

## Commerce électronique et normativités alternatives

Karim Seffar et Karim Benyekhlef\*

LE DÉVELOPPEMENT RAPIDE DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE a bousculé de manière significative les notions de temps, d'espace et de territoire. Les frontières, jadis bien cernées, sont devenues perméables et les contraintes imposées par la distance et le temps se sont estompées. La complexité est devenue le nouveau paradigme du réseau. Cette dernière a modifié les qualificatifs attachés au commerce électronique qui a vu s'élargir l'éventail des attributs qui le définissent et des adjectifs qui le qualifient, reflétant ainsi sa migration vers une activité de plus en plus globalisée. Cette mutation a donné lieu, ces dernières années, à des débats qui mettent en cause l'inadaptation des règles traditionnelles au commerce électronique et la nécessité de se mettre en conformité avec les nouvelles transformations qui bouleversent les concepts familiers aux juristes. Inspirée de la doctrine de la gouvernance, l'évolution de la régulation juridique vers une production normative en « réseau » laisserait une place de choix à une normativité dite « alternative » dont il s'agit alors de préciser les grandes lignes. Les caractéristiques de ces normes nouvelles pour la tradition juridique, leur valeur normative et leur relation avec les normes étatiques mettent en lumière la dynamique du processus de la régulation du commerce électronique, qui serait soumis à un mouvement de résistance de la part de ceux qui réclament la suprématie de leur droit national et de ceux qui sont partisans de l'autorégulation.

E-COMMERCE'S RAPID DEVELOPMENT has forced a revisit of the concepts of time, space and territory. Frontiers once well defined have become permeable and previous space and time constraints have vanished. Complexity is now the new paradigm of networks. This complexity has led to new qualifiers of e-commerce, to an expansion of its defining attributes and qualifying adjectives, reflecting its migration to progressively global activity. These recent changes have raised discussions regarding the inadequacy of traditional rules of e-commerce, and the need for a reform to take into account recent developments that call for a reconsideration of concepts well-known to lawyers. Inspired by the doctrine of governance, the move of legal regulation toward normative network production would open the door to a form of normativity, called "alternate," the guidelines for which would then have to be developed. The parameters of these new standards in the legal tradition, their normative value, and their relationship with state standards shed light on the dynamics of the e-commerce regulating process. They would meet some resistance on the part of those claiming the supremacy of their national law and those advocating self-regulation.

---

Copyright © 2006 by Karim Seffar and Karim Benyekhlef.

\* Karim Seffar, Auxiliaire d'enseignement et de recherche au Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

\*\* Karim Benyekhlef, Professeur titulaire et Directeur du Centre de recherche en droit public de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

Les auteurs remercient le Conseil de recherche en sciences humaines du Canada pour son soutien financier pour la recherche et la rédaction de cet article.

<b>355</b>	1. INTRODUCTION
<b>358</b>	2. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET RECONFIGURATION DES POUVOIRS NORMATIFS
<b>358</b>	2.1. <i>La nécessaire transformation de l'approche des États dans la réglementation du commerce électronique</i>
<b>358</b>	2.1.1. La spécificité du commerce électronique
<b>359</b>	2.1.1.1. <i>La notion de commerce électronique</i>
<b>360</b>	2.1.1.2. <i>Les caractéristiques du commerce électronique</i>
<b>361</b>	2.1.2. Les limites de la réglementation étatique
<b>362</b>	2.1.2.1. <i>Les limites de la conception moderne du droit</i>
<b>363</b>	2.1.2.2. <i>Les limites du droit international privé</i>
<b>364</b>	2.2. <i>La régulation du commerce électronique</i>
<b>365</b>	2.2.1. Les enjeux théoriques de la régulation
<b>365</b>	2.2.1.1. <i>La doctrine de la gouvernance</i>
<b>366</b>	2.2.1.2. <i>Le modèle du réseau</i>
<b>367</b>	2.2.2. Les formes de la régulation
<b>368</b>	2.2.2.1. <i>L'autorégulation volontaire</i>
<b>369</b>	2.2.2.2. <i>La réussite de la corégulation comme méthode</i>
<b>371</b>	3. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET NORMATIVITÉS ALTERNATIVES
<b>371</b>	3.1. <i>Panorama des normes alternatives du commerce électronique</i>
<b>371</b>	3.1.1. Les initiatives des organisations internationales
<b>371</b>	3.1.1.1. <i>La loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique</i>
<b>373</b>	3.1.1.2. <i>Les lignes directrices de l'OCDE</i>
<b>373</b>	3.1.1.3. <i>Les activités de la CCI</i>
<b>374</b>	3.1.2. Les normes issues de la pratique
<b>374</b>	3.1.2.1. <i>Les codes de conduite</i>
<b>375</b>	3.1.2.2. <i>La labellisation de qualité</i>
<b>377</b>	3.1.2.3. <i>Les contrats types EDI</i>
<b>378</b>	3.2. <i>La valeur normative des normes alternatives du commerce électronique</i>
<b>378</b>	3.2.1. Le statut des normes alternatives du commerce électronique
<b>379</b>	3.2.1.1. <i>Normes alternatives et caractère normatif</i>
<b>379</b>	3.2.1.2. <i>Normes alternatives et règles étatiques</i>
<b>380</b>	3.2.2. Les critères de validité des normes alternatives
<b>381</b>	3.2.2.1. <i>Le critère de légitimité</i>
<b>381</b>	3.2.2.2. <i>Le critère de conformité</i>
<b>382</b>	3.2.2.3. <i>Le critère d'effectivité</i>
<b>382</b>	4. CONCLUSION

# Commerce électronique et normativités alternatives

Karim Seffar et Karim Benyekhlef

## 1. INTRODUCTION

LE DROIT CONTEMPORAIN ABORDE une période confuse au cours de laquelle les transformations se succèdent à un rythme sans cesse croissant. Le trouble, semé dans les pensées et les traditions juridiques, suscite dans le même souffle des idées prometteuses et des dangers menaçants. Ainsi, globalisation, mondialisation et universalisation<sup>1</sup> sont des termes qui, actuellement, font régner une atmosphère d'appréhension grandissante à l'égard d'une certaine prééminence accordée à l'économie de marché.

Il y a manifestement une crise de l'État-nation : son hégémonie est contestée, son monopole est ébréché. On assiste à l'émergence d'un droit qualifié de *post-moderne*<sup>2</sup> ; les théoriciens considérant que la conception moderne du droit est incapable de rendre compte de la réalité actuelle du champ juridique. L'éclatement des pôles de référence fait subir aux ordres juridiques internes de véritables transmutations et pose alors aux États des problèmes d'adaptation :

- 
1. À noter la distinction terminologique établie entre globalisation, mondialisation et universalisation. Voir en ce sens François Ost, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature » dans Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2001) 5–36 aux pp. 6–8; Guy Rocher, « La mondialisation : un phénomène pluriel » dans Daniel Mercure (dir.), *Une société-monde? Les dynamiques sociales de la mondialisation* (Ste-Foy : Les presses de l'Université Laval, 2000) 17–31 à la p. 19 : « La langue française nous offre trois termes qui sont généralement employés sans distinction : l'internationalisation, la mondialisation et la globalisation. Or, ces trois termes ne sont pas synonymes : ils désignent des réalités différentes. »
  2. Pour un approfondissement du paradigme du droit » (1994) 27 *Droit et Société* 443, <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds027/ds027-12.htm>> [Maisani et Weiner, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit »]; Boaventura de Sousa Santos, « Droit : une carte de la lecture déformée; pour une conception post-moderne du droit » (1988) 10 *Droit et Société* 379, <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds010/ds010-02.htm>>.

Tout se passe comme si les sociétés contemporaines connaissaient, à l'aube de ce troisième millénaire, une transformation profonde de leurs principes d'organisation. Il semble qu'on soit entré dans un âge nouveau, dans lequel l'architecture sociale toute entière est en passe d'être redéfinie<sup>3</sup>.

La législation se doit de demeurer pertinente dans le temps. Les transformations économiques évoluant toutefois à un rythme plus rapide que l'adaptation du droit, un décalage se crée et révèle un manque d'adéquation entre les besoins actuels et les droits étatiques applicables. L'évolution rapide et accélérée des technologies, et celle des marchés qu'elles créent, dépasse largement la vitesse du processus législatif. L'adoption d'une loi peut prendre plusieurs années. Entre-temps, le paysage technologique peut considérablement évoluer, ce qui rendra peut-être la législation obsolète avant son entrée en vigueur ou encore inadaptée<sup>4</sup>.

Du fait de ces considérations, différentes questions se posent : faut-il avoir un regard hostile vis-à-vis d'un droit « [...] en voie d'échapper à son tuteur étatique et débouchant sur la construction de régimes juridiques transnationaux? »<sup>5</sup>. Ou bien faut-il avoir un regard souple et « [...] faire une place à un tiers droit de nature corporatiste ou constituant un hybride, un mélange de droit public et de droit privé? »<sup>6</sup>. L'internet, réseau transnational et planétaire, illustre parfaitement cette problématique. Les droits nationaux sont, en effet, considérablement mis en cause par son caractère universel. Le commerce électronique se déroule ainsi dans un environnement dépourvu des repères traditionnels qui rend difficile l'application des seuls droits étatiques. En effet :

[...] la loi est, par définition, un mécanisme statique. Dès lors, l'on peut craindre qu'elle ne dispose pas de la souplesse nécessaire pour répondre aux changements rapides et incessants du commerce électronique et qu'elle s'avère, en fait, incapable de saisir toutes les nuances de cette vie commerciale<sup>7</sup>.

Les opérateurs du commerce électronique élaborent alors leurs propres normes<sup>8</sup> pour s'adapter à une économie mouvante et aux exigences du développement de l'internet marchand. Il s'agit d'un développement qui ne se dément pas puisqu'une étude de ACNielsen Europe<sup>9</sup>, menée entre le 11 avril et le 10 mai

- 
3. Jacques Chevallier, *L'État post-moderne* (Paris : L.G.D.J., 2003) à la 4e de couverture [Chevallier, *L'État post-moderne*].
  4. Pierre Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace? » (2000) 32:2 *Sociologie et sociétés* 189 [Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace? »].
  5. Jacques Chevallier, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation » dans Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2001) 37–61 à la p. 60.
  6. Charles-Albert Morand, « Le droit saisi par la mondialisation : définitions, enjeux et transformations » dans Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2001) 81–105 à la p. 82.
  7. Serge Parisien, « Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique » (1996) 2:1 *Lex Electronica*, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v2-1/parisien.html>> à la p. 1.
  8. Pour une analyse du concept de norme, voir en ce sens : Denys De Bechillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?* (Paris : Éditions Odile Jacob, 1997) ; Laurence Boy, « Normes » 1998:1 *Revue Internationale de Droit Économique* 115.
  9. L'étude est disponible sur le site internet : ACNielsen News Release, <<http://www2.acnielsen.com/news/20051019.shtml>>.

2005, révèle qu'environ dix pour cent de la population mondiale, soit plus de 627 millions de gens, a magasiné en ligne au moins une fois. La pluralité des foyers de production du droit du commerce électronique va donc marquer la présence d'un mouvement accéléré de changements et signaler la lenteur d'un droit traditionnel à agir vis-à-vis d'opérateurs privés qui ne manquent pas de vivacité.

Dans le contexte du commerce électronique globalisé, où une pluralité d'acteurs s'impose, les normes étatiques ne seraient plus ainsi les éléments centraux de la normativité<sup>10</sup>. En tant qu'alternative au monisme juridique, le pluralisme juridique s'est particulièrement développé comme un courant doctrinal contestant les prétentions de l'État à la souveraineté juridique<sup>11</sup>. La thèse du pluralisme juridique serait mieux à même de rendre compte de la dynamique juridique à l'œuvre dans la régulation du commerce électronique globalisé. On assiste à la formation de normes alternatives, caractéristiques d'un pluralisme juridique, dans le sens que les normes encadrant le commerce électronique ne proviennent plus seulement des États, mais aussi d'acteurs non étatiques comme les organisations internationales et les opérateurs privés.

Les normes alternatives reflètent des concepts que l'on trouve dans de nombreux systèmes juridiques et se déclinent sous différentes formes adaptées aux besoins des opérations du commerce électronique. Elles occupent une place privilégiée dans le contexte juridique de la mondialisation et suscitent un intérêt profond par l'approche innovatrice du droit qui les sous-tend. Elles sont généralement élaborées et mises en œuvre plus rapidement que les lois conventionnelles et sont suffisamment souples pour tenir compte des situations changeantes provoquées par les développements technologiques et économiques.

