance concertéedans le périmètre du Meeddm*, rapport nº 006766-01, 2 février 2010.

CONSEIL GENERAL DE L'ENVIRONNEMENT ET DU DEVELOPPEMENT DURABLE, *La gouvernance concertée*, rapport nº 006766-00, 30 mars 2010.

CURIEN (N.) et MUET (P.-M.), *La société de l'information*, La Documentation française, Paris, 2004.

DARPA, *A History of the ARPAnet: the First Decade*, rapport nº 4799 préparé par Bolt Beranek and Newman, Inc., Arlington, Virginia, 1er avril 1981.

FIArch, *Future Internet Design Principles*, janvier 2012.

GÉLARD (P.), *Les autorités administratives indépendantes : évaluation d'un objet juridique non identifié*, rapport fait au nom de l'office parlementaire d'évaluation de la législation, Assemblée nationale, nº 3166, 2006.

GILLE (L.) et MARCHANDISE (J.-F.) (ss. la dir.), « La dynamique d'Internet : prospective 2030 », *Étude du Commissariat général à la stratégie et à la prospective*, nº 1, 2013.

GLOBAL INTERNET FREEDOM CONSORTIUM, *Defeat Internet Censorship: Overview of Advanced Technologies and Products*, novembre 2007, disponible sur *www.internetfreedom.org/archive/Defeat_Internet_Censorship_White_Paper.pdf*

GTGI, *Rapport du Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet*, juin 2005, paragraphe nº 30, disponible sur *www.wgig.org/docs/WGIGReport-French.pdf*

GTGI, *Rapport de base*, 29 août 2005, disponible sur *www.wgig.org/index.html*

HUIJSTEE (M.), RICCO (V.) et CERESNA-CHATURVEDI (L.), *Guide d'utilisation des principes directeurs des Nations unies relatifs aux entreprises et aux droits de l'Homme dans la recherche et le plaidoyer sur les entreprises*, novembre 2012.

IAHC, *Final Report of the International* Ad Hoc *Committee: Recommendations for Administration and Management of gTLDs*, 4 février 1997, disponible sur *http://mailman.apnic.net/mailing-lists/apple/archive/1997/02/msg00008.html*

IGF SECRÉTARIAT, *What is the Internet Governance Forum?*,Background note, 2011, disponible sur *www.intgovforum.org/cms/aboutigf*

IGF SECRÉTARIAT, *The Internet Governance Forum: Second Meeting, Synthesis Paper*, Rio de Janeiro, 12-15 novembre 2007, paragraphe 77.

ISOC, *ISOC Contribution to World Telecommunications Standards Assembly: the Internet and Standards*, 17 octobre 2008.

JÖRGENS (H.), *Governance by Diffusion. Implementing Global Norms Through Cross-National Imitation and Learning*, FFU-report 07-2003, p. 3-9.

JOYANDET (A.), HÉRISSON (P.) et TÜRK (A.), *Rapport d'information au nom de la mission commune d'information sur l'entrée dans la société de l'information*, nº 436, 25 septembre 1997, disponible sur *www.senat.fr/rap/r96-436/r96-436.html#toc0*

KOSCIUSKO-MORIZET (P.), *Rapport relatif à la création du Conseil national du numérique*, février 2011,

KRUGER (L.G.), *Internet Governance and the Domain Name System: Issues for Congress*, Report for Congress, 2 janvier 2013, disponible sur *www.fas.org/sgp/crs/misc/R42351.pdf*

LA QUADRATURE DU NET, *Mémoire en Amicus Curiæ: le filtrage administratif du Net est contraire à la Constitution française*, 2011

MORIN-DÉSAILLY (C.), *Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet*, rapport d'information fait au nom de la mission commune d'information « Nouveau rôle et nouvelle stratégie pour l'Union européenne dans la gouvernance mondiale de l'Internet », enregistré à la présidence du Sénat le 8 juillet 2014.

NATIONS UNIES, *Le partenariat mondial pour le développement : l'heure est aux résultats*, rapport de 2011 du Groupe de réflexion sur le retard pris

dans la réalisation des objectifs du Millénaire pour le développement, New York, 2011.

Livre blanc sur la gouvernance européenne, p. 25, disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/com/2001/com2001_0428fr01.pdf*

NIIAC, *Common Ground: Fundamental Principles for the National Information Infrastructure – First Report of The National Information Infrastructure Advisory Council*, mars 1995.

OCDE, *Communiqué sur les principes applicables à la politique de l'Internet, Réunion à haut niveau sur l'économie Internet*, 28-29 juin 2011, disponible sur *www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/48310811.pdf*

OCDE, *Principes directeurs pour les entreprises multinationales*, mise à jour en mars 2011.

OCDE, *Forger des partenariats pour promouvoir les objectifs de l'économie Internet : le rôle économique et social des intermédiaires Internet*, OECD Publishing, rapport de la Direction de la science, de la technologie et de l'industrie, octobre 2009.

OCDE, *Principes de gouvernement d'entreprise de l'OCDE*, 2004, disponible sur *www.oecd.org/fr/gouvernementdentreprise/ae/principesdegouvernementdentreprise/31652074.PDF*

OCDE, *Les autres visages de la gouvernance publique : agences, autorités administratives et établissements publics*, 26 novembre 2002.

OMPI, *La gestion des noms et adresses de l'Internet : questions de propriété intellectuelle*, rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet, 30 avril 1999, p. 3, disponible sur *www.wipo.int/amc/fr/processes/process1/report/finalreport.html#II*

OMPI, *Rapport final concernant le processus de consultations de l'OMPI sur les noms de domaine de l'Internet*, 30 avril 1999, disponible sur *www.wipo.int/amc/fr/processes/process1/report/finalreport.html*

ORGANISATION DES NATIONS UNIES POUR L'ALIMENTATION ET L'AGRICULTURE, *Identification et diffusion de bonnes pratiques sur les périmètres irrigués en Afrique de l'Ouest*, Rome, 2004.

PANCHER (B.), *Grenelle de l'environnement. Comité Opérationnel n° 24 : « Institutions et représentativité des acteurs »*, ministère de l'Écologie, de l'Énergie, du Développement durable et de l'Aménagement du territoire, août 2008, p. 4, disponible sur *www.developpement-durable.gouv.fr/IMG/pdf/rapport_final_comop_24.pdf*

PAUL (C.), *Du Droit et des libertés sur Internet*, rapport au Premier ministre, La Documentation française, coll. « Rapports officiels », Paris, 2001.

RAFFIAEN (C.), *Repenser le principe de subsidiarité*, Bruxelles, mars 2003.

ROMANO (C.), *La méthode ouverte de coordination : un nouveau mode de gouvernance ?*, report prepared for the Task Force on the Future of Europe, European Commission, Bruxelles, avril 2002.

ROSSIGNOL (L.) et NÈGRE (L.), *Rapport d'information n° 290*, enregistré à la présidence du Sénat le 23 janvier 2013.

SECRETARIAT GENERAL DU PARLEMENT EUROPEEN, *Congrès des États-Unis,Parlement européen – Fonctions et dépenses, étude pour le groupe de travail commun du Bureau et de la commission des budgets sur le budget du Parlement européen*, décembre 2012.

TRÉGOUËT (R.), *Des pyramides du pouvoir aux réseaux de savoirs*, rapport d'information 331, tome 1, 1997-1998.

UIT, *Rapport du secrétaire général de l'UIT en vue du cinquième Forum mondial des politiques de télécommunication et des technologies de l'information et de la communication*, 2013, p. 14, disponible sur *www.itu.int/md/S13-WTPF13-C-0003/fr*

UNESCO, *Liberté de connexion Liberté d'expression – Écologie dynamique des lois et règlements qui façonnent l'Internet*, 2012, disponible sur *http://unesdoc.unesco.org/images/0021/002160/216029f.pdf*

UNGA, *Report of the Working Group on Improvements to the Internet Governance Forum*, 16 mars 2012, A/67/65 – E/2012/48.

UNITED NATIONS DEVELOPMENT PROGRAMME, *Multi-Stakeholder Decision-Making a Guidebook for Establishing a Multi-Stakeholder Decision-Making Process to Support Green, Low-Emission and Climate-Resilient Development Strategies*, 2012.

WORLD BANK, *Governance: the World Bank Perspective*, 1994.

WORLD BANK, *Governance and Development*, 1992.

WORLD BANK, *L'Afrique subsaharienne : de la crise à une croissance durable*, 1989.

ZALNIERIUTE (M.) et SCHNEIDER (T.), *ICANN's Procedures and Policies in the Light of Human Rights, Fundamental Freedoms and Democratic Values*, Conseil de l'Europe, DGI(2014) 12, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/source/DGI%282014%2912E%20ICANN-PoliciesProcedures%2816June2014%29.pdf*

ACTES DE COLLOQUES ET CONFÉRENCES

AHJUCAF, « Internalisation du droit, internalisation de la justice », Actes du congrès de l'AHJUCAF, 21-23 juin 2010.

