

L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation

Serge Kablan et Arthur Oulaï

Volume 39, numéro 1, 2009

URI : <https://id.erudit.org/iderudit/1026981ar>

DOI : <https://doi.org/10.7202/1026981ar>

[Aller au sommaire du numéro](#)

Éditeur(s)

Éditions Wilson & Lafleur, inc.

ISSN

0035-3086 (imprimé)

2292-2512 (numérique)

[Découvrir la revue](#)

Citer cet article

Kablan, S. & Oulaï, A. (2009). L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation. *Revue générale de droit*, 39(1), 5–49.
<https://doi.org/10.7202/1026981ar>

Résumé de l'article

La présente étude situe la réalité et l'importance de l'activité régulatrice des acteurs du cyberspace. Le texte, qui choisit l'angle de l'analyse juridique, définit le cyberspace et évalue son impact sur l'effectivité des normes formelles étatiques. Il tente ensuite de démontrer comment le produit de l'activité autorégulatrice du cyberspace, incarné par les normes informelles, pourrait constituer le complément normatif des normes formelles. La démonstration inclut la définition et l'identification des caractères et des sources des normes informelles, de même que l'appréciation de leurs effets et du regard que les législateurs et les juges y portent. Elle ouvre, enfin, sur les perspectives de cette approche de co-régulation.

L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation

SERGE KABLAN

Professeur de droit, Faculté des sciences de l'administration,
Université Laval, Québec

ARTHUR OULAI

Professeur, Faculté de droit, Université de Sherbrooke, Sherbrooke

RÉSUMÉ

La présente étude situe la réalité et l'importance de l'activité régulatrice des acteurs du cyberspace. Le texte, qui choisit l'angle de l'analyse juridique, définit le cyberspace et évalue son impact sur l'effectivité des normes formelles étatiques. Il tente ensuite de démontrer comment le produit de l'activité autorégulatrice du cyberspace, incarné par les normes informelles, pourrait constituer le complément normatif des normes formelles. La démonstration inclut la définition et l'identification des caractères et des sources des normes informelles, de même que l'appréciation de leurs effets et du regard que les

ABSTRACT

This article deals with the realism and the value of regulatory activities of the users of cyberspace. With a prospect of legal analysis, the study defines the cyberspace and weigh up its impact on the effectivity of traditional State laws. It then aims at explaining how the result of self-regulation activity, expressed through informal rules, could be considered as the normative balance of State laws. The demonstration embraces both definition and recognition of the characteristics and sources of the informal rules, just as the assessment of their effects and the glance that legislators and judges carry there. It opens, finally, on the

législateurs et les juges y portent. Elle ouvre, enfin, sur les perspectives de cette approche de co-régulation.

prospects for this approach of co-regulation.

Mots-clés : *Autoréglementation; cyberspace; normes informelles; règles de la netiquette; lex informatica, lex electronica*

Key-words : *Self-regulation, Cyberspace; Informal rules; Rules of netiquette; Lex informatica, Lex electronica*

SOMMAIRE

Introduction.....	6
1. La nature du cyberspace et son impact sur l'effectivité des normes formelles.....	9
1.1 Les limites de forme	10
1.2 Les limites de fond.....	12
2. De l'opportunité des normes informelles	19
2.1 L'essence des normes informelles	19
2.1.1 La Lex informatica et l'utilité de l'architecture	21
2.1.2 La nature de la Lex electronica.....	24
2.2 La rencontre entre les normes informelles et les normes formelles	35
2.2.1 Les normes informelles et le législateur.....	35
2.2.2 Les normes informelles et le juge	39
Conclusion	48

INTRODUCTION

1. L'émergence et le développement des technologies modernes de transmission et de traitement de l'information, incarnés de manière synoptique par le déploiement du cyberspace, ont fait éclore des questions juridiques nouvelles, avec

une particularité souvent imprimée par le contexte électronique qui les voit naître¹. Le dénouement de ces préoccupations, qui pourrait permettre de préciser l'essence du droit propre à régir les activités du cyberspace, reflète une controverse doctrinale² que même la jurisprudence, encore embryonnaire dans le domaine, ne parvient pas à trancher³. Dans cette contention, la thèse du non-droit a été indirectement proclamée par une frange de la doctrine, qui frappe par la rigidité de son discours et, dans le sillage de son affirmation, le cyberspace a été rebaptisé et représenté comme un « espace de liberté » où le droit n'est autre qu'un élément « [...] allochtone, porteur de répression⁴ ». Cette mouvance anarcho-libertaire ou peut-être technarchiste⁵ a même donné lieu à quelque solennité le 8 février 1996, avec une déclaration d'indépendance du cyberspace portant la marque de John Perry Barlow⁶. N'empêche, le cyberspace reste un espace social où il est possible de séduire ou de commercer,

1. Notamment : Georges VERMELLE, « L'immatériel et la répression », (1999) 43 *Arch. philo. dr.* 213, 219; Karim BENYEKHEF, « *ACLU v. Reno* : pour la reconnaissance d'un régime propre à l'Internet au regard de la liberté d'expression », (1998) *Lex Electronica*, [En ligne]. <http://www.lex-electronica.org/articles/v3-2/benyekh1.html> (Page consultée le 28 janvier 2008).

2. Ludovic BERNARDEAU, Massimiliano PACIFICO, « Internet et le droit des contrats : observations générales et intervenants », (1998) 1 *R.D.U.* 32, 40 et suiv.; Frédérique OLIVIER, Éric BARBERY, « Des réseaux aux autoroutes de l'information : Révolution technique? Révolution juridique? », (1996) *J.C.P. I.*, 3926; Ejan MACKAAY, « Faut-il réglementer l'Internet? », Institut Euro 92, [En ligne]. http://www.euro92.com/new/article.php3?id_article=607# (Page consultée le 28 janvier 2008); Alain WEBER, « Droit de l'Internet : À la recherche des pierres angulaires », (1996) 190 *Expertise des systèmes d'information* 274, 275.

3. Voir, en matière contractuelle, les décisions des tribunaux nord-américains sur le processus d'acceptation en ligne : *Rudder c. Microsoft Corporation*, (1999), 2 *C.P.R.* (4th) 474 (C.S. J. Ont.); *Killagen c. Network Solutions*, 99 F. Sup. 2d 125 (D. Mass. 2000); *Aspender1.com Inc. c. Paysystems Corp.*, 2005 IIJCan 6494 (Qc C.Q.); *Ticketmaster Corp. v. Tickets.Com Inc.*, 2000 WL 525390, 2000 U.S. Dist. LEXIS 12987; *Register.com Inc. v. Verio Inc.*, 126 F. Supp. 2d 238, (S.D.N.Y. 2000).

4. Michel VIVANT, « Internet et modes de régulation », (1997) 12 *Cahiers du C.R.I.D.* 215, 219.

5. Néologisme tiré de l'appellation que John Perry Barlow donne à sa théorie sur la gouvernance du cyberspace : « Technarchy », voir à ce sujet, [En ligne]. <http://cyber.law.harvard.edu/is99/governance/barlow.html#governance2> (Page consultée le 28 janvier 2008).

6. Cofondateur de l'EFF (*Electronic Frontier Foundation*) partisane d'une libre expression dans le cyberspace, [En ligne]. <http://www.eff.org/> (Page consultée le 28 janvier 2008).

tout autant que dans le monde de l'atome⁷. Alléguer qu'il échappe à la réglementation ou au droit revient à l'ériger en une espèce de *Far West* virtuel, avec pour seule loi, celle du plus fort⁸. Or, si la trivialité de ce modèle freine sa promotion, quelle approche alternative ou, plus précisément, quel droit pourrait appréhender le cyberspace ou encadrer les activités qui s'y déroulent?

2. Plusieurs trouvent les ressources appropriées dans la mouture actuelle du cadre juridique⁹. Il faut vite préciser que leur argumentation est circonscrite à l'application, *mutatis mutandis*, des normes formelles traditionnelles, c'est-à-dire du droit étatique classique, repoussant ainsi l'introduction de nouvelles normes pour, semble-t-il, prévenir une éventuelle surproduction normative qui pourrait avoir des conséquences calamiteuses¹⁰. Persuadé que le triptyque technologie-information-communication n'a nullement pavé la voie à une « révolution »¹¹, ce courant s'approprie la définition stricte de la réglementation pour voir dans les institutions et les processus démocratiques traditionnels les instruments par excellence, habilités à trancher les questions de la vie juridique, y compris celles nouvellement apparues du cyberspace¹². Mais ces

7. M. VIVANT, *loc. cit.*, note 4.

8. Michel VIVANT (dir.), *Lamy Droit de l'informatique et des réseaux*, Paris, Lamy S.A., 2002, 2535.

9. Voir notamment : Sébastien CANEVET, « Le vide juridique n'existe pas », [En ligne]. <http://www.article11.net/tex/index.php3?c=vide> (Page consultée le 20 juillet 2006); Céline KELLER, Laurence DUPLAND, « Faut-il réglementer Internet? L'application du droit pénal », [En ligne]. <http://www.docforum.tn.fr/pages/debat33.html> (Page consultée le 20 juillet 2006); A. WEBER, « Droit de l'Internet : À la recherche des pierres angulaires », *loc. cit.*, note 2.

10. Jean-Pierre HENRY, « Vers la fin de l'État de droit? », (1977) 6 R.D.P. 1207, 1232. Voir aussi : Nicolas NITSCH, « L'inflation juridique et ses conséquences », (1982) 27 Arch. philo. dr. 161, 166.

11. Internet serait, en effet, une évolution et non une révolution du système de communication. Et, à vouloir à tout prix utiliser le vocable « révolution » dans le contexte des autoroutes de l'information, c'est, semble-t-il, à l'aune de son acception familière qu'il faudra l'envisager, notamment comme traduisant une simple agitation, une ébullition ou une effervescence. Voir à ce propos : F. OLIVIER, É. BARBERY, *loc. cit.*, note 2.

12. La réglementation dont il est question connaît une double définition : la première définition est large et la deuxième est stricte. La définition large envisage la réglementation sous l'angle « [...] des règles s'appliquant aux contenus et aux pratiques, qu'elles résultent de l'intervention d'un régulateur public ou d'autres organismes ». La considération restrictive de la réglementation vise « [...] les règles

normes formelles étatiques permettent-elles de saisir la substance de l'activité de régulation concernant le cyberspace? La nature et la dimension hautement technique de ce médium, qui plus est connaît une évolution hâtée, n'édulcorent-elles pas l'effectivité de ces normes, justifiant par ricochet l'opportunité d'une approche normative alternative? *Quid* de cette approche alternative; de sa nature; de ses effets?

3. Pour répondre à ces interrogations, nous définirons premièrement le cyberspace et tenterons d'identifier ses impacts sur la conception et l'application des normes formelles traditionnelles (1). Dans une perspective de droit comparé, nous tenterons, deuxièmement, de démontrer comment les normes informelles pourraient constituer le complément normatif du droit étatique dans l'encadrement juridique de certaines activités du cyberspace (2).

1. LA NATURE DU CYBERESPACE ET SON IMPACT SUR L'EFFECTIVITÉ DES NORMES FORMELLES

4. Le vocable « cyberspace » a été forgé par le célèbre romancier William Gibson, pour désigner « [...] une hallucination consensuelle vécue quotidiennement en toute légalité par des dizaines de millions d'opérateurs dans tous les pays, par des gosses auxquels on enseigne les concepts mathématiques [...]. Une représentation graphique de données extraites des mémoires de tous les ordinateurs du système humain. Une complexité impensable. Des traits de lumière disposés dans le non-espace de l'esprit, des mas et des constellations de données »¹³. Dans la littérature fantastique, il est ainsi fait allusion à une « [...] économie fluide de l'information centrée sur les électrodes du commerce transnational qui fournissent une interface neurologique directe¹⁴ ».

éditées par l'autorité publique pour modifier le régime qui s'est établi avant cette intervention. L'intervention est entreprise pour corriger les résultats, jugés indésirables, qui sont produits pour les milieux concernés, par "le marché". Voir au sujet de ces définitions : Christian PAUL, *Du droit et des libertés sur Internet : rapport au premier ministre*, Paris, La documentation française, 2001, p. 31.

13. William GIBSON, *Neuromancer*, Paris, La découverte, 1984, p. 64 et suiv.

14. Anna Maria BALSANO, « Un instrument juridique international pour le cyberspace? Analyse comparative avec le droit de l'espace extra-atmosphérique », dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, Economica, Édition UNESCO, 2000, p. 161.