Ainsi, le commerce électronique baigne dans un environnement où le pluralisme des foyers de production des normes, la complexité des situations reliées à la mondialisation de l'économie, et l'évolution des échanges et des transactions vers un mouvement qui déborde les frontières des États sont les caractéristiques. S'il est des idées qui plaisent et qui paraissent comme l'objectif du siècle, telles l'harmonisation et l'unification, il en est d'autres que l'on craint et dont on se méfie, telles l'expansion des droits non étatiques et la privatisation du droit. Or l'intérêt même des normes alternatives est précisément de pouvoir se situer entre ces deux tendances, qui ne sont pas entièrement récentes. Aussi, avons-nous l'impression de pouvoir y discerner deux affirmations. Les normes alternatives sont à la fois une privatisation et une harmonisation des normes. Leur pouvoir de conduire et faire agir plusieurs acteurs ou producteurs de normes ensemble nous paraît important.

Le marché électronique est particulièrement favorable au développement des normes alternatives car les coûts de ses dysfonctionnements sont subis par toutes les entreprises du secteur qui sont alors motivées à adopter des

---

10. André-Jean Arnaud, *Critique de la raison juridique* (Paris : L.G.D.J., 2003) à la p. 186.

11. Norbert Roulant, *Aux confins du droit, anthropologie juridique de la modernité* (Paris : Éditions Odile Jacob, 1991) à la p. 124 : « Le monisme juridique offre les avantages et autorise le repos des certitudes : quoi de plus rassurant qu'un astre unique dans un ciel fixe? Le pluralisme, dans sa version forte, nous ouvre les portes d'un univers vertigineux, peuplé de galaxies juridiques qui s'éloignent les unes des autres, ou au contraire s'attirent, en mêlant parfois leurs bras. La vision classique du droit serait-elle aussi dépassée que le géocentrisme? ».

comportements nouveaux. Les commerçants électroniques sont progressivement conduits à renouveler les concepts relatifs à l'échange. Ils doivent établir un réel lien avec les consommateurs afin de gagner leur confiance. D'ailleurs, la nature même du commerce électronique invite au développement d'initiatives privées visant à renforcer le sentiment de confiance dans les transactions en ligne. On assiste à un incontournable mouvement des entreprises opérant dans ce domaine vers un comportement éthique perçu comme un facteur de stabilité, d'identité et d'image pour ces entreprises.

Se pose alors la question de savoir quel est l'apport de ces normes alternatives dans la régulation du commerce électronique. Dans un premier temps, il s'agira de déterminer les incidences de la reconfiguration des pouvoirs normatifs dans le cyberspace et d'explorer de nouvelles pistes pour la régulation du commerce électronique (partie 2). Dans un deuxième temps, après avoir dressé un panorama des normes alternatives du commerce électronique, la question de leur valeur normative sera étudiée (partie 3).

\*

## 2. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET RECONFIGURATION DES POUVOIRS NORMATIFS

LES CARACTÉRISTIQUES DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE s'accordent mal avec les rationalités du droit étatique. Le fait est que « le caractère international des interactions se déroulant dans le cyberspace appelle des approches allant au-delà du seul droit étatique »<sup>12</sup>. Il serait intéressant, avant de soulever l'impact de l'entrée en scène des normes alternatives, d'observer, tout d'abord, le contexte actuel de la réglementation du commerce électronique. Dans ce cadre, nous pourrions mieux comprendre les réflexions divergentes sur les rapports établis entre les États et les opérateurs économiques. Ainsi, après avoir traité de l'inadéquation de la réglementation étatique pour le commerce électronique (partie 2.1), nous explorerons d'autres modalités de régulation (partie 2.2).

### *2.1. La nécessaire transformation de l'approche des États dans la réglementation du commerce électronique*

Le phénomène du commerce électronique impose de nouvelles dynamiques de marché impliquant de nouvelles règles du jeu. Nous allons d'abord traiter de la spécificité de ce phénomène (partie 2.1.1). Puis, nous analyserons l'infléchissement de la pertinence et de l'efficacité de la réglementation étatique dans son appréhension (partie 2.1.2).

#### 2.1.1. La spécificité du commerce électronique

Pour commencer, nous sommes amenés à essayer de cerner l'objet de notre étude. En effet, la notion de commerce électronique n'a pas de définition

---

12. Pierre Trudel, « La Lex Electronica » dans Charles-Albert Morand (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2001) 221–268, <<https://papyrus.bib.umontreal.ca/dspace/handle/1866/55>> à la p. 222 [Trudel, « La Lex Electronica »].

communément admise (partie 2.1.1.1). Par la suite, l'accent sera mis sur les caractéristiques qui le distinguent du commerce traditionnel (partie 2.1.1.2).

#### 2.1.1.1. La notion de commerce électronique

De nombreux organismes se sont attachés à définir le commerce électronique ; pourtant, comme le soulignent Serge Parisien et Pierre Trudel, « l'expression commerce électronique n'en reste pas moins ambiguë. Il s'agit en fait d'une expression à propos de laquelle l'on compte quasi autant de définitions que d'individus ou d'organismes pour la définir »<sup>13</sup>. D'ailleurs, les définitions économiques, les plus nombreuses<sup>14</sup>, sont souvent source de confusion.

Comme point de départ, il faut distinguer le commerce électronique de ce à quoi il est assimilé. En effet, bien que les deux termes soient souvent utilisés indistinctement dans la littérature, le commerce électronique ne se confond pas avec les affaires électroniques<sup>15</sup>, qui sont plutôt un mode de fonctionnement qui consiste à transformer les principaux processus commerciaux d'une entreprise, en y intégrant les technologies internet et leurs différents apports en matière de relation-clientèle ou de flux logistique<sup>16</sup>. Les affaires électroniques sont plus larges et concernent l'utilisation de la technologie internet pour optimiser ou rationaliser l'échange d'information.

Le commerce électronique est un sous-groupe<sup>17</sup> des affaires électroniques car il se concentre uniquement sur les communications et interactions externes de l'entreprise, c'est-à-dire avec les partenaires commerciaux et les consommateurs<sup>18</sup>. C'est « le fait pour une entreprise d'utiliser l'informatique, associée aux réseaux de télécommunications, pour interagir avec son environnement »<sup>19</sup>. Il prend soit une forme directe soit indirecte<sup>20</sup>. Le commerce électronique direct suppose la commande en ligne, le paiement et la livraison de biens intangibles. Les prestations sont alors accessibles et réalisées sur le réseau et concernent des biens numériques comme la musique ou les logiciels. Ces derniers sont totalement dématérialisés et peuvent donc être transférés sans leur support physique. Il englobe aussi les nouvelles formes d'activités commerciales (comparateurs de prix, planificateurs d'itinéraires, moteurs de recherche, etc.), des services très prisés qui ne seraient pas proposés sans les possibilités offertes par l'outil

13. Serge Parisien et Pierre Trudel, *L'identification et la certification dans le commerce électronique* (Montréal : Éditions Yvon Blais, 1996) à la p. 3.

14. Alain Rallet, « Commerce électronique ou électionisation du commerce » (2001-2002) 106 *Réseaux* 17, <[http://www.cairn.info/article.php?ID\\_REVUE=RES&ID\\_NUMPUBLIE=RES\\_106&ID\\_ARTICLE=RES\\_106\\_0017#>](http://www.cairn.info/article.php?ID_REVUE=RES&ID_NUMPUBLIE=RES_106&ID_ARTICLE=RES_106_0017#>).

15. Les affaires électroniques se divisent en différents types selon que les échanges d'informations se déroulent entre une entreprise et des particuliers (B2C pour Business to Consumer), entre deux entreprises (B2B pour Business to Business), entre une entreprise et ses collaborateurs (B2E pour Business to Employee) ou entre une entreprise et des collectivités territoriales (B2G pour Business to Government ou e-government).

16. Nicolas W. Vermeys, Karim Benyekhlef et Vincent Gautrais, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques » (2004) 38:3 *Revue juridique Thémis* 641, <<http://www.themis.umontreal.ca/pdf/rjtv038num3/vermeys.pdf>>. Les auteurs mettent l'accent sur le flou de l'expression affaires électroniques.

17. Martien Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce* (Groningen : Europa Law Publishing, 2004) à la p. 5 [Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*].

18. *Ibid.*

19. Daniel Kaplan (dir.), *Internet, les enjeux pour la France* (Paris : Éditions AFTEL, 1995) à la p. 93.

20. Xavier Linant de Bellefonds, *Le droit du commerce électronique* (Paris : PUF, 2005) à la p. 3 [Linant de Bellefonds, *Le droit du commerce électronique*].

électronique<sup>21</sup>. Le commerce électronique indirect, quant à lui, suppose l'offre virtuelle de produits ou de services qui seront réalisés ou livrés hors du réseau. Le contrat est conclu électroniquement mais réalisé dans un environnement physique. Il peut s'agir, par exemple, de la prise de commande et le paiement de produits ou services comme la réservation de billets d'avion ou de places de théâtre.

La perspective choisie pour notre étude a pour pièce centrale l'entreprise opérant dans le domaine du commerce électronique. Cela inclut, aussi bien, les entreprises qui opèrent uniquement sur le Net (*pure players*) que celles qui combinent leurs activités traditionnelles avec une présence sur le Net (*click and mortar*). On peut dire que « c'est la notion d'activité commerciale qui est la référence fondamentale »<sup>22</sup>. Le commerce électronique est alors dit *ouvert* quand il est réalisé au travers d'un site Web et *fermé* quand il concerne les ventes entre les entreprises, au travers de relations directes et automatisées d'ordinateur à ordinateur (type d'échange de documents informatisés ou EDI)<sup>23</sup>. Sont exclues toutes les transactions non interactives (par exemple, par télécopieur), mais aussi les courriels quand ils ne sont pas échangés dans le cadre d'une application interactive (message simple suivi d'un traitement manuel). Selon cette approche<sup>24</sup>, il peut y avoir commerce électronique à destination du grand public (B2C) ou entre les entreprises (B2B)<sup>25</sup>. Il s'agit d'un classement fait à partir de la qualité des deux parties qui interagissent. Le commerce de gros *d'entreprises* (B2B) est la catégorie la plus lucrative. Il s'établit entre deux commerçants. Le commerce de détail (B2C), quant à lui, met en relation un commerçant et un consommateur. Cette relation se différencie de la première car le consommateur est considéré en droit comme la partie faible ayant un besoin de protection<sup>26</sup>. Elle se traduit par des obligations plus importantes pour les commerçants électroniques de détail<sup>27</sup>.

### 2.1.1.2. Les caractéristiques du commerce électronique

Traditionnellement, la technologie<sup>28</sup> est considérée comme la caractéristique première de l'internet ; ce qui en fait, de prime abord, un territoire incontrôlable du fait que l'information y est véhiculée par paquets pouvant emprunter des chemins distincts sans contrôle quant à l'identité ou le nombre de pays par lesquels cette information transite. Pourtant, il n'est pas seulement question de

- 
21. Schaub, *European Legal Aspects of E-commerce*, supra note 17 à la p. 11 : « [...] electronic means are not solely used to communicate but they are also deployed to offer to consumer a new product or service. »
  22. Éric A. Caprioli et Renaud Sorieul, « Le commerce international électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales » (1997) 124:2 *Journal du droit international* (CLUNET) 323 à la p. 326 [Caprioli et Sorieul, « Le commerce international électronique »].
  23. Vincent Gautrais, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé » (1996) 37:1 *Les Cahiers de droit* 121.
  24. Le commerce de particulier à particulier (C2C) n'est pas abordé en raison l'absence de la figure du commerçant. Voir Linant de Bellefonds, *Le droit du commerce électronique*, supra note 20 à la p. 4.
  25. Caprioli et Sorieul, « Le commerce international électronique », supra note 22 à la p. 326.
  26. Voir Josef Drexel, « Mondialisation et société de l'information : le commerce électronique et la protection des consommateurs » 2002:1 *Revue internationale de droit économique* 405 [Drexel, « Mondialisation et société de l'information »].
  27. On peut en compter les sites : <<http://www.amazon.com/>>, <<http://www.dell.com/>>, etc.
  28. Michael A. Fromkin, « The Internet as a source of regulatory arbitrage » dans Brian Kahin et Charles Nesson, *Borders in Cyberspace* (Cambridge : MIT Press, 1996) 129–163, <<http://osaka.law.miami.edu/~froomkin/articles/arbitr.htm>> à la p. 129. Pour cet auteur, l'internet « is a packet switching network, which makes it difficult for anyone, even a government, to block or monitor information flows originating from large numbers of users ».

technologie car l'internet change avant tout notre façon de faire des affaires<sup>29</sup> en introduisant des transformations profondes dans la relation commerciale lorsque celle-ci s'établit au travers de systèmes numériques.