BARBÉ (V.), « Le droit de l'environnement en droit constitutionnel comparé : contribution à l'étude des effets de la constitutionnalisation », Actes

du VII[e] Congrès français de droit constitutionnel, AFDC, Paris, 25-27 septembre 2008.

BATTINI (S.), "Extraterritoriality and Administrative Law", *Séminaire de droit administratif, européen et global*, 11 avril 2008.

BORIES (C.) (ss. la dir.), « Un droit administratif Global ? A Global Administrative Law? », *Actes du colloque des 16 et 17 juin 2011*, Éditions A. Pedone, 2012.

CAROTTI (B.), "ICANN and Global Administrative Law", contribution au *Viterbo Second Global Administrative Law Seminar*, 9-10 juin 2006.

CHATILLON (G.) (ss. la dir.), « Le droit international de l'Internet », Actes du colloque organisé à Paris les 19 et 20 novembre 2001, par le ministère de la Justice, l'université Paris I Panthéon-Sorbonne et l'Association, Bruylant, Bruxelles, 2003.

COIPEL (M.), « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », *Gouvernance de la Société de l'Information*, Actes du séminaire de Namur, *Cahier du CRID*, n[o] 22, Bruylant, Bruxelles, 2002.

DAVIES (M.), CLARK (C.) et LEGRE (D.), *Proceedings of the Twenty-Fourth Internet Engineering Task Force Massachusetts Institute NEARnet of Technology*, Cambridge, 13-17 juillet 1992.

DENARDIS (L.) et RAYMON (M.), *Thinking Clearly about Multistakeholder Internet Governance*, présenté au Eighth Annual GigaNet Symposium,Bali, Indonesia, 21 octobre 2013.

FALLERY (B.) et RODHAIN (F.), *La multi-gouvernance des organisations : l'exemple de la régulation des collectifs sur Internet*, manuscrit auteur, publié dans 5[e] conférence GeCSO, Gestion des connaissances, société et organisations, Montréal, 2012

GOLDSMITH (J.) et LESSIG (L.), "Grounding the Virtual Magistrate", *NCAIR Dispute Resolution Conference*, section II, Washington, 1996, disponible sur *www.lessig.org/content/articles/works/magistrate.html*

HOULE (F.), « La réglementation intelligente et la gouvernance publique contemporaine », *Conférence des juristes de l'État 2011, XIX[e] conférence. Le juriste de l'État au cœur d'un droit public en mouvement*, Éditions Yvon Blais, Cowansville.

IBSA, *Multistakeholder meeting on Global Internet Governance*, Rio de Janeiro, 1[er]-2 septembre 2011, disponible sur *www.culturalivre.org.br/artigos/IBSA_recommendations_Internet_Governance.pdf*

ISOC, *Statement from the I* Leaders Coordination Meeting*, Santa Monica, 14 février 2014, disponible sur *www.internetsociety.org/news/statement-i-leaders-coordination-meeting-santa-monica-14-february-2014*

LARK (D. D.) et BLUMENTHAL (M. S.), *Rethinking the design of the Internet: The End-to-End Arguments vs. the Brave New World*, 25th Telecommunications Policy Research Conference, 2000.

LEE (M.), *Conceptualizing the New Governance: a New Institution of Social Coordination*, travail présenté au cours de l'*Institutional Analysis and Development Mini-Conference, Workshop in Political Theory and Policy Analysis*, Indiana University, Bloomington, Indiana, 2003.

LESSIG (L.), *Governance, Talk given at the New York New Media Association*, 10 juin 1998, p. 2, disponible sur *http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/Ny_q_d1.pdf*

MAG, *Athens Meeting Outline*, 2006, disponible sur *www.intgovforum.org/athens_outline.htm*

MALCOLM (J.), *The Sovereign Right of States: Why Multi-Stakeholder Policy Development is Possible and Necessary*, présenté au premier GigaNet Annual Symposium, Athènes, 29 octobre 2006.

MASSIT-FOLLÉA (F.), « Gouverner l'Internet comme un bien commun mondial ? », Contribution écrite au *European Dialogue on Internet Governance*, 13-14 octobre 2008.

PARÉ (I.) et MONTPETIT (E.), *Comitologie, délibération et transferts de politiques : le cas de la politique européenne du génome humain*, Communication préparée pour le colloque annuel de l'Association canadienne de science politique, Ontario, Londres, juin 2005, p. 4.

RAYSSINET (J.), *Droit, droits et nouvelles technologies*, rapport présenté au XXXe Congrès de l'Institut international de droit d'expression et d'inspiration françaises, Le Caire, décembre 2006.

REIDENBERG (J. R.), *L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberespace*, présentation au colloque « Les incertitudes du droit ? » à la Faculté de droit de l'université de Montréal, 23 mars 1998, disponible sur *www.crdp.umontreal.ca/fr/productions/conferences/C60.pdf*

ROQUES-BONNET (M.-C.), *Les blocs de pouvoirs « éclipsés » par les autorités administratives en réseau : vers la fin des contre-pouvoirs ?*, VIIe Congrès français de droit constitutionnel, 25-27 septembre 200, disponible sur *www.droitconstitutionnel.org/congresParis/comC6/RoquesTXT.pdf*

SALTZER (J.), REED (D. P.) et CLARK (D. D.), "End-to-End Arguments in System Design", Deuxième conférence internationale sur les systèmes informatiques distribués, 1981.

SAUVÉ (J.-M.), « Le *cloud computing* », intervention prononcée lors du Colloque de la Société de législation comparée, Conseil d'État, vendredi 11 octobre 2013.

SAUVÉ (J.-M.), « Culture du secret contre transparence sans limite : quel équilibre pour garantir l'intérêt général ? », Colloque organisé par Transparency International France, Assemblée nationale, mardi 5 juillet 2011, disponible sur *www.conseil-etat.fr/media/document/DISCOURS%20ET%20INTERVENTIONS/discours-transparence-international.pdf*

SECRÉTARIAT DU FGI, « Forum sur la gouvernance de l'Internet (FGI) », réunion inaugurale, Athènes, 30 octobre-2 novembre 2006, disponible sur *http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:gGAlYDuH1mgJ:www.intgovforum.org/synth/F.doc+&cd=1&hl=fr&ct=clnk&gl=fr*

SINGH (D.), "Statement by Mr. Dushyant Singh", Member of Parliament, on Agenda Item 16 – Information and Communication Technologies for Development, at the 66th Session of the United Nations General Assembly, 26 octobre 2011, disponible sur *www.un.int/india/2011/ind1945.pdf*

SIROËN (J.-M.), *Gouvernance, biens publics et globalisation*, 1res Journées européennes de Galatasaray Istanbul, 25-26 octobre 2001.

SNOWDEN (E.), « Allocution à distance lors de la *Technology Entertainment Design (TED) conference* », Vancouver, 18 mars 2014.

SUPIOT (A.), *Du gouvernement par les lois vers la gouvernance par les nombres*, cours dispensé au Collège de France du 31 janvier-25 avril 2013, disponible sur *www.college-de-france.fr/media/alain-supiot/UPL2506259580362905969_SUPIOT2012_2013.pdf*

TARJANNE (P.), *Internet Governance: Towards Voluntary Multilateralism, Keynote adressed by Dr Pekka Tarjanne, ITU Secretary-General, Internet Domain Names: Information Session, Meeting of Signatories and Potential Signatories of the Generic Top Level Domain Memorandum of Understanding (gTLD-MoU)*, UIT, Genève, 29 avril-1er mai 1997, disponible sur *www.itu.int/newsarchive/projects/dns-meet/KeynoteAddress.html*

TRUDEL (P.), *La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux*, texte préparé pour le cours DRT 3808, 2010, p. 6, disponible sur *www.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/RegulInternetmodelereso.pdf*

UIT, *Conférence de plénipotentiaires de l'UIT de 2014*, 20 octobre-7 novembre 2014, Busan (république de Corée), disponible sur *www.itu.int/fr/plenipotentiary/2014/Pages/default.aspx*

UIT, « Renforcement du rôle de l'UIT dans l'instauration de la confiance et de la sécurité dans l'utilisation des technologies de l'information et de la communication », Résolution 130, *Actes finaux de la Conférence des plénipotentiaires*, Guadalajara, 2010.

UNITED NATION, *Statement by H. E. Dilma Roussef*, President of the Federative Republic of Brazil, at the Opening of the General Debate of the 68th Session of the United Nations General Assembly, New York, 24 septembre 2013,

p. 2, disponible sur *http://gadebate.un.org/sites/default/files/gastatements/68/BR_en.pdf*

VOORHOOF (D.), "Internet and the Right of Anonymity", *in* SURCULIJA (J.) (ss. la dir.), *Proceedings of the Conference Regulating the Internet*, Belgrade, 2010.