5. Disons d'emblée que ce monde virtuel tel que défini par W. Gibson n'existe pas, du moins pas pour l'instant. Tout au plus, le cyberspace fait-il aujourd'hui référence à l'espace où se réalisent les interactions entre entités électroniques¹⁵. D'autres termes nés du mariage de l'informatique avec la télécommunication désignent à peu près le même phénomène : « Autoroute de l'information », « Infrastructure mondiale de l'information », « Infosphère » ou, *ultimo*, « Internet » ou « le réseau des réseaux ». Certes, le cyberspace actuel, qui procède de l'interconnexion d'ordinateurs ou de réseaux nationaux, régionaux et propriétaires, est un pâle reflet de ce qu'avait conçu W. Gibson. Mais il n'en demeure pas moins problématique au chapitre de la réglementation des activités qui y ont cours. Deux séries de difficultés peuvent être exposées et analysées en regard de l'application des normes étatiques dans cet environnement : d'une part, des difficultés de forme, qui évoquent des considérations plutôt extrinsèques à ces normes et, d'autre part, des difficultés de fond, relatives à leur substance.

1.1 LES LIMITES DE FORME

6. Les premières difficultés de forme naissent de la délocalisation du cyberspace¹⁶. Conséquence de ce caractère, plusieurs augurent l'insuccès de la mise en œuvre de quelque réglementation bâtie sur le modèle territorial traditionnel, donc envisagée sur une base nationale¹⁷. D'abord, parce que le cyberspace se joue des frontières, cette approche soulève d'inévitables questions de légitimité. Il semble, en effet, qu'une réglementation par les normes étatiques aura couramment des

15. *Ibid.*

16. David G. POST, « Governing Cyberspace », (1996) 43 *Wayne L. Rev.* 155, 155 et suiv.

17. Voir sur ce point : Jack L. GOLDSMITH, « Against Cyberanarchy », (1998) *U.C.L.R.* 1199, [En ligne]. <http://cyber.law.harvard.edu/property00/jurisdiction/cyberanarchyedit.html> (Page consultée le 28 janvier 2008). Aussi : James B. FOUCAULT « Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors », (1997) 66 *U. Cin. L. Rev.* 177, 178; John T. DELACOURT, « The International Impact of Internet Regulation », (1997) 38 *Harv. Int'l L. J.* 207; également : *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456, 462 (D. Mass. 1997); *American Libraries Associations v. Pataki*, 969 F. Supp. 160, 170 (S. D. N.Y. 1997).

effets extraterritoriaux, en présentant un risque accru d'affecter des activités cyberspatiales dont la source se trouve ailleurs, c'est-à-dire dans un État autre que celui qui exerce son pouvoir normatif ou coercitif¹⁸. Dans ce contexte, la somme des initiatives normatives isolées des États conduira indubitablement à une situation qui, selon M. Vivant, « [...] a pour conséquence de constituer nécessairement (quasi inévitablement) en faute celui qui entend mettre en circulation un message sur les réseaux : comment, en effet, ce message ne serait-il pas en contradiction avec au moins une des lois susceptibles de l'appréhender? »¹⁹. Il conclut : « Il n'est pas sain que le droit soit, en quelque sorte, par lui-même pathogène »²⁰.

7. Plus fondamental, l'application du droit étatique est tributaire de la capacité des États à s'engager physiquement à l'intérieur de leurs juridictions géographiquement établies, du moins théoriquement²¹. Or, l'affranchissement des contraintes territoriales dans le cyberspace, couplé au caractère virtuel de cet environnement électronique, éludent totalement cette aptitude et pourraient affecter l'expression des pouvoirs normatif et coercitif dans cet environnement. En l'an 2002, l'érection en Chine d'une « cyber-muraille » devant les moteurs de recherche américains AltaVista et Google pour, officiellement, restreindre l'accès aux sites à caractère pornographique ou au contenu malsain, avait fait soupçonner l'établissement de frontières dans un certain cyberspace chinois²². Mais la délocalisation du monde virtuel et les conséquences qui y sont associées resteront encore longtemps d'actualité, les internautes Chinois ayant immédiatement trouvé la faille dans la « cyber-muraille » en contournant la

18. J. L. GOLDSMITH, *loc. cit.*, note 17.

19. M. VIVANT, *loc. cit.*, note 4, 226.

20. *Ibid.*

21. A. M. BALSANO, *loc. cit.*, note 14, 164.

22. Voir notamment : CNN, « China Blocks AltaVista Search Engine », 6 septembre 2002, [En ligne]. <http://www.cnn.com/2002/TECH/internet/09/06/china.google/index.html> (Page consultée le 28 janvier 2008); PC world.com, « China Hijacks Google's Domain Name », 2002, [En ligne]. <http://www.pcworld.com/news/article/0,aid,104813,00.asp> (Page consultée le 28 janvier 2008).

censure par le moyen d'un site miroir de Google, Elgoog — l'acronyme Google écrit à l'envers²³.

1.2 LES LIMITES DE FOND

8. Eu égard aux difficultés de fond, l'expérience a démontré que les tentatives d'application des régimes juridiques traditionnels à la réalité du cyberspace n'aboutissent pas toujours²⁴. Il est pertinent de citer à ce propos l'exemple du *Communication Decency Act* américain — ci-après désigné CDA. En promulguant cette Loi, le législateur avait voulu encadrer les services Internet à caractère indécent. La Loi prohibait notamment deux actions : (1) « *the knowing transmission of obscene or indecent messages to any recipient under 18 years of age* » ; (2) « *the knowing sending or displaying of patently offensive messages in a manner that is available to a person under 18 years of age* »²⁵. Ces deux dispositions ont cependant animé une saga judiciaire longue de plusieurs années, non en raison du caractère inapproprié d'une législation devant protéger la jeunesse américaine des effets de certains contenus, mais parce que ces dispositions — voire la Loi elle-même — étaient érigées sur un mauvais fondement, sur une erreur dans la qualification du cyberspace.

9. La méprise du législateur américain s'est révélée à l'occasion du recours en inconstitutionnalité dont a fait l'objet la CDA pour violation du Premier Amendement de la Constitution des États-Unis²⁶. À ce propos, il faut d'emblée relever que, pour l'application du Premier Amendement, la jurisprudence américaine établit une certaine hiérarchie des

23. ZDNet.fr, « Censure : les internautes chinois interdits de Google et d'Alta-vista », 10 septembre 2002, [En ligne]. <http://news.zdnet.fr/story/0,,t119-s2122062,00.html> (Page consultée le 28 janvier 2008).

24. Il est probe, toutefois, de relever quelques décisions dont le fondement demeure le droit existant. Voir notamment : TGI Paris, référé, 14 août 1996, *Éditions Musicales Pouchenel*, Warner Chappell France, MCA Caravelle c. *École centrale de Paris (ECP) et autres*, (1997) 171 RIDA 361.

25. *Communications Decency Act of 1996*, 47 U.S.C. 223, art. 223 (a) et 223 (b).

26. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

médias²⁷. Selon cette classification, la presse écrite bénéficie d'une pleine protection²⁸, contrairement aux médias audiovisuels²⁹ qui font l'objet de régimes de contrôle prévoyant diverses restrictions jugées constitutionnelles par les tribunaux, en raison de leurs caractéristiques propres ou, particulièrement, de la rareté des fréquences de radiodiffusion³⁰.

10. La question soulevée dans le cadre de la CDA s'envisageait en des termes fort simples : en regard des garanties constitutionnelles de la liberté d'expression, quel régime juridique faut-il appliquer au cyberspace? Trois options s'offraient au législateur américain : le régime juridique des médias écrits; celui des médias audiovisuels; ou un régime juridique propre au cyberspace. Dans la CDA, le choix du législateur s'est arrêté sur le régime juridique des médias audiovisuels.

11. Cette approche visant l'application au cyberspace du régime juridique des médias audiovisuels traditionnels n'était cependant pas la bonne approche, selon la décision rendue par la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Reno*. Dans cette affaire, la Cour a refusé d'interpréter la liberté d'expression dans le cadre d'Internet comme dans le contexte de la radio ou de la télévision, tout refus ayant entraîné l'inconstitutionnalité partielle de la CDA. En fait, suivant l'argumentation de la Cour, il y a une différence de nature entre Internet et les médias audiovisuels et il n'est guère possible d'appliquer le cadre juridique de l'un à l'autre, du moins au chapitre du Premier Amendement :

Neither before nor after the enactment of the CDA have the vast democratic fora of the Internet been subject to the type of government supervision and regulation that has attended the broadcast industry [...]. Moreover, the Internet is not as "invasive" as radio or television. The District Court specifically

27. Voir l'étude de Karim BENYekhlef : « Constitution et médias en droit canadien et américain », (1995) XI *Annuaire international de jurisprudence constitutionnelle* 467, 467 et suiv.; également : Pierre TRUDEL, Jacques BOUCHER, René PIOTTE, Jean-Maurice BRISSON, *Le droit à l'information. Émergence, reconnaissance, mise en œuvre*, Montréal, PUM, 1981, p. 8.

28. K. BENYekhlef, *loc. cit.*, note 27.

29. P. TRUDEL, J. BOUCHER, R. PIOTTE, J.-M. BRISSON, *op. cit.*, note 27.

30. Notamment : *Red Lion Broadcasting Co. c. FCC*, 395 U.S. 367 (1969); *CBS c. Democratic National Committee*, 412 U.S. 94 (1973).

found that “[c]ommunications over the Internet do not ‘invade’ an individual’s home or appear on one’s computer screen unbidden. Users seldom encounter content ‘by accident.’” [...] It also found that “[a]lmost all sexually explicit images are preceded by warnings as to the content,” and cited testimony that “‘odds are slim’ that a user would come across a sexually explicit sight by accident”³¹.

12. Au-delà des réjouissances qu’a pu susciter la décision de la Cour suprême des États-Unis auprès de la communauté des internautes, l’affaire *Reno* a établi un fondement important dont il faut tenir compte dans la réglementation du cyberspace :

Bien qu’on puisse estimer, à partir de cette volonté d’établir une distinction, que l’Internet doit recevoir le même traitement que la presse écrite, il importe de garder à l’esprit les nombreuses particularités de ce médium et d’éviter de céder au piège du tout métaphorique. En effet, les multiples analogies entre l’Internet et d’autres régimes juridiques, comme la bibliothèque, la presse écrite ou même le droit de propriété, se révèlent trop souvent partielles et erronées. Ceci s’explique, encore une fois, par le caractère singulier et original du médium. Le régime général de l’Internet demande donc à être étayé. L’affaire *Reno* constitue cependant un important jalon dans la détermination d’un tel régime³².

13. Un autre exemple, qui soulève la question générale du caractère exécutoire des règles de droit, peut être tiré du droit pénal et de son application dans le cyberspace. À ce propos, confrontant immatérialité et répression, G. Vermelle a livré une métaphore éloquente qui résume la préoccupation :

L’immatériel et la répression se sont rencontrés à la manière d’un filet de pêche et d’un volatile mutant. Si le filet représente la répression, le volatile rappelle l’immatériel. Ce dernier était un oiseau, au-dessus du filet. Il est devenu poisson, mais volant, sautant au-dessus du filet. Il se transformera peut-être en oiseau nageant? Faudra-t-il alors revoir les

31. *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

32. K. BENYEKHELF, « *ACLU v. Reno* : pour la reconnaissance d’un régime propre à l’Internet au regard de la liberté d’expression », *loc. cit.*, note 1.

mailles du filet? Ou le filet lui-même? [...] Hier (pour ne pas dire avant-hier) version biséculaire : l'immatériel survolait la répression. Aujourd'hui : l'immatériel nargue la répression. Demain : l'immatériel transfigurera-t-il la répression³³?

14. La répression, précise l'auteur, s'appuie sur trois repères généralement sûrs pour appréhender un désordre : la matérialité, la localisation et l'imputation. Habituellement, même lorsque ces repères sont modifiés, le droit pénal réussit l'accommodation. Ainsi, il est possible de subodorer la répression des publicités subliminales autant qu'un délit de conditionnement excessif de la pensée d'autrui³⁴. De la même manière, dira l'auteur, « [o]n sait réprimer la pédophilie d'un Français en Thaïlande » et « [l]'infraction de stationnement interdit peut être reprochée au titulaire du certificat d'immatriculation de l'automobile »³⁵.

15. Mais les difficultés naissent lorsque ces repères sont simultanément contournés, comme c'est souvent le cas dans l'environnement électronique : « Tel peut être le cas avec une multiliasion électronique et transfrontalière, et, en cela, marquée d'immatériel. La situation est largement dématérialisée, imparfaitement localisée et difficilement imputable »³⁶.

16. Que dire par exemple de l'infraction commise dans ce contexte³⁷, si ce n'est qu'elle « [...] n'est pas aisément détectable. Elle peut n'être matérialisée que par les instruments de transmission du message. Elle est éphémère. Elle peut ne pas laisser de trace. Elle est plurilocalisée, multilocalisée, internationalisée »³⁸. Que dire aussi de l'identification fuyante des acteurs ou de l'imputation des actes, faussée notamment par l'extraterritorialité?

33. G. VERMELLE, *loc. cit.*, note 1, 213.

34. *Ibid.*

35. *Id.*, 216.