En effet, la relation se dématérialise<sup>30</sup> (puisque la relation physique peut être remplacée par des échanges de messages numériques) et elle s'effectue à distance (puisque de tels échanges peuvent aisément emprunter les réseaux de communication, eux-mêmes numérisés). Le commerce électronique n'a souvent plus besoin de l'interface physique car la numérisation fait en sorte de séparer le bien de son support. On fait référence à une zone d'achalandage planétaire où les magasins deviennent virtuels et sans territoire propre. Le pays figurant dans le nom de domaine ne reflète pas nécessairement l'emplacement du serveur hébergeant le site Web (sites miroirs).

L'ubiquité de l'internet fait que « [l']espace résultant de l'environnement réseau n'est pas réductible à l'espace physique : ses balises se définissent suivant d'autres critères »<sup>31</sup>. L'internet marchand induit une réduction de l'espace géographique par l'abolition des distances et des frontières et une accélération du temps. Les frontières géographiques sont remplacées par les frontières virtuelles, créant un marché électronique<sup>32</sup> dans lequel les transactions s'opèrent avec une rapidité qui n'a pas de commune mesure avec celle que l'on peut connaître du commerce traditionnel en ce sens que les interactions sont devenues quasi instantanées et se passent de toute intermédiation. La virtualisation<sup>33</sup> de l'activité entraîne une perte de sens des coordonnées spatio-temporelles dans le monde des réseaux. Ces derniers, du fait de leur ouverture, font que le commerce électronique se déroule dans un environnement dans lequel les interactions sont réalisées entre *personnes virtuelles*<sup>34</sup> dans un détachement de l'ici et du maintenant.

### 2.1.2. Les limites de la réglementation étatique

Les insuffisances des normes étatiques à appréhender le phénomène du commerce électronique se cristallisent autour, d'une part, de la conception moderne du droit (partie 2.1.2.1) et, d'autre part, des techniques du droit international privé (partie 2.1.2.1).

29. Roswitha Riegebauer, (*Self-Regulation of e-commerce in Europe – Time to think small : Building SMEs Trust and Confidence in the Electronic Marketplace* (Utrecht : Utrecht University, 2004) à la p. 10.

30. Sur la notion d'immatériel, voir Marie-Anne Frison-Roche, « L'immatériel à travers la virtualité » (1999) 43 Archives de philosophie du droit 139.

31. Pierre Trudel, « L'influence d'internet sur la production du droit » dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet*, actes du colloque (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2003) 89–101, <[http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel\\_P.pdf](http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Trudel_P.pdf)> à la p. 90 [Trudel, « L'influence d'internet sur la production du droit »].

32. Voir Olivier Cachard, *La régulation internationale du marché électronique* (Paris : L.G.D.J., 2002) à la p. 8. L'auteur substitue l'expression *marché électronique* à celle de *commerce électronique* car elle reflète mieux, à ses yeux, la réalité du phénomène étudié [Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*].

33. Pierre Levy, *Qu'est-ce que le virtuel?* (Paris : Éditions La Découverte, 1995) à la p. 16.

34. Voir Éric Dubuisson, « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique dans un échange télématique » 1995:3 Droit de l'informatique et des télécoms 5.

### 2.1.2.1. Les limites de la conception moderne du droit

La modernité se caractérise « dans le droit par un processus de rationalisation, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification »<sup>35</sup>. La primauté du droit est un des concepts principaux du droit moderne. Ce dernier, étant basé sur les postulats que l'ordre juridique interne est l'expression pure de la force absolue du droit et la Constitution, la norme juridique supérieure d'où se déduit tout le système juridique. Le fondement de cet ordre juridique procède du modèle pyramidal de Kelsen, tenant sa juridicité de sa référence à une norme juridique plus élevée<sup>36</sup>. L'environnement réseau rend cette uniformité, chère aux penseurs du droit moderne, difficilement applicable au commerce électronique. En effet :

[l]e droit[,] instrument de régulation sociale, fait face à un défi de taille lorsqu'il est confronté au commerce électronique. Les données propres aux communications par réseaux rendent moins efficaces les instruments traditionnels de régulation, obligeant dans bien des cas à une révision des concepts et du processus de création normative. En dépit de tout cela, on ne saurait parler d'un vide juridique. De toute façon, le commerce électronique se fera avec ou sans droit.<sup>37</sup>

Ainsi, sans entrer dans des débats théoriques et philosophiques sur la crise du droit moderne<sup>38</sup>, il faut constater la nécessaire remise en cause de ses concepts traditionnels (la souveraineté, la hiérarchie des normes, le caractère unilatéral de la régulation étatique, etc.) dans l'appréhension du phénomène du commerce électronique. En effet, et de manière générale, « le modèle actuel, qui est l'expression de la modernité politique et juridique, et qui régit encore l'organisation et le fonctionnement de l'État, serait virtuellement épuisé dans ses possibilités d'intervention »<sup>39</sup>. Ceci est d'autant plus vrai pour l'environnement électronique qui confère au droit un environnement « moins tangible et moins fixé »<sup>40</sup>. La production normative étatique exclusive s'avère inadaptée, pour les environnements réseaux, dans ses modalités de définition et d'application du droit et limite les possibilités d'intervention étatique. André-Jean Arnaud constate que :

- 
35. Jacques Chevallier, « Vers un droit post-moderne? Les transformations de la régulation juridique » 1998:3 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* 659 à la p. 664 [Chevallier, « Vers un droit post-moderne? »].
  36. Hans Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*, extrait traduit dans Christophe Grzegorzcyk, Françoise Michaut et Michel Troper (dir.), *Le positivisme juridique* (Bruxelles-Paris : L.G.D.J., 1992) à la p. 206.
  37. Vincent Gautrais, Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables : la notion de *lex electronica* » 1997:5 *Revue de droit des affaires internationales* 547 [Gautrais, Lefebvre et Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables »].
  38. Maisani et Weiner, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », *supra* note 2.
  39. Daniel Mockle, « Gouverner sans le droit? Mutation des normes et nouveaux modes de regulation, » (2002) 43:2 *Les Cahiers de droit* 143 à la p. 147 [Mockle, *Gouverner sans le droit?*]. L'auteur apporte, néanmoins, une série de nuances à cet état de fait.
  40. Pierre Trudel, « Les mutations du droit à l'âge du numérique » dans Hervé Fischer (dir.), *Les défis du cybermonde* (Ste-Foy : Les presses de l'Université Laval, 2003) 51–54 à la p. 53.

[l]e temps a dévoilé les imperfections du droit « moderne »; il a montré combien l'universalisme était un leurre, et que le règne suprême de la loi ne réglait pas tout. L'observation de la réalité juridique quotidienne a amené de nombreux juristes qui s'intéressent aux problèmes des fondements du droit, à reconnaître que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources du droit, et qu'un retour au pragmatisme s'impose.<sup>41</sup>

Le fait est que le droit moderne apparaît comme trop autoritaire, trop rigide ou encore trop rapidement obsolète pour le commerce électronique. Il est alors de plus en plus question de le remplacer par un droit *post-moderne* qui serait un droit pluraliste, un droit négocié, un droit mou, un droit réflexif<sup>42</sup>.

### 2.1.2.2. Les limites du droit international privé

Le caractère transnational du commerce électronique, la rapidité de son évolution et les perpétuels changements technologiques qui l'animent, posent d'innombrables problèmes d'adaptation du droit international<sup>43</sup> car, pour reprendre la fameuse formule de Lawrence Lessig, sur l'internet, « (e)verywhere is anywhere, and hence no place in particular »<sup>44</sup>. En effet, le lieu où se produisent les phénomènes juridiques dans le cyberspace est à la fois partout et nulle part. Donc, difficilement praticable pour le droit international privé, qui implique différents éléments de rattachement territorial en fonction de critères matériels<sup>45</sup> et se base sur des frontières différentes de celles des réseaux<sup>46</sup>. Chaque État étant souverainement compétent, les transactions électroniques doivent parfois se conformer à plusieurs réglementations simultanément et même, dans certains cas, potentiellement contradictoires<sup>47</sup>. Les techniques du droit international privé comme les conflits de lois semblent inadaptées aux besoins et aux attentes des opérateurs du commerce électronique. En effet :

[l]e caractère systématique et complet, sans lacune, de chaque « ordre juridique », formé d'une pyramide de règles expresses ou implicites et de décisions fondant leurs solutions sur ces deux types de normes, est le présupposé central de la majorité des doctrines de droit international privé. Ce caractère implique aussi, au plan rationnel uniquement, une vocation de compétence universelle pour chaque ordre juridique, qui est à l'origine de la possibilité du conflit de lois<sup>48</sup>.

- 
41. André-Jean Arnaud, « Repenser un droit pour l'époque post-moderne » (1990) 75 *Le courrier du CNRS* 81 à la p. 81.
  42. Jacques Chevallier, *L'État post-moderne*, supra note 3 à la p. 135.
  43. Michael Geist, « Is There a There There: Towards Greater Certainty for Internet Jurisdiction » (2001) 16:3 *Berkeley Technology Law Journal* 1345, <<http://www.law.berkeley.edu/journals/btlj/articles/vol16/geist/geist.pdf>>.
  44. Lawrence Lessig, « The zones of cyberspace » (1996) 48:5 *Stanford Law Review* 1403 à la p. 1404.
  45. Bernard Audit, *Droit international privé*, 3e éd. (Paris : Economica, 2000) à la p. 67.
  46. Pierre Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace? », supra note 4 à la p. 193.
  47. Pierre Trudel, « La Lex Electronica », supra note 12 à la p. 228.
  48. Gérald Goldstein et Ethel Groffier, *Traité de droit civil : Droit international privé*, tome 1 (Cowansville : Éditions Yvon Blais, 1998) aux pp. 33–34.

Ainsi, l'émergence d'un droit matériel pour le commerce électronique connu sous le vocable de *lex electronica*<sup>49</sup>, considéré comme un ensemble d'usages, de principes et de règles de conduite informelles étant élaborées et appliquées par les utilisateurs du commerce électronique, est un exemple, parmi d'autres, pour illustrer, d'une part, les difficultés de la méthode traditionnelle du droit international privé face à un nouveau phénomène, et, d'autre part, l'intervention plus ou moins tardive des États et des organisations régionales et internationales dans l'harmonisation ou l'unification du droit. Il faut dire que « le droit international privé est un droit sophistiqué dont l'appareillage théorique semble bien complexe pour régler les conflits qui peuvent survenir à la suite d'une transaction électronique impliquant un consommateur »<sup>50</sup>.

Nous avons assisté ces dernières années à des débats qui mettent de plus en plus en cause l'inadaptation des règles de droit international privé au droit du commerce électronique et la nécessité de se mettre en conformité avec les nouvelles transformations inhérentes au développement du commerce électronique. Le droit international privé classique « à l'épreuve des réseaux »<sup>51</sup> n'est pas « apte à appréhender un phénomène immatériel par essence, alors que sa technique repose sur la localisation des actes et des faits juridiques dans l'espace et dans le temps »<sup>52</sup>. La nouvelle économie interconnectée est libérée des barrières du temps et de l'espace, qui se sont trouvées énormément réduites, ce qui lui permet de fonctionner dans un cyberspace qui « est par définition soustrait à toute localisation »<sup>53</sup>. Cette inadéquation entre le droit international privé et l'internet marchand<sup>54</sup> est source d'instabilité et de confusion et appelle, de ce fait, à la recherche de moyens de régulation qui correspondraient à la réalité du phénomène.

## 2.2. La régulation du commerce électronique

La régulation<sup>55</sup> est une alternative à considérer dans sa capacité à créer de nouvelles formes de normes capables de prendre la mesure du phénomène objet de notre étude. Elle est l'objet d'enjeux théoriques en constante redéfinition (partie 2.2.1) et se décline sous différentes formes (partie 2.2.2).

- 
49. Voir Gautrais, Lefebvre et Benyekhlef, « Droit du commerce électronique et normes applicables », *supra* note 37; contra Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, *supra* note 32 à la p. 11. L'auteur, partant d'un présupposé positiviste, considère que la *lex electronica* est une méthode inappropriée pour la régulation du commerce électronique et lui préfère la régulation.
50. Karim Benyekhlef, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridiction dans le cyberspace » dans Vincent Gautrais (dir.), *Droit du commerce électronique* (Montréal : Éditions Thémis, 2002) 137–168 à la p. 140.
51. Bénédicte Fauvarque-Cosson, « Le droit international privé classique à l'épreuve des réseaux » (4 octobre 2001), <[http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Fauvarque\\_B.pdf](http://droit-internet-2001.univ-paris1.fr/pdf/vf/Fauvarque_B.pdf)>.
52. Éric A. Caprioli, *Règlement des litiges internationaux et droit applicable dans le commerce électronique* (Paris : Litec, 2002) à la p. 5.
53. Alessandra Zanobetti, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international » 2000:5 *Revue de droit des affaires internationales* 533 à la p. 533.
54. Llewellyn J. Gibbons, « No Regulation, Government Regulation, or Self-Regulation : Social Enforcement or Social Contracting for Governance in Cyberspace » (1997) 6:3 *Cornell Journal of Law and Public Policy* 475 à la p. 479.
55. Sur le passage de la déréglementation à la régulation dans les environnements réseaux, voir Philippe Amblard, *Régulation de l'Internet : L'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2004) à la p. 57 [Amblard, *Régulation de l'Internet*].