ZHAO (H.), *ITU and Internet Governance: input to the 7th meeting of the ITU Council Working Group on WSIS, 12-14 December 2004*, Genève, 30 novembre 2004, disponible sur *www.itu.int/ITU-T/tsb-director/itut-wsis/files/zhao-netgov02.pdf*

MÉMOIRES ET THÈSES

BERTHOU (R.), *L'évolution de la création du droit engendrée par l'Internet : vers un rôle de guide structurel pour l'ordre juridique européen*, université de Rennes I, soutenue le 2 juillet 2004.

DULONG DE ROSNAY (M.), *La mise à disposition des œuvres et des informations sur les réseaux : régulation juridique et régulation technique*, thèse pour l'obtention du doctorat en droit de l'université Panthéon-Assas Paris II, présentée et soutenue publiquement le 26 octobre 2007.

POTIER DE LA VARDE (E.), *L'ordre juridique partisan*, thèse de doctorat en droit public, Université Pathéon-Assas, soutenue le 18 février 2013.

SMETS (P.), *La légitimité au quotidien. L'idéologie dans le discours managérial*, thèse présentée en vue de l'obtention du grade de docteur en Sciences sociales, Année académique 2004-2005, p. 65, disponible sur *http://student.ulb.ac.be/~psmets1/titre.html*

ACCORDS CONTRACTUELS ET DROIT MOU ICANNIEN

Cooperative Agreement Between NSI and US Government, 1993, Art. 3 "Statement of work", disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-01jan93.htm*

DoC, *Request for Comments on the Registration and Administration of Internet Domain Names*, 2 juillet 1997, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/DN5NOTIC.htm*

DoC et ICANN, *Cooperative Research and Development Agreement between ICANN and the US Department of Commerce*, juin 1999, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/crad*

DoC et ICANN, *Memorandum of Understanding*, 25 novembre 1998, disponible sur *www.icann.org/general/icannmou-25nov98.htm*

DoC et NSI, *Amendment 19 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government*, 4 novembre 1999, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-amend19-04nov99.htm*

DoC et NSI, *Amendment 11 to Cooperative Agreement Between NSI and US Government*, Recognition of NewCo, 7 octobre 1998, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-amend11-07oct98.htm*

GAC, *GAC Communiqué – San Francisco*, 16 mars 2011, disponible sur *https://gacweb.icann.org/download/attachments/1540152/GAC_40_San_Francisco_Communique.pdf?version=1&modificationDate=1312225023000*

GAC, *GAC Principles Regarding New gTLDs*, 28 mars 2007, disponible sur *http://archive.icann.org/en/topics/new-gtlds/gac-principles-regarding-new-gtlds-28mar07-en.pdf*

GAC, *Principes de délégation et d'administration des domaines de premier niveau correspondant à des codes de pays*, 23 février 2000, disponible sur *www.itu.int/itudoc/itu-t/workshop/cctld/cctld036-fr.pdf*

GNSO, *GNSO Improvements Accomplishments*, 2012, disponible sur *http://gnso.icann.org/en/ongoing-work/archive/2012/improvements/status-en.htm*

GNSO, *GNSO Operating Procedures*, 12 mars 2014, disponible sur *http://gnso.icann.org/en/node/44157*

IANA Contract, disponible sur *www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/iana-contract_081406.pdf*

ICANN, *À propos de la conformité des ccTLDs*, disponible sur *www.icann.org/fr/resources/compliance/cctld*

ICANN, *Liste des fournisseurs de services de règlement de litiges approuvés*, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/providers-2012-02-25-fr*

ICANN *Registrar Accreditation: History of the Shared Registry System*, disponible sur *www.icann.org/en/resources/registrars/accreditation/history*

ICANN, *The ICANN TLG (Technical Liaison Group)*, disponible sur *www.icann.org/en/groups/tlg*

ICANN, *Top-Level Domains (gTLDs)*, disponible sur *http://archive.icann.org/en/tlds/*

ICANN, *ICANN Internet Assigned Numbers Authority Functions*, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/iana/transition/iana-factsheet-24mar14-en.pdf*

ICANN, *ICANN' Major Agreements and Related Reports*, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements*

ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers – A California Nonprofit Public-Benefit Corporation*, 7 février 2014.

ICANN, *ICANN Expands Global Stakeholder Engagement Team*, 20 mars 2014, disponible sur *www.icann.org/news/announcement-2014-03-20-en*

ICANN, *Global Stakeholder Engagement*, juin 2013, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/gse-2012-02-25-en*

ICANN, *Guide de candidature gTLD*, 6 avril 2012, disponible sur *http://newgtlds.icann.org/en/applicants/agb*

ICANN, *What ICANN Does and Doesn't Do*, 22 juin 2012, disponible sur *www.icann.org/en/about/welcome/what-icann-does-22jun12-en.pdf*

ICANN, *Guide d'initiation à l'ICANN*, novembre 2012, p. 8, disponible sur *www.icann.org/en/system/files/files/participating-01nov12-fr.pdf*

ICANN, *Règlements de l'ICANN*, 24 juin 2011, disponible sur *www.icann.org/fr/about/governance/bylaws*

ICANN, *Statut de l'ICANN*, 24 juin 2011, Annexe A : Processus d'élaboration des politiques de la GNSO et Annexe B : Processus d'élaboration des politiques de la ccNSO (ccPDP), disponible sur *www.icann.org/fr/about/governance/bylaws#AnnexA*

ICANN, *Operating Principles*, 2011, disponible sur *https://gacweb.icann.org/display/gacweb/Core+Principles*

ICANN, *Accord d'accréditation de bureau d'enregistrement*, 21 mai 2009, disponible sur *www.icann.org/fr/resources/registrars/raa/ra-agreement-21may09-fr.htm*

ICANN, *ICP-3: A Unique, Authoritative Root for the DNS*, 9 juillet 2001, disponible sur *www.icann.org/en/about/unique-authoritative-root*

ICANN, *Principes directeurs pour un règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, 26 août 1999, disponible sur *www.icann.org/resources/pages/policy-2012-02-25-fr*

ICANN, *Bylaws for Internet Corporation for Assigned Names and Numbers, A California Nonprofit Public-Benefit Corporation as effective*, 6 novembre 1998.

ICANN, *Bylaws*, 6 novembre 1998, disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/bylaws/bylaws-06nov98-en.htm*

ICANN, *Articles of Incorporation of the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 21 novembre 1998, paragraphe 3, disponible sur *www.icann.org/en/about/governance/articles*

ICANN et DOC, *Affirmation d'engagements par le département du Commerce des États-Unis et l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers,* 30 septembre 2009, paragraphe 1, disponible sur *www.icann.org/fr/news/announcements/announcement-30sep09-fr.htm*

ICANN et DOC, *Joint Project Agreement between the US Department of Commerce and the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*, 29 septembre 2006, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements*

ICANN et DOC, V*ersion consolidée du Mémorandum d'entente, incluant les changements apportés par l'Accord de projet conjoint*, 26 septembre 2006, disponible sur *http://lextext.s3.amazonaws.com/MOU-JPA-Current.pdf*

ICANN et DOC, *Amendment 3 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 25 mai 2001, para. IV, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend3-jpamou-25may01-en.htm*

ICANN et DOC, *Amendment 2 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 7 septembre 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend2-jpamou-07sep00-en.htm*

ICANN et NIST, *Modification 1 to Contract Between ICANN and the United States Government for Performance of the IANA Function*, 6 septembre 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/iana/iana-contract-modification1-06sep00-en.htm*

ICANN et DOC, *Amendment 1 to ICANN/DOC Memorandum of Understanding*, 10 novembre 1999, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/mou-jpa/amend1-jpamou-04nov99-en.htm*

ICANN et UNESCO, *Cooperation Agreement between the Internet Corporation for Assigned Names and Numbers and the United Nations Educational, Scientific and Cultural Organization*, 10 décembre 2009, disponible sur *www.icann.org/en/system/files/files/unesco-mou-10dec09-en.pdf*

ICANN, NIST et NTIA, *Amendment 1 to Cooperative Research and Development Agreement*, 7 septembre 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/crada/amend1-crada-07sep00-en.htm*

IETF-ICANN, *Memorandum of Understanding Concerning the Technical Work of the Internet Assigned Numbers Authority*, 1er mars 2000, disponible sur *www.icann.org/en/about/agreements/ietf/ietf-icann-mou-01mar00-en.htm*

NORMALISATION ET STANDARDISATION TECHNIQUE

DAIGLE (L.), *Spécification du protocole Whois*, *RFC 3912*, septembre 2004, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/rfc3912.html*

Déclaration portant sur le paradigme moderne relatif aux normes, pilier no 5 « L'adoption volontaire », disponible sur *http://open-stand.org/wp-content/uploads/2012/08/Modern-Paradigm-for-Standards-Principles_16Aug12-FR-FINAL.pdf*

DGCIS, *Guide relatif à la bonne utilisation des normes dans la réglementation*, 2009.