36. *Ibid.*

37. L'auteur évoque des infractions fortement diversifiées. Par exemple : les infractions contre les systèmes informatiques et les banques de données, les glorifications répréhensibles, les entraînements immoraux, le proxénétisme, les messages illicites, la diffusion interdite des moyens de se donner la mort, l'usage frauduleux d'instruments bancaires, les trucages trompeurs, les contrefaçons, la violation de correspondances, la cession illicite d'organes humains, la vente de médicaments retirés, périmés ou sans mode d'emploi [...] ; *id.*, 217.

38. *Id.*, 216.

17. La question se pose dès lors en des termes d'adaptation ou de redéfinition de la répression ou du droit pénal. À la vérité, l'adaptation risque de se heurter au cyberspace. L'auteur appuie alors qu'elle ne suffira pas, et qu'il faudra s'orienter vers une redéfinition. La construction d'un droit pénal approprié, soutient-il, est nécessaire ou le deviendra : « [...] Un droit pénal nouveau, au sens de complémentaire. *On n'ose pas ajouter à l'inflation du droit. Mais une spécialisation du droit pénal au milieu électronique n'y suffira pas* »³⁹ [nos italiques].

18. Troisième et dernier exemple : à l'instar de la notion d'infraction — eu égard à son acception courante — le contrat électronique ne semble plus coller à la définition du contrat classique, en raison de ses particularités. Le contrat électronique serait « [...] un document hypertexte dynamique qui permet aux parties d'établir un rapport à l'information qui serait inimaginable avec les contrats sur papier : il suit leurs relations, réagit aux nouveaux événements et en informe les parties, outre ses fonctions plus classiques consistant à définir les obligations contractuelles et les conditions de leur exécution »⁴⁰. Incidemment, les règles traditionnelles constituant le régime juridique du contrat traditionnel ont du mal à s'appliquer à ce qui semble être une nouvelle réalité juridique. En fait, dans la pratique contractuelle électronique, et pour cause, le cyberspace soulève de fond la question, technique avant tout, de l'identification des parties. Par exemple, il est avéré que le cybercommerçant n'ait pas les moyens techniques d'apprécier la capacité juridique de ses cocontractants. Pour contourner le problème, il s'équipe habituellement de systèmes employant des institutions intermédiaires et qui, au moment de transiger, requerront la délivrance d'une preuve de majorité,

39. *Id.*, 221. En matière de propriété intellectuelle, par exemple, voir : Pamela SAMUELSON, « Five Challenges for Regulating the Global Information Society », dans Chris MARSDEN (dir.), *Regulating the Global Information Society*, Oxford, Routledge, 2000, [En ligne] : http://www.sims.berkeley.edu/~pam/papers/5challenges_feb22_v2_final.pdf, p. 4-5 (Page consultée le 28 janvier 2008).

40. *Ibid.*

généralement un numéro de carte de crédit⁴¹. Or, il n'est légalement pas possible de s'en contenter. Faut-il alors systématiser le recours aux signatures électroniques comme certains auteurs l'ont suggéré⁴²?

19. À cette préoccupation technique irrésolue, restent associées les questions juridiques qui concernent la détermination de la loi applicable à ces parties. Tout en recherchant les voies juridiques possibles et en attendant d'y apporter des solutions prégnantes, les cas sont légion, dans lesquels il est particulièrement difficile, voire impossible, de déclencher l'application des règles de capacité, aussi traditionnelles soient-elles! En outre, un autre réquisit apparaît et concerne la localisation spatio-temporelle des contractants ou de leurs actes. L'importance que peut revêtir cet exercice est connue, autant dans la détermination de la loi applicable au contrat, la computation des délais, que dans la désignation du forum compétent pour connaître des litiges qui en découlent. Les tribunaux nord-américains, il est vrai, ont dû recourir notamment à certains critères tirés de l'arrêt *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com*⁴³, mais ils les ont délaissés à cause de leur inadéquation et ils sont portés depuis lors à en chercher d'autres⁴⁴.

20. Au seuil de ces impasses, le caractère universel du cyberspace pourrait être encore cité et replacé à la source même

41. Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5 *Lex Electronica*, [En ligne]. <http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>, p. 9 (Page consultée le 28 janvier 2008).

42. Voir notamment : François DESSEMONTET, « La dématérialisation des conventions », Congrès de l'Union Européenne des Avocats, Monaco, 10 et 11 avril 1997, [En ligne]. <http://www.unil.ch/cedidac/articles/dematerialisationconv.pdf>, p. 6 (Page consultée le 20 juillet 2006); aussi : François DESSEMONTET, « La dématérialisation des conventions », (1197) 8 *AJP/PJA* 939.

43. *Zippo Manufacturing Co. c. Zippo Dot Com Inc.*, 952 F. Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997).

44. Voir notamment : Michael GEIST, *Y a-t-il un « là » là? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet*, Étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, 2001, [En ligne]. <http://www.ulcc.ca/fr/cls/internet-jurisdiction-fr.pdf> (Page consultée le 28 janvier 2008).

du problème⁴⁵. De fait, l'internaute qui achète un produit ou un service à même le site Web d'un cybercommerçant ne sait pas *a priori* dans quel pays est localisé ce dernier et vice versa. Il est envisageable d'être tenté de simplifier la question pour arguer qu'en inscrivant l'adresse d'un site Web avec en extension « .ca », le cyberconsommateur devrait s'attendre à visiter un site Web localisé au Canada. Cette analyse trouve vite sa limite avec les extensions « .com » ou « .org » qui n'ont aucune entité ou identité spécifique de localisation et d'attribution. Outre cette faiblesse, l'argument n'est pas convaincant pour deux raisons.

21. Premièrement, l'attribution par une *Naming Authority* d'un nom de domaine générique ou géographique de premier niveau n'est pas toujours soumise à une vérification de l'existence effective de l'établissement concerné sur le territoire d'un État donné. Deuxièmement, les *Naming Authorities* sont souvent soustraites au contrôle des autorités publiques. Aussi, de l'avis de A. Zanobetti, « [...] il n'est pas possible de leur attribuer un pouvoir constitutif ni aucune autorité »⁴⁶.

22. Toutes ces questions juridiques entourant le contrat électronique mériteraient donc aussi d'être traitées avec originalité, s'il est souhaité que le droit étatique encadre le cyberspace⁴⁷. Dans une perspective plus élargie, les considérations de forme et de fond susévoquées montrent deux institutions du monde réel — le législateur et le juge — qui tentent de prendre pied dans le cyberspace. Quand ces institutions traditionnelles de la vie démocratique ne parviennent pas à éviter le « piège du tout métaphorique » et cèdent à la tentation de transposer les régimes juridiques existants dans

45. David Post est éloquent sur la question : « events in cyberspace take place "everywhere if anywhere, and hence no place in particular;" they do not cross geographical boundaries (in the way that, say, environmental pollution crosses geographical boundaries), they ignore the existence of the boundaries altogether. The cost and speed of message transmission from one point on the net to any other is entirely independent of physical location: messages can be transmitted between physical locations without any distance — or location — based degradation, decay, or delay. There are no physical cues or barriers that might otherwise keep geographically remote places and people separate from one another, no territorially based boundaries at all. » D.G. POST, *loc. cit.*, note 16, 2.

46. Alessandra ZANOBBETTI, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », (2000) 5 R.D.A.I. 533, 545-546.

47. L. GOLDSMITH, *loc. cit.*, note 17.

le cyberspace ou de juger les litiges de ce nouvel environnement à l'aune des règles traditionnelles, la portée de leurs actions demeure incertaine en raison des particularités de ce monde virtuel. De ces considérations, naît, non la promotion d'un dessaisissement ou d'une disparition des normes formelles, mais la nécessité d'une approche normative compensatoire, qui rappelle que la rupture avec la définition stricte de la réglementation est une conséquence inévitable des caractéristiques structurales du cyberspace. À ce chapitre, le recours aux normes informelles mérite l'attention.

2. DE L'OPPORTUNITÉ DES NORMES INFORMELLES

23. Nous tenterons de cerner la nature des normes informelles avant d'envisager leur rencontre avec les normes formelles.

2.1 L'ESSENCE DES NORMES INFORMELLES

24. Le modèle normatif inspiré par L. Lessig⁴⁸ peut être évoqué pour définir les normes informelles. L'approche décrite par l'auteur repose sur l'idée d'un monde — le monde réel ou le monde de l'atome — régulé par quatre contraintes⁴⁹ parmi lesquelles la loi ou les normes formelles — émanant de l'autorité étatique — paraissent les plus proéminentes. Le pouvoir régulateur de la loi réside dans son habileté à prescrire certains comportements sous contrainte de sanction *ex post* : « *The law tells me not to buy certain drugs, not to sell cigarettes without a license, and not to trade across international borders without first filing a customs form. It promises strict punishments if these orders are not followed. In this way, we*

48. Lawrence LESSIG, « The Laws of Cyberspace », *Taiwan Net'98 Conference*, 1998, [En ligne]. http://cyber.law.harvard.edu/works/lessig/architecture_priv.pdf, p. 2. (Page consultée le 28 janvier 2008); également : Lawrence LESSIG, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », (1999) 113 *Harv.L.Rev.* 501, 506, [En ligne]. <http://www.lessig.org/content/articles/works/finalhls.pdf> (Page consultée le 28 janvier 2008).

49. Sur cette question, voir également : Graham GREENLEAF, « An Endnote On Regulating Cyberspace : Architecture Vs Law? », (1998) 52 *UNSWLJ*, [En ligne]. <http://beta.austlii.edu.au/au/journals/UNSWLJ/1998/52.html> (Page consultée le 28 janvier 2008).

say that law regulates »⁵⁰. Les normes informelles sont introduites avec la deuxième contrainte, qui est celle établie par les normes sociales ou les usages au sens large et en vertu desquelles un courtisan, par exemple, sait comment se comporter avec des personnes qui font l'objet de sa convoitise. Dans la pratique des affaires, ces usages peuvent influencer le comportement des consommateurs vis-à-vis d'un produit, par exemple lorsqu'il est manufacturé par des enfants. En fait, lorsque les prescriptions sociales ne sont pas suivies, il y a sanction comme dans le cas précédent, la seule différence étant que ces sanctions ne seront pas appliquées par la puissance publique, mais par la collectivité. De cette manière aussi, les normes sociales ou les usages ont un pouvoir régulateur.

25. En troisième lieu, il y a le marché. Selon L. Lessig, cette contrainte informelle régule par le prix, qui parvient à influencer la quantité de choses que le consommateur ou tout acheteur peut acquérir. La quatrième contrainte, enfin, est celle de la nature ou de l'*architecture*. Elle évoque un monde physique qui, à son tour, conditionne nos actions. Ainsi, notre incapacité de voir à travers un mur est une contrainte à notre désir, fut-il ardent, de voir ce qui se cache de l'autre côté. Que nous soyons incapables de lire les pensées d'autrui est sans doute aussi une contrainte à notre désir de savoir si l'on nous dit la vérité! En cela, L. Lessig conclut, l'*architecture* également régule⁵¹. Le point le plus important réside dans la transposition de l'ensemble de ces modalités de régulation dans le cyberspace, étant entendu que dans le monde réel, elles rivalisent pour appréhender leurs sujets. À vrai dire, cet exercice de transposition leur réussit et permet de mettre une emphase particulière sur deux modalités de régulation parmi celles qui reposent sur des normes informelles : l'*architecture* et les usages.

50. L. LESSIG, « The Laws of Cyberspace », *loc. cit.*, note 48.

51. *Ibid.*

2.1.1 La *Lex informatica* et l'utilité de l'architecture

26. Il faut d'emblée noter que l'importance attachée à la première contrainte décrite par L. Lessig, c'est-à-dire aux normes formelles, n'est pas nécessairement reconduite dans le cyberspace. Ces normes cèdent leur caractère dominant à l'architecture, parce que le cyberspace est avant tout bâti à partir de codes ou de programmes informatiques, de protocoles diversifiés ou d'un ensemble de *softwares* ou de logiciels. Rien de ce qui se fait dans cet environnement ne peut s'envisager en dehors de ces composantes. Si des messages électroniques peuvent être instantanément échangés sans égard à la localisation géographique, c'est parce que les SMTP — *Simple Mail Transfer Protocol* — et autres POP — *Post Office Protocol* — le permettent. Si, aujourd'hui, l'idée d'un « Internet odorant » est tout sauf chimérique, c'est également parce que des programmes informatiques sont parvenus à faire humer des odeurs aux internautes⁵².

