

Conflits de lois sur Internet et interopérabilité juridique

Par **Bertrand de LA CHAPELLE** ⁽¹⁾

Directeur exécutif, Internet & Jurisdiction Policy Network

Le Global Status Report ⁽²⁾ publié en novembre 2019 par le Secrétariat du Réseau Internet & Jurisdiction dresse un constat inquiétant : pour 95 % des experts interrogés, les problèmes de droit transfrontalier vont devenir de plus en plus aigus dans les trois prochaines années. Pis encore, 80 % considèrent que la coopération internationale est insuffisante en la matière et seulement 15 % estiment que nous avons les institutions nécessaires pour faire face à ces défis.

Notre système juridique international basé sur un nombre limité de juridictions nationales territorialement définies était adapté à un monde avec peu d'interactions transfrontalières. Il est désormais sous pression lorsque celles-ci deviennent la norme et qu'il s'agit de gérer des espaces numériques communs non territoriaux, ce qui est le cas en raison de l'architecture techniquement transfrontalière de l'Internet. Un changement de paradigme est nécessaire, inspiré de l'architecture Internet, et basé sur la structure en hypergraphe de la société humaine et la notion d'interopérabilité entre systèmes de gouvernance.

Une course aux armements juridiques

La stricte séparation des souverainetés et le principe de non-ingérence empêchent trop souvent la coopération qui est pourtant plus nécessaire que jamais pour gérer des espaces numériques partagés et lutter contre une criminalité, qui, elle, ne s'embarrasse pas des frontières.

En l'absence de cadres internationaux reconnus, de nombreuses mesures unilatérales non coordonnées sont adoptées par divers gouvernements sous la pression de l'urgence. Leur autorité s'exerce en outre de plus en plus de manière extraterritoriale, comme en témoignent le Cloud Act américain, le Règlement général sur la protection des données (RGPD) et les futurs règlements, comme celui sur l'accès à la preuve numérique (E-Evidence Regulation), ou encore le Digital Services Act.

Non seulement cela contrevient au principe de séparation des souverainetés (*par in parem imperium non habet*), mais en outre le résultat est une dangereuse course aux armements dans le domaine du droit applicable aux utilisateurs de ce réseau transnational. Cela augmente considérablement les risques de conflits de juridiction.

L'insécurité juridique résultante et ses conséquences imprévisibles à long terme pourraient menacer les avantages apportés par le réseau mondial.

Une pluralité normative croissante

Notre monde est par ailleurs marqué par une pluralité normative croissante : ce ne sont plus seulement les autorités publiques, mais aussi les acteurs privés qui établissent, mettent en œuvre et appliquent leurs propres normes.

(1) Cette contribution de l'auteur est personnelle et n'engage pas les participants du Policy Network Internet & Jurisdiction ou son Secrétariat. L'auteur peut être joint par courriel : bdelachapelle@Internetjurisdiction.net

(2) <https://www.Internetjurisdiction.net/news/release-of-worlds-first-Internet-jurisdiction-global-status-report>

Les règles (conditions générales d'utilisation) élaborées par les grands services en ligne régissent ainsi des communautés transnationales de centaines de millions d'utilisateurs, voire de plusieurs milliards, plus grandes que la population de la quasi-totalité des pays. Or, ces règles sont élaborées selon les propres processus institutionnels internes de ces plateformes, qui constituent autant de structures (*frameworks*) de gouvernance.

Facebook ajoute même actuellement à son système de gouvernance propre un Conseil de surveillance (Oversight Board) comme instance d'appel de ses décisions de modération de contenus, ce que certains – y compris le fondateur de Facebook lui-même initialement – ont qualifié de « Cour suprême » de la plateforme.

Certains voient dans ces évolutions l'avènement de puissances numériques privées exerçant une compétence législative (fixation des règles), exécutive (modération effective des contenus), et désormais judiciaire (Oversight Board).

Nous n'avons ni les concepts ni les outils pour traiter au niveau global les conflits potentiels entre ces différentes sources de droit. La solution ne peut être un renforcement de la fragmentation du réseau global par le simple rétablissement de critères territoriaux. Comme l'avait dit Kofi Annan de manière prophétique dès 2004 : « Pour gérer la présence d'Internet dans nos vies, il nous incombe d'être aussi innovants que ceux qui l'ont inventé ».

Un nécessaire changement de paradigme

L'histoire des institutions reflète l'effort constant de l'humanité pour s'organiser en communautés de plus en plus grandes (familles, tribus, empires, États-nations), et pour définir les règles de leurs interactions. Organiser les relations de plusieurs milliards de personnes connectées par Internet et permettre leur coexistence n'est rien moins qu'un défi de civilisation.

Vint Cerf, co-inventeur des protocoles Internet, n'a pas hésité à affirmer dans le *Financial Times*, à l'occasion de la seconde Conférence globale du Réseau Internet & Jurisdiction à Ottawa, en 2018, que « gérer l'application de nombreuses législations à l'Internet [...] est plus complexe que construire l'Internet lui-même ».