HARDIE (T.), *Distributing Authoritative Name Servers* via *Shared Unicast Addresses*, *RFC 3258*, avril 2002, section 2.2, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc3258#ref-ANYCAST*

HAWKINSON (J.) et BATES (T.), *Lignes directrices pour la création, sélection, et l'enregistrement d'un système autonome (AS)*, *RFC 1930*, mars 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1930#section-3*

HOFFMAN (P.), *Le Tao de l'IETF : guide destiné aux nouveaux participants à l'Internet Engineering Task Force*, 2012, disponible sur *www.ietf.org/tao-translated-fr.html*

HOFFMAN (P.), *Defining the IETF*, *RFC 3233*, février 2002, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc3233*

HOUSLEY (R.) *et al*., *The Internet Numbers Registry System*, *RFC 7020*, août 2013, disponible sur *www.rfc-editor.org/rfc/rfc7020.txt*

HOVEY (R.) et BRADNER (S.), *The Organizations Involved in the IETF Standards Process*, *RFC 2028*, Best Current Practice 11, octobre 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/bcp11*

HUBBARD (K.) *et al*., *Internet Registry IP Allocation Guidelines*, *RFC 2050*, Best Current Practice 12, novembre 1996, paragraphe « Cadre d'affectation », disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2050*

HUIZER (E.), *IETF-ISOC relationship*, *RFC 2031*, octobre 1996, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2031*

IAB, *IAB Technical Comment on the Unique DNS Root*, *RFC 2826*, mai 2000, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2826*

IAB, *IAB Official Protocol Standards*, *RFC 1083*, décembre 1988, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1083*

IAB et IESG, *The Internet Standards Process – Revision 2*, *RFC 1602*, mars 1994, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc1602*

IAB Concerns and Recommendations Regarding Internet Research and Evolution, *RFC 3869*, août 2004, p. 3, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc3869.txt*

Internal Revenue Code, Sec. 501(c)(3), disponible sur *www.irs.gov/Charities-&-Non-Profits/Charitable-Organizations/Exempt-Purposes-Internal-Revenue-Code-Sec.-501(c)(3)*

ISO 3166-1 : 1997, Codes for the Representation of Names of Countries and Their Subdivisions, Part I : "Country Codes".

ISO 26000 : 2010, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale, article 2.1, p. 2.

ISO/FDIS 26000 : 2010, Lignes directrices relatives à la responsabilité sociétale.

JACOBSEN (O.) et LYNCH (D.), *Glossaire des termes réseaux*, *RFC 1208*, mars 1991, p. 7, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/pdf/rfc1208.pdf*

KOLKMAN (O.) et HALPERN (J.), *RFC Editor Model (Version 2)*, *RFC 6635*, juin 2012, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc6635#page-3*

MOCKAPETRIS (P.), *Noms de domaines – Concepts et éléments de base*, *RFC 1034*, novembre 1987, disponible sur *http://abcdrfc.free.fr/rfc-vf/pdf/rfc1034.pdf*

MOCKAPETRIS (P.), *Domain Names – Concepts and Facilities*, *RFC 882*, novembre 1983, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc882*

MOCKAPETRIS (P.), *Domain Names – Implementation and Specification*, *RFC 883*, novembre 1983, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc883*

Network Information Services Manager(s) for NSFNET and the NREN: INTERNIC Registration Services, Cooperative Agreement nº NCR-9218742, disponible sur *http://archive.icann.org/en/nsi/coopagmt-01jan93.htm*

NETWORK WORKING GROUP, *Netiquette Guidelines*, *RFC 1855*, octobre 1995, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1855.txt*

NETWORK WORKING GROUP, *Request for Comments Reference Guide*, *RFC 1000*, août 1987, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc1000.txt*

NTIA, *A Proposal to Improve Technical Management of the Internet Names and Addresses, Discussion Draft*, 30 janvier 1998, disponible sur *www.ntia.doc.gov/legacy/ntiahome/domainname/dnsdrft.htm*

NTIA, *Improvement of Technical Management of Internet Names and Addresses; Proposed Rule*, vol. 63, nº 34, 20 février 1998, p. 8826, disponible sur *www.ntia.doc.gov/federal-register-notice/1998/improvement-technical-management-internet-names-and-addresses-proposed-*

POSTEL (J.), *Domain Name System Structure and Delegation*, *RFC 1591*, mars 1994, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc1591*

POSTEL (J.), *Standard Host Names*, *RFC*, septembre 1971, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc229*

POSTEL (J.) et REYNOLDS (J.), *Domain Requirements*, *RFC 920*, octobre 1984, disponible sur *https://tools.ietf.org/rfc/rfc920.txtPostel*

POSTEL (J.), LI. (T.) et REKHTER (Y.), *Best Current Practices*, *RFC 1818*, Best Current Practice: 1, août 1995, disponible sur *https://tools.ietf.org/html/rfc1818*

Request for Comments: 2418, IETF Working Group Guidelines and Procedures, September 1998, disponible sur *www.ietf.org/rfc/rfc2418.txt*

Request for Proposal – Internet Assigned Numbers Authority (IANA), Solicitation Number: SA1301-12-RP-0043, 16 avril 2012, disponible sur *www.ntia.doc.gov/files/ntia/publications/sa1301-12-rp-0043-_final_04.16.2012.pdf*

SU (Z. S.) et POSTEL (J.), *The Domain Naming Convention for Internet User Applications*, *RFC 819*, août 1982, disponible sur *http://eduscol.education.fr/chrgt/marques-et-nom-de-domaine.pdf*

The NSFNET Backbone Services acceptable use policy, disponible sur *www.cybertelecom.org/notes/nsfnet.htm*

ZAKON (R.), "Hobbes' Internet Timeline", *RFC 2235*, novembre 1997, disponible sur *http://tools.ietf.org/html/rfc2235*

SOURCES DE DROIT FRANÇAIS

Loi constitutionnelle n° 2005-205 du 1er mars 2005 relative à la Charte de l'environnement.

Décret n° 2012-436 du 30 mars 2012 portant transposition du nouveau cadre réglementaire européen des communications électroniques.

Décret n° 2011-476 du 29 avril 2011 portant création du Conseil national du numérique.

Décret n° 2009-697 du 16 juin 2009 relatif à la normalisation.

« Vocabulaire de l'informatique et de l'Internet », *Journal officiel*, 16 mars 1999, 1. Termes et définitions, disponible sur *www.culture.gouv.fr/culture/dglf/cogeter/16-03-99-internet.html*

SOURCES DE DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Communication de la Commission au Conseil européen de Laeken, COM (2001) 726.

Communication de la Commission au Parlement européen et au Conseil sur le rôle de la normalisation européenne dans le cadre des politiques et de la législation européennes, SEC (2004) 1251.

« La gouvernance de l'Internet : les prochaines étapes », *Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil*, COM (2009) 0277.

« La gouvernance de l'Internet : les prochaines étapes », *Communication de la Commission au Parlement Européen et au Conseil*, COM (2009) 0277, disponible sur *http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:52009DC0277:FR:NOT*

« Donner forme à la Nouvelle Europe », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions sur les objectifs stratégiques 2000-2005*, 9 février 2000, COM (2000) 54, disponible sur *http://europa.eu/rapid/press-release_DOC-00-4_fr.htm*

« Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au*

Comité économique et social et au Comité des régions, COM (2010) 543 final, 8 octobre 2010.

« Pour une réglementation de l'UE bien affûtée », *Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions*, Strasbourg, 12 décembre 2012, COM (2012) 746 final, disponible sur *http://ec.europa.eu/governance/better_regulation/documents/1_FR_ACT_part1_v3.pdf*

« Les réseaux et l'Internet du futur », *Communication de la Commission du 29 septembre 2008*, COM (2008) 594.

« Les défis de la société de l'information européenne après 2005 », *Communication de la Commission*, Bruxelles, 19 novembre 2004, COM (2004) 757 final.

Décision du Parlement européen sur la conclusion de l'accord interinstitutionnel « Mieux légiférer » entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission, 2003/2131 (ACI), *Journal officiel de l'Union européenne*, C 81 E/84.

Directive 2011/83/UE du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, considérant nº 20.

Directive 2009/140 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009, *Journal officiel*, nº L 337 du 18 décembre 2009.

Directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009.

Directive 2001/29/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2001 sur l'harmonisation de certains aspects du droit d'auteur et des droits voisins dans la société de l'information.

Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, *Journal officiel*, nº L 281 du 23 novembre 1995.

Règlement (UE) nº 2120/2015 du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2015 établissant des mesures relatives à l'accès à un Internet ouvert, *Journal officiel*, nº L 310/1 du 26 novembre 2015.

Règlement (UE) 1025/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 relatif à la normalisation européenne, considérant nº 1.

Règlement (UE) nº 182/2011 du Parlement européen et du Conseil du 16 février 2011 établissant les règles et principes généraux relatifs aux modalités de contrôle par les États membres de l'exercice des compétences d'exécution par la Commission.