27. Au demeurant, si les codes informatiques à la base des logiciels, quel que soit le langage de programmation qui les exprime — Java, Pascal, C/C++, Perl, DOT NET, etc. — autorisent certaines actions dans le cyberspace, ils peuvent, à l'évidence, contribuer à en interdire. Pour s'en convaincre, il faut évoquer l'authentification sans laquelle il peut être impossible d'accéder à certains contenus, dans le contexte d'un Intranet par exemple ou, plus couramment, dans le cadre de la messagerie électronique. Adossé aux codes informatiques, ce mur virtuel que peut constituer l'exigence d'un mot de passe est aussi une manière de mettre en œuvre des valeurs qui ont notamment trait à la protection de la vie privée.

28. En somme, les programmes informatiques régulent les comportements dans le cyberspace. D'où la notion de *réglementation par les codes*, en référence aux codes sources qui donnent aux logiciels ou aux programmes informatiques tout leur caractère opérationnel et, particulièrement, leur pouvoir régulateur dont l'effet s'observe dans diverses activités

52. Pour les détails sur cette technologie, voir le site d'Olfacom — la communication olfactive : [En ligne]. <http://www.olfacom.com/> (Page consultée le 28 janvier 2008).

du cyberespace, y compris en matière contractuelle⁵³. La même idée a été évoquée par J. Reidenberg sous le concept de la *Lex informatica* :

Technological architectures may prohibit certain actions on the network, such as access without security clearances, or may impose certain flows, such as mandatory address routing data for electronic messages. Technology may also offer policy-makers a choice of information flow rules through configuration decisions. In effect, this set of impositions on information flows through technological defaults and system configurations offers two types of substantive rules: immutable policies embedded in the technology standards that cannot be altered and flexible policies embedded in the technical architecture that allow variations on default settings. *Lex Informatica* has a number of distinguishing features that are analogous to a legal regulatory regime and support its role as an important system of rules for an Information Society⁵⁴.

53. Éric Labbé précise la nature des normes techniques du contrat électronique et mentionne qu'« [i]l peut s'agir de normes de fait, qui ont vu le jour grâce à un monopole économique (pensons à l'hégémonie Microsoft et à son système d'exploitation) ou à l'efficacité d'une technique particulière (cryptographie asymétrique par exemple), ou encore de normes issues d'un organisme de normalisation, regroupant par exemple des acteurs de l'industrie (l'ISO), des représentants nationaux intéressés (comme l'UIT) ou des spécialistes mandatés par l'État. La reprise de ces normes par le droit est fréquente et peut servir plusieurs objectifs: encourager l'interopérabilité, faciliter la preuve des contrats électroniques (notamment à l'aide d'une présomption de fiabilité), déterminer la responsabilité des acteurs qui ne respectent pas certains standards techniques, etc. ». Voir à ce propos: Éric LABBÉ, « La multiplicité des normes encadrant le contrat électronique: l'influence de la technologie sur la production de normes », Conférence organisée par le Programme international de coopération scientifique (CRDP/CECOJI), Montréal, 19 décembre 2003, [En ligne]. <http://www.lex-electronica.org/articles/v9-2/labbe2.pdf>, p. 4 (Page consultée le 28 janvier 2008). Voir également: Dominique GILLEROT, Axel LEFEBVRE, « Internet: la plasticité du droit mise à l'épreuve », Rapport réalisé à la demande de la Fondation Roi Baudoin dans le cadre de la réflexion prospective: « Citoyen, Droit et Société », 1998, [En ligne]. <http://www.kbs-frb.be/files/db/fr/PUB%5F0977%5FInternet%5F5Fla%5Fplasticite%5Fdu%5Fdroit.pdf>, p. 44-45 (Page consultée le 28 janvier 2008).

54. Joël REIDENBERG, « *Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Through Technology* », (1998) 76 *Tax L. Rev.* 553, 565, [En ligne]. http://reidenberg.home.sprynet.com/lex_informatica.pdf (Page consultée le 28 janvier 2008). Voir plus généralement sur la question: Joël REIDENBERG, « *Governing Networks and Cyberspace Rule-Making* », (1996) 45 *Emory L.J.* 911.

29. J. Reidenberg voit dans ce corpus de normes et contraintes découlant de la technologie une source réglementaire informelle directement en concurrence avec les normes formelles et les autres normes informelles⁵⁵. Selon l'auteur, la *Lex informatica* se distingue par sa fiabilité et sa flexibilité, dans un contexte marqué par la décentralisation prononcée des traitements de l'information et dont l'impact immédiat se traduit par un amollissement de l'emprise des normes formelles. Sans en faire LA source de réglementation du cyberspace⁵⁶, il plaît à J. Reidenberg de préciser que la *Lex informatica* est « fiable » parce qu'elle est adaptée aux frontières du réseau. Elle est « flexible » de par son habileté à évoluer en fonction des situations. À ces deux caractères, qui contribuent vraisemblablement à résorber l'incertitude juridique liée à la réglementation du cyberspace, il faut ajouter l'avantage indéniable que procure son mode d'opération :

La *Lex Informatica* permet une exécution *ex ante* au lieu d'*ex post*. Cette différence accorde à la *Lex Informatica* un avantage et un pouvoir par rapport à la loi. Par exemple, les mécanismes technologiques tels que les agents intelligents, la labellisation et le filtrage et les certificats de sécurité permettent d'assurer à l'avance le respect des règles de traitement d'information. Il n'y aura plus l'incertitude des décisions de la Justice.⁵⁷

30. Outre la *Lex informatica* ou la *réglementation par les codes*, il faut s'arrêter et développer quelque peu sur la place des usages⁵⁸ ou de la *Lex electronica* dans la réglementation du cyberspace.

55. Joël REIDENBERG, « L'instabilité et la concurrence des régimes réglementaires dans le Cyberspace », dans Ejan MACKAAY (dir.), *Les incertitudes du droit*, Montréal, Éditions Thémis, 1999, 135-151, [En ligne]. <http://home.sprynet.com/~reidenberg/incertitude.htm> (Page consultée le 28 janvier 2008).

56. L'auteur mentionne en effet : « Ni le droit, ni les coutumes et usages, ni la technologie, pris isolément, ne pourront résoudre des problèmes économiques et sociaux d'une façon équilibrée et satisfaisante. Pour que le cyberspace puisse générer le progrès économique et social que nous attendons, il faut créer un cadre mixte afin d'éviter l'instabilité due à la concurrence des sources réglementaires. » *Ibid.*

57. *Ibid.*

58. Sur la notion d'usages, voir : Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE, Karim BENYekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex electronica* », (1997) 5 *RDAI* 547, 555 et suiv.

2.1.2 La nature de la *Lex electronica*

31. La *Lex electronica* est inspirée de la *Lex mercatoria*, décrite par B. Goldman comme l'ensemble des « [...] règles transnationales que les partenaires des échanges économiques internationaux se donneraient progressivement à eux-mêmes, notamment dans le cadre de leurs organismes professionnels, et que les arbitres, contractuellement désignés pour leurs litiges, constatent, et par là-même précisent, voire élaborent à leur intention »⁵⁹. Le concept de *Lex electronica* a été avancé à la fin des années 1990 pour désigner « l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique »⁶⁰. Devant les difficultés éprouvées par les instruments de normativité traditionnels dans la réglementation d'Internet, parmi lesquelles figurent la dimension mondiale du réseau, l'évolution rapide des technologies de l'information et le caractère hautement technique du domaine⁶¹, les acteurs du réseau ont consacré graduellement un certain nombre d'usages, ce qui participe de la sécurité technique et juridique du commerce électronique en particulier. Cette définition pourrait aisément transcender le cadre restreint du commerce électronique et viser les règles informelles applicables à l'ensemble des interactions du cyberspace⁶².

32. Selon P. Trudel, les normes dont il est question se distinguent des normes formelles par leur nature volontaire, c'est-à-dire leur disposition à s'appliquer sans la contrainte étatique qui imprime aux règles de droit leur caractère obligatoire et, partant, leur spécificité⁶³. En dehors de cette antinomie, la parenté entre les normes formelles et les normes informelles

59. Berthold GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives », (1979) 106 *J.D.I.* (Clunet) 475, 475.

60. V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYKHLEF, *loc. cit.*, note 58, 3.

61. *Id.*, 7-9.

62. Jean MONNET, *La lex electronica*, Mémoire de DESS, Paris, Université de Paris-Sud, 1998, p. 16, [En ligne]. <http://perso.orange.fr/mam/these4.htm> (Page consultée le 28 janvier 2008).

63. Pierre TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1989) 19 *RDUS* 247, [En ligne]. <http://www.crdp.umontreal.ca/cours/drt3805g/trudelauto-regle.pdf>, p. 6-7. (Page consultée le 28 janvier 2008).

réside dans le fait qu'elles sont toutes deux des normes, peu importe le sens prêté au vocable « norme »⁶⁴.

33. La doctrine attribue généralement deux séries de sources à la *Lex electronica* : d'une part, des sources dites substantielles et, d'autre part, des sources institutionnelles⁶⁵. Premièrement, les sources substantielles de la *Lex electronica* entretiennent un lien étroit avec l'architecture du cyberspace. Au cœur de cette architecture, il existe, en plus des codes, une multitude d'acteurs-clés comme les organismes d'enregistrement de noms de domaine, les opérateurs ou les administrateurs de systèmes ou de réseaux, les fournisseurs de service Internet, les autorités de certification, les infrastructures de gestion des clefs, etc., qui sont autant de structures de la hiérarchie du cyberspace qui règnent sur les réseaux, les passerelles, les serveurs Web⁶⁶ et, via des usages⁶⁷ et des pratiques diverses auxquels leurs communautés adhèrent volontairement, peuvent participer à la régulation de ce monde virtuel⁶⁸.

34. Deuxièmement, outre les usages et les pratiques qui président aux interactions des communautés virtuelles, y compris en matière commerciale⁶⁹, la liberté contractuelle elle-même, c'est-à-dire la prérogative que les usagers ont de consentir ou de ne pas consentir à telle ou telle opération, doit

64. L'auteur évoque particulièrement trois sens : « [...] l'expression est parfois utilisée pour désigner un principe servant à prescrire un comportement ou encore pour décrire "l'état habituel, conforme à la majorité des cas." En anglais, le mot "standard" désigne "le degré d'excellence requis, en vue d'une fin particulière" ». *Ibid.*

65. V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE, K. BENYKHLEF, *loc. cit.*, note 58, 559 et suiv. Également : Pierre TRUDEL, « La *Lex electronica* », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, collection Droit international, Bruxelles, Éditions Bruylant, 2001, 221, p. 236 et suiv. Plus généralement, voir : Lauri RAILAS, *The Rise of the Lex Electronica and the International Sale of Goods, Publication of the Faculty of Law*, Helsinki, University of Helsinki, 2004.

66. Elizabeth LONGWORTH, « Opportunités d'un cadre juridique applicable au cyberspace — y compris dans une perspective néo-zélandaise », dans *Les dimensions internationales du cyberspace*, Paris, Éditions UNESCO, 2000, p. 21.

67. Le terme doit être entendu au sens strict.

68. À cet égard, voir : Pierre TRUDEL, « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT, Jean-François BOURQUE, *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Éditions Thémis, 2002, 285, [En ligne]. http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap10.pdf (Page consultée le 28 janvier 2008).

69. Voir à ce sujet les « eTerms 2004 », [En ligne]. <http://www.iccwbo.org/policy/law/id279/index.html?cookies=no> (Page consultée le 13 février 2007).

être citée et placée parmi les sources substantielles de la *Lex electronica*. À l'instar d'Y. Poulet⁷⁰, P. Trudel en fait d'ailleurs un instrument de régulation central, compte tenu de son omniprésence et de sa disposition en amont de la plupart des activités cyberspatiales :

Hormis les situations de courrier électronique non sollicité, il est plutôt rare que les interactions se nouent en dehors d'un geste consensuel de la part de chacun des protagonistes. C'est dire l'importance que prend le contrat dans la problématique de la régulation des environnements électroniques⁷¹.

35. Au chapitre des sources institutionnelles de la *Lex electronica*, il faut d'abord évoquer les textes internationaux d'harmonisation. Précisons cependant que la recension des conventions internationales applicables aux activités du cyberspace donne un résultat plutôt efflanqué, nonobstant la dimension internationale qui milite ardemment en faveur d'une action concertée des gouvernements⁷². Plus prégnants sont toutefois les textes modèles comme la *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*⁷³ ou la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*⁷⁴, sans doute en raison de leur nature non contraignante et de la marge de

70. Yves POULET, « The Various Regulatory Techniques on the Internet and the Role of State Law », (2001) 2 *Economica e diritto del terziario*, 531, [En ligne]. <http://unpan1.un.org/intradoc/groups/public/documents/UN/UNPAN013253.pdf>, p. 3 (Page consultée le 28 janvier 2008).