### 2.2.1. Les enjeux théoriques de la régulation

Le commerce électronique affecte les formes et les modalités de la régulation juridique. C'est là qu'intervient la doctrine de la gouvernance pour donner au phénomène un cadre d'analyse nouveau basé sur un système sans hiérarchie (partie 2.2.1.1). Son corollaire, la théorie du réseau, permet d'ordonner ce système (partie 2.2.1.2).

#### 2.2.1.1. La doctrine de la gouvernance

Étymologiquement, le terme *gouvernance* provient du verbe grec *kubernân*<sup>56</sup> (piloter un navire ou un char). La gouvernance désigne une manière de gouverner<sup>57</sup> où l'État perd de sa pertinence : « *governance is generally perceived to be an alternative to government, to control by the state* »<sup>58</sup>. Elle repose sur une égalité supposée des parties prenantes, la valorisation de la négociation pour réaliser le consensus, l'attention portée aux procédures plus qu'aux sources effectives de pouvoir. Ainsi :

[a]vec la gouvernance, la production du droit est illimitée et permanente. Le droit ne descend plus d'en haut. Ses sources sont multiples : lois, contrats, jurisprudences, déclarations d'intention... Ce droit est en négociation constante, la volonté générale laissant la place aux jeux des volontés particulières. L'intérêt général, au lieu d'exprimer une perspective quasi éternelle, arrêtée par le pouvoir (le roi, la nation, l'État...), est façonné par les négociations multiformes et permanentes de la gouvernance<sup>59</sup>.

Cela implique que l'État sorte de sa logique d' « ordre juridique total »<sup>60</sup> pour faire face à un renouvellement complet du processus de prise de décision traditionnel et de celui de production du droit. Il y a donc mise en place d'un certain relativisme par opposition à toute prétention universelle du droit. On s'inscrit dans une perspective de mixité des sources qui traduit une privatisation du droit et une collaboration des intérêts<sup>61</sup>. Cette mixité s'accompagne d'une complexification du processus d'élaboration de la norme qui perd ses qualités formelles d'abstraction et de simplicité inhérentes à la normativité moderne. Les rapports entre public et privé sont renouvelés dans le sens d'un décloisonnement entre les deux sphères. En effet, cette doctrine s'articule autour de quatre points, à savoir :

- 
- 56. Pour une analyse complète de l'étymologie du terme, voir Corinne Huynh-Quan-Suu, « Étymologie du terme "gouvernance" », <[http://europa.eu.int/comm/governance/docs/doc5\\_fr.pdf](http://europa.eu.int/comm/governance/docs/doc5_fr.pdf)>.
  - 57. Laurent Pech, « Droit et gouvernance : vers une "privatisation" du droit », document de travail de la chaire MCD, n° 2004-02 (mars 2004), <<http://www.er.uqam.ca/nobel/ieim/IMG/pdf/document-2004-02-pech-2.pdf>>.
  - 58. Paul Hirst, « Democracy and Governance » dans Jon Pierre (éd.), *Debating Governance : Authority, Steering and Democracy* (Oxford : Oxford University Press, 2000) 13-35 à la p. 13.
  - 59. Philippe Moreau-Defarges, *La Gouvernance* (Paris : PUF, 2003) aux pp. 64-65 [Moreau-Defarges, *La Gouvernance*].
  - 60. Hans Kelsen, *Théorie pure du droit*, trad. Charles Eisenmann (Paris : Éditions Dalloz, 1962) à la p. 393.
  - 61. Voir Mireille Delmas-Marty, *Pour un droit commun* (Paris : Éditions Seuil, 1994).

[I]es flux et les réseaux comme source et condition de la richesse et du pouvoir ; la participation d'acteurs multiples, unis par un marchandage multiforme et permanent ; des normes diverses, règles du jeu, elles aussi en négociation constante ; enfin, des gardiens, des arbitres chargés de veiller à la régularité des processus<sup>62</sup>.

L'application de la doctrine de la gouvernance donne naissance à ce qui est nommé un *droit négocié*<sup>63</sup>, c'est-à-dire un droit qui, même s'il reste édicté par l'autorité légitime, a été conçu au stade de l'avant-dire du droit, non comme le produit d'une technocratie, mais comme « l'aboutissement d'une négociation entre ceux qui connaissent mieux que les autres les contraintes conjoncturelles et ceux qui connaissent les aspirations des destinataires de ce droit »<sup>64</sup>. La gouvernance, en rejetant toute hiérarchie, permet alors le libre jeu entre les opérateurs privés du commerce électronique et un État amené à se décentraliser et à se contractualiser.

L'idée de la gouvernance procède, d'un côté, d'une sociologie pragmatique des ajustements institutionnels et, de l'autre, d'une approche des conventions, normes et règles qui souligne l'importance des accords et partenariats sur lesquels sont basés les coordinations économiques contemporaines<sup>65</sup>. On assiste à une négociation explicite des normes sur un mode horizontal et visant à atteindre le compromis.

### 2.2.1.2. Le modèle du réseau

Les réseaux sont des « structures ouvertes, susceptibles de s'étendre à l'infini, intégrant des nœuds nouveaux en tant qu'ils sont capables de communiquer au sein du réseau, autrement dit qui partagent les mêmes codes de communication »<sup>66</sup>. Ils permettent donc d'ordonner un ensemble indéfini de données et de leur donner un équilibre provisoire. Le modèle du réseau, du fait de sa faible organisation, donne une structure à une pluralité d'éléments divergents qui deviennent, de ce fait, cohérents.

La structuration en réseau tend à concilier des modes de procéder et d'agir qui ont été construits sous forme d'oppositions binaires : le pluralisme et le corporatisme, l'autonormativité et l'hétéronormativité, le commandement et la persuasion, le public et le privé. Le réseau permet « d'abolir au moins en partie les grandes dichotomies sur la base desquelles le droit moderne s'est construit »<sup>67</sup>. La théorie du réseau permet alors d'encadrer les rapports entre réseaux juridiques et entre les ensembles normatifs simultanément applicables de manière souple, évolutive, récursive et faiblement hiérarchisée. Le défi étant

62. Moreau-Desfarges, *La Gouvernance*, supra note 59 à la p. 53.

63. Voir Philippe Gerard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé?* (Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996).

64. Patricia Roziak, *Les transformations du droit international économique : Les États et la société civile face à la mondialisation économique* (Paris : Harmattan, 2003) à la p. 278.

65. Jean-Pierre Gaudin, *Pourquoi la gouvernance?* (Paris : Presses de Science Po, 2002) à la p. 37.

66. Manuel Castells, *L'ère de l'information, tome 1 : La société en réseaux* (Paris : Éditions Fayard, 1998) aux pp. 576-577.

67. Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques* (Paris : L.G.D.J., 1999) à la p. 205 [Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*].

de penser et d'ordonner le multiple sans pour autant le réduire à l'unité ou l'abandonner à la dispersion<sup>68</sup>.

Suivant ce modèle, la régulation désigne « le processus par lequel le comportement d'un système perçu comme complexe est maintenu ou ajusté en conformité à quelques règles ou normes »<sup>69</sup>. Elle est devenue le nouveau mode de production du droit en réseau. Désormais, les États partagent partiellement leur souveraineté avec les acteurs privés au travers de ce droit négocié dont les principales caractéristiques sont la relativité, l'hétérogénéité et la fluidité. Ainsi :

[o]n assiste à l'émergence d'une conception différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, et relevant d'une certaine direction juridique non autoritaire des conduites [...]. Les textes indiquent des objectifs qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des directives qu'il serait opportun de suivre, formulent des recommandations qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire, si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend non plus de la soumission mais de l'adhésion des destinataires<sup>70</sup>.

Avec l'émergence du réseau, l'État est amené à composer avec de nouvelles réalités. Face aux travers du droit étatique, la régulation procède « d'une flexibilité juridique croissante, à partir d'une norme de moins en moins prescriptive, plus procédurale et moins substantielle, correspondant plus à des principes de gestion et d'intervention »<sup>71</sup>. La régulation intervient là où une mise en œuvre mécanique des modes de réglementation ne parviendrait pas à régir de façon satisfaisante les ensembles complexes<sup>72</sup> comme le commerce électronique. On assiste alors à « une transformation radicale de la composante juridique de la régulation sociale des sociétés industrielles avancées »<sup>73</sup>.

### 2.2.2. Les formes de la régulation

La recherche d'une régulation efficace pour le commerce électronique peut certes emprunter plusieurs voies ; toutefois, deux instruments régulateurs

68. François Ost et Michel van de Kerchove, *Le système juridique entre ordre et désordre* (Paris : PUF, 1988) à la p. 135.

69. André-Jean Arnaud et Jean-Guy Belley (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, 2e éd. (Paris : L.G.D.J., 1993) à la p. 521.

70. Chevallier, *L'État post-moderne*, supra note 3 à la p. 128.

71. Jacques Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale : retour à la sociologie générale » dans François Chazel et Jacques Commaille, *Normes juridiques et régulation sociale* (Paris : L.G.D.J., 1991) 13–22 à la p. 16 [Comaille, « Normes juridiques et régulation sociale »].

72. Cachard, *La régulation internationale du marché électronique*, supra note 32.

73. Commaille, « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale », supra note 71 à la p. 16.

semblent se détacher<sup>74</sup>. Ces deux modes de production de normes sont jugés plus adaptés que le mode de production classique du droit étatique. Quand l'élaboration de la norme est totalement le fait de ceux qui en sont destinataires, on parle d'autorégulation volontaire (partie 2.2.2.1). Quand elle implique aussi les pouvoirs publics, on parle de corégulation (partie 2.2.2.1.1).

### 2.2.2.1. L'autorégulation volontaire

L'autorégulation s'est développée depuis longtemps dans les sphères professionnelles et n'est pas un phénomène unique au commerce électronique. Le terme se caractérise par son ambivalence<sup>75</sup> et se décline, dans la littérature, en plusieurs autres expressions comme droit mou, autodiscipline ou encore action volontaire. Ce qui fait dire à certains auteurs que « the initial problem of every approach to self-regulation pertains to definition and semantics »<sup>76</sup>. Néanmoins, un consensus<sup>77</sup> se crée progressivement sur la différenciation de l'autorégulation et de l'autoréglementation, bien que les deux termes aient été utilisés comme synonymes par le passé<sup>78</sup>. En effet :

le terme « autorégulation » doit être préféré à celui d' « autoréglementation » : ce dernier paraît plus restrictif en ce qu'il semble se référer à des règlements, c'est-à-dire à des normes générales et obligatoires alors que par « autorégulation » on vise le recours à différents types d'instruments de régulation sociale<sup>79</sup>.