Règlement (UE) nº 1093/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 instituant une Autorité européenne de surveillance

(Autorité bancaire européenne), modifiant la décision nº 716/2009/CE et abrogeant la décision nº 2009/78/CE de la Commission.

Règlement (CE) nº 733/2002 du Parlement européen et du Conseil du 22 avril 2002 concernant la mise en œuvre du domaine de premier niveau.eu, *Journal officiel*, nº L 113 du 30 avril 2002.

Règlement (CEE) nº 1360/90 du Conseil du 7 mai 1990 portant création d'une Fondation européenne pour la formation.

Règlement nº 58/2003 du Conseil du 19 décembre 2002 portant statut des agences exécutives chargées de certaines tâches relatives à la gestion de programmes communautaires.

Résolution du Conseil du 7 mai 1985 concernant une nouvelle approche en matière d'harmonisation technique et de normalisation (85/C 136/01).

Résolution du Parlement européen sur la prochaine Conférence mondiale sur les télécommunications internationales (CMTI-12) de l'Union internationale des télécommunications, et l'éventuelle extension du champ d'application du règlement des télécommunications internationales, 2012/2881 (RSP), 20 novembre 2012.

SOURCES DE DROIT INTERNATIONAL

Convention internationale des télécommunications, 2 octobre 1947.

Constitution de l'Union internationale des télécommunications, 22 décembre 1992.

UIT, *Règlement des télécommunications internationales*, article 9 « Arrangements particuliers », disponible sur *www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/01/S02010000214004PDFF.pdf*

UIT, *Promouvoir un environnement propice à la croissance accrue de l'Internet*, Résolution plénière nº 3, *Actes finaux de la Conférence mondiale sur les télécommunications internationales*, Dubaï, 2012, disponible sur *www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12-fr.pdf*

UIT, « Constitution de l'Union internationale des télécommunications », *Recueil des textes fondamentaux de l'Union internationale des télécommunications*, adoptés par la Conférence de plénipotentiaires, édition 2011, préambule, paragraphe 1.

UIT, *Admission d'établissements universitaires, d'universités et d'instituts de recherche associés à participer aux travaux des trois Secteurs de l'Union*, Résolution 169, Guadalajara, 2010, paragraphe 1.

UIT, *Examen d'ensemble de la mise en œuvre des résultats du Sommet mondial sur la société de l'information*, Résolution 172,Guadalajara, 2010.

UIT, *Résolution 181. Définitions et termes relatifs à l'instauration de la confiance et de la sécurité dans l'utilisation des technologies de l'information et de la communication*, Guadalajara, 2010.

UIT, *Rôle de l'UIT concernant les questions de politiques publiques internationales ayant trait à l'Internet et à la gestion des ressources de l'Internet, y compris les noms de domaine et les adresses*, Résolution 102, Guadalajara, 2010.

UIT, *Résolution 73 de la Conférence de plénipotentiaires de l'UIT*, Minneapolis, 1998, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/73-fr.html*

UIT, *Résolution 102, Gestion des noms de domaine et des adresses Internet*, Minneapolis, 1998, disponible sur *www.itu.int/dms_pub/itu-s/oth/02/01/S02010000254002PDFF.pdf*

UIT, *80 Organizations Sign MoU to Restructure the Internet,* Press Release, 1er mai 1997.

TEXTES LÉGISLATIFS ÉTRANGERS

Directive du Cabinet sur la rationalisation de la réglementation, Ottawa, Sa Majesté la Reine du chef du Canada, 2007.

District of Columbia Nonprofit Corporation Act, DC Code, § 29-301.01 et s.

Government Corporation Control Act, 31 USC, § 9102 – Establishing and acquiring corporations, disponible sur *www.law.cornell.edu/uscode/text/31/9102*

US Code, Titre 5, partie 1, chapitre 5, sous-chapitre 2, paragraphes 551.(4) et (5), disponible sur *www.archives.gov/federal-register/laws/administrative-procedure/551.html*

DÉCISIONS FRANÇAISES

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision nº 2009-580 DC du 10 juin 2009.

CONSEIL CONSTITUTIONNEL, décision nº 89-260 DC du 28 juillet 1989, *Recueil Lebon*.

CONSEIL D'ÉTAT, 6 mai 1996, *Association Aquitaine Alternatives*, nº 12191.

CONSEIL D'ÉTAT, Sous-sections 6 et 2 réunies, 14 octobre 1991, nº 90260.

CONSEIL D'ÉTAT, Section, 20 juin 1958, *Louis, Recueil Lebon*.

COUR DE CASSATION, 1re chambre civile, 20 octobre 2011, nº 975.

COUR DE CASSATION, chambre commerciale, 26 mai 2009, nº 08-15856.

DÉCISIONS COMMUNAUTAIRES

COMMISSION EUROPÉENNE, 19 décembre 2013, *Commission c/ Parlement européen et Conseil*, affaire C-427/12, paragraphe 61, conclusions de l'avocat général.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, arrêt de la Cour (grande chambre), 13 mai 2014, *Google Spain SL et Google Incorporation c/ Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) et Mario Costeja González*, affaire C-131/12.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 12 décembre 2013, *Digital Rights Ireland Seitlinger e.a*, affaires jointes C-293/12 et C-594/12, communiqué de presse nº 157/13, Luxembourg, conclusions de l'avocat général.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 19 avril 2012, *Bonnier Audio AB et autres*, affaire C-461/10.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 16 février 2012, *Affaire SABAM c/ Netlog NV*, affaire C-360/10.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, 24 novembre 2011, *Scarlet Extended SA c/ Société belge des auteurs, compositeurs et éditeurs SCRL (SABAM)*, affaire C-70/10.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNEE, arrêt du tribunal (grande chambre), 17 septembre 2007, *Microsoft Corporation c/ Commission des communautés européennes*, affaire T-201/04.

COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE, arrêt de la Cour, 21 novembre 1991, *Technische Universität München contre Hauptzollamt München-Mitte*, affaire C-269/90.

DÉCISIONS ÉTRANGÈRES

CONSEIL ÉCONOMIQUE ET SOCIAL, *Normes sur la responsabilité en matière de droits de l'Homme des sociétés*, E/CN.4/Sub.2/2003/12/Rev.2, 26 août 2003, disponible sur *www.humanrights.ch/upload/pdf/091127_NORMES_SUR_LA_RESPONSABILIT_EN_MATIRE_DE_DROITS.pdf*

HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Commerce, Justice Science, and Related Agencies Appropriations Bill, 2015*, 113th Congress, 2d Session, report nº 113, 2014, p. 15, disponible sur *http://appropriations.house.gov/uploadedfiles/hrpt-113-hr-fy2015-cjs.pdf*

HOUSE OF REPRESENTATIVES, *Domain Openness Through Continued Oversight Matters Act*, 113th Congress, 2d Session, 27 mars 2014, section 2 "NTIA Retention of DNS Responsibilities Pending GAO Report", disponible sur *http://beta.congress.gov/113/bills/hr4342/BILLS-113hr4342ih.pdf*

Negotiated Rulemaking Act, 1990, 5 United States Code, paragraphe 562.7, disponible sur *www.archives.gov/federal-register/laws/negotiated-rulemaking/562.html*

SUPREME COURT OF THE UNITED STATES, 26 juin 2003, *Lawrence et al. c/ Texas*, 5394.S.558.

US DOC, *Statement of Policy on the Management of Internet Names and Addresses*, 5 juin 1998, Docket Number: 980212036-8146-02.

STANDARDS DU CONSEIL DE L'EUROPE

CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec(2016)1 du Comité des Ministres aux États-membres sur la protection et la promotion du droit à la liberté d'expression et du droit à la vie privée en lien avec la neutralité du réseau*, 13 janvier 2016, disponible sur *https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2402799&Site=CM*

CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec(2014)6 du Comité des Ministres aux États membres sur un guide des droits de l'homme pour les utilisateurs d'Internet – Exposé des motifs*, 16 avril 2014.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclaration du Comité des Ministres sur les risques présentés par le suivi numérique et les autres technologies de surveillance pour les droits fondamentaux*, 11 juin 2013.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, adoptée par le Comité des ministres le 21 septembre 2011.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclaration du Comité des ministres sur des principes de la gouvernance de l'Internet*, adoptée par le Comité des ministres le 21 septembre 2011, disponible sur *www.coe.int/t/informationsociety/documents/CM%20Dec%20on%20Internet%20Governance%20Principles_fr.pdf*

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclaration du Comité des ministres sur la neutralité du réseau*, 29 septembre 2010.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Déclaration du Comité des ministres sur le rôle des médias associatifs dans la promotion de la cohésion sociale et du dialogue interculturel*, 11 février 2009.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Lignes directrices visant à aider les fournisseurs de services Internet développées par le Conseil d'Europe en coopération avec l'Association européenne des fournisseurs de services Internet (EuroISPA)*, juillet 2008.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation CM/Rec(2007)16 du Comité des ministres aux États membres sur des mesures visant à promouvoir la valeur de service public de l'Internet*, 7 novembre 2007.

