

Droit souple et commerce électronique

MINATA SARR

Doctorante aux Universités Montpellier I et Gaston Berger de Saint-Louis (Sénégal)

« Les temps changent. Au commencement, le juriste voyait dans l'internet la “ mort du droit ”. Aujourd'hui, internet apporte sa signature à un renouvellement du droit ».

Lê-My Duong, 2010¹

Jadis destinés à un cercle d'initiés, les réseaux numériques sont devenus incontournables et occupent une place prépondérante dans notre quotidien. Avec leur ouverture au grand public, ils ont pu apparaître comme un espace de liberté et d'indépendance dans lequel la « règle d'or de l'éthique » suffirait pour gouverner les comportements². L'accroissement du nombre d'utilisateurs s'est alors accompagné d'une ruée des investisseurs qui y voient de réelles opportunités d'affaires. Des acteurs exercent ainsi le commerce électronique qui peut être défini comme « l'activité économique par laquelle une personne propose ou assure à distance et par voie électronique la fourniture de biens ou la prestation de services »³. Il présente autant d'enjeux économiques, politiques et juridiques et pose de réels défis au droit. L'accès aux contenus est le même partout et pour tous ; « un message internet est virtuellement tout aussi présent à Paris, à Tokyo ou à Buenos Aires, et a priori la France, le Japon ou l'Argentine sont tout aussi légitimement fondés à intervenir »⁴. Du fait de l'ubiquité du réseau, la

¹ L.-M. DUONG, « Les sources du droit de l'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 783.

² J. P. BARLOW, *Déclaration d'indépendance du cyberspace*, lue à Davos, Suisse, le 8 février 1996.

³ Article 14 de la Loi n° 575-2004 du 21 juin 2004 *sur la confiance dans l'économie numérique* (dite LCEN), *JORF* n° 143 du 22 juin 2004, p. 11168.

⁴ M. VIVANT, « Internet », *Répertoire de droit international*, Paris, Dalloz, décembre 2011.

réglementation des activités sur les réseaux numériques, principalement sur Internet, a très vite été une préoccupation en droit national, communautaire et international. L'un des objectifs de la directive européenne 2000/31/CE du 08 juin 2000⁵ a ainsi été « d'assurer un niveau élevé d'intégration juridique communautaire afin d'établir un réel espace sans frontières intérieures pour les services de la société de l'information ». Elle a été transposée dans les pays membres notamment en France, par la loi 2004-575 du 21 juin 2004 pour la confiance dans l'économie numérique⁶. La spécificité des réseaux numériques rend toutefois difficile voire impossible, une réglementation exclusive des transactions électroniques par les pouvoirs publics. D'abord, les réseaux numériques évoluent très rapidement, ce qui entache l'efficacité des normes étatiques caractérisées en amont par un processus d'élaboration long et en aval, par leur nature relativement figée. Ensuite, les règles étatiques se heurtent au commerce électronique international qui met en scène des parties établies sur des territoires différents, ce qui peut être à l'origine de conflits de lois dans l'espace. Aussi, en droit international, un consensus ne peut-il pas être trouvé pour déterminer l'ensemble des règles applicables au commerce électronique⁷.

Longtemps utilisé dans d'autres branches du droit⁸, le *droit souple* ou *soft law* apparaît comme « une nouvelle forme de régulation sociale aux côtés des normes traditionnelles issues de l'institution étatique »⁹, dont les acteurs du commerce électronique ne manquent pas de se saisir pour compléter l'œuvre législative. Le droit souple est composé de règles hétérogènes qui ne font pas l'objet d'une délimitation précise et qui se distinguent principalement par leur caractère non contraignant. En droit international public, le droit souple constitue un moyen de régulation utilisé par les États pour parvenir à un compromis sur un certain mode de gouvernance. La loi type de la CNUDCI¹⁰ sur le commerce électronique¹¹ a ainsi été

⁵ Directive 2000/31/CE du 08 juin 2000, *JOCE* n° L 178 du 17 juillet 2000, p. 1.

⁶ Loi n° 2004-575 du 21 juin 2004, *op. cit.*, p. 11168.

⁷ Il existe toutefois diverses tentatives d'unification et d'harmonisation législatives à travers notamment les travaux d'UNIDROIT. Ces tentatives ne trouvent pas toutefois, l'adhésion de tous les États.

⁸ Voir P.-M. DUPUY, « Soft law and the international law of the environment », *Michigan Journal of International Law*, n° 12, 1991, p. 420.