Cela exige une approche innovante, à la mesure de la révolution numérique en cours.

Thomas Kuhn décrit élégamment dans sa *Structure des révolutions scientifiques*, comment la lunette de Galilée a révélé les insuffisances du système astronomique de Ptolémée. La crise qui s'est ensuivie ouvrit la voie à la recherche d'un nouveau paradigme scientifique, que finirent par construire Copernic, puis Kepler et, enfin, Newton.

De même, l'Internet, par sa nature structurellement transfrontalière, appelle une nécessaire révision du paradigme politique et légal qui régit actuellement la coopération internationale. Cette refondation doit être entreprise à partir d'une meilleure compréhension de la structure réelle de nos sociétés.

La société humaine est un hypergraphe

Pour la première fois, les applications sociales en ligne révèlent le(s) graphe(s) complexe(s) des relations humaines. Elles cartographient et illustrent le riche réseau de nos connexions individuelles et la diversité de nos appartenances : nationalité, groupes d'âge, genre, lieux de résidence, liens familiaux, préférences politiques, culturelles ou religieuses, divers domaines d'intérêt, entreprises dans lesquelles – ou avec lesquelles – nous travaillons...

Ces réseaux sociaux reflètent également les groupes et organisations nombreux⁽³⁾, hétérogènes et de toutes tailles, structures et objectifs que les humains utilisent pour s'organiser, avec leurs propres mécanismes de gouvernance, formels ou informels, publics ou privés.

La structure de la communauté humaine - cet enchevêtrement d'innombrables groupes d'appartenance - est ce que l'on appelle en termes mathématiques un hypergraphe⁽⁴⁾. Le simple pavage de la surface de la Terre en une collection d'au moins 190 États-nations distincts n'est que la projection selon une seule dimension, celle de la nationalité (ou au mieux deux dimensions si l'on ajoute la territorialité) de la structure multidimensionnelle de l'hypergraphe social.

Ce paradigme réducteur est encore largement accepté. Mais il ne suffit pas à rendre compte de la diversité des appartenances et intérêts, et encore moins à les concilier. Il est une cause fondamentale du blocage de la coopération internationale, mais aussi de la désaffection des citoyens envers le système de démocratie représentative, même dans les sociétés les plus prospères.

Notre monde interconnecté numériquement a urgemment besoin d'une approche institutionnelle reflétant plus clairement cette structure en hypergraphe de la société, au-delà des silos existants qui contraignent notre action.

Vers des réseaux thématiques multi-acteurs

Permettre à toutes les parties prenantes (autorités publiques, entreprises privées, groupes de la société civile) de relever leurs défis communs nécessite de surmonter la méfiance de longue date entre les gouvernements et des acteurs non étatiques au poids accru.

De nouveaux espaces neutres d'interaction sont nécessaires pour qu'ils puissent communiquer, coordonner et développer conjointement des normes politiques concernant les utilisations et les abus d'Internet. Les processus purement intergouvernementaux, qui imposent un monopole de la représentation des citoyens par les seuls gouvernements, ne suffisent plus, aussi légitimement désignés que soient ces représentants.

La gouvernance dans le cyberspace ne peut se construire que sujet par sujet, *via* des réseaux thématiques dédiés (*issue-based governance networks*) rassemblant les acteurs concernés autour d'un agenda commun et permettant l'élaboration par toutes les parties prenantes de solutions et de régimes. Cela seul permet de développer progressivement la confiance mutuelle indispensable à leur mise en œuvre.

C'est ainsi que les pionniers de l'Internet ont traité de la gouvernance technique du réseau, et nous devons en tirer les leçons.

Leçons de la gouvernance technique de l'Internet

Pour assurer la gouvernance de l'Internet, c'est-à-dire de la couche d'infrastructure, plusieurs structures ont été progressivement développées : l'Internet Engineering Task Force (IETF) et le World Wide Web Consortium (W3C) pour la production des standards techniques, les cinq Registres régionaux (RIRs) pour la distribution des adresses IP, les 13 serveurs gérant conjointement la « racine » de l'Internet (Root server operators), et surtout l'Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), organisation multi-acteurs innovante chargée de la coordination du système de nommage.

(3) On estime que plus de 600 à 700 millions de groupes sont enregistrés sur la seule plateforme Facebook.

(4) Pour toute population d'individus et d'entités, la collection de tous les groupes (ou sous-populations) qui connectent ses membres est appelé l'hypergraphe de cette population. Voir : <https://fr.wikipedia.org/wiki/Hypergraphe>

Cet écosystème institutionnel distribué a bien rempli son office et résisté au temps. Il a permis à cette création unique de l'humanité qu'est le réseau Internet de desservir désormais plus de la moitié de la population mondiale. La numérisation impacte et transforme profondément désormais la quasi-totalité des activités humaines.

Malheureusement, comme indiqué plus haut, des efforts équivalents à ceux consacrés à la gouvernance de l'Internet ne l'ont pas été à la gouvernance sur Internet, c'est-à-dire au développement des outils nécessaires pour élaborer les politiques régissant la manière dont il est utilisé et pour atténuer, dans le respect des droits de l'homme, les abus qu'il peut permettre.