CONSEIL DE L'EUROPE, *Vers une nouvelle conception des médias*, résolution issue de la 1re Conférence du Conseil de l'Europe des ministres responsables des Médias et des nouveaux services de communication. Une nouvelle conception des médias ?, Reykjavik, 29 mai 2009, MCM(2009)011.

CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE, *Convention d'entente entre le Parlement, le Conseil et la Commission*, Bruxelles, 14 avril 2011, 8753/1/11.

CONSEIL EUROPÉEN DE LISBONNE, *Conclusions de la présidence*, 23 et 24 mars 2000, paragraphes 37 et 38, disponible sur *www.consilium.europa.eu/ueDocs/cms_Data/docs/pressData/fr/ec/00100-r1.f0.htm*

COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, 7 juin 2012, *Affaire Centro Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c/ Italie*, nº 38433/09.

Recommandation CM/Rec(2007)2 du Comité des Ministres aux États membres sur le pluralisme des médias et la diversité du contenu des médias, 31 janvier 2007.

Recommandations et autres publications de l'UIT-T, disponible sur *www.itu.int/fr/ITU-T/publications/Pages/default.aspx*

STANDARDS INTERNATIONAUX

Conclusions du Conseil « télécommunications » des 26-27 juin 2005 relatives au SMSI.

CONSEIL DE L'UIT, *Rôle du Groupe spécialisé dans l'identification des questions de politiques publiques relatives à l'Internet*, Résolution 1305, 2009.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Note de synthèse du Groupe de travail sur la question des droits de l'homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, 3 et 4 décembre 2013, A/HRC/FBHR/2013/3, disponible sur *www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ForumSession2/A-HRC-FBHR-2013-3_fr.pdf*

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Rapport annuel du Haut-Commissaire des Nations unies aux droits de l'Homme et rapports du Haut-Commissariat et du Secrétaire général Promotion et protection de tous les droits de l'Homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, 17 décembre 2012, A/HRC/22/29.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Promotion et protection de tous les droits de l'homme, civils, politiques, économiques, sociaux et culturels, y compris le droit au développement*, Nations unies, 29 juin 2012, A/HRC/20/L.13.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Les droits de l'Homme et les sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 17/4, 6 juillet 2011, A/HRC/RES/17/4.

CONSEIL DES DROITS DE L'HOMME, *Mandat du représentant spécial du secrétaire général chargé de la question des droits de l'Homme et des sociétés transnationales et autres entreprises*, Résolution 8/7, 18 juin 2008, disponible sur *http://ap.ohchr.org/documents/F/HRC/resolutions/A_HRC_RES_8_7.pdf*

IRP Coalition, *Charte des Droits de l'Homme et Principes pour Internet*, 2011, disponible sur *http://internetrightsandprinciples.org/site/wp-content/uploads/2011/09/pdf/french.pdf*

NATIONS UNIES, *Résolution A/RES/56/183, Sommet mondial de la société de l'information*, adoptée par l'Assemblée générale le 21 décembre 2001, disponible sur *www.itu.int/wsis/docs/background/resolutions/56_183_unga_2002-fr.pdf*

UNITED NATION SECRETARY GENERAL, *Development of Guidelines on the Role and Social Responsibilities of the Private Sector*, 2000, A/AC.253/21.

UNGA, *Letter dated 12 September 2011 from the Permanent Representatives of China, the Russian Federation, Tajikistan and Uzbekistan to the United Nations addressed to the Secretary-General*, 14 septembre 2011, Item 93, Developments in the field of information and telecommunications in the context of international security, disponible sur *www.rusemb.org.uk/data/doc/internationalcodeeng.pdf*

UNGA, *Résolution adoptée par l'Assemblée générale 60/252, Sommet mondial sur la société de l'information*, 27 avril 2006, disponible sur *http://www.itu.int/wisd/2006/res-60-252-fr.html*

Principales abréviations

aai	autorités administratives indépendantes
aCM	*Advisory Committee on Membership* ou Comité consultatif sur l'adhésion à l'iCaNN
aDr	*Alternative Dispute Resolution*
aFNiC	association française pour le nommage internet en coopération
AJDA	*Actualité juridique en droit administratif*
aFNOr	association française de normalisation
aFriNiC	*African Network Information Center*
aGCOM	*Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni*
aLaC	*At-Large Advisory Committee* ou Comité consultatif des utilisateurs d'internet
aMNt	assemblée mondiale de normalisation des télécommunications
aoC	*Affirmation of Commitments* ou affirmation d'engagements
aPa	*Administrative Procedure Act*
aPNiC	*Asia Pacific Network Information Center*
ariN	*American Registry for Internet Numbers*
arPa	*Advanced Research Projects Agency*
arPaNet	*Advanced Research Projects Agency Network*
art.	article
aS	*Autonomous System* ou Système autonome
aSO	*Address Supprorting Organisation*
BCP	*Best Current Practices*
BCr	*Binding Corporate Rules* ou règles internes d'entreprise
BereC	*Body of European Regulators for Electronic Communications*
ccNSO	*country code Name Supporting Organization*
CCNUCC	Convention cadre des Nations unies sur les changements climatiques
ccPDP	*country code Policy Development Process* ou Processus d'élaboration des politiques de la ccNSO

cctLD	*country code Top-Level Domain* ou Nom de domaine national
CDMSi	Comité directeur sur la société de l'information et les médias
Conv. eDH	Convention européenne des droits de l'Homme
CeN	Comité européen de normalisation
Cia	*Central Intelligence Agency*
CiX	*Commercial Internet eXchange*
CJUe	Cour de justice de l'Union européenne
CMi	Conseil mondial de l'internet
CMPi	Conseil mondial pour les politiques internet
CNiL	Commission nationale de l'informatique et des libertés
coll.	Collection
COre	*Council of Registrars*
CSNet	*Computer Science Network*
CStD	Commission des Nations unies sur la science et la technologie au service du développement
DarPa	*Defense Advanced Research Project Agency*
DaVDSi	Loi n° 2006-961 du 1er août 2006 relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information
DDN	*Defense Data Network*
DiSa	*Defense Information Systems Agency*
DNS	*Domain Name System* ou Système des noms de domaine
DoC	Département du Commerce étasunien
DPi	*Deep Packet Inspection*
DrM	*Digital Right Management*
Éd.	Éditeur
éd.	Édition
et s.	et suivants
etSi	*European Telecommunications Standards Institute*
eULa	*End User Licence Agreement* ou Contrat de licence utilisateur final
euroiSPa	*European Internet Service Providers Association* ou association européenne des fournisseurs de services internet
Fai	Fournisseurs d'accès internet
FBi	*Federal Bureau of Investigation*
FCC	*Federal Communications Commission*
FGi	Forum sur la gouvernance de l'internet
Fiarch	Groupe d'expert sur la *Future Internet Architecture*
FiSa	*Foreign Intelligence Surveillance Act*
FiSC	*Foreign Intelligence Surveillance Court*
FtC	*Federal Trade Commission*
G8	Groupe des Huit
GaC	*Governmental Advisory Committee*
GiX	*Global Internet eXchange*

GNSO	*Generic Name Supporting Organization*
GtGi	Groupe de travail sur la gouvernance de l'internet
gtLD-MoU	*Memorandum of Understanding on the Generic Top-Level Domain Name Space of the Internet Domain System*
gtLD	*generic Top-Level Domain* ou Nom de domaine générique
HPCa	*High Performance Computing and Communication Act*
HtML	*Hypertext Markup Language* ou Langage de balisage hypertexte
HttP	*Hypertext Transfer Protocol* ou Protocole de transfert hypertexte
iaB	*Internet Architecture Board*
iaHC	*International* ad Hoc *Committee*
iaNa	*Internet Assigned Numbers Authority*
iaOC	*IETF Administrative Oversight Committee* ou Comité de surveillance administrative de l'ietF
iaSa	*IETF Administrative Support Activity*
ibid.	*Ibidem*
id.	*Idem*
iBSa	inde, Brésil et afrique du Sud
iCaNN	*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*
iCaNN-tLG	*ICANN Technical Liaison Group*
iCCB	*Internet Configuration Control Board*
ieee	*Institute of Electrical and Electronics Engineers*
ieSG	*Internet Engineering Steering Group*
ietF	*Internet Engineering Task Force*
iFWP	*International Forum on the White Paper*
iGF	*Internet Governance Forum*
iitF	*Information Infrastructure Task Force*
interNiC	*Internet Network Information Center*
iP	*Internet Protocol*
irP Panel	*Independent Review Process Panel* ou Comité de révision indépendant
irtF	*Internet Research Task Force*
iSi	institut de sciences informatiques
iSO	Organisation internationale de normalisation
iSOC	*Internet Society*
iSP	*Internet Service Provider*
itaC	Comité consultatif technique de l'internet
iXP	Point d'échange internet ou *Internet Exchange Point*
LaCNiC	*Latin American and Caribbean IP address Regional Registry*
LGDJ	Librairie générale de droit et de jurisprudence
Lir	registres internet locaux
MaG	*Multistakeholder Advisory Group* ou Groupe consultatif multipartite
Mit	*Massachusetts Institute of Technology*