L'autorégulation est plus large, plus englobante que l'autoréglementation. Elle permet, dans ce sens, d'organiser une activité par des règles communes et

- 
74. Sur les autres formes de régulation proposées pour l'environnement réseau, voir Michel Vivant, « Internet et modes de régulation » dans Étienne Montero (éd.), *Internet face au droit* (Namur : Éditions Story Scientia, 1997) 215–230, <[http://dess-droit-internet.univ-paris1.fr/bibliotheque/article.php3?id\\_article=696](http://dess-droit-internet.univ-paris1.fr/bibliotheque/article.php3?id_article=696)> à la p. 229 : L'auteur propose une multirégulation qui combine les contrats, les usage et les lois. Jean-Marie Chevalier et al., *Internet et nos fondamen taux* (Paris : PUF, 2000) à la p. 57. La Professeure Marie-Anne Frison-Roche, qui a écrit le chapitre traitant des bouleversement du droit par internet, propose l'interrégulation qui « peut se définir comme une organisation dans laquelle des institutions autonomes sont en charge, chacune pour ce qui la concerne et chacune pour la mission reçue, d'un objet qui est commun à plusieurs d'entre elles ».
75. Benoît Frydman, « Quel droit pour l'Internet? » dans Étienne Montero (dir.), *Internet sous le regard du droit* (Bruxelles : Éditions du jeune Barreau de Bruxelles, 1997) 279–316 à la p. 280. Pour l'auteur, « Le terme « autorégulation » est lui-même ambivalent, dans la mesure il peut refléter au moins trois ambitions différentes : (1) la régulation spontanée par le contrat et le libre jeu des forces du marché, suivant l'image classique de la « main invisible »; (2) le contrôle des activités par les gestionnaires du réseau; (3) la prise en main de leur destin par la communauté des « internautes » ».
76. Monroe E. Price et Stefaan G. Verhulst, « In Search of the Self : Charting the Course of Self-Regulation on The Internet in a Global Environment » dans Christopher T. Marsden (éd.), *Regulating the Global Information Society* (New York : Routledge, 2000) 57–78 à la p. 58.
77. Jacques Berleur et al., « Enjeux à débattre » dans Jacques Berleur, Christophe Lazaro et Robert Queck (dir.), *Gouvernance de la société de l'information* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2002) 12–20 à la p. 12 : « L'autorégulation revêt selon nous une portée plus large et plus générique que l'autoréglementation. Elle viserait en effet l'élaboration et le respect volontaires de normes et de préceptes par ceux qui prennent part à une activité, sans autre forme de caractère obligatoire et contraignant. La difficulté à cerner cette notion est en partie due aux difficultés d'interprétation provoquées par le terme anglais « self-regulation » qui semble recouvrir aussi bien la notion de régulation que de réglementation ».
78. Voir Pierre Trudel, « Les effets juridiques de l'autoréglementation » (1988-1989) 19:2 *Revue de droit de l'Université de Sherbrooke* 247.
79. Michel Coipel, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale » dans Jacques Berleur, Christophe Lazaro et Robert Queck (dir.), *Gouvernance de la société de l'information* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2002) 43–76 à la p. 68 [Coipel, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale »].

procède de la nécessité d'encourager les acteurs économiques à assumer une plus grande responsabilité dans leurs activités<sup>80</sup> par « l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées (sous la forme par exemple, de codes de bonne conduite ou de bonnes pratiques) et dont ils assurent eux-mêmes l'application »<sup>81</sup>. Ces règles souples, élaborées et mises en œuvre plus rapidement que les lois conventionnelles, ont l'avantage d'évoluer avec les technologies et d'être appliquées plus facilement au-delà des frontières nationales. Ainsi :

Selon ses adeptes, l'autorégulation offrirait une plus grande efficacité. Tout d'abord, elle permet une bonne adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau. En effet, les opérateurs sont eux-mêmes transnationaux et certains maîtrisent l'accès final au grand public. Ensuite, le respect des chartes devrait être facilité par le fait qu'elles sont issues de négociations entre ceux là même qui doivent les appliquer. Enfin, leurs modes d'adoption et de révision sont plus rapides et plus souples que le processus législatif<sup>82</sup>.

Pourtant, la thèse de l'autorégulation, qui a remporté beaucoup de succès par le passé, commence à montrer quelques carences. En limitant la place de l'État, elle laisse pour ainsi dire le pouvoir aux seuls acteurs de l'internet marchand, créant un système qualifié de « féodal »<sup>83</sup>. On craint alors qu'elle ne devienne qu'un instrument rhétorique de légitimation, permettant « une appropriation de la production normative par les acteurs les plus puissants et à leur seul profit »<sup>84</sup>.

Et si la solution optimale résidait dans un mélange d'autorégulation et de réglementation étatique? Car la question n'est pas tant de savoir s'il faut une autorégulation, mais plutôt d'en définir les limites. Il serait donc intéressant de voir la régulation du commerce électronique sous l'angle des deux processus et de rechercher dans quelle mesure il existe des points de convergences et de divergences entre la réglementation étatique et l'autorégulation.

#### 2.2.2.2. La réussite de la corégulation comme méthode

C'est lors du forum sur le commerce électronique organisé par l'Organisation pour la coopération et le développement économiques (OCDE)<sup>85</sup> à Paris en 1999 qu'est apparu le concept de corégulation. Il s'agissait d'aplanir la dichotomie entre régulation et autorégulation et de faire en sorte qu'elles puissent se compléter dans le cadre d'un nouveau processus : la corégulation. Celle-ci

80. Etienne Wery, « Les phénomènes d'auto-régulation sur le Web » dans Éric A. Caprioli (dir.), *Les premières journées internationales du droit du commerce électronique : Actualités de droit de l'entreprise* (Paris : Litec, 2002) 23-39 à la p. 25.

81. Bertrand du Marais, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux » dans Georges Chatillon (dir.), *Le droit international de l'Internet*, actes du colloque (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2003) 293-308 à la p. 295 [du Marais, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux »].

82. *Ibid.*

83. Vincent Tilman, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution » (1999) 2 *Revue Ubiquité* 47 à la p. 50.

84. Mireille Delmas-Marty, « Les processus de mondialisation du droit » dans Charles-Albert Morand, *Le droit saisi par la mondialisation* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2001) 63-80 à la p. 64.

85. Organisation de coopération et de développement économiques (OECD), <<http://www.oecd.org/>>.

permettrait d'encadrer effectivement le commerce électronique par la combinaison des initiatives privées et publiques. Ainsi, la corégulation peut s'entendre :

Si les institutions démocratiques veulent remplir leur rôle sans se trouver court-circuitées par la réalité, elles doivent être capables de traiter les questions posées avec la rapidité et la pertinence nécessaires. Elles doivent le faire en écoutant davantage, en collaborant mieux avec l'ensemble des acteurs et des parties prenantes au débat. Elles doivent savoir se focaliser sur les sujets dont les enjeux sont essentiels et où leur intervention est décisive, et laisser différentes formes – pas uniquement marchandes – d'autorégulation s'exercer là où elles suffisent à répondre aux attentes sociales. Il s'agit donc, non pas de définir une nouvelle forme de régulation, mais de trouver une méthode adaptée aux temps nouveaux.<sup>86</sup>

Il n'existe pas encore de définition arrêtée de la corégulation. Pourtant, bien que les interprétations divergent selon les expériences pratiques, les pays et les cultures, les réflexions amorcées sur la corégulation font ressortir sa nature, à savoir une méthode<sup>87</sup> et non une source normative. Cette méthode « s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les " parties prenantes " et les titulaires de la contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations »<sup>88</sup>. L'idée consiste à adjoindre à la puissance publique des acteurs privés et des mécanismes librement consentis. C'est donc un mode de fonctionnement nouveau pour la tradition juridique. Elle est, en fait, une coopération entre les pouvoirs publics et les acteurs de l'internet. C'est le transfert des responsabilités traditionnellement relevant de l'État vers des acteurs indépendants qui assurent une mission de régulation. Comme le souligne Pierre Trudel, « le droit étatique s'inscrit fréquemment dans une démarche de régulation dont il ne constitue que l'une des composantes; il énonce des principes, formule des objectifs, prescrit des critères, mais laisse de plus en plus de place à d'autres ensembles de normes afin d'assurer son actualisation »<sup>89</sup>.

La corégulation est ainsi un modèle plus souple et plus participatif pour l'élaboration des règles pour l'internet marchand puisqu'elle n'est pas imposée par les gouvernements. Il ne s'agit pas d'un instrument réglementaire, tel qu'une loi ou un code de conduite, mais bien d'une méthode. Elle peut surtout s'avérer utile dans les domaines touchant l'intérêt public là où l'autorégulation, faute de sanctions efficaces, se montrerait insuffisante. De même, une approche législative classique risquerait d'être trop rigide et contraignante, et sa mise en œuvre trop lente par rapport à la vitesse d'évolution du marché et des technologies<sup>90</sup>.

Cette association public-privé nécessite alors que des mécanismes de coopération existent. Si les acteurs privés ne coopèrent pas avec les acteurs

---

86. Christian Paul, *Du droit et des libertés sur Internet*, Rapport au Premier ministre (Paris : La Documentation française, 2001) à la p. 14.

87. Timothy R. Fenoulhet, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information » (2002) 38 *Petites affiches* <<http://www.lextenso.com/lextenso/archives/Apw.fcgi?FILE=Index.html&ACTION=m>> à la p. 9 [Fenoulhet, « La corégulation »].

88. du Marais, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », *supra* note 81 à la p. 296.

89. Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace? », *supra* note 4 à la p. 206.

90. Fenoulhet, « La corégulation », *supra* note 87 à la p. 9.

publics non seulement pour appliquer les règles de droit dans ces environnements nouveaux, mais aussi pour en assurer préventivement le respect, l'État doit intervenir pour protéger l'intérêt général. La coopération public-privé, opérée dans un cadre légal, permet de s'assurer que l'autorégulation n'est pas libre d'obligations ; l'État demeurant présent dans un schéma de « co-régulation au sein de laquelle le poids des normes d'origine étatique de même que leur capacité à influencer effectivement les comportements est tributaire de la synergie qui s'établit avec les autres sources de régulation »<sup>91</sup>. Il s'agit alors d'allouer à chaque intervenant sa place dans le processus et c'est dans la juste répartition des tâches que réside la clé du succès de cette méthode.

\*

### 3. COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET NORMATIVITÉS ALTERNATIVES

LE PHÉNOMÈNE, DE PLUS EN PLUS FORT, de globalisation du commerce en ligne nécessite la recherche de normes alternatives internationalisées. La compréhension de ces normes passe, dans un premier temps, par l'élaboration d'une typologie (partie 3.1) et par le questionnement sur leur valeur normative, dans un deuxième temps (partie 3.2).

#### *3.1. Panorama des normes alternatives du commerce électronique*

Nous aborderons successivement les initiatives des régulateurs globaux<sup>92</sup> que sont les organisations internationales (partie 3.1.1) et les normes issues de l'autorégulation (partie 3.1.2).

##### 3.1.1. Les initiatives des organisations internationales

De nombreuses organisations internationales tentent de poser un cadre normatif souple, c'est-à-dire qui ne s'impose que par l'adhésion des États ou par le respect volontaire par les parties des usages du commerce international<sup>93</sup>. Nous retiendrons trois organisations concourant au développement de « méta-normes »<sup>94</sup> pour le commerce électronique à travers l'élaboration d'une loi type (partie 3.1.1.1), de principes directeurs (partie 3.1.1.2) et enfin, de codifications des usages et pratiques (partie 3.1.1.3).

##### *3.1.1.1. La loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*

La Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI)<sup>95</sup> a été créée par la Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies<sup>96</sup>. Elle a acquis progressivement une place de premier plan par la

91. Trudel, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace? », *supra* note 4 à la p. 208.

92. Yves Poulet, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », (2006) 10:3 Lex Electronica, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poulet.htm>>.

93. Caprioli et Sorieul, « Le commerce international électronique », *supra* note 22 à la p. 330.

94. Trudel, « L'influence d'internet sur la production du droit », *supra* note 31 à la p. 95 : « Ces forums paraissent constituer le lieu le plus efficace de l'élaboration de méta-normes, exprimées sous forme de principes destinés à être relayés dans les législations nationales et dans les autres normativités ».

95. Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), <<http://www.uncitral.org/>>.

96. Créée en 1966, CNUDCI est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international.

grande variété des textes qu'elle a pu adopter ou faire adopter<sup>97</sup>, variété qui tient aussi bien aux domaines très divers dans lesquels ces textes sont intervenus, qu'à la forme qu'ils ont pu revêtir. Parmi ses nombreux modèles de législation<sup>98</sup> figure la *Loi type sur le commerce électronique*<sup>99</sup>, adoptée le 16 décembre 1996. En effet, les réflexions sur la manière de réguler les modèles commerciaux engendrés par la nouvelle économie ont conduit à l'élaboration d'une loi type<sup>100</sup> pour l'internet marchand.<sup>101</sup> Celle-ci comporte dix-sept articles (l'article 5 bis a été ajouté en 1998)<sup>102</sup> et est accompagnée d'un guide d'incorporation. Elle se base sur les principes de non-discrimination<sup>103</sup>, de neutralité technologique<sup>104</sup> et d'équivalence fonctionnelle<sup>105</sup>. Ainsi :

Les auteurs de la loi-type se sont constamment référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents-papier pour imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la loi-type se sont donc constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles<sup>106</sup>.

La philosophie de la CNUDCI est d'établir une sorte de charte internationale du commerce électronique avec des règles et des principes de base communs sur lesquels les pays pourraient s'accorder. Elle contribue ainsi à la création d'un droit international du commerce électronique car bien que « [...] la CNUDCI ne dispose pas d'un pouvoir supranational, les lois types non obligatoires visent une harmonisation par persuasion qui n'est pas forcément inefficace »<sup>107</sup>.