L'objectif d'une interopérabilité juridique

La structure en hypergraphe de la société humaine et la pluralité normative décrites plus haut permettent toutefois une reformulation du problème de la coopération internationale à l'ère numérique. Chaque groupe humain, public ou privé, développe ses propres structures (*frameworks*) de gouvernance et les normes qu'il entend appliquer à ses membres.

La question pertinente est donc : comment permettre la coexistence d'une hétérogénéité d'acteurs, de processus et de règles qui ne sont pas dans une relation hiérarchique évidente, et, en particulier, comment gérer leurs interactions et les conflits potentiels ?

Une inspiration à cet égard peut être tirée de l'approche d'interopérabilité technique qui a permis l'infrastructure Internet distribuée dont nous bénéficions aujourd'hui. Les protocoles TCP/IP et HTML/HTTP permirent en effet respectivement à l'Internet mondial et au World Wide Web d'émerger par l'interconnexion de réseaux hétérogènes et de bases de données distribuées. De manière analogue, des protocoles de gouvernance devraient pouvoir être développés pour rendre interopérables des structures de gouvernance hétérogènes, publiques et privées.

Un tel concept d'interopérabilité juridique peut contribuer, d'une part, à assurer la cohérence entre diverses politiques et, d'autre part, à structurer les mécanismes d'interaction de plus en plus directs entre divers acteurs au-delà des frontières. Il importe dans ce contexte de souligner que la notion de souveraineté nationale demeure inchangée tant que celle-ci s'applique exclusivement à l'intérieur des frontières territoriales, mais que la nouvelle approche doit toutefois être prise en compte dès lors qu'un impact transfrontière est en jeu.

Cela n'est pas aussi original qu'il y paraît. Nous sommes en effet familiers d'une situation comparable en physique : la physique newtonienne demeure en effet pleinement applicable dans les conditions courantes, tandis que la théorie de la relativité est nécessaire dans les conditions de vitesse élevée (par exemple, dans les activités spatiales). Chaque théorie a sa zone de validité.

La nécessité d'encourager une telle interopérabilité juridique a été soulignée lors de la 3^{ème} Conférence mondiale⁽⁵⁾ du Policy Network Internet and Jurisdiction, qui s'est tenue à Berlin, les 3 et 5 juin 2019, en partenariat avec le gouvernement allemand.

Trois cas d'école traités par Internet & Jurisdiction

Internet & Jurisdiction est un réseau multi-acteurs impliquant des participants issus de plus de 300 entités et de 50 pays : gouvernements, plateformes Internet, opérateurs techniques, organisations de la société civile, milieu académique et organisations internationales.

(5) <https://conference2019.Internetjurisdiction.net>

Afin de traiter les tensions entre la nature transfrontalière de l'Internet et le patchwork des législations nationales, les participants explorent en particulier comment appliquer le concept d'interopérabilité à trois problèmes transnationaux concrets et représentatifs :

- La modération et les restrictions de contenu sur les grandes plateformes Internet (terrorisme, discours de haine, harcèlement, désinformation...),
- L'accès transfrontalier aux preuves électroniques dans les enquêtes criminelles,
- Les actions acceptables au niveau du système de nommage Internet (DNS) pour lutter contre les abus.

Dans le prolongement des travaux conduits depuis plusieurs années, des Groupes de contact multipartites ont produit en 2018-2019 des documents – intitulés « Approches opérationnelles »⁽⁶⁾ –, proposant pour chacun de ces trois sujets des normes, critères et mécanismes pratiques volontaires pour organiser les relations et les responsabilités mutuelles entre les différentes catégories d'acteurs.

Les résultats des processus politiques ainsi facilités au sein des groupes de contact peuvent être mis en œuvre par tout acteur du monde entier, unilatéralement ou par le biais de nouveaux mécanismes de coopération, telles que des déclarations d'engagement mutuel entre plusieurs parties (Mutual Affirmation of Commitments).

Les résultats concrets de cet effort collectif démontrent les avantages d'espaces thématiques neutres dédiés et de procédures d'engagement innovantes pour traiter de manière collaborative les problèmes numériques transnationaux.

Conclusion

Une approche d'interopérabilité juridique basée sur un protocole de gouvernance pour l'hypergraphe social peut réduire les tensions qui s'accumulent actuellement.

En outre, elle peut encourager des « innovations politiques sans autorisation préalable » (permissionless policy initiatives), envisagées par analogie avec le principe de « permissionless innovation » qui caractérise le développement de services sur l'Internet. Cette approche est seule capable de faire émerger l'écosystème institutionnel distribué pour la gouvernance sur Internet dont le monde a un besoin urgent.

Cette méthodologie novatrice pourrait à terme être reproduite pour aider au développement progressif d'une architecture de gouvernance mondiale aussi transnationale et distribuée que l'Internet lui-même.

(6) <https://www.Internetjurisdiction.net/news/operational-approaches-documents-with-concrete-proposals-for-norms-criteria-and-mechanisms-released>