⁹ I. DUPLESSIS, « Le vertige et la soft law. Réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007 (Hors-série), p. 246.

¹⁰ Commission des Nations Unies pour le Droit Commercial International.

¹¹ Loi-type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation avec l'article 5 bis tel qu'ajouté en 1998 :

http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts/electronic_commerce/1996Model.html

Cette loi type est le fruit d'une négociation de 60 représentants des États membres élus par l'ONU pour 6 ans. Elle est destinée aux législateurs des États membres à qui la commission recommande, à travers sa résolution n° 51/162 de l'Assemblée Générale du 16 décembre 1996, de prendre « en considération la loi

élaborée en 1996 pour servir de guide aux États membres dans la production de règles applicables au commerce électronique. Riches de leurs systèmes juridiques différents, les membres de la CNUDCI ont permis l'édiction de normes souples tendant à favoriser les relations commerciales entre États membres par le rapprochement des systèmes juridiques. Ces normes souples du droit international public servent de préceptes aussi bien aux États qu'aux acteurs privés dans leur démarche d'autorégulation.

À côté du droit souple interétatique, se développe un droit souple issu des acteurs privés qui se dotent de normes privées pour organiser leurs relations entre eux. Ces normes privées, en plus de leur caractère non contraignant, se distinguent également par leur origine extra étatique et la négociation qui conduit à leur élaboration¹². Plusieurs types de textes se glissent sous le vocable parmi lesquels les chartes, codes de conduites, guides de bonnes pratiques... Ces appellations ne renseignent pas toutefois sur leur contenu et ne se distinguent pas non plus aisément entre elles. Les différentes définitions des codes de conduites illustrent bien le propos. Selon un auteur, ils se définissent comme « des règles déontologiques privées élaborées par les acteurs concernés dans un secteur précis, des règles d'autodiscipline fondées sur des engagements volontaires »¹³. Gérard Farjat quant à lui, définit ces codes de conduites comme « un ensemble de recommandations qui sont élaborées progressivement et qui peuvent être révisées lorsque l'expérience ou les circonstances le justifient »¹⁴. Ces définitions se complètent et résument les différents caractères des normes privées. En effet, l'origine privée, le caractère volontaire et la flexibilité de leur contenu qui permet de s'adapter aux évolutions technologiques, sont transposables à l'ensemble de ces normes. Dès lors, peu importe la dénomination qui leur est donnée, les normes privées renvoient à un ensemble de règles qui répondent à ces critères. Ainsi, il s'agit plus d'une hétérogénéité substantielle. Les initiateurs de ces normes « usent de nombreuses stratégies ou de moyens utiles pour parvenir à imposer des comportements »¹⁵. Pascale Deumier précise d'ailleurs que « le contenu des codes de conduites révèle une mosaïque complexe, qui assemble éthique et

type lorsqu'ils promulguent des lois ou révisent leur législation, compte tenu de la nécessité d'assurer l'uniformité du droit applicable aux moyens autres que les documents papier pour communiquer et conserver l'information ».

¹² Il est nécessaire de nuancer le propos relatif au caractère négocié des normes privées puisqu'en droit international public, toutes les normes sont issues d'une négociation entre les États.

¹³ A. DEBET, « Les chartes et autres usages du droit de l'Internet », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2008, p. 40.

¹⁴ G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in B. GOLDMAN (Études offertes à), *Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982, p. 47.

¹⁵ Ph. AMBLARD, *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 11.

juridique, déclaratoire et normatif»¹⁶. Le recours au droit souple par les acteurs privés est souvent motivé par le besoin de règles flexibles et facilement compréhensibles par leurs destinataires ; il permet également d'éviter le long processus d'élaboration des règles étatiques.

Par ailleurs, au-delà de l'argument marketing¹⁷ qui fonde les démarches d'autorégulation, les normes privées témoignent de l'« échec de la loi »¹⁸ dans l'encadrement des activités humaines. Le droit souple, serait-il un instrument de régulation du commerce électronique ? Un moyen d'auto responsabilisation des acteurs ? Ce mode de régulation horizontale, que d'aucuns présentent comme une rupture avec le modèle kelsénien, introduirait une révision des techniques classiques d'élaboration de la règle de droit (I). Ces règles privées posent néanmoins le problème de leur réception par le droit, leur articulation dans le corpus juridique. Pour autant, la juridicité de ces normes privées ne peut être facilement remise en cause (II).