71. P. TRUDEL, « La *Lex electronica* », *loc. cit.*, note 65, 239.

72. À ce propos, il est au moins possible d'évoquer la *Convention internationale sur la cybercriminalité* signée notamment par le Canada et les États-Unis, bien que non-membres du Conseil de l'Europe. Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention internationale sur la cybercriminalité*, Budapest, 23 novembre 2001, [En ligne]. <http://conventions.coe.int/Treaty/fr/Treaties/Html/185.htm> (Page consultée le 28 janvier 2008). Il faut aussi mentionner la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, signée à ce jour par sept États. Voir : CNUDCI, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, New York, 23 novembre 2005, [En ligne]. http://www.uncitral.org/pdf/english/texts/electcom/ch_X_18.pdf (Page consultée le 28 janvier 2008).

73. CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, New York, 12 juin 1996, [En ligne]. http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html (Page consultée le 28 janvier 2008).

74. CNUDCI, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques*, New York, 5 juillet 2001, [En ligne]. <http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf> (Page consultée le 28 janvier 2008).

manœuvre qu'ils parviennent à garantir aux États qui décident de les adopter. Par ailleurs, les produits des structures adjudicationnelles complètent les sources institutionnelles de la *Lex electronica*. Il s'agit principalement des divers processus de règlement des différends et des sentences qui en résultent, par exemple au chapitre des noms de domaine⁷⁵. Ces processus sont aussi promus en raison de leur flexibilité et de leur adéquation avec les besoins des diverses communautés virtuelles⁷⁶.

36. De ce qui précède, naît une question de fond, celle de l'autonomie de la *Lex informatica*, de la *Lex electronica* ou des normes informelles en général : ces normes peuvent-elles réglementer les activités du cyberespace de manière autonome, c'est-à-dire sans le concours des normes formelles ? À la vérité, la question n'est pas nouvelle. Elle rappelle les débats qui ont entouré l'émergence et l'affirmation de la *Lex mercatoria* en droit du commerce international. La polémique fut à ce point virulente que partisans et opposants n'hésitèrent pas à recourir à un vocabulaire militaire musclé pour se convaincre de bien camper leurs idées⁷⁷. La richesse de ce lexique peut d'ailleurs surprendre : « travail d'exploration sur le terrain » ; « place du fantassin » ; « chef d'état-major » ; « guerre de tranchée »⁷⁸ ; « contenir l'expansionnisme de cet ordre juridique privé »⁷⁹. Peut-être convient-il de développer davantage pour ressortir la similitude avec le débat sur la réglementation du cyberespace. Dans cette démarche, la définition de la *Lex mercatoria* s'envisage comme un préalable auquel il est nécessaire de satisfaire. Et Berthold Goldman, l'une des figures de proue du débat, nous en offre le moyen dans une publication phare intitulée *La lex mercatoria*

75. Voir à ce sujet la Politique générale de règlement des différends relatifs aux noms de domaine génériques, adoptée par l'ICANN le 24 octobre 1999, [En ligne]. <http://www.icann.org/udrp/udrp.htm> (Page consultée le 28 janvier 2008).

76. P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 71, 257 et suiv.; aussi : J. MONNET, *op. cit.*, note 62, p. 19-20.

77. Jacques BÉGIN, « Le développement de la *lex mercatoria* menace-t-il l'ordre juridique international? », (1985) 30 *R. de d. McGill* 478, 479 et suiv.

78. Paul LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », dans P. FOUCHARD, P. KAHN, A. LYON-CAEN, *Droit des relations économiques internationales. Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec, 1982, 125, p. 125-126.

79. *Id.*, p. 149-150.

dans les contrats et l'arbitrage internationaux : réalité et perspectives. La notion de *Lex mercatoria*, y est-il mentionné, désigne l'ensemble des règles qui ont progressivement alimenté le fonctionnement de la collectivité des opérateurs du commerce international⁸⁰.

37. Certains auteurs ont vu dans ces règles un ordre juridique quasi autonome venu répondre aux lacunes et inadaptations des règles étatiques qui, pourtant, sont censées régir autant les contrats internes que les contrats plurilocalisés ou les situations internationales. Plus exactement, Édouard Lambert affirmait déjà en 1928 que les droits corporatifs ne s'envisageaient ni comme des annexes, ni comme des racines du droit législatif ou du droit judiciaire. Ces droits, a-t-il ajouté :

[...] constituent des corps de droit distinct bâtis par les groupements corporatifs pour l'usage de leurs membres, en rivalité avec les droits édifiés par les juristes; ils disposent dans les mêmes milieux où la rationalisation du commerce est la plus avancée des moyens efficaces de défendre leur autonomie relative, grâce au développement du contrat-type et de ses deux clauses essentielles [...] dont l'une donne compétence aux codification d'usages de la corporation pour régler toutes les difficultés d'interprétation que pourra soulever le contrat et dont l'autre attribue compétence aux institutions arbitrales de la corporation pour résoudre les litiges nés du contrat en conformité avec les règlements arbitraux qui excluent tout appel sur le fond aux juridictions de droit commun, et invitent les arbitres à appliquer une justice d'équité ou une justice

80. Il faut inclure quatre éléments principaux dans cet ensemble de règles. Le premier englobe certains principes juridiques généraux, qu'ils soient tirés du droit des obligations contractuelles ou quasi contractuelles, du droit des obligations délictuelles ou quasi délictuelles ou des règles de procédure. Le deuxième élément constitutif de la *Lex mercatoria* tient en des documents élaborés par des organismes corporatifs internationaux majeurs. Les *Règles et usances uniformes relatives aux crédits documentaires*, publiées par la Chambre de commerce internationale en sont un exemple. Il y a, en troisième lieu, les contrats et, finalement, l'arbitrage ou, plus précisément, les sentences arbitrales. Voir : B. GOLDMAN, *loc. cit.*, note 59, 475; J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 484; Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et "*lex mercatoria*" », (1964) 9 *Arch. philo. dr.* 177, 186 et suiv.; Bruno OPPETIT, « L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances : la clause de "*hardship*" », (1974) *J.D.I.* (Clunet) 794, 794 et suiv.

“substantielle”, c’est-à-dire en harmonie avec les besoins et les conditions du commerce⁸¹.

38. Il faut y voir une revendication identique à celle des partisans d’une autonomie des normes informelles du cyberspace⁸². L’argumentaire se fonde sur l’idée selon laquelle les relations commerciales internationales, à l’instar des activités cyberspatiales, sont particulières. À ce titre, les lois étatiques ou interétatiques se révéleront forcément inadaptées lorsqu’elles tenteront de les appréhender. Dans le cas des relations commerciales internationales, les partisans d’une *Lex mercatoria* envisagée comme un *ordre juridique autonome* se fient aux partenaires du commerce international pour créer et sanctionner l’application de règles propres au contexte commercial international, lesquelles se distinguent notamment par leur originalité, leur flexibilité, leur évolution. Le constat que dresse J. Bégin participe de cette réalité :

Les entreprises nationales ou multinationales dont l’activité est d’importer et d’exporter, d’implanter des installations industrielles dans d’autres pays, d’investir à l’étranger ou d’y lancer des activités nouvelles, les compagnies bancaires ou financières en charge d’assurer les mouvements de capitaux, ont, de longue date, et sans attendre les efforts proprement étatiques, créé des organisations de toute sorte à l’échelle continentale ou mondiale. Elles se sont donné des usages confirmés par l’expérience, précisés et adaptés par concertation [...]. Et l’on constate que les partenaires du commerce international tendent de plus en plus systématiquement à confier leurs litiges non à des juges étatiques, mais à des arbitres internationaux.⁸³

81. Édouard LAMBERT, « L’enseignement du droit comme science sociale et comme science internationale », dans Robert VALEUR, *L’enseignement du droit en France et aux États-Unis*, tome 23, Paris, M. Giard, 1928, p. XLIII-XLIV.

82. Voir notamment : David R. JOHNSON, David POST, « Law And Borders — The Rise of Law in Cyberspace », (1996) 48 *Stan. L. Rev.* 1367, 1367 et suiv. Dans le sillage de David R. Johnson et David Post, plusieurs auteurs rejettent pratiquement l’idée d’une réglementation du cyberspace par les normes étatiques traditionnelles, qu’elles soient ou non en appui à une autre forme de gouvernance : James B. FOUCAULT, *loc. cit.*, note 17; J. T. DELACOURT, *loc. cit.*, note 17; également : *Digital Equipment Corp. v. Altavista Technology, Inc.*, 960 F. Supp. 456, 462 (D. Mass. 1997); *American Libraries Associations v. Pataki*, 969 F. Supp. 160, 170 (S. D. N.Y. 1997).

83. J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 483.

39. É. Lambert s'est d'ailleurs considérablement avancé sur la question en évoquant une *rivalité* entre cet ordre juridique ainsi créé et le droit étatique⁸⁴. Philippe Kahn entérinera cette vision de la rivalité. Il dévoilera, au surplus, diverses stratégies qui, selon lui, pourraient permettre d'« attaquer » le système étatique et interétatique avant de préciser que la *Lex mercatoria* est un « ordre agressif, dynamique, affrontant directement ses concurrents »⁸⁵. B. Goldman ajoutera la pierre faîtière à cet argumentaire en posant, puis répondant à une question on ne peut plus directe :

[...] l'ordre juridique de la *lex mercatoria* est-il « autonome » ? On répondra affirmativement, si l'on entend par là qu'il est distinct des ordres juridiques nationaux comme de l'ordre juridique international [...] et l'on admettra sans peine que pour éviter la confusion avec l'ordre juridique international, on l'appelle « transnational », alors surtout qu'il n'est pas divisé en éléments nationaux distincts. Mais on soulignera aussi que *autonome* ne veut pas dire *totalelement indépendant*, et que pas plus que les autres ordres juridiques, l'ordre juridique transnational n'est un monde isolé et clos sur lui-même. Il est, tout au contraire, ouvert sur les deux autres, empruntant leurs principes généraux, dans la mesure où ils s'adaptent à la substance des relations qu'il régit et organise, et quitte à les adapter [...] ⁸⁶.

40. Comme l'idée de l'autonomie des normes informelles du cyberspace, cette approche de la *Lex mercatoria* soulève des objections fondamentales. En fait, le caractère même d'*ordre juridique* et l'*autonomie* proclamée sont remis en question⁸⁷. D'abord, considérer que la *Lex mercatoria* est un *ordre juridique* suppose qu'elle est un ensemble organisé de règles,

84. É. LAMBERT, *loc. cit.*, note 81.

85. Philippe KAHN, « Droit international économique, droit du développement, *lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ? », dans P. FOUCHARD, P. KAHN, A. LYON-CAEN, *Droit des relations économiques internationales*, Études offertes à Berthold Goldman, Paris, Litec, 1982, 97, p. 103-104.

86. Berthold Goldman fournit lui-même cette définition. Voir : Berthold GOLDMAN, « Une bataille judiciaire autour de la *lex mercatoria* : l'affaire Norsolor », (1983) *Rev. arb.* 379, 409.

87. Pour une vision complète de cette remise en cause, voir notamment : Antoine KASSI, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 1984.

lequel, non seulement est distinct de celui constitué par le droit étatique ou interétatique, mais a vocation à répondre à la totalité ou au moins à la plupart des problèmes du commerce international⁸⁸. Il en va de même de l'approche promouvant l'autoréglementation quasi exclusive du cyberspace. De cette définition de l'ordre juridique, il faut dès lors tirer deux éléments principaux : la notion de règle et celle d'organisation, c'est-à-dire de l'unité structurée de laquelle devrait émaner la règle.

41. La règle, selon B. Goldman, fait référence à une prescription qui n'est pas suivie seulement de manière spontanée, mais qui *doit* être suivie⁸⁹. Plus exactement, l'auteur se réfère à deux séries de critères pour dire si les prescriptions émanant de la *Lex mercatoria* peuvent bénéficier de la qualification de règles de droit. Les premiers critères sont relatifs au domaine de la règle de droit et à son but. De nature formelle, les seconds critères définissent la règle de droit par rapport à son origine, à sa portée, et à sa mise en œuvre⁹⁰.

42. Selon l'auteur, les premiers critères n'empêchent pas de reconnaître les prescriptions de la *Lex mercatoria* comme des règles de droit, dès lors qu'il est établi que le droit se compose des règles du jeu économique et que les principes, les dispositions des contrats types et les usages suivis dans le commerce international participent incontestablement à cette dynamique. Qui plus est, en s'appuyant sur le juste, voire sur l'utile, les sentences de l'arbitrage commercial international ne s'écartent pas du but que doit avoir la règle de droit⁹¹.

43. Eu égard aux critères formels, il ne semble pas non plus y avoir d'obstacle à cette qualification. D'emblée, l'auteur fustige la définition de la règle de droit par rapport à son origine. Non seulement cette approche n'emporte pas l'unanimité de la doctrine, mais elle lui paraît conduire inexorablement à la négation du droit coutumier, tout comme de larges secteurs du droit international public, comme faisant partie du

88. Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 17-29. Voir aussi P. LAGARDE, *loc. cit.*, note 78, 134.

89. Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et "*lex mercatoria*" », (1964) 9 *Arch. philo. dr.* 177, 185.

90. *Ibid.*

91. *Ibid.*

domaine du droit. Mais même en faisant fi de cette réserve, les clauses des contrats types, comme les usages codifiés du commerce international ou les sentences arbitrales, lui paraissent remplir cette condition qui, à l'instar des règles de droit émanant des autorités publiques, répondent au souci de certitude, de prévisibilité et d'effectivité incarné par cette exigence. Que dire, enfin, des critères de la portée et de la mise en œuvre? Comme les règles d'origine étatique, B. Goldman n'a pas de difficulté à soutenir que les prescriptions émanant de la *Lex mercatoria* répondent au critère de généralité. Leur mise en œuvre, au surplus, prend en compte la notion de sanction :

L'expérience prouve en effet, ici encore, non seulement que les sentences arbitrales sont le plus souvent spontanément exécutées, ce qui attesterait déjà l'effectivité des règles qu'elles mettent en œuvre, fussent-elles démunies de sanctions applicables par la collectivité des commerçants; mais aussi que de telles sanctions existent [...]; on y retrouve notamment des sanctions disciplinaires appliquées par les groupements corporatifs, la sanction d'ordre moral (mais à retentissement professionnel et matériel) consistant à la publicité de la sentence, des sanctions directement professionnelles comme l'élimination d'une bourse de commerce ou de certaines opérations commerciales, voire des sanctions pécuniaires garanties par des consignations préalables⁹².

44. S'il est vrai que les éléments constitutifs de la *Lex mercatoria* se situent dans le domaine du droit, est-il aussi vrai de soutenir qu'ils forment un ordre juridique, un système complet? Nous l'avons déjà mentionné, une réponse affirmative suppose que la condition relative à l'*organisation* est satisfaite car, loin de ressembler à une juxtaposition de règles, le droit est un ensemble cohérent : « Il est animé par une logique et une dynamique qui, tout à la fois, assurent la légitimité respective de toutes les sources normative mises en place ou déclarées régulières par les autorités détentrices

92. *Id.*, 190-192. Voir aussi : Gérard TMSIT, « La surdétermination de la norme de droit : questions et perspectives », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA, Guy ROCHER, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal, Éditions Thémis, 1998, 99, p. 101.

de souveraineté et garantissent la cohérence rationnelle des règles les unes par rapport aux autres »⁹³.

45. Il semble que l'application de ce critère à la *Lex mercatoria* ne permette pas de conclure qu'elle est un ordre juridique. L'hétérogénéité de la communauté internationale des marchands constituerait le premier obstacle. Le très grand fractionnement de cette communauté est indexé. Pourtant, comme source unique d'un ordre juridique, il eût été indispensable de faire montre d'une unité sinon institutionnelle, du moins accidentelle, pour faciliter l'identification de l'autorité légitime et apte à édicter des normes impératives⁹⁴. Le tableau actuel est tout autre :

Chaque branche d'activité a sa propre structure et, si elle y parvient, sa propre cohérence. Aux cartels de producteurs répondent, en des guerres sans pitié, les fronts des acheteurs. Face aux grands pays développés et détenteurs de la technologie, les pays en développement, importateurs de technologie, s'organisent et se concertent pour définir leurs conditions⁹⁵.

46. Le second obstacle serait relatif à l'application des règles de la *Lex mercatoria*. Selon J. Bégin, en effet, « [...] l'application de ces normes reste juridiquement subordonnée à l'exercice de la liberté contractuelle en conformité avec l'ordre juridique étatique ou interétatique »⁹⁶. Difficile aussi, dans ces conditions, d'évoquer une quelconque autonomie.

47. Tout compte fait, même en supposant que la *Lex mercatoria* constitue un ordre juridique, le droit étatique continuerait à se déployer dans les relations commerciales internationales, de deux manières. D'une part, il conserve cette capacité qu'il a de domestiquer la *Lex mercatoria* en faisant siennes certaines de ces règles. C'est ce que J. Bégin qualifie de *stratégie souple* : « [...] dès l'instant où la substance de certaines normes de la *Lex mercatoria* est reprise dans une source de droit étatique ou interétatique, ces normes deviennent

93. J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 498.

94. P. LAGARDE, *loc. cit.*, note 78, 138. Aussi : J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 500.

95. J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 501.

96. *Id.*, 504.

étatiques ou interétatiques »⁹⁷. D'autre part, la *stratégie dure* consiste à limiter la *Lex mercatoria*. En matière contractuelle, par exemple, cette limitation affecte la liberté contractuelle lorsque les États légifèrent pour encadrer les ententes abusives, les transferts internationaux de technologie, les pratiques anticoncurrentielles ou pour établir un contrôle des changes. Concernant l'arbitrage également, il peut y avoir limitation : le droit étatique a compétence exclusive pour déterminer l'arbitrabilité ou la non-arbitrabilité des litiges et les conditions d'exécution des sentences⁹⁸.

48. De ce qui précède, il n'y a d'autre issue que de retenir qu'il ne saurait y avoir de rapports d'exclusion entre le droit étatique et la *Lex mercatoria*, que le commerce international génère ou non des préoccupations particulières ou que la *Lex mercatoria* soit ou non un ordre juridique autonome. J. Bégin permet de conclure que l'élément qui requiert l'attention réside dans la recherche d'un équilibre parfait et de la sécurité dans les transactions :

Cette immense et vivifiante réalité de la vie commerciale internationale n'est en rien l'« ennemi » de l'ordre juridique international.

Il faut, bien entendu, que le droit étatique ou interétatique puisse lutter pour que les marchés ne soient pas déséquilibrés par trop d'abus de position dominante, trop de supériorité économique de certains pays. C'est pourquoi il est important qu'il puisse faire respecter les règles de la concurrence, assurer non seulement l'équilibre et la sécurité des transactions, mais encore la préservation des intérêts généraux dont il a la charge.

Mais il est parallèlement tout aussi important de ne pas contrarier les effets positifs de la création, par la pratique professionnelle, et de l'adaptation continue de toutes les normes rattachées à la *Lex mercatoria*⁹⁹.

97. L'auteur évoque comme exemples de cette domestication les codes internationaux de bonne conduite et les différents efforts d'harmonisation ou d'uniformisation des droits étatiques. *Id.*, 519.

98. Voir notamment : NATIONS UNIES, *Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, New York, 1958, I : 4739; NATIONS UNIES, *Recueil des traités*, vol. 330, 1959. Aussi : J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 524.

99. J. BÉGIN, *loc. cit.*, note 77, 538.

49. Que dire de plus, si ce n'est que l'approche qui envisage les normes informelles comme un mode de réglementation autonome du cyberspace devrait, comme celle qui a prôné l'autonomie de la *Lex mercatoria*, être écartée parce que ne rendant pas suffisamment compte de cet équilibre dont parle J. Bégin?

50. Cela dit, le déploiement dans le cyberspace de la *Lex informatica*, de la *Lex electronica* ou des normes informelles en général, ne produira des résultats concrets au plan de la réglementation que si ce déploiement est envisagé en regard des normes formelles.

2.2 LA RENCONTRE ENTRE LES NORMES INFORMELLES ET LES NORMES FORMELLES

51. La nature des relations que les normes informelles peuvent ou doivent entretenir avec les normes formelles peut être envisagée à la lumière des deux institutions traditionnelles de la vie démocratique : le législateur et le juge.

2.2.1 Les normes informelles et le législateur

52. Une première préoccupation naît de l'élaboration de la *Lex informatica*. En effet, d'aucuns pourraient y voir l'hégémonie des ingénieurs, sans doute, au grand dam des législateurs, puisque l'élaboration de ces normes informelles n'est pas toujours inclusive et appelle quasi exclusivement des collaborations d'initiés¹⁰⁰. Cette appréhension pourrait d'ailleurs s'accroître avec le résumé que fait D. Post de cette modalité de régulation du cyberspace :

[...] a world dominated by code — a world whose contours, and whose values, are shaped by the code. A world in which code can do much of “the work that the law used to do [...] far more effectively than the law did.” A world in which “code can, and

100. À cet égard, J. REIDENBERG précise : « [...] l'élaboration de la *Lex Informatica* ne dépend pas de la participation de tous les acteurs de l'Internet. Ce sont les spécialistes seuls qui décident des règles dans les forums tels que l'ISOC, IETF, et IANA. Les techniciens choisissent la mise en œuvre des protocoles techniques. Les citoyens à qui ces règles s'appliquent ne participent pas de façon directe à leur développement ». *Loc. cit.*, note 55.

increasingly will, displace law.” A world in which “effective regulatory power [shifts] from law to code, from sovereigns to software.” A world in which code “displaces law by codifying the rules, making them more efficient than they were just as rules”¹⁰¹.

53. À la vérité, il n'en est rien. Ce qui fonde cette conclusion, ce sont les interactions qui peuvent ou même doivent intervenir entre les contraintes — ou les modalités de réglementation — énoncées notamment par L. Lessig. En effet, l'auteur distingue particulièrement la régulation directe de la régulation indirecte. Dans le premier cas, la régulation est acquise par une application directe de la contrainte à la situation ou à l'activité à réguler. Dans le monde réel, il peut s'agir, par exemple, de prohiber la consommation de tabac par l'action *directe* d'une loi adoptée à cet effet. Quand, avec la même finalité, le législateur choisit de taxer ce produit ou de financer une campagne de sensibilisation sur les dangers liés à la consommation de ce produit, il y a *régulation indirecte*. Dans la régulation directe, cette loi anti-tabac tentera d'influencer le marché pour atteindre ses objectifs. Dans la régulation indirecte, elle s'appuiera sur les normes sociales ou les usages pour le même but¹⁰².

54. Dans la pensée de L. Lessig, ce modèle est incontournable dans le positionnement, voire l'application des normes formelles dans le cyberspace. En fait, le législateur a ici aussi deux options : premièrement, il pourra tenter d'appliquer directement les normes formelles — c'est-à-dire la loi — aux activités du cyberspace. Si le tandem législation–architecture est le reflet d'un étalonnage qui fait échec à cette forme de *réglementation directe*¹⁰³, le législateur pourra opter pour la

101. David G. POST, « What Larry Doesn't Get : Code, Law, and Liberty in Cyberspace », (2000) 52 *Stat.L.R.* 1439, 1447.

102. L. LESSIG, « The Law of the Horse : What Cyberlaw Might Teach », *loc. cit.*, note 102, 512-513.

103. L. Lessig cite à ce chapitre l'exemple du droit d'auteur et l'application difficile qu'il peut recevoir dans un contexte dématérialisé : « [...] *the Net is a digital medium. Digital copies are perfect and free. One can copy a song from a CD into a format called MP3. The song can then be posted on USENET to millions of people for free. The nature of the Net [...] would make copyright controls impossible. Copyright was dead* ». *Id.*, 523.

seconde option — celle de la *réglementation indirecte* — en forçant, par voie législative, la modification des codes sources du cyberspace afin de favoriser l'émergence d'une architecture qui facilitera la *réglementation directe*¹⁰⁴. Dans ce contexte, les normes formelles et les normes informelles se conjuguent pour atteindre un but commun.

55. Par ailleurs, il est utile de préciser que la synergie à naître entre les normes formelles et les normes informelles ne trouvera meilleure acceptation que lorsque certaines exigences minimales seront comblées. Y. Poulet en retient particulièrement deux. La première veut que la norme informelle s'inscrive dans des principes ou standards fixés par la norme formelle. En cela, non seulement la norme informelle jouira d'une effectivité plus grande, mais il sera possible de mesurer sa conformité aux attentes sociétales¹⁰⁵ : c'est l'approche « Top Down ». Elle suggère que « [...] les objectifs essentiels, les mécanismes fondamentaux de "mise en œuvre" de ces objectifs et de leur contrôle soient réglementés par les autorités publiques et dans toute la mesure du possible par le législateur »¹⁰⁶. Au Québec, les articles 63 et suivants de la *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*¹⁰⁷ s'inscrivent dans cette approche. Ils prévoient la création d'un comité multidisciplinaire présidé par le Bureau de normalisation du Québec et dont le mandat — quasi règlementaire — est celui de déterminer les modalités techniques d'application des objectifs fondamentaux dégagés par la

104. Cette démarche est pourtant critiquable. Elle a deux limites identifiées par L. Lessig lui-même : la portée matérielle qui peut être relativement large et le déficit de transparence qui, dans certains cas, accompagne ce processus. Voir à ce propos : L. LESSIG, *id.*, 536 et suiv.

105. Yves POULLET, « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », dans *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, Economica, UNESCO, 2000, 185, p. 212.

106. Yves POULLET, « Technologies de l'information et de la communication et "co-régulation" : une nouvelle approche? », (2004) *Droit et Nouvelles technologies*, [En ligne]. http://www.droit-technologie.org/dossiers/coregulation_SMSI.pdf, p. 13 (Page consultée le 28 janvier 2008).