- 
97. Sylvaine Poillot-Peruzzetto, « Les méthodes de la C.N.U.D.C.I., le choix de l'instrument » (2003) 252 *Petites affiches*, <<http://www.lextenso.com/lextenso/archives/Apw.fcgi?FILE=Index.html&ACTION=>>> à la p. 43.
98. Jérôme Huet, « La problématique juridique du commerce électronique » (2001) *Revue de jurisprudence commerciale*, numéro spécial 17, disponible à Internet Archive <<http://web.archive.org/web/20060601044931/http://www.actoba.com/public/jh/R/R6.pdf>> à la p. 3.
99. CNUDCI, *Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998*, <[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts/electronic\\_commerce/1996Model.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html)>.
100. Herbert Kronke, « From International Uniform Conventions to Model Laws – From Guides to Principles : The Choice of Approach » dans Louis Perret et Alain François Bisson (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international* (Montréal : Éditions Wilson et Lafleur, 2002) 285–304.
101. L'instrument a été privilégié dans le domaine du commerce électronique pour influencer les législations nationales dans le sens d'une plus grande harmonisation. D'ailleurs, de nombreuses législations de par le monde sont basées sur la loi type ou s'en inspirent.
102. Il concerne l'incorporation par référence. Selon cet article, l'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence.
103. En vertu de la règle de non-discrimination, l'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas remis en cause au seul motif que cette information est sous forme de messages de données.
104. La loi type observe une neutralité technologique et médiatique afin de ne pas créer d'obstacles à l'évolution des techniques.
105. Ce principe consacre la transposition dans l'environnement électronique des fonctions juridiques fondamentales des notions d'écrit, de signature et d'original dans le contexte des documents papier.
106. Caprioli et Sorieul, « Le commerce international électronique », *supra* note 22 à la p. 382.
107. Drexel, « Mondialisation et société de l'information », *supra* note 26 à la p. 415.

### 3.1.1.2. Les lignes directrices de l'OCDE

L'Organisation pour la Coopération et le Développement Économiques (OCDE) s'est intéressée très tôt et activement au commerce électronique avec pour objectif de susciter la confiance, de développer l'infrastructure, d'améliorer l'accès, de mettre en place un cadre réglementaire approprié et de maximiser les retombées pour tous. Des lignes directrices<sup>108</sup> pour assurer la protection des consommateurs dans le cadre du commerce électronique ont été adoptées par le conseil de l'OCDE le 9 décembre 1999. Ces dernières sont considérées comme « un document de grande haleine constituant un point de départ important pour l'élaboration d'instruments juridiques visant à discipliner la totalité du phénomène du commerce électronique »<sup>109</sup> ; leur objectif étant de promouvoir l'autorégulation pour rapprocher les législations nationales et comme supplément à la législation, ce qui en fait un instrument très efficace dans les situations transnationales<sup>110</sup>.

La raison d'être de ces lignes directrices est d'offrir aux consommateurs qui font des transactions en ligne, une protection transparente et efficace d'un niveau au moins équivalent à celui de la protection qui leur est assurée dans les autres formes de transactions. La voie retenue est celle de la *coresponsabilité* ou de l'*entreprise citoyenne*, ce qui signifie « le respect par les acteurs économiques concernés de principes ou de normes régissant leur comportement commercial »<sup>111</sup>. Ainsi, les lignes directrices mettent l'accent sur la loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing ; la communication d'informations claires sur l'identité de l'entreprise présente sur le marché électronique, sur les biens et services qu'elle offre ainsi que sur les modalités et les conditions des transactions ; l'utilisation d'un processus de confirmation transparent ; la mise à disposition de mécanismes de paiement sûrs ; l'accès à des voies de règlement des litiges et de recours justes et rapides, sans coût, ni charges indues ; la protection de la vie privée et l'éducation des consommateurs et des entreprises.

### 3.1.1.3. Les activités de la CCI

La Chambre de commerce internationale (CCI) développe depuis de nombreuses années des instruments en matière d'autorégulation du commerce électronique. Sa première initiative date de 1988, avec l'élaboration des règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission<sup>112</sup>. Son œuvre principale est le recueil *General Usage in International Digitally Ensured Commerce* (GUIDEC) qui est un ensemble de normes articulées autour de grands principes communs au droit civil et à la common law. Ces principes

108. Organisation de coopération et de développement économiques, *OECD Guidelines for Consumer Protection in the Context of Electronic Commerce* (1999), <[http://www.oecd.org/document/51/0,2340,fr\\_2649\\_34267\\_1824435\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/51/0,2340,fr_2649_34267_1824435_1_1_1,00.html)>.

109. Ugo Draetta, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2003) à la p. 110.

110. Drexl, « Mondialisation et société de l'information », *supra* note 26 à la p. 418.

111. Fenoulhet, « La corégulation », *supra* note 87 à la p. 14.

112. UNCID, *Règles de conduite uniformes pour l'échange de données commerciales par télétransmission* (Paris : I.C.C. publishing, 1988). Ces règles de conduite, facultatives, fournissent un modèle uniforme d'accord pour l'échange de données commerciales sous formes structurés basées sur l'EDI (Electronic Data Interchange).

tentent d'uniformiser le cadre normatif dans les domaines des autorités de certification, de la cryptographie à clé publique et enfin, de la signature électronique.

La dernière initiative en date est l'élaboration des *e-terms* 2004<sup>113</sup> qui visent à favoriser l'utilisation par les entreprises des clauses modèles pour la contractualisation électronique (B2B). Comme les *Incoterms*<sup>114</sup> pour le commerce traditionnel, ces termes sont conçus pour devenir le standard international pour le commerce électronique. Il s'agit de termes standardisés que les parties peuvent incorporer dans leur contrat par référence. Ils posent des questions spécifiques concernant les échanges électroniques interentreprises : Qui contracte? Quand un contrat est-il établi? Où le contrat est-il établi? Comment le contrat est-il établi? L'objectif est de mettre l'accent sur le caractère sécuritaire des contrats conclus par voie électronique.

### 3.1.2. Les normes issues de la pratique

Les caractéristiques du commerce électronique, en faisant obstacle à une réglementation étatique efficace, favorisent le développement de sources privées de normativité. Nous retiendrons principalement trois instruments qui nous semblent les plus représentatifs des initiatives normatives des opérateurs privés du commerce électronique : les codes de conduite (partie 3.1.2.1), les contrats types (partie 3.1.2.2) et la labellisation (partie 3.1.2.3).

#### 3.1.2.1. Les codes de conduite

Manifestation la plus visible de l'évolution de la *soft-law* dans la régulation du commerce électronique, le code de conduite a déjà quelques années derrière lui<sup>115</sup>. Il se définit comme un corps de règles « élaborées par un organisme professionnel et qui, tout en n'ayant pas un caractère directement obligatoire, ont pour but d'encadrer et d'orienter le comportement des entreprises »<sup>116</sup>. Présenté dans la littérature, indistinctement, sous une multitude d'appellations (chartes, principes directeurs, recommandations, etc.)<sup>117</sup>, il contient un ensemble de règles élaborées volontairement par les acteurs économiques d'un secteur d'activité particulier dans un sens progressif et révisable lorsque les circonstances l'exigent. Philippe Amblard énumère les caractéristiques du code de conduite, à savoir :

---

113. International Chamber of Commerce, *ICC eTerms 2004 : ICC guide to econtracting*, <<http://www.iccwbo.org/policy/law/id3670/index.html>>.

114. *Incoterms 2000* (Paris : ICC publishing, 1999), <<http://www.iccwbo.org/incoterms/id3045/index.html>>.

115. Un des premiers code de conduite sur internet, la *Netiquette*, a été publié par l'ISOC en janvier 1989; Albion.com et Seth T. Ross, *Netiquette Home Page*, <<http://albion.com/netiquette/>>.

116. Guy Keutgen, « Le code privé de déontologie, un substitut à l'intervention du législateur? » dans *Liber Amicorum Paul de Vroede* (Diegem : Kluwer Rechtswetenschappen, 1994) 947-958 à la p. 947.

117. Osman Filali, « Avis, directives, code de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) 94:3 *Revue trimestrielle de droit civil* 509 [Filali, « Avis, directives, code de bonne conduite »].

[t]rès formel. Il adopte la présentation des textes législatifs ou réglementaires. Le code fixe la régulation de l'activité en ligne, de la manière la plus exhaustive possible. Ses dispositions sont concises et impératives. Outre sa nature impérative, ce qui caractérise le code est la prévision de la globalité de la régulation de l'activité<sup>118</sup>.

Il est à noter que bien que ce soit surtout les opérateurs privés qui ont favorisé le développement des *codes de conduite privés* afin de s'autoréguler dans le contexte des environnements réseaux, les pouvoirs publics<sup>119</sup> s'approprient désormais également cet instrument, qui devient alors plus structuré et s'articule autour d'éléments de plus en plus normés dans le sens qu'il repose sur :

une indication de la portée précisant à qui ou quoi il s'applique et les personnes visées; les objectifs c'est-à-dire les résultats espérés; les règles — ce qui est permis et interdit ; les plaintes, la procédure de résolution des conflits et les sanctions ; l'administration du code ; la publicité du code et les rapports périodiques sur son application ; la surveillance, la révision et les modifications.<sup>120</sup>

En effet, un code de conduite bien rédigé et correctement documenté peut réaliser des objectifs d'intérêt public et susciter une confiance nouvelle dans l'économie numérique. Ainsi, l'intervention de l'État peut être *facilitatrice* et encourager les parties concernées à explorer des approches volontaires tenant compte des intérêts de chacun. L'État peut également créer des incitatifs à l'usage du code, et promouvoir une coopération et une harmonisation internationales. Par ailleurs, son intervention peut aussi être corégulatrice. L'État, qui impose un cadre juridique ou des lignes directrices pour atteindre l'objectif de régulation du code qu'il endosse, s'assure ainsi que le code profite à tous. On pourrait citer, à ce titre, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires* du Bureau de la consommation d'Industrie Canada,<sup>121</sup> *Models of self-regulation* du National Consumer Council de Grande-Bretagne<sup>122</sup> et les *Draft Guidelines for developing and endorsing effective voluntary industry codes* esquissées par l'Australian Competition and Consumer Commission<sup>123</sup>.

### 3.1.2.2. La labellisation de qualité

La nature même du commerce électronique invite au développement d'initiatives privées de nature extra-juridique visant à renforcer le sentiment de confiance dans les transactions en ligne. Le développement du commerce électronique

118. Amblard, *Régulation de l'Internet*, supra note 55 à la p. 110.

119. Mockle, « Gouverner sans le droit? », supra note 39 à la p. 197.

120. Pierre Trudel, « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : éléments de méthode » dans Daniel Poulin et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, (Montréal : Éditions Thémis, 2003) 285–306, <[http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide\\_chap10.pdf](http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap10.pdf)> à la p. 302.

121. Bureau de la consommation, Industrie Canada, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires* (2000), <[http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/\\$FILE/evaluf.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/$FILE/evaluf.pdf)>.

122. National Consumer Council, *Models of self-regulation* (2000).

123. Australian Competition and Consumer Commission, *Draft Guidelines for Developing and Endorsing Effective Voluntary Industry Codes* (Australia : ACCI, 2003), <[http://www.acci.asn.au/text\\_files/submissions/Voluntary\\_Industry\\_Codes\\_Nov03.pdf](http://www.acci.asn.au/text_files/submissions/Voluntary_Industry_Codes_Nov03.pdf)>.

passer par la confiance dans les sites web. Les entreprises de vente sur internet affichent sur leur site ce qu'on appelle des labels de qualité attestant qu'ils adhèrent à un code de bonne conduite. D'un point de vue pratique, les labels de qualité prennent la forme d'« une image, un logo, un signe de reconnaissance qu'un marchand appose sur son site pour rassurer ses clients [...] »<sup>124</sup>. Ils sont utilisés comme argument de commercialisation pour se distinguer de la concurrence qui n'affiche pas ce label. La labellisation de qualité permet alors de donner une meilleure visibilité à un site Web et d'éclairer l'internaute sur les pratiques que celui-ci applique dans ses relations avec ses clients.

Il existe, néanmoins, deux formes de labellisation de valeur inégale : la labellisation interne et la labellisation externe<sup>125</sup>. La première se distingue de la seconde par l'absence de recours à un tiers indépendant. « Elle consiste à marquer ses propres services d'un niveau de qualité par un engagement à respecter certains critères, sans toutefois que le respect de ces critères fasse l'objet d'un contrôle préalable et périodique par un organisme tiers indépendant »<sup>126</sup>. Concrètement, le commerçant électronique s'engage à respecter certaines règles afin d'assurer au consommateur un meilleur niveau de confiance par rapport à l'achat en ligne. Ainsi, il rendra particulièrement accessibles sur son site des informations concernant les mesures de sécurité en matière de paiement, de protection de la vie privée et des données personnelles, des conditions de remboursement et enfin, du respect des réglementations.

La labellisation externe, quant à elle, nécessite un contrôle *a priori* des critères par un tiers, mais aussi des contrôles périodiques *a posteriori*. « Elle consiste à faire contrôler préalablement et périodiquement par un organisme tiers indépendant le respect effectif d'un ensemble de critères prédéfinis. Le résultat de ce contrôle peut s'exprimer par l'affichage du rapport effectué par un vérificateur indépendant et/ou d'un label »<sup>127</sup>. Le site qui aura satisfait aux exigences se verra attribuer un sceau de certification émis par une entité de certification, attestant qu'il satisfait à ses normes et standards. Il existe cinq grandes catégories de sceaux de certification, à savoir : « Les sceaux de classification de contenu; les sceaux de satisfaction de la clientèle ou encore de classification des marchands; les sceaux de sécurisation des transactions; les sceaux de sécurisation des paiements électroniques; les sceaux de conformité »<sup>128</sup>.