MOC	Méthode ouverte de coordination
MoU	*Memorandum of Understanding*
NaP	*Network Access Points* ou Points d'accès au réseau
NCUC	*Noncommercial Users Constituency*
NeC	*National Economic Council*
NiC	*Network Information Center*
Nii	*National Information Infrastructure*
NiiaC	*National Information Infrastructure Advisory Council*
Nir	*National Internet Registry* ou registres internet nationaux
NiSt	*National Institute of Standards and Technology*
nº	*Numéro*
NPM	*New Public Management*
NSa	*National Security Agency*
NSF	*National Science Foundation*
NSFnet	*National Science Foundation Network*
NSi	*Network Solutions Inc.*
NStC	*National Science and Technology Council*
Ntia	*National Telecommunications and Information Administration*
NWG	*Network Working Group* ou groupe de travail réseau
OCDe	Organisation pour la coopération et le développement économique
OMPi	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONG	Organisation non-gouvernementale
ONU	Organisation des Nations unies
ONUG	Office des Nations unies à Genève
op. cit.	*Opus citatus*
OreCe	Organe des régulateurs européens des communications électroniques
OSCe	Organisation pour la sécurité et la coopération en europe
p.	Page
§	Paragraphe
P2P	*Peer-to-Peer* ou Pair à pair
P3P	*Platform for Privacy Preferences*
PaN	Plans d'action nationaux
ParL	Procédure alternative de résolution de litiges
PDP	*Policy Development Process*
PeN	*Public Electronic Network*
Pet	*Privacy Enhancing Technologies* ou technologie de renforcement du respect de la vie privée
PPP	Partenariat public-privé
PSO	*Protocol Supporting Organization*
PUF	Presses universitaires de France

raa	*Registrar Accreditation Agreement* ou accord d'accréditation du bureau d'enregistrement
raLO	*Regional At-Large Organization*
RDP	*Revue de droit public*
RIDA	*Revue internationale du droit de France*
rFC	*Requests for Comments*
RIEF	*Revue interdisciplinaire d'études juridiques*
riPe-NCC	réseaux iP européens
rir	registres internet régionaux
rSOC	rFC *Series Oversight Committee*
rSSaC	*Root Server System Advisory Committee* ou Comité consultatif sur le système de serveurs racine
rti	règlement des télécommunications internationales
SMSi	Sommet mondial sur la société de l'information
SMtP	*Simple Mail Transport Protocol* ou Protocole simple de transfert de courrier
Sri	*Stanford Research Institute*
SrS	*Shared Registration System* ou Système central d'enregistrement
ss. la dir.	Sous la direction de
SSaC	*Security and Stability Advisory Committee* ou Comité consultatif pour la sécurité et la stabilité
tCP	*Transmission Control Protocol*
tiC	technologies de l'information et de la communication
tLD	*Top-Level Domain* ou Domaine de premier niveau
tOr	Logiciel *The Onion Router*
toS	*Terms of Service*
trad.	traduction
UCLa	Université de Californie à Los angeles
UDrP	*Uniform Dispute Resolution Policy* ou règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine
Uit	Union internationale des télécommunications
Uit-D	Secteur de coordination et d'assistance technique au développement des télécommunications de l'Uit
Uit-r	Secteur d'allocation et de définition de procédures d'utilisation des fréquences radioélectriques de l'Uit
Uit-t	Secteur de normalisation technique des télécommunications de l'Uit
UrL	*Uniform Resource Locator*
USa Patr-iOt act	*Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism*
vol.	Volume
VoiP	*Voice over IP*

VPN	*Virtual Private Network* ou réseau virtuel privé
W3C	*World Wide Web Consortium*
WGiG	*Working Group on Internet Governance*
WiCaNN	*World* ***ICANN***
WiPO	*World Intellectual Property Organization*
WSiS	*World Summit on the Information Society*

Index

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe.

A

Administration cyberterritoriale, 392

Administrative Procedure Act, 121, 292, 314, 320, 337, 350, 367, 539

Advanced Research Projects Agency (ARPA), 174, 176, 184, 202, 229, 539

Advanced Research Projects Agency Network (ARPANet), 174, 176, 179, 227, 233, 238, 539

Affirmation of Commitments (AoC), 379 à 384, 391, 423, 539

Association française de normalisation (AFNOR), 155 à 158

Association française pour le nommage Internet en coopération (AFNIC), 291, 297, 299, 398, 399, 539

Autorité administrative indépendante (AAI), 34, 103, 106 à 108, 117 à 119, 123 à 132, 136 à 138, 539

B

Best Current Practices (BCP), 204, 208, 217, 539

C

Coalition dynamique, 495, 529 à 531

Computer Science Network (CSNet), 227, 539

Constitution technique, 191

Contrat social, 176, 498

Coopération renforcée, 293, 436, 481, 489, 497 à 504, 506, 529, 536

Country Code Name Supporting Organization (ccNSO), 338, 339, 346, 352, 407, 539

Country Code Policy Development Process (ccPDP), 339, 352, 539

Country Code Top-Level Domain (ccTLD), 299, 307, 332, 398, 399, 415, 423, 539

D

Datagramme, 181, 190, 313

Defense Advanced Research Project Agency (DARPA), 174, 176, 184, 185, 240, 306, 539

Digital Right Management (DRM), 97, 217, 222, 539

Domain Name System (DNS), 243 à 246, 264, 302, 316, 321, 333, 353, 380, 382, 392, 421

Droit administratif global, 358, 395 à 398, 403, 516

E

End-to-end, 9, 14, 15, 192, 193, 195 à 198, 236, 272, 288, 376, 462, 464

F

Fichier racine, 239, 240, 300, 328

Forum sur la gouvernance de l'Internet (FGI), 283, 284, 293, 435, 480, 481, 489, 491 à 496, 504, 527 à 529, 531, 534 à 536, 539

Fournisseurs d'accès Internet (FAI), 9, 206, 233, 236, 237, 248, 249, 251, 263, 264, 270, 272, 300, 302, 307, 407, 430, 434, 525, 527, 536, 537, 539

G

Gatekeepers, 236, 272

Generic Name Supporting Organization (GNSO), 338, 339, 352, 401, 403 à 407, 409, 410, 533, 539

Generic Top-Level Domain (gTLD), 245, 246, 308, 336, 338, 362, 375, 377, 388, 389, 422, 539

Gestion efficace, 58

Gouvernance collaborative, 55, 365

Governmental Advisory Committee (GAC), 247, 308, 311, 340 à 342, 366, 370 à 373, 377, 378, 380, 382, 383, 395, 398, 399, 415, 421, 423, 488, 539

Groupe de travail sur la gouvernance de l'Internet (GTGI), 178, 254, 467, 473 à 477, 480, 482, 483, 485, 487 à 489, 491, 492, 498, 528, 536, 539

I

Internet Architecture Board (IAB), 206

Internet Assigned Numbers Authority (IANA), 202, 240, 241, 244, 246, 248, 249, 299, 303, 306 à 308, 319, 324, 326 à 329, 331, 334, 336, 372, 373, 379, 381, 384, 399, 423, 434, 488, 503, 539

Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), 1, 5, 200, 213, 228, 229, 239 à 241, 243 à 249, 253, 278, 291, 292, 295, 297 à 301, 303, 304, 306 à 313, 316, 320, 323 à 363, 366 à 372, 376 à 396, 398, 399, 402 à 419, 421 à 424, 430, 435, 436, 453, 488, 500, 503, 533, 539

Internet Engineering Steering Group (IESG), 202, 204, 206 à 208, 211, 334, 535, 539

Internet Engineering Task Force (IETF), 1, 13, 178, 202 à 215, 217, 219, 241, 292, 314, 326, 329, 334, 337, 342, 346, 351, 369, 387, 388, 408, 424, 430, 457, 467, 493 à 496, 503, 514, 525 à 531, 533, 535, 539

Internet Society (ISOC), 194, 198, 202, 206, 210, 211, 213, 215, 217, 239, 244, 424, 427, 437, 503, 539

L

Lex electronica, 171

Lex icanniana, 386, 404, 408, 409, 424 à 426

Lex informatica, 8, 9, 13, 14, 171, 175 à 183, 191, 192, 194, 195, 200, 204, 206, 213 à 217, 219, 221, 223, 288, 334, 386, 403, 425, 426, 462, 493, 536

M

Meilleure légifération, 30, 92, 93

Memorandum of Understanding (MoU), 245, 246, 328 à 330, 378, 379, 381, 387, 539

Memorandum of Understanding on the Generic Top-Level Domain Name Space of the Internet Domain System (gTLD-MoU), 245, 246