107. *Loi concernant le cadre juridique des technologies de l'information*, L.Q., 2001, c. 32.

Loi¹⁰⁸. L'un des principaux avantages de ce choix du législateur québécois demeure sans doute l'économie qu'il fait des longs processus de modifications législatives qu'implique souvent une évolution hâtée dans le domaine des technologies de l'information¹⁰⁹.

56. À l'opposé de l'approche « Top Down », l'approche « Bottom-Up » définit « [...] le processus par lequel des mécanismes d'autoréglementation du marché développés spontanément par celui-ci se trouve à un moment donné consacré, pris en compte avec ou sans modification fondamentale par les autorités publiques »¹¹⁰. Cette prise en compte peut se faire par une incorporation directe ou indirecte — notamment par renvoi — de la norme informelle dans les textes juridiques ou même dans la jurisprudence¹¹¹. C'est particulièrement l'approche suivie par l'Australie :

Dans un premier temps, l'Australie a laissé se développer librement un certain nombre de « produits » d'autorégulation : codes de conduite, logiciels de filtrage et labels divers. Leur développement anarchique, leur absence d'adéquation aux besoins de la population australienne a conduit le gouvernement australien à rassembler auprès de l'Australian Broadcasting Authority, les acteurs dits intéressés. [...] Cette approche « bottom to top » a conduit en définitive à une révision de la loi sur l'audiovisuel par l'addition de quelques articles en matière de régulation des contenus de l'Internet¹¹².

108. L'article 65 de la Loi précise : « Le comité élabore des guides de pratiques colligeant les consensus atteints sur les sujets prévus à l'article 64. Ces guides font état du choix de standards techniques communs, à savoir des formats et des langages de balisage de données, des codes de représentation de caractères, des algorithmes de signature, de chiffrement, de compression de données ou d'amélioration de l'image ou du son, des longueurs de clés, des protocoles ou des liens de communication. Le choix est fait pour une période déterminée et il peut être reconduit ou un nouveau choix peut être effectué avant ou à l'expiration de la période déterminée. Cependant, les guides doivent prévoir que tout nouveau choix doit tenir compte de la période de conservation des documents réalisés en fonction de choix antérieurs et de la nécessité de pouvoir continuer d'y avoir accès pendant leur période de conservation. »

109. P. TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », *loc. cit.*, note 63, 17.

110. Y. POULLET, *loc. cit.*, note 106.

111. Sur ce point, voir : P. TRUDEL, *loc. cit.*, note 109, 12 et suiv.

112. Y. POULLET, *loc. cit.*, note 106, 13 et 14.

57. La deuxième nécessité relative à la synergie à naître entre normes étatiques et normes privées évoque l'incontournable question de l'autorité ou de la légitimité¹¹³. Aussi, requiert-elle une certaine transparence, jumelée, d'une part, à une effectivité réelle de la norme privée et, d'autre part, à la prise en compte des intérêts des différents acteurs¹¹⁴. Certains parlent alors de multirégulation. D'autres évoquent l'interrégulation, la corégulation, la complémentarité ou régulations¹¹⁵ — au pluriel. Mais l'idée reste la même. Elle prend appui sur une assertion qui spécifie qu'en fait, « [...] aucune démarche univoque ne sera efficace »¹¹⁶ pour assurer la réglementation du cyberspace.

58. Il reste à situer la perception des juges relativement à ces normes informelles.

2.2.2 Les normes informelles et le juge

59. Au Canada, une décision d'un tribunal albertain¹¹⁷ dans une affaire criminelle s'était contentée de poser la question de la réglementation ou de la régulation du cyberspace. Un employé d'un fournisseur d'accès Internet avait découvert, à l'occasion d'une assistance technique apportée à un client, du matériel de pornographie juvénile. L'employé, avec l'assentiment de la police, copia le matériel en cause et le transmet à la police. Le client a prétendu que le fournisseur d'accès Internet

113. Certains auteurs ont en effet critiqué cette approche, faisant notamment valoir qu'il n'est pas convenable d'être à la fois juge et partie ou arbitre et joueur. Selon eux, cette situation est celle dans laquelle la réglementation est le fait exclusif des acteurs du réseau. Or, tel n'est pas le propos de la doctrine moderniste qui évoque, au contraire, un certain équilibre grâce à l'action étatique. Voir sur cette question : Hervé BOURGES, « Internet, les nouvelles frontières de la régulation », (1999) 121 *Lettre du CSA* 1, 2. Voir aussi : Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Thèse de doctorat, Paris, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2001.

114. Par effectivité réelle de la norme, l'auteur entend notamment le prononcé de sanctions efficaces et proportionnées, par une autorité ayant un pouvoir d'investigation et agissant indépendamment des acteurs concernés. Y. POULLET, *loc. cit.*, note 105.

115. Michel VIVANT, « Communication audiovisuelle et Internet : une journée d'étude au CSA », (1999) 121 *Lettre du CSA* 20, 23.

116. M. VIVANT cite ici le rapport de la Mission interministérielle sur l'Internet (France, juin 1996), *loc. cit.*, note 4, 227.

117. R. v. Weir, 1998 ABQB 56.

s'était comporté comme un agent de l'État et a ainsi procédé à une saisie illégale. Le juge, en se prononçant, a souligné les difficultés particulières posées par Internet. Il indique :

ISP's (Internet service provider) [...] are unregulated. Efforts to regulate ISP's are frustrated because ISP's used by a country's citizens can be located outside the country's geographical boundaries. It is not unusual for a message sent by a Canadian citizen to pass through Internet nodes in countries other than Canada in order to reach its destination in Canada.

60. Il est vrai que cette décision rendue en 1998 se situe au début des efforts de réglementation du cyberspace, mais elle attirait déjà l'attention sur les normes informelles. Le juge souligne précisément les efforts d'autoréglementation de certains fournisseurs d'accès comme *America Online*. Par la même occasion, il met l'accent sur leurs limites en relevant notamment que : « [...] *self-regulation, though admirable, can do little to curb Internet distribution of child pornography* ».

61. D'autre part, bien qu'ayant cité dans son jugement un auteur faisant référence à la *Nétiquette*, le juge n'émet aucun commentaire à cet égard¹¹⁸. Il faut attendre une décision de la Cour supérieure de l'Ontario¹¹⁹ pour voir une tentative de définition de la notion. Dans cette affaire, la compagnie *1267623 Ontario Inc.* avait conclu un contrat avec un fournisseur d'accès Internet, *Nexx Online*, pour l'hébergement de son site Web. La compagnie, dans le but de faire la promotion de son site et de ses produits, a envoyé quotidiennement plusieurs milliers de courriels aux internautes. Ces derniers se sont plaints à *Nexx Online* d'être inondés de ces courriels indésirables ou non sollicités, pratique connue sous le nom de *spamming*¹²⁰. À la suite de ces plaintes, *Nexx Online* ferme le site Web en cause. La compagnie conteste cette fermeture devant la Cour supérieure de l'Ontario en soutenant qu'elle a

118. Nombre de juges sont restés silencieux même devant l'invocation de la *Nétiquette* par une des parties au procès ou ont fait très peu de commentaires relativement à une telle notion; on peut citer entre autres : *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communication*, 907 F. Supp. 1361 (N.D.Cal 1995).

119. *1267632 Ontario Inc. v. Nexx Online Inc.*, [1999] O.J. No. 2246.

120. ÉRIC LABBÉ, « Spamming en Cyberspace : à la recherche du caractère obligatoire de l'autoréglementation », (2000) *Lex Electronica*, [En ligne]. <http://www.lex-electronica.org/articles/v6-1/labbe.htm> (Page consultée le 29 janvier 2008).

été faite en violation du contrat qui existait entre les parties. De son côté, *Nexx Online* allègue une violation des règles de la *Nétiquette*, lesquelles se trouvent incluses dans le contrat, par référence. La Cour conclut que le *spamming* est contraire aux principes de la *Nétiquette*.

62. Cette décision soulève au moins deux questions essentielles : premièrement, quelle est la substance de la *Nétiquette*? Deuxièmement, quelle force juridique le juge peut-il lui reconnaître? Sur le premier point, la Cour souligne d'emblée que la *Nétiquette* fait référence à un *code* pour la bonne marche d'Internet :

What then are the rules of Netiquette? It is acknowledged that there is no written Netiquette policy. It appears that a code is evolving based upon good neighbour principles for the orderly development of the Internet, and to prevent potential Internet abuse¹²¹.

63. La Cour circonscrit ensuite son analyse visant à identifier la substance de ce *code* à la question spécifique du *spamming* et se contente de rechercher les usages ou les normes informelles applicables à cette pratique. Certes, elle est parvenue à conclure que le *spamming* est contraire aux principes émergeant de la *Nétiquette*, après un examen de la jurisprudence américaine¹²², de la doctrine et une appréciation de l'attitude des internautes en regard de cette pratique. Mais sa conclusion demeure partielle, en ce qu'elle se limite à l'insistance relative au *spamming*, ce qui ne permet pas de saisir tout le contour de la *Nétiquette*. La notion reste donc floue, sujette à une interprétation au cas par cas.

64. Eu égard à la seconde question relative à la force juridique de la *Nétiquette*, trois approches sont envisageables : la *Nétiquette* s'impose, soit en vertu d'une clause contractuelle explicite, soit comme une conséquence implicite du contrat,

121. 1267632 *Ontario Inc. v. Nexx Online Inc.*, [1999] O.J. No. 2246. Voir aussi aux États-Unis : *Zurakov v. Register.com, Inc.*, 2003 NYSlipOp 13230.

122. *Cyber Pomotion Inc. v. American Online Inc.*, 96-462 (E.D. Va. 1996); *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.*, C2-96-1070 (S.D. Ohio Oct. 24, 1996); *Parker v. C.N. Enterprises*, 97-06273 (Tex. Travis County Dist. Ct. complaint filed May 26, 1997); *Cyber Promotions, Inc. v. Apex Global Information Services Inc.*, 1997 WL 634384 (E.D. Pa 1997).

ou encore de manière autonome. La première approche est celle qui a été suivie dans l'affaire *Nexx Online*, où la Cour est restée collée à la présence d'une clause contractuelle pour soumettre les parties à la *Nétiquette*. Elle fonde son analyse sur une disposition contractuelle, ainsi libellée :

Account Holder agrees to follow generally accepted "Netiquette" when sending e-mail messages or posting newsgroup messages [...].

65. La Cour souligne, à propos de ces règles de la *Nétiquette*, qu'il s'agit d'un code pour la bonne conduite d'Internet. La reconnaissance de ces principes informels repose donc ici sur la présence d'une disposition contractuelle explicite. Et pourtant, son argumentation semble dépasser la sphère contractuelle. La Cour observe en effet que le *spamming* est, en général, fortement condamné par la communauté des acteurs du cyberspace. Elle reconnaît implicitement l'existence d'une norme informelle qui fait consensus en la matière, mais elle ne va pas jusqu'à lui consacrer une autonomie, préférant tirer sa force juridique du seul contrat conclu entre les parties. La même hésitation est observée dans une décision rendue par le Tribunal de grande instance de Paris¹²³.

66. Les parties, sans le prévoir expressément dans leur contrat, peuvent se voir imposer les règles de la *Nétiquette* en tant qu'usages découlant du contrat. C'est l'approche choisie dans une décision française relative au *spamming*¹²⁴, dans laquelle le tribunal fait référence, dans ses motifs, à l'article 1135 du *Code civil* français, en vertu duquel les conventions obligent non seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature¹²⁵. Le tribunal pose l'existence d'usages en matière de *spamming* pour débouter le demandeur :

123. TGI Paris, 15 janv. 2002, *M.P.V. c. Sté Liberty Surf et Sté Free*, Expertises, mai 2002, n° 259, p. 200; JurisData n° 2002-188900; Légalis.net n° 7, 2002, p. 112.

124. TGI Rochefort sur Mer, 28 février 2001, *Christophe G. c. Société France Télécom Interactive, S.A.*, JurisData n° 2001-199479.