I – UNE REMISE EN CAUSE DE L'HÉGÉMONIE ÉTATIQUE

Dans les systèmes juridiques traditionnels, l'État dispose du monopole de l'élaboration de la règle de droit. Pourtant, les transactions électroniques entravent d'une certaine manière ce monopole (1). Ces insuffisances de la réglementation étatique s'accompagnent d'un renouvellement du droit qui tient sa source de l'implication des acteurs dans l'élaboration de la règle qui leur est applicable (2).

1) *Les limites de la réglementation du commerce électronique*

Les réseaux numériques, outils par lesquels s'exerce l'activité de commerce électronique, présentent un caractère ouvert, évoluent très rapidement et permettent un développement exponentiel des techniques offertes aux acteurs. Avec leur utilisation grandissante qui a révélé des problèmes de sécurité des personnes privées mais également des États, ceux-ci ont tenté d'apporter des solutions juridiques, entre

¹⁶ P. DEUMIER, « Chartes et codes de conduites des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, Circ ; DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnel et au règlement intérieur », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 77.

¹⁷ Cet argument est généralement avancé pour justifier le recours aux normes privées. Il serait faux de nier l'existence d'un aspect marketing puisqu'il est normal que ces acteurs tirent un profit dans leur démarche, mais l'objectif des normes privées ne saurait se limiter à cela. Voir G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privées », *op. cit.*, p. 52.

¹⁸ C. CORGAS-BERNARD, « Les règles de bonnes pratiques », in M. BEHAR-TOUCHAIS *et alii* (dir), *Les mutations de la norme*, Paris, Économica, 2011, p. 73.

autres mesures¹⁹. En France, la réglementation des réseaux numériques a subi une double influence. Dans sa volonté d'harmoniser les législations et de se doter d'un cadre juridique favorable au développement des échanges numériques entre les différents États membres, l'Union Européenne a élaboré des directives communautaires parmi lesquelles, celle n° 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique²⁰ et la directive 2000/31/CE du 08 juin 2000 sur le commerce électronique²¹. Aussi, la réglementation par la France des réseaux numériques s'est-elle imposée du fait de l'influence jurisprudentielle. En effet, les tribunaux français ont eu à connaître de litiges qui ont montré l'urgence d'une réglementation de ces réseaux numériques. À travers l'adoption progressive de lois fondées sur le principe de la neutralité technologique, la France a pu ainsi, se doter d'un cadre juridique applicable aux réseaux numériques afin de garantir la confiance et la sécurité des transactions électroniques.

Toutefois, des obstacles se heurtent aux objectifs du législateur. Les règles de droit provenant de la réglementation étatique présentent en effet plusieurs caractères qui ne s'accrochent pas facilement des réseaux numériques. Le commerce électronique s'effectue dans un marché qui ne répond à aucune frontière tangible et est exercé par des acteurs ayant des traditions juridiques différentes. Les règles de droit national et international ne suffisent pas à régir les relations qui se tissent sur les réseaux numériques. Philippe Amblard affirmait que « la réglementation étatique renvoie à un modèle territorial du droit, alors que l'Internet se caractérise par son architecture internationale et décentralisée. La nature même de l'Internet contredit la logique étatique »²². Dans le même sens, Olivier Cachard nous renseigne sur le fait que des auteurs nord-américains « prennent appui sur la dématérialisation des échanges et sur l'altération de la perception de l'espace pour contester l'adaptation des règles de rattachement »²³. En effet, bien qu'il existe un commerce électronique de « proximité »²⁴, le commerce électronique international occupe une grande place dans les transactions électroniques. Il concerne généralement les relations entre

¹⁹ Voir sur le contrôle de l'Internet par les États : J. GOLDSMITH et T. WU, *Who Controls the Internet? Illusions of a Borderless World*, Oxford, Oxford University Press, April 2006.

²⁰ Directive 1999/93/CE du 13 décembre 1999 sur la signature électronique, *JOCE* L 13 du 19 janvier 2000, p. 12.

²¹ Directive 2000/31/CE, *op. cit.*

²² Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op. cit.*, p. 45.

²³ Sur l'existence d'un marché électronique, voir O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, p. 5.

