

Régulation publique, régulation privée : quel cadre institutionnel pour l'économie numérique ?

Éric Brousseau, professeur en économie, Forum-Paris X ; président, Internet Society France

Au moment où la gouvernance d'Internet devient un débat public et politique, au sens noble du terme, il est important de revenir sur les rapports qui existent entre les régulations de nature publique et privée. Dans mon intervention, je vais défendre l'idée que les technologies numériques au sens large, et les réseaux numériques en particulier, ouvrent des perspectives pour réorganiser des régulations collectives d'après des manières différentes.

Ces manières différentes permettent d'imaginer de nouveaux modes de coopération. À vouloir trop défendre le fait que nous allons totalement passer dans un cadre d'autorégulation, dans un cadre privé, ou que nous allons revenir à un cadre de régulation purement public, nous risquons de manquer complètement le débat. Car, d'une part, des opportunités nous sont offertes – et il serait ridicule de ne pas vouloir les saisir – et, d'autre part, certains éléments existent déjà – et il ne serait pas si simple de les détricoter.

Les régulations économiques, telles qu'elles s'établissent aujourd'hui, débordent très largement sur l'ensemble des activités. Hubert Bouchet nous a rappelé que les plus grands fabricants de fichiers aujourd'hui ne sont pas les pouvoirs publics, mais les entreprises privées. Dans le passé, cette activité ne concernait que les domaines publics. Aujourd'hui, elle concerne des entreprises mondialisées qui, de ce fait, échappent en partie aux États.

Au fur et à mesure que se développent les technologies, se développent les services informationnels. Ces services sont de deux natures. Ils fournissent d'abord des contenus : ceci concerne l'ensemble des règles d'usage de ces contenus, comme les questions liées à la propriété intellectuelle, mais aussi les questions liées à la confidentialité des informations. Les services de médiation, qui consistent à organiser des marchés, représentent la deuxième catégorie. Il s'agit-là de systèmes d'échanges qui concernent non seulement les biens informationnels, mais aussi tous les autres biens et services – ceux qui n'ont pas forcément une forte intensité informationnelle, mais dont les échanges sont de plus en plus organisés et régulés grâce aux échanges d'informations sur les réseaux numériques.

L'Internet, réseau sans couture, revête deux aspects très importants. Il s'agit tout d'abord d'un réseau global, contrôlable par aucune entité nationale, par aucun État – à part peut-être l'État américain. L'architecture de l'Internet, sa décentralisation fait que ce réseau est véritablement global, car il n'a pas de centre et il n'est pas contrôlable à partir d'un point d'entrée. Deuxième aspect important, ce réseau est universel, c'est-à-dire qu'il transcende tous les découpages sectoriels et sociaux existants. Pour la première fois, nous avons une infrastructure qui peut réunir tout le monde. Ce qui ouvre des perspectives en matière de régulation et remet en cause l'efficacité et la légitimité d'un certain nombre de systèmes antérieurs.

Revenons sur les capacités d'autorégulation qu'offrent les technologies numériques, au sens large du terme. Dans les technologies numériques, il est possible, via la manipulation d'un code, de contrôler ce qu'un tiers va faire des contenus que nous manipulons ; par ailleurs, il est également possible, via la manipulation des listes d'abonnés, de contrôler l'exclusion ou l'inclusion dans certaines communautés. Cela revient à dire que, à la fois individuellement en manipulant le code et collectivement en manipulant l'exclusion ou l'inclusion dans les

communautés, nous pouvons créer des systèmes de régulation qui sont rendus exécutoires par la technique elle-même et qui n'ont plus besoin de s'appuyer sur la force exécutoire des États. Le fait qu'il soit possible de créer un ordre privé par la technique est nouveau.

Par ailleurs, nous pouvons créer cet ordre privé sur un réseau qui est totalement globalisé. De ce fait, ce réseau échappe aux régulations étatiques traditionnelles, les États n'ayant de domaine de compétences que dans des espaces géographiques délimités. L'a-territorialité des régulations techniques que nous arrivons à implémenter sur les réseaux numériques fait que les régulations traditionnelles étatiques perdent, en partie, de leur force d'exécution. La capacité à créer des ordres privés qui fonctionnent et qui échappent à l'ordre public s'accompagne d'une perte de légitimité de l'ordre public dans un certain nombre de cas. Ceci est le cas des ordres publics qui préexistent sur les domaines de traitement de l'information ou de régulation des marchés, créés sur des bases territoriales nationales et sur un découpage des activités : avant l'implantation des technologies numériques, il y avait une forte séparation entre les industries des médias et les industries de services informationnels. Quand nous essayons de réglementer l'Internet, nous avons à faire à des technologies hybrides, à la fois de communication et de diffusion de masse, et à des autorités différentes, selon le cas. L'ensemble de ces régulations, qui avaient leur logique dans un monde technique antérieur, perdent leur logique dans le nouveau monde technique.