125. L'article 1434 C.c.Q. est l'équivalent de cette disposition.

Attendu, en effet, qu'il résulte [...] de l'extrait du rapport de la Commission Informatique et Libertés du 14 octobre 1999 et de l'avis du Président de l'Internet Society, qu'il existe un usage proscrivant le recours au « spamming » dans les groupes de discussion; *Attendu que l'usage, qui constitue une source du droit, s'impose à celui qui se livre à une activité entrant dans son champ d'application.* [Nos italiques]

67. Le second *attendu* de cette décision pourrait faire croire en l'adhésion à la troisième approche, celle de l'autonomie de ces usages, c'est-à-dire en leur application indépendamment de toute relation contractuelle. Paradoxalement, le juge ne l'affirme pas¹²⁶. La reconnaissance de l'autonomie de ces usages semblait pourtant être la conséquence logique de leur origine communautaire, ces usages ayant été présentés comme des pratiques ou des comportements jugés acceptables par la collectivité des acteurs du réseau Internet¹²⁷. Bien que conscients de la nature particulière de ces usages et surtout de leur provenance qu'ils se sont attachés à mettre en évidence, les juges ne sont pas allés jusqu'à leur consacrer une certaine autonomie, préférant les rattacher à l'exercice affirmé ou présumé de l'autonomie de la volonté. Cela n'a pas échappé à certains auteurs qui ont tenu à préciser que :

[l]e *spamming* est [...] un usage reconnu non pas en vertu de la volonté présumée des internautes en litige, mais au contraire du fait d'une pratique d'origine communautaire ou collective. C'est pourquoi selon nous la qualification d'usage conventionnel n'est que relative. L'usage se développe dans un cadre contractuel, ce qui permet aux juges de le qualifier de conventionnel, tout en reconnaissant son origine communautaire qui l'écarte d'un processus limité à l'exercice de l'autonomie de la volonté.¹²⁸

68. Même si l'attitude des juges ne nuit pas à la reconnaissance des normes informelles comme moyen de régulation du cyberspace, une distinction entre les normes émanant de

126. Voir les commentaires d'Amblard à cet égard : Philippe AMBLARD, *Régulation de l'Internet — L'élaboration des règles de conduite par le dialogue inter-normatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 423-424.

127. *Id.*, p. 421.

128. *Id.*, p. 423-424.

l'ensemble des acteurs du réseau et celles issues de la pratique contractuelle d'entreprises dans leurs rapports particuliers avec leurs clients¹²⁹ aurait été intéressante, ne serait-ce que dans une démarche d'identification des sources des normes informelles. Toutefois, le choix fait en faveur d'usages conventionnels, faut-il le reconnaître, n'est pas surprenant dans le cyberspace où, compte tenu des difficultés rencontrées par les

normes formelles¹³⁰, le réflexe de l'autorégulation semble privilégié par les acteurs. Le contrat est ainsi l'instrument qu'utilise ces acteurs du cyberspace pour établir leurs droits et obligations et par là même les règles qui régissent leur activités¹³¹. La voie contractuelle devient donc une voie naturelle dans le cyberspace, particulièrement dans le commerce électronique, et une avenue rassurante pour les juges pour valider les normes informelles. Quoique cette avenue puisse, dans certains cas, poser la question de l'opposabilité de telles normes à certains acteurs d'une part, et celle de la qualité du consentement, d'autre part :

À propos de cette dernière hypothèse où le tiers n'est pas simple tiers mais contractant et se voit opposer le contenu du code de conduite comme norme contractuelle, sans doute suffira-t-il pour le juge d'aller « jusqu'au bout de la logique contractuelle », comme l'affirmait M. Vivant, pour noter l'absence d'un consentement totalement libre et éclairé de la part de l'internaute dans l'acceptation d'une « policy » ou d'un *Code of conduct* peu respectueux de ses intérêts. Se retrouve ici la double question du contenu de la norme privée, de sa clarté, de son caractère ou non abusif et de l'intégration de celle-ci à l'accord de volonté lorsque la référence au Code conduite [sic] fait l'objet d'un hyperlien peu facile à apercevoir¹³².

129. ÉRIC LABBÉ, « La technique dans la sphère de la normativité : aperçu d'un mode de régulation autonome », (2000) *Juriscom.net*, [En ligne]. <http://www.juriscom.net/uni/doc/20001108.htm> (Page consultée le 9 mai 2007).

130. *Supra*, paragraphes 6 et suiv.

131. E. LONGWORTH, *loc. cit.*, note 66, 33 et 41.

132. Y. POULLET, *loc. cit.*, note 105, 205-206.

69. La prudence des tribunaux par rapport à l'autonomie des usages peut être la conséquence de l'absence de consensus dans la doctrine. Une partie de cette doctrine affirme en effet, de façon assez claire, l'autonomie de ces usages. Ces auteurs, particulièrement les partisans de la *Lex electronica*¹³³, se montrent critiques envers le caractère contractuel des usages dans le commerce électronique, reconnaissant l'existence d'une communauté commerçante comme entité normative¹³⁴. Un auteur accorde même un rôle prépondérant sinon exclusif aux organismes de règlement en ligne des différends (*Online Dispute Resolution — ODR*) dans la régulation du commerce électronique. Ces organismes sont présentés comme un nouvel acteur dans la définition des règles juridiques applicables au commerce électronique. « [C]et acteur peut développer, dans certaines situations bien précises, un pouvoir régulateur significatif, caractérisé par une indépendance marquée vis-à-vis des droits étatiques »¹³⁵.

70. Une autre partie de la doctrine préfère la notion de règle de conduite à celle d'usages de commerce. Elle critique l'attitude qui consiste à inclure trop facilement dans « le concept d'usage toutes sortes de pratiques qualifiées d'autorégulation ». La notion d'usage est large et imprécise, ne renseignant aucunement sur la nature de la norme. Ce concept emprunté au droit commercial semble, d'autre part, difficilement assimilable aux règles de conduite développées dans le cyberspace¹³⁶.

71. Au-delà des approches jurisprudentielles et doctrinales ci-dessus mentionnées, un point fondamental mérite d'être noté. C'est la reconnaissance, par les juges, des normes informelles comme instrument de régulation du cyberspace. L'analyse de leurs décisions permet de mettre en évidence deux critères parmi ceux qui ont conduit à cette reconnaissance juridique. Dans un premier temps, les juges ont insisté

133. *Supra*, paragraphes 31 et suiv.

134. Voir : V. GAUTRAIS, G. LEFEBVRE et K. BENYEKHELF, *loc. cit.*, note 58.

135. Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 6.

136. P. AMBLARD, *op. cit.*, note 126, p. 416 et suiv.

sur le caractère répandu de ces normes dans la communauté des internautes. La relative jeunesse d'Internet ne milite pas en faveur du critère de la longévité ou de la répétition dans le temps, à l'instar de la coutume. C'est plutôt l'idée de « consensus » autour d'un certain nombre de normes qui a prévalu. D'autre part, à défaut de vérifier cette adhésion à la norme auprès de tous les internautes, la bénédiction accordée à ces normes par des acteurs bénéficiant d'une reconnaissance auprès des internautes a semblé revêtir une importance¹³⁷. Ces deux critères mettent en exergue la question incontournable de la légitimité des auteurs ou des sources des normes informelles, qui est au cœur de la régulation du cyberspace¹³⁸. À cet égard, l'expérience française du *Forum des droits sur l'internet* — ci-après désigné le Forum — nous paraît représenter l'exemple dont pourraient s'inspirer nombre de pays dans cette recherche de légitimité des sources informelles du droit du cyberspace. Cette association, dont la création date de 2001, est une structure permanente de dialogue qui permet aux utilisateurs, aux acteurs économiques et aux instances publiques de réfléchir et de partager leurs idées sur les questions de droit et de société liées aux réseaux¹³⁹. Ainsi, « [s]ur la base des débats qu'il a organisé et des conclusions des groupes de travail, le Forum peut formuler des recommandations qui s'adressent aussi bien aux acteurs privés, en les appelant à une action d'autorégulation, qu'aux acteurs publics de la régulation pour un aménagement du droit existant »¹⁴⁰. Un élément important émerge de sa démarche : la recherche d'un consensus, tout de même respectueux des opinions minoritaires¹⁴¹.

137. Voir *supra*, paragraphes 66 et suiv., les commentaires relatifs à l'affaire *TGI Rochefort sur Mer*, 28 février 2001, Christophe G. c. Société France Télécom Interactive, S.A., JurisData no 2001-199479.

138. Voir *supra*, paragraphes 57 et suiv.

139. Voir [En ligne]. <http://www.foruminternet.org>.

140. Voir la mission du Forum, [En ligne]. <http://www.foruminternet.org/qui-sommesnous/missions.phtml> (Page consultée le 24 juillet 2007).

141. Isabelle FALQUE-PIERROTIN, « Le Forum des droits sur l'Internet : un instrument de gouvernance », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 290, 288 et 291.

72. Ainsi, le Forum, de par son existence, participe du cadre général des normes informelles, en ce qu'il sort des sentiers battus des organes traditionnels étatiques de sécrétion de la règle de droit, en se posant comme le cadre d'un « [...] dialogue international [...] plus informel, plus souple, plus horizontal entre acteurs publics et privés et aidant aux rapprochements des positions »¹⁴².

73. Les normes informelles ont acquis une importance certaine dans la régulation du cyberspace au point de devenir incontournables. Les lacunes des règles formelles face au phénomène du cyberspace ont pavé la voie à cette forme de normativité. Dans ce contexte où nous observons d'un côté les limites de l'État, détenteur traditionnel du pouvoir de production de la règle de droit et, de l'autre, le foisonnement d'autres régulateurs et leurs règles, le processus ou la procédure de création des normes informelles devient déterminant¹⁴³. L'État, qui a été quelque peu bousculé par le phénomène Internet pourrait trouver ici un certain rôle, celui de participer à la légitimité de ce processus de production de la norme, à défaut de le susciter, en s'assurant du respect de l'ordre public. Ce qui donnerait une cohérence générale à ce cyberspace où chaque acteur est à la recherche de sa propre légitimité¹⁴⁴. Cette légitimation des sources, des lieux et des processus de production des normes informelles pourrait, à notre avis, favoriser une plus grande reconnaissance de ces normes par les tribunaux, sans passer absolument par la voie contractuelle. Ces normes informelles pourraient aussi être consacrées par les États dans des instruments formels tels que les lois.

142. *Id.*, p. 290.

143. Pierre TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 93 et suiv.; Y. POULLET, *loc. cit.*, note 105, 212.

144. Richard DELMAS, « Internet, une gouvernance imparfaite », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 279-280; Bertrand DU MARAIS, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 303-304.

CONCLUSION

74. La sortie d'Internet du cercle des initiés et la généralisation de son utilisation ont permis de découvrir le grand nombre d'activités que peut générer le cyberspace. Ce dernier, avec ses particularités, représente aujourd'hui un des défis les plus intéressants posés au législateur. La mise à l'écart de l'État de la réglementation de ce cyberspace, sous le motif que celui-ci et ses modes de régulation traditionnels sont particulièrement inefficaces dans le cyberspace, est une attitude qui dénote un certain radicalisme. D'autre part, la suspicion, voire la condescendance à l'égard d'une normativité alternative qui trouve son expression dans les normes informelles relève d'un conservatisme, voire d'une cécité devant une mutation certaine du droit. La *Lex electronica*, concept utilisé pour désigner cette normativité alternative, tout comme la *Lex mercatoria* avant elle, dont elle s'inspire d'ailleurs, a du mal à faire reconnaître l'autonomie de ses normes informelles. Les hésitations d'une partie de la doctrine et la timidité de la jurisprudence ne devraient toutefois pas occulter la réalité et l'effectivité de ces normes informelles. Le défi que pose Internet à la réglementation, en dépit des avancées, est toutefois loin d'avoir été relevé. Un certain chemin a été parcouru en ce qui concerne la réglementation de l'activité commerciale pratiquée sur le réseau. Le commerce électronique en tant que terrain fertile aux normes informelles s'est posé en quelque sorte comme le précurseur de modes alternatifs de régulation d'Internet. Les États devraient maintenant s'attacher à favoriser à la fois le dialogue entre les différents acteurs (acteurs publics, privés, internautes) et le dialogue internormatif (entre normes informelles et normes formelles). Ce dialogue pourra être encouragé aussi au plan international. Mais de la qualité et de la légitimité acquises au plan interne, dépendra le succès au plan international. La tentation de court-circuiter trop rapidement le dialogue interne aux États, au nom de la dimension mondiale du réseau, de l'ouverture sur le monde et de la mondialisation, pourrait provoquer la méfiance des internautes. Si ces derniers venaient à soupçonner une mainmise des grandes corporations multinationales sur le processus

normatif, le réflexe de défi pourrait faire perdre sa légitimité à nombre de règles et les rendre à la longue obsolètes dans un réseau fortement marqué par la notion de liberté.

Serge Kablan
Département de management
Faculté des sciences de l'administration
Pavillon Palasis-Prince, bureau 1658
Université Laval
Québec (Québec) G1V 0A6
Téléphone : 418 656-5622
Télécopieur : 418 656-2624
Serge.Kablan@fsa.ulaval.ca

Arthur Oulai
Faculté de droit
2500, boul. de l'Université
Bureau A9-225
Sherbrooke (Québec) J1K 2R1
Téléphone : 819 821-8000, poste 65481
Télécopieur : 819 821-7578
Arthur.Oulai@USherbrooke.ca

Une version modifiée de ce texte a été soumise au colloque international « eCommerce et Gouvernance de l'Internet 2007 », 19 et 20 octobre 2007, Sousse, Tunisie.