²⁴ Nous empruntons ce terme au professeur Michel Vivant qui l'utilise pour désigner le commerce électronique « national », qui ne présente aucune internationalité. Voir M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 674.

professionnels qui concluent des contrats internationaux par voie électronique. Avec l'ubiquité du réseau, il peut également arriver que, sans même s'en rendre compte, des consommateurs s'engagent dans un contrat présentant des éléments d'extranéité. La divergence des législations n'est, dans ce cas, pas favorable au commerce électronique à cause des risques de conflits de lois. En témoigne l'affaire Yahoo²⁵ qui illustre parfaitement la nature des difficultés auxquelles il faut faire face dans le cadre du commerce électronique transfrontière. Yves Pouillet écrivait à ce propos que « si les règles de droit international privé permettent encore aux tribunaux d'affirmer la prééminence des lois nationales, les solutions prônées peuvent être combattues par des juridictions étrangères et en toute hypothèse, la décision se heurtera à l'impossibilité d'en assurer l'application dans le cadre d'un réseau sans frontières »²⁶. Ces réalités montrent la difficulté d'appréhender le réseau dans le cadre d'une réglementation globale. Internet n'est pas un réseau centralisé ce qui rend impossible toute tentative de sécurisation globale²⁷.

Aussi, malgré le choix de la neutralité technologique, la technicité liée à la nature même des technologies de l'information et de la communication impose aux États d'associer les acteurs de ce secteur à l'édiction des règles juridiques adaptées. En France, les autorités étatiques l'ont très tôt compris. Lionel Jospin, alors premier ministre, affirmait à Hourtin (Gironde) « quelle que soit son importance, il serait illusoire de tout attendre de l'intervention publique. L'État n'a pas vocation à se substituer aux autres acteurs de la société de l'information : particuliers, entreprises et collectivités territoriales »²⁸. En 1998, le Conseil d'État encourageait également la corégulation. Il relevait en ce sens que « la protection législative et réglementaire ne saurait à elle seule permettre d'aboutir à une situation satisfaisante. Il importe d'associer les professionnels, en particulier les entreprises de vente à distance, à la mise en place d'instruments garantissant le respect effectif des droits du consommateur »²⁹. Cette main tendue de l'État a été bien accueillie du côté des acteurs qui disposent de plus de latitude dans l'élaboration des normes de régulation des activités en ligne. Magali Lanord Farinelli relève à ce titre que « les mesures

²⁵ La société Yahoo Inc. localisée aux États-Unis rendait accessible aux internautes français des sites de vente aux enchères d'objets nazis alors qu'une telle vente – autorisée aux États-Unis au nom de la liberté d'expression protégée par le 1^{er} amendement de la Constitution américaine – contrevenait à la législation pénale française (l'article R. 645-1 du code pénal). Voir TGI Paris, Ordonnances de Référé du 22 mai 2000, 11 août 2000 et 20 novembre 2000, *UE7F et LICRA c/ Yahoo Inc* : www.legalis.net

²⁶ Y. POULLET, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », *Lex Electronica*, vol. 10, n° 3, 2006 : <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/pouillet.htm>

²⁷ Voir en ce sens : H. CROZE, « Internet : vers un droit et une déontologie internationale ? », *Gazette du Palais*, 2001, doct. 578.

²⁸ Discours de Lionel Jospin prononcé à Hourtin (Gironde) le 25 août 1997 : www.admiroutes.asso.fr

²⁹ Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation Française, 1998, p. 69 et s.

réglementaires instaurées de manière unilatérale par la puissance publique, sans concertation ou négociation avec les citoyens, souffrent de maux importants. Les lenteurs, les blocages juridiques et sociétaux induits, le manque d'adaptabilité, expliquent la nécessité de recourir à de nouveaux modes d'élaboration des normes juridiques »³⁰. L'implication des acteurs intervenants sur ces réseaux numériques s'avèrent ainsi indispensable pour une régulation efficace des transactions électroniques. L'existence de normes privées se justifie alors pleinement dans le commerce électronique.

Concurremment aux textes internationaux ou communautaires qui tendent à uniformiser les législations des différents États, les normes privées constituent un moyen pour y parvenir. En plus de leur flexibilité, ces normes privées suscitent l'adhésion directe et volontaire des acteurs indépendamment de leur État de résidence ou leur nationalité. Elles peuvent ainsi favoriser une uniformisation des législations, nécessaire au développement des affaires. Aussi, ces normes énoncent-elles parfois des règles de valeur morale universellement reconnues, ce qui leur permet de recueillir l'adhésion du plus grand nombre. En effet, comme le souligne justement Lê-My Duong, « l'un des problèmes majeurs d'internet réside dans les difficultés à faire appliquer la règle au plan national et international car, dans le domaine très technique et particulièrement évolutif d'internet, la norme ne peut se réaliser que par son acceptation sociale »³¹. Des normes privées formulant des règles fondamentales à travers lesquelles la communauté des internautes peut s'identifier, permettent ainsi de moraliser les comportements et d'atteindre l'ensemble des utilisateurs du réseau qui sont de potentiels acteurs du commerce électronique. Les normes privées présentent alors des avantages qui permettent de contourner les contraintes législatives et de combler ses limites. D'ailleurs, ce phénomène présente une certaine irrésistibilité dans ce monde globalisé et du fait de l'incitation des autorités internationales à travers leurs chartes et recommandations.