Depuis leur apparition, les labels de qualité ont été développés par divers intervenants incluant les associations de consommateurs, les gouvernements et les commerçants. Des plus importants et plus anciens, on pourrait citer les

---

124. Vincent Gautrais, « La certification de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur » (1999) 3 *Revue Ubiquité* 91 à la p. 91 [Gautrais, « La certification de qualité des sites Internet »].

125. Voir à ce propos Mireille Antoine, Didier Gobert et Anne Salaün, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance » dans Étienne Montero (dir.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 1999) 3–31 [Antoine, Gobert et Salaün, « Le développement du commerce électronique »]; Cynthia Chassigneux, *Vie privée et commerce électronique* (Montréal : Éditions Thémis, 2004) aux pp. 201–232.

126. Antoine, Gobert et Salaün, « Le développement du commerce électronique », *ibid.* à la p. 14.

127. *Ibid.*

128. Serge Parisien, « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique » dans Daniel Poulin et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique* (Montréal : Éditions Thémis, 2003) 175–198, <[http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide\\_chap6.pdf](http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap6.pdf)> à la p. 185.

américains TRUSTe<sup>129</sup> (respect de la vie privée) et BBBOnline<sup>130</sup> (achat sécuritaire et pratiques commerciales éthiques). Dans les années qui suivirent, les labels se sont multipliés, introduisant une confusion grandissante<sup>131</sup> aussi bien chez les vendeurs que chez les acheteurs. Face à ce phénomène, l'initiative la plus remarquable, bien que n'ayant pas abouti à des résultats tangibles à ce jour, reste celle de la Commission européenne avec son programme eConfidence<sup>132</sup> visant à trouver une plate-forme commune pour les labels<sup>133</sup> et arrêter l'anarchie régnant dans le secteur.

### 3.1.2.3. Les contrats types EDI

Les contrats types sont des modèles pour les transactions commerciales en ligne concernant des biens ou des prestations de service. Ils garantissent, notamment, le respect minimal de la réglementation<sup>134</sup> constituant ainsi une base de négociation entre les parties. Ils sont adaptables à chaque démarche commerciale et à chaque produit ou service commercialisable.

Bien qu'ayant vocation à régir aussi bien les transactions de type B2B que B2C, les contrats types sont plus développés dans les relations entre commerçants. Le contrat type le plus remarquable reste l'échange de documents informatisés (EDI) qui permet « l'échange par voie électronique, de données structurées en messages normalisés, entre systèmes informatiques et sans intervention humaine »<sup>135</sup>. Il s'agit d'un échange<sup>136</sup> formalisé de documents électroniques dans un format structuré entre ordinateurs de partenaires d'affaires distincts dont le format précise l'usage de normes communes dans l'échange des informations requises pour conclure des opérations d'achat comme la commande, la livraison ou encore le paiement. Il reste un des protocoles les plus utilisés, malgré l'ancienneté du concept<sup>137</sup>. Concrètement :

- 
129. TRUSTe, *Make Privacy Your Choice*, <<http://www.truste.org/>>. TRUSTe est une organisation qui vise à réglementer les comportements sur Internet sans recourir à l'intervention gouvernementale. Un commerçant électronique peut, s'il respecte certaines règles de protection de la vie privée, recevoir une certification de TRUSTe qu'il pourra faire figurer sur son site web. De tels services peuvent avoir une portée internationale bien que TRUSTe soit plus visible sur marché américain que sur le marché européen dans lequel son apparition est plus récente.
130. BBBOnLine Inc, *Promoting Trust and Confidence on the Internet*, <<http://www.bbbonline.org/>>. BBBOnLine est un programme du *Better Business Bureau*, organisme dédié à la promotion de la confiance sur l'internet.
131. Gautrais, « La certification de qualité des sites Internet », *supra* note 124 à la p. 93. L'auteur utilise l'expression imagée le label est un loup pour le label.
132. *eConfidence forum*, <<http://econfidence.jrc.it/>>, disponible à <[http://web.archive.org/web/20010515191311/econfidence.jrc.it/default/show.gx?Object.object\\_id=EC\\_FORUM0000000000000000D](http://web.archive.org/web/20010515191311/econfidence.jrc.it/default/show.gx?Object.object_id=EC_FORUM0000000000000000D)>.
133. Voir, par exemple, l'euro-label initié par l'organisation EuroCommerce, qui représente le commerce de détail, de gros et international en Europe. Euro-Label, <<http://www.euro-label.com/>>.
134. Pour une illustration de cette obligation de respect minimal de la réglementation dans le transfert de données à caractère personnel, voir EUROPA, *Clauses contractuelles types pour le transfert de données à caractère personnel vers des pays tiers*, <[http://www.europa.eu.int/comm/justice\\_home/fsj/privacy/index\\_fr.htm](http://www.europa.eu.int/comm/justice_home/fsj/privacy/index_fr.htm)>.
135. Michel Jaccard, *La conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI)* (Berne : Éditions Staempli, 1996) à la p. 70.
136. Deux systèmes de communication électronique sont utilisés dans l'échange de messages EDI : les liaisons à connexion directe et les réseaux à valeur ajoutée.
137. Bertrand Salvas, *Le commerce électronique : Pratique et stratégie* (Cours de perfectionnement du Notariat, mars 2001) à la p. 178.

[I]es deux parties échangent dès lors des données à caractère commercial, par le truchement de leurs ordinateurs branchés à un réseau de télécommunications, dans le but de conclure des transactions. Il vise à encadrer, d'un point de vue juridique et pratique, les échanges de données donnant lieu à l'élaboration d'accords contractuels entre les parties<sup>138</sup>.

En ce qui concerne les clauses contenues dans les contrats types, Vincent Gautrais dresse une liste tirée de la version de 1998 du contrat type EDI par le biais de réseaux ouverts à savoir : définitions, modalités relatives au contrat d'échange, modalités relatives aux exigences techniques et sécuritaires, modalités relatives aux contrats sous-jacents, preuve, règlement des différends, confidentialité des données et les annexes<sup>139</sup>. L'intérêt des modèles d'accord d'EDI réside dans le fait qu'ils sont applicables à de nombreux secteurs d'activité et opérations commerciales, conformes aux normes juridiques internationales et utilisables pour des négociations aussi bien bilatérales que multilatérales. Ce modèle, par la normalisation<sup>140</sup> des messages dont la rédaction doit respecter un langage prédéfini et convenu entre les parties, permet d'harmoniser le commerce électronique. Son avantage étant qu'« en EDI, la matérialisation systématique des données sur support-papier est rendue inutile, car les applications sont en mesure d'assurer le processus complet de création, de transmission et d'interprétation des messages »<sup>141</sup>.

### 3.2. La valeur normative des normes alternatives du commerce électronique

Le monopole étatique sur la production de la règle de droit signifie que seul l'État dit ce qui est Droit ou habilité à dire Droit<sup>142</sup>. Cela reviendrait-il à dénuer les normes alternatives de toute valeur normative? La réponse à cette question semble trouver sa place dans la détermination du statut des normes alternatives du commerce électronique (partie 3.2.1) et de leurs critères de validité (partie 3.2.2).

#### 3.2.1. Le statut des normes alternatives du commerce électronique

L'octroi d'un statut aux normes alternatives du commerce électronique passe d'abord par la recherche de leur caractère normatif (partie 3.2.1.1) et ensuite, par la définition des conditions de coexistence avec les règles étatiques (partie 3.2.2.2).

---

138. Karim Benyekhlef et Vincent Gautrais, « Échange de documents informatisés : Contrat type commenté ».

139. Vincent Gautrais, « Les relations avec les partenaires » dans Daniel Poulin et al. (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique* (Montréal : Éditions Thémis, 2003) 165-174, <[http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide\\_chap5.pdf](http://www.jurisint.org/pub/05/fr/guide_chap5.pdf)> à la p. 168.

140. La norme EDIFACT est une norme EDI approuvée par l'organisation internationale de normalisation (ISO).

141. Pierre Trudel, Guy Lefebvre et Serge Parisien, *La preuve et la signature dans l'échange de documents informatisés au Québec* (Québec : Les publications du Québec, 1993) à la p. 6.

142. Denis De Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit?* (Paris : Éditions Odile Jacob, 1997).

### 3.2.1.1. Normes alternatives et caractère normatif

Les acteurs privés sont à l'origine d'une production normative dont le caractère normatif peut paraître affaibli au juriste<sup>143</sup>. Pourtant, en face, il convient également de prendre en compte la dégradation du droit produit par l'État<sup>144</sup>. La règle juridique ne se caractérise plus vraiment par sa précision, sa généralité et son abstraction. En effet « [l']ordonnement juridique a subi de redoutables secousses en raison de la prolifération anarchique des règles qui a rendu plus flous les contours de l'ordre juridique, sapé sa cohésion et perturbé sa structure »<sup>145</sup>. Ainsi, si les normes alternatives du commerce électronique constituent un ensemble cohérent et complet avec un contenu normatif et les moyens de sa mise en œuvre, pourquoi leur refuser le caractère normatif? On peut souligner que :

[l]a compréhension du cadre juridique d'une activité ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable.<sup>146</sup>

Les normes alternatives sont alors une sorte de *droit mou*, « occupant une place intermédiaire entre le noyau dur de la normativité et les formes non juridiques de régulation sociale »<sup>147</sup>. En effet, bien qu'il soit affirmé que « [...] de tels modes de régulation ou de solution des conflits sont normatifs et concernent des relations juridiques »<sup>148</sup>, la souplesse et le caractère évolutif qui les caractérisent supposent une dose d'incertitude. Elles ne sauraient donc prétendre à la qualité de règle de droit dans un cadre positiviste.

### 3.2.1.2. Normes alternatives et règles étatiques

De manière générale, les normes alternatives sont d'application consensuelle. Elles sont édictées soit par des professionnels de leur propre initiative, soit en collaboration avec l'État. Les droits étatiques sont aujourd'hui complétés et enrichis par d'autres formes de régulation à l'initiative desquelles on trouve un nombre croissant d'organismes internationaux et surtout d'opérateurs privés. Cette multiplicité d'acteurs est à l'origine d'une diversification sans précédent de la règle.

Ainsi, contrairement à une idée, longtemps véhiculée<sup>149</sup>, selon laquelle le cyberspace serait un monde parallèle nécessitant une normativité propre au médium qui remplacerait la réglementation étatique, les normes alternatives d'autorégulation et les règles étatiques ne s'excluent pas sur internet. Le droit

143. Filali, « Avis, directives, code de bonne conduite », *supra* note 117.

144. Mockle, « Gouverner sans le droit? », *supra* note 39 aux pp. 143–210.

145. Chevallier, « Vers un droit post-moderne? », *supra* note 35 à la p. 668.

146. Pierre Trudel et al., *Droit du cyberspace* (Montréal : Éditions Thémis, 1997) au chap. 3 à la p. 1.

147. Filali, « Avis, directives, code de bonne conduite », *supra* note 117 à la p. 958.

148. André-Jean Arnaud, « Le droit comme produit : Présentation du dossier sur la production de la norme juridique » (1994) 27 *Droit et Société* 293, <<http://www.reds.msh-paris.fr/publications/revue/html/ds027/ds027-02.htm>>, à la p. 295.

149. David Johnson et David Post, « Law and borders—The Rise of Law in Cyberspace » (1996) 48:5 *Stanford Law Review* 1367, <[http://www.cli.org/X0025\\_LBFIN.html](http://www.cli.org/X0025_LBFIN.html)>.

alternatif est « superposé et non substitué, car l'objectif n'est certainement pas la disparition des États et du droit national »<sup>150</sup>. Il est évident que la réglementation étatique reste une source nécessaire de régulation du commerce électronique, mais la complexité de ce dernier fait en sorte que ce ne soit pas la seule pour autant. En effet, il n'y a pas, sur internet, une « normativité juridique (...) centrale dans l'ordonnement général de la normativité sociale »<sup>151</sup>.

On assiste à un déplacement, voire à une redéfinition de la souveraineté et des privilèges qui lui sont rattachés. Ainsi, « nous sommes passés d'une souveraineté mystique, voire christique, celle de l'Église, vers une souveraineté laïque, celle de l'État, pour aboutir, aujourd'hui, à une souveraineté plurielle et composite »<sup>152</sup>. Il y a alors coexistence de plusieurs systèmes normatifs appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace :

C'est un redéploiement des normes selon d'autres dispositifs, d'incitation, de négociation, de flexibilité (avec des normes temporaires, évolutives, réversibles), ou même à base d'autorégulation. Or cette souplesse elle-même facilite le risque de prolifération. D'autant que ce « droit mou » ne se substitue pas toujours au droit classique, au « droit dur » à base d'interdictions, de contraintes et de sanctions; dans bien des cas, il se surajoute à lui. Cette superposition constitue le « paradoxe du mou »<sup>153</sup>.