Certains arguments expliquent aussi qu'il faut repenser le système. Le premier argument repose sur le fait que le système préexistant ne fonctionne pas ; le deuxième argument, sur le fait que celui-ci peut être contourné ; le troisième argument, sur le fait que les régulations existantes ne sont pas toujours efficaces. Ce dernier argument, libéral au sens philosophique du terme, repose sur l'idée suivante. Quand des individus acceptent de s'organiser ensemble pour mener des opérations économiques ou sociales, il est souvent légitime de les laisser s'organiser. Ils vont concevoir un système de règles qui leur correspond ; du moment que ce système de règles n'enfreint pas les droits des autres individus, il n'y a aucune raison de les empêcher d'agir. Ils vont ainsi arriver à mettre en place des systèmes de règles plus efficaces, du fait que ces règles seront finement adaptées à leurs besoins. Ces règles peuvent concerner les contenus informationnels – qui ressemblent au droit de la propriété intellectuelle – ou des règles d'interaction entre les agents économiques. De tels ordres privés ont donc une certaine légitimité.

Cela ne veut pas dire pour autant que les ordres publics n'ont jamais de légitimité ou qu'ils doivent concevoir uniquement des règles à un niveau plus général. Nous pouvons avancer plusieurs éléments fondamentaux qui justifient une certaine centralisation.

Premier élément. Les systèmes de règles privées qui sont décentralisées ont un certain nombre de limites. Une régulation locale privée est tout d'abord limitée du fait qu'elle doit être respectée lors de la création dans une petite communauté. Par contre, si violer la règle locale rapporte gros et ne coûte que l'exclusion dans la communauté, alors qu'il est possible par ailleurs de créer une autre communauté, les systèmes de règles privées perdent ainsi de leur capacité de coordonner les collectifs. Or, dans nos sociétés, nous avons beaucoup de régulations privées, nous avons des ordres, des associations, ainsi que des dispositifs qui, en dernier ressort, rendent exécutoires les règles.

Deuxième élément. Il est frappant de constater que, dans les dispositifs de normes privées qui se construisent, il y a souvent la fameuse règle du « premier arrivant, premier servi », ce qui revient à dire que les premières règles établies vont ensuite avoir tendance à s'imposer, sans que le droit de ceux qui n'ont pas contribué à l'établissement de ces règles ait été pris en

considération au préalable. Force est de constater que, dans les dispositifs traditionnels avec une centralisation, la constitution, qui garantit les droits fondamentaux, est un avantage certain. Or, cet avantage n'existe pas actuellement dans les dispositifs qui organisent des régulations dans l'économie numérique.

Troisième élément. L'économie numérique est une économie où les monopoles sont viables et stables. Quand on laisse jouer la concurrence, il en résulte un monopole. Or, dans l'espace numérique, les monopoles créent les régulations et les maîtrisent à travers les normes. Interdire les monopoles serait compliqué, notamment du fait que nous ne savons pas très bien à partir de quand on devient un monopole. Les économistes disent qu'il faut maintenir aujourd'hui une pression concurrentielle, en laissant notamment ouvert l'espace de l'innovation. Le problème est d'empêcher ceux qui détiennent actuellement les monopoles à contrôler complètement l'innovation. Or, si nous arrivons à être capables de maintenir une pression innovatrice suffisamment forte, nous pourrions ainsi bénéficier d'un certain dynamisme à long terme qui bénéficiera à l'ensemble des ayants droit dans le développement du monde numérique.

Ces éléments plaident pour qu'il y ait un dispositif central qui surplombe l'ensemble des acteurs qui organisent des régulations. Ils plaident pour qu'il y ait un système fédéral qui laisse les acteurs s'organiser eux-mêmes, avec cependant un dispositif en surplomb qui garantisse une certaine transparence, qui renforce l'exécutabilité d'un certain nombre de règles et qui contrôle la prise en considération des droits fondamentaux de l'ensemble des usagers. Ce dispositif est à imaginer. Il n'est pas de nature purement publique, ni privée. Nous sommes dans des dispositifs nécessairement fédéraux qui associent acteurs privés et publics. Si nous essayons de mettre sur pied un dispositif de nature purement publique, nous aurons sûrement une très belle organisation internationale, dont l'efficacité reste à prouver – de telles organisations ont montré leurs limites pour empêcher certains conflits récents. Par ailleurs, si nous laissons un dispositif privé se développer, nous risquons d'avoir les intérêts d'un certain nombre d'ayants droit qui ne seront pas pris en considération — notamment des ayants droit de pays qui sont déjà marqués par la fracture numérique.