2) *La négociation comme nouveau mode de gouvernance du commerce électronique*

Le recours aux normes privées pour réguler des activités présentant une certaine technicité n'est pas nouveau³². Leur mutation profonde les rend néanmoins complémentaire voire concurrente à la norme étatique. Elles placent la négociation au cœur de la gouvernance de l'Internet en général et du commerce électronique en

³⁰ M. LANORD FARINELLI, « La norme technique : une source du droit légitime ? », *RFDA*, 2005, p 738.

³¹ L.-M. DUONG, « Les sources du droit de l'internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *op. cit.*

³² Avec l'informatique, les opérateurs privés avaient coutume d'utiliser des normes techniques pour uniformiser les comportements sur le réseau. Toutefois, celles-ci restaient marginales en ce sens qu'elles n'étaient destinées qu'aux utilisateurs de ce réseau restreint et n'avaient aucune portée juridique.

particulier, d'où leur importance. Cette négociation de la norme (a) tend à assurer une régulation efficace du commerce électronique (b).

a) L'émergence d'un droit négocié

Les normes privées s'identifient principalement par le fait que les acteurs qui y recourent adoptent une démarche volontaire ce qui leur confère selon certains auteurs la qualification de droit spontané³³. *A priori*, ils s'astreignent volontairement au respect des normes qu'ils édictent. Toutefois, ce caractère présumé volontaire est parfois contrebalancé par le fait que le recours à ces normes privées peut être la conséquence d'une pression exercée par une communauté d'acteurs avec qui on est plus ou moins dans une situation de dépendance. Il peut également provenir d'une initiative des pouvoirs publics qui l'encouragent pour contourner les contraintes de la voie législative qui « 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 »³⁴. Selon Célia Zolynski, c'est la méthode du dialogue entre les parties prenantes qui « consiste pour l'autorité publique à rassembler un groupe représentatif d'organismes privés afin de discuter de leurs problèmes concrets, d'améliorer la compréhension mutuelle des intérêts respectifs des milieux et d'aboutir ainsi, à l'adoption d'engagements réciproques. Cette méthode est privilégiée dans des secteurs marqués par de rapides mutations technologiques et économiques, en ce qu'elle permet de produire une norme flexible, construite et évoluant quasiment en temps réel »³⁵.

Ces négociations ne conduisent pas exclusivement à l'adoption de normes privées. Elles peuvent constituer une étape dans l'élaboration de la règle de droit à travers des expertises sollicitées par les pouvoirs publics. L'expertise est, en effet, la principale technique utilisée par l'État pour associer les acteurs privés à l'élaboration de la règle de droit. Par cette voie, les experts interviennent dans le processus d'élaboration de la règle de droit en aidant ses auteurs à mieux prendre en compte les spécificités techniques pour obtenir des normes plus efficaces. Ainsi, les expertises jouent un rôle dans le processus légistique en garantissant l'élaboration de règles adaptées. Les expertises se distinguent toutefois des normes privées, dans la mesure où elles sont une étape parmi tant d'autres du processus d'élaboration de la loi alors

³³ C. THIBIERGE, « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », *Mélanges en l'honneur de Philippe Jestaz. Livres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, p. 520.

³⁴ K. SEFFAR et K. BENYKHLEF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *University of Ottawa law and technology journal*, p. 370 : <http://www.uoltj.ca/articles/vol3.2/2006.3.2.uoltj.Seffar.353-384.pdf>

³⁵ C. ZOLYNSKI, « Questions de légistique soulevées par la construction de la norme à l'aune du renouvellement des sources du droit », M. BEHAR-TOUCHAIS *et alii.* (dir), *Les mutations de la norme, op. cit.*, p. 51.

que les normes privées sont distinctes de celle-ci. Ainsi, les normes privées sont des normes autonomes qui complètent la règle de droit.

L'