Ainsi, les normes alternatives viennent compléter le droit étatique et « arbitrée au besoin par l'État central, la coexistence des ordres juridiques s'exerce normalement de façon paisible, sur la base d'une segmentation des compétences dans l'espace et dans le temps »<sup>154</sup>.

### 3.2.2. Les critères de validité des normes alternatives

On peut ainsi distinguer, selon Yves Poulet<sup>155</sup>, trois critères cumulatifs pour assurer la validité des normes alternatives du commerce électronique, en s'inspirant des réflexions de François Ost et Michel van de Kerchove sur la validité des ordres juridiques<sup>156</sup> : le critère de légitimité (partie 3.2.2.1), le critère de conformité (partie 3.2.2.2) et enfin, le critère d'effectivité (partie 3.2.2.3).

150. Mireille Delmas-Marty, « Pour un nouvel ordre juridique mondial » *Label France* (January 2000), <[http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/article-imprim.php3?id\\_article=24341](http://www.diplomatie.gouv.fr/fr/article-imprim.php3?id_article=24341)>.

151. Jean-Guy Belley, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle » dans Andrée Lajoie et al., *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité* (Montréal-Bruxelles : Éditions Thémis-Bruylant, 1998) 57–68 à la p. 64.

152. Karim Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », (2002) 8:1 *Lex Electronica*, <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>> [Benyekhlef, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés »].

153. Mireille Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx01.htm>> [Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits »].

154. Jean-Guy Belley, « Le contrat comme vecteur du pluralisme juridique » dans Philippe Gerard, François Ost, Michel van de Kerchove (dir.), *Droit négocié, droit imposé?* (Bruxelles : Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1996) 353–391.

155. Yves Poulet, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique » (2000) 5 *Revue Ubiquité* 55.

156. François Ost et Michel van de Kerchove, *Jalons pour une théorie critique du droit* (Bruxelles : Facultés Universitaires Saint Louis, 1987) aux pp. 270–314. Les auteurs développent ces critères relativement à la validité d'un ordre juridique. Seul le raisonnement est retenu.

### 3.2.2.1. Le critère de légitimité

La légitimité des auteurs de la norme est un élément essentiel à la légitimation des instruments d'autorégulation. Leur légitimité « repose sur le mode ouvert et participatif de leur élaboration et la représentativité des " associations " qui en sont à l'origine »<sup>157</sup>. Les producteurs de normes alternatives doivent faire preuve de transparence et faire en sorte à ce que tous les intérêts en jeu soient pris en considération (le fait, par exemple, de faire participer les organisations de consommateurs à l'élaboration de la norme). La représentativité des associations professionnelles est tributaire du pouvoir dont elles disposent et du degré d'organisation du secteur d'activité. Elles doivent veiller à ce que tous leurs adhérents respectent leurs normes et que ce respect soit une condition pour être membre de l'association.

Quant au contenu de ces normes, la légitimité de la norme alternative dépend du consensus dont elle est entourée lors de son élaboration. Celle-ci doit être transparente et prendre en considération tous les intérêts en présence pour ne pas conduire à une norme faible. Enfin, sa rédaction doit être claire et sans ambiguïté dans le sens qu'opérateurs du commerce électronique et consommateurs puissent en comprendre aisément la portée.

### 3.2.2.2. Le critère de conformité

La conformité du contenu de la norme alternative s'entend comme le respect de normes juridiques supérieures, tel un texte national ou international sans la possibilité de s'y soustraire. Idéalement, l'outil d'autorégulation doit être élaboré en fonction de ces normes supérieures et « c'est à ce niveau que s'inscrit la marge de manœuvre de l'autorégulation »<sup>158</sup>.

La norme alternative doit respecter l'ordre public étatique et ne pas constituer un abus de droit<sup>159</sup>. Les autorités nationales ou les organisations internationales pourraient mettre en place des autorités ou organismes chargés de contrôler les normes alternatives du commerce électronique « en vérifiant leur conformité aux grands principes juridiques – dans leur contenu comme dans leur processus de production – et de donner ensuite leur approbation »<sup>160</sup>. Par ailleurs, la norme alternative doit être conforme à l'intérêt général, c'est-à-dire ne pas traduire l'intérêt des seuls auteurs de la norme au détriment de ses destinataires ou des tiers concernés. Enfin, elle doit faire l'objet d'évaluations et de révisions périodiques pour s'assurer qu'elle correspond à l'objectif pour lequel elle a été d'abord élaborée.

---

157. Christophe Lazaro, « Synthèse des débats » dans Jacques Berleur, Christophe Lazaro et Robert Queck (dir.), *Gouvernance de la société de l'information* (Bruxelles : Éditions Bruylant, 2002) à la p. 165.

158. *Ibid.* à la p. 166.

159. Yves Poulet, « Quelques considérations sur le droit du cyberspace » dans Teresa Fuentes-Camacho (dir.), *Les dimensions internationales du droit du cyberspace* (Paris : Éditions UNESCO-Économica, 2000) 185-233, <<http://www.kbr.be/~capas/Rapports/SocietelInformation/FIbS.htm>>.

160. Coipel, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », *supra* note 79 à la p. 76.

### 3.2.2.3. Le critère d'effectivité

L'effectivité de la norme alternative est le critère le plus difficile à aller chercher, du fait de l'absence de caractère contraignant au sens traditionnel. Elle est fonction, d'un côté, de la transparence de la norme et de l'information donnée à ses destinataires de son existence et, de l'autre côté, des modes de contrôle de son respect et des sanctions prévues dans le cas contraire<sup>161</sup>. Ainsi, la communication sur l'existence de la norme à destination des consommateurs et des tiers est un élément essentiel. Elle doit permettre un accès facile aux informations sur les commerçants électroniques. Ces derniers doivent aussi être conscients du fait que le respect de ces normes détermine leurs obligations envers les consommateurs.

Par ailleurs, les procédures d'identification du manquement à ces normes doivent être équitables et prévoir un mode de résolution de conflits<sup>162</sup> applicable et efficace pour les transactions transfrontalières. Le procédé doit être transparent, proportionnel et consistant car « l'absence de formalisme qui accompagne le plus souvent les nouvelles formes de régulation des conflits peut aboutir à méconnaître certains droits fondamentaux »<sup>163</sup>. Enfin, la sanction doit avoir du sens, être proportionnelle et constituer une contrainte suffisante pour les opérateurs qui la transgressent. Celle-ci peut prendre plusieurs formes : un avertissement, une publicité négative ou encore une amende.

\*

## 4. CONCLUSION

LA SOCIÉTÉ DE L'INFORMATION A ÉVOLUÉ, et après l'éclatement de la bulle internet<sup>164</sup> il y a quelques années déjà, se reconstruit progressivement autour de règles et de normes alternatives complémentaires. On réalise enfin que l'internet est un instrument puissant pour faire du commerce ; un instrument qui doit être appréhendé avec les mêmes restrictions et limites que les activités hors ligne. La régulation étatique doit subsister en s'internationalisant mais surtout en apprenant à coexister avec l'autorégulation par les opérateurs du commerce électronique.

Résultat de la procéduralisation du droit, l'État devient réflexif et incite les opérateurs du commerce électronique à définir eux-mêmes les règles les concernant. Ce modèle d'analyse fait une place de choix à l'autonomie privée. Ainsi, « [r]enonçant quasi totalement à définir a priori les normes substantielles, les pouvoirs publics se contentent de fixer le cadre procédural d'une discussion conduite par les groupements intéressés eux-mêmes »<sup>165</sup>. L'État met de côté le contrôle direct et se fait réflexif ou procédural dans le sens qu'il fixe les objectifs généraux laissant aux acteurs de l'internet marchand la possibilité de déterminer

161. Yves Poulet, *Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation, » une nouvelle approche?* (27 mai 2004), <[http://www.droit-technologie.org/dossiers/coregulation\\_SMSI.pdf](http://www.droit-technologie.org/dossiers/coregulation_SMSI.pdf)>.

162. Karim Benyekhlef et Fabien Gelinat, *Le règlement en ligne des conflits : Enjeux de la cyberjustice* (Paris : Éditions Romillat, 2003).

163. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », *supra* note 153.

164. Roland Trique, *Le jargon français – dictionnaire informatique : définition de Bulle Internet*, <[http://www.linux-france.org/prj/jargonf/B/Bulle\\_Internet.html](http://www.linux-france.org/prj/jargonf/B/Bulle_Internet.html)>.

165. François Ost et Michel Van De Kerchove, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit* (Bruxelles : Publications des Facultés Universitaires Saint-Louis, 2002) à la p. 110.

leurs normes. L'État réflexif<sup>166</sup> tient compte des réactions des destinataires de ses normes et agit « soit en réduisant par la négociation ses capacités hétéronormatives théoriques, soit en respectant les facultés d'autoorganisation des groupes qu'il cherche à diriger »<sup>167</sup>.

L'État traduit sa régulation dans un « droit pragmatique, sous-tendu par une préoccupation d'efficacité qui modifie en profondeur la conception traditionnelle de la normativité : à la rigidité fait place la souplesse et à la stabilité l'adaptabilité »<sup>168</sup>. La collaboration entre l'État et les producteurs de normes alternatives permet la rencontre de leurs régulations et opère, de ce fait, un couplage entre les deux circuits de production de normes. La régulation se développe alors dans un nouvel espace, « non-euclidien conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes. »<sup>169</sup>. Dans ce cadre, l'État agit moins avec des règles précises et a plus recours à des principes directeurs, des standards ou encore à des normes à contenu variable. Ces normes imposent aux opérateurs privés la transparence conçue comme « le mode procédural de contrôle des pouvoirs. »<sup>170</sup>. L'État se transforme en « définisseur de seuils de risques et de responsabilités »<sup>171</sup> en ce sens qu'il impose des minima incompressibles pouvant servir de base à l'élaboration de normativités privées. Ces derniers correspondent à une vision moins impérative du droit et s'articulent donc mieux avec les manifestations de régulation alternative. Le défi est de « parvenir à un système métissé de droits et de normes, dans un monde où chaque société politique conserve son propre système juridique, des lois de Manou aux codes Napoléoniens »<sup>172</sup>.

La corégulation a ainsi de nombreux avantages : rapidité dans l'établissement des règles, liberté de choix dans les instruments normatifs et allègement des procédures. Elle reste, de ce fait même, une des voies de réflexion les plus intéressantes pour le développement d'un cadre juridique efficace pour le commerce électronique. Pourtant, il est certain que les normes alternatives n'ont leur place dans la régulation du commerce électronique que si elles sont valides et participent dans ce sens à une meilleure sécurité juridique. Dans un secteur où le pragmatisme et l'efficacité guident les comportements, il faut veiller à ce que le développement de ces normes dépasse le caractère purement utilitariste. La validité de la norme alternative dépend alors du consensus dont elle est entourée lors de son élaboration et de sa capacité à produire les résultats escomptés lors de son application.

Soulignons pour finir que si la nécessité des normes alternatives peut être discutée, leur utilité est indéniable. Elles se présentent à ce titre comme

166. Gunther Teubner, *Droit et réflexivité, l'autoréférence en droit et dans l'organisation* (Paris-Bruxelles : Story-LGDJ, 1994).

167. Morand, *Le droit néo moderne des politiques publiques*, supra note 67, à la p. 128.

168. Chevallier, « Vers un droit post-moderne? », supra note 35 à la p. 677.

169. Delmas-Marty, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », supra note 153.

170. Jean-Marie Chevalier et al., *Internet et nos fondamentaux* (Paris : PUF, 2000) à la p. 54.

171. Pierre Trudel, « Le droit de l'Internet au Canada » dans *L'Internet et le droit : Droit Français, européen et comparé de l'Internet* (Paris : Victoires éditions, 2001) 157-178, <<http://droit-internet-2000.univ-paris1.fr/dossier4/Pierre-Trudel.doc>> à la p. 165 [Trudel, « Le droit de l'Internet au Canada » avec renvois au site web de l'Université PARIS-I].

172. Richard Delmas, « Internet et la règle : une gouvernance faible » dans Hervé Fisher (dir.), *Les défis du cybermonde* (Ste-Foy : Les presses de l'Université Laval, 2003) 45-50 à la p. 49.

une perspective de renouveau du droit, de ses sources et de ses méthodes. Ces normes présentent un instrument de réflexion sur l'avenir du droit qui se trace. Elles montrent des positions foisonnantes et ravivent des idées parfois polémiques. En somme, elles soulèvent un débat vif et passionné.