Méthode ouverte de coordination (MOC), 89, 539

Modèle multi-parties prenantes, 434, 506

Modèle pyramidal, 6, 35, 51

Modèles régulatoires, 5, 9, 205, 293, 431, 481, 493, 496, 500, 506, 513 à 515, 525, 527, 529, 533, 535, 536

Multistakeholder Advisory Group (MAG), 492, 493, 539

N

National Telecommunications and Information Administration (NTIA), 245 à 247, 292, 306, 307, 317 à 322, 324 à 327, 331, 342, 347, 349, 360, 370, 373, 374, 379, 384, 394, 415, 424, 539

NETmundial, 5, 9, 343, 472, 500, 503 à 506, 518, 535

Network Working Group (NWG), 201, 539

Neutralité du réseau, 182, 198, 209, 215, 237, 302, 500, 527, 529 à 531, 534, 537

O

Organisation des Nations unies (ONU), 86, 110, 119, 138, 142, 250, 473, 485, 488, 490, 491, 499, 500, 520, 522, 535, 539

Organisation internationale de normalisation (ISO), 141, 177, 188, 205, 212, 299, 458, 512 à 514, 523, 539

P

Peer-to-Peer, 539

R

Requests for Comments (RFC), 177, 184, 192, 201 à 211, 213, 214, 217, 226, 238 à 241, 249, 300, 302, 306, 308, 313, 314, 317, 334, 362, 399, 411, 412, 421, 539

Rough consensus, 536

S

Sommet mondial sur la société de l'Information (SMSI), 5, 9, 140, 192, 228, 242, 243, 253, 254, 276 à 278, 281 à 283, 293, 374 à 377, 423, 429, 434 à 436, 439, 452 à 454, 458, 461, 463, 468 à 470, 473, 476, 478, 481, 485, 490 à 493, 497 à 499, 504, 518, 528, 535, 536, 539

Souveraineté marchande, 265, 270, 272, 274, 275, 288, 430, 514, 536

Subsidiarité, 6, 14, 40, 45, 56, 60, 62, 88 à 90, 143, 182, 197, 280, 282, 287, 450, 451, 461, 464 à 468, 475 à 477, 479, 497, 499, 536

Système technicien, 189, 200, 204, 314, 458, 495, 514, 528 à 530, 533, 535

T

Transmission Control Protocol/ Internet protocol (TCP/IP), 183, 184, 186 à 192, 197, 227, 228, 233, 462

U

Uniform Dispute Resolution Policy (UDRP), 248, 304, 360, 411, 414 à 419, 539

W

World Wide Web Consortium (W3C), 205, 210, 212, 213, 217, 346, 369, 430, 457, 503, 539

Table des matières

Résumé. 9

Préface de Louis Pouzin 11

Préface de Gilles J. Guglielmi 13

Chapitre introductif — L'émergence de la gouvernance « multi-parties prenantes » 17

Section **1** — La gouvernance. 21

Section **2** — Les « parties prenantes » 24

Section **3** — La régulation 26

Section **4** — L'Internet 28

Section **5** — Problématique et plan 32

PARTIE 1 — La gouvernance : paradigme multi-parties prenantes dans un environnement pluraliste 35

Chapitre **1** — Une gouvernance multi-parties prenantes pour une régulation efficace. 41

Section **1** — Une organisation polycentrique. 42

Sous-section **1** — L'émergence d'un paradigme « ouvert ». 46

§ **1** — Une évolution structurelle. 48

A – La non-adéquation du modèle pyramidal « traditionnel » . 50

B – L'émergence d'une pluralité de « réseaux normatifs » 55

§ **2** — Une démarche collaborative dans un but d'efficacité. 58

A – La diffusion d'un paradigme collaboratif 60

B – De la gouvernance d'entreprise à une gestion efficace de l'action publique 64

Sous-section **2** L'émergence d'un paradigme participatif 70
§ **1** La participation d'acteurs extra-étatiques dans le cadre de la gouvernance internationale. 74
A – Une gouvernance participative pour une régulation « molle » 78
B – Une mise en œuvre participative entre partenaires. 82
§ **2** La participation des acteurs privés dans le cadre de la gouvernance européenne 84
A – Une gouvernance multi-parties prenantes dans le but d'une « meilleure légifération » 88
B – Une coopération multi-parties prenantes dans le but d'une législation technoscientifique 91
Section **2** Une régulation décentralisée 97
Sous-section **1** La régulation et son « institutionnalisation » 101
§ **1** Le processus d'« agencification » nationale 106
A – Les autorités administratives indépendantes 109
B – Les Agences 114
§ **2** Le processus d'« agencification » internationale. 115
Sous-section **2** L'autorégulation 120
§ **1** La normalisation technique : une autorégulation « *imperio rationis* » 123
§ **2** L'assujettissement de la normalisation aux pouvoirs publics français 126
Section **3** Conclusion préliminaire 130
Chapitre **2** Le pluralisme normatif internautique 133
Section **1** Le rôle incontournable de la *lex informatica*. 137
Sous-section **1** L'état de nature internautique : une gouvernance à vocation technique 138
§ **1** La *lex informatica* : une autorégulation « performative » 140
§ **2** La constitution technique de l'Internet 144
A – La suite TCP/IP : une « hiérarchie des normes informatiques » 145
B – Une architecture ouverte, distribuée et générative *by design* . 151
Sous-section **2** Le « système technicien » 157
§ **1** La « démocratie participative » du système technicien 158
A – Un nouveau modèle organisationnel 163
B – Un corpus normatif internautique. 167
§ **2** La complémentarité juridico-technique 171

Section **2** L'élargissement des parties prenantes de la gouvernance de l'Internet. 175
Sous-section **1** Le rôle du secteur privé dans l'expansion internautique . 178
§ **1** La « commercialisation » du réseau Internet 178
A – L'expansion « physique » de l'Internet 179
B – Le rôle des acteurs privés dans le nommage et l'adressage Internet 183
§ **2** Une nouvelle administration cyberterritoriale : de l'IAHC à l'ICANN 187
Sous-section **2** Le polycentrisme internautique 192
§ **1** Une « juxtaposition » de souverainetés dans un environnement internautique médiéval. 195
A – Une souveraineté étatique menacée. 197
B – La souveraineté marchande : un « contrat (a)social internautique ». 202
§ **2** Un ordre inachevé : vers une approche corégulatoire d'un système polycentrique 210
Section **3** Conclusion préliminaire 216

PARTIE 2 La gouvernance mondiale de l'Internet 219

Chapitre **1** L'administration du système de noms de domaine 225
Section préliminaire Les fondements d'une structure cyberterritoriale 226
Sous-section **1** La cartographie cyberterritoriale de l'Internet 226
Sous-section **2** L'administration du fichier racine. 233
Section **1** Une « new corporation » pour administrer le système de noms de domaine : entre participation et privatisation 238
Sous-section **1** La création de l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers* 244
§ **1** Une institution par voie contractuelle 247
§ **2** La structure organisationnelle de l'ICANN. 252
A – Le modèle multipartite icannien. 252
B – Le directoire de l'ICANN 258
Sous-section **2** Une légitimité controversée 260

Section **2** Une administration « hybride » pour une régulation globale 265
Sous-section **1** Un mécanisme de gouvernance « collaborative » ?. 269
§ **1** Le rôle « consultatif » des pouvoirs publics 271
§ **2** Une « supervision publique » : l'Affirmation d'engagements. . . 277
Sous-section **2** Un régulateur global 282
§ **1** L'« administration globale » icannienne 287
§ **2** La régulation des extensions génériques 292
A – Le processus normatif de la GNSO : la « légifération icannienne ». 293
B – Le système juridique privé icannien 298
Section **3** Conclusion préliminaire 303
Chapitre **2** Une gouvernance multi-parties prenantes dans le but d'une modélisation régulatoire 309
Section **1** Un écosystème internautique multi-parties prenantes . . . 312
Sous-section **1** L'écosystème internautique 316
§ **1** L'importance des « effets externes » de la régulation internautique 318
§ **2** La nécessité d'une gouvernance de l'environnement internautique 323
Sous-section **2** La subsidiarité en tant que fondement de l'architecture multi-parties prenantes internautique. 330
§ **1** La naissance du principe de la participation multi-parties prenantes. 334
§ **2** La consécration du principe de la participation multi-parties prenantes. 338
Section **2** Une « gouvernance en 4C » de l'Internet 342
Sous-section **1** L'institution d'un forum multi-parties prenantes sous l'égide de l'ONU 344
§ **1** Le Forum sur la gouvernance de l'Internet 347
§ **2** Une coopération renforcée de facto 352
Sous-section **2** La modélisation régulatoire 358
§ **1** Les droits de l'Homme : un cadre conceptuel commun 363
§ **2** Les coalitions dynamiques : un outil habermassien de modélisation régulatoire 368
Section **3** Conclusion préliminaire 375

Conclusion générale Une gouvernance hétéro-parties prenantes pour une régulation durable 379

Annexe – Modèle de cadre sur la neutralité du réseau Internet 385

Bibliographie 389

Principales abréviations 441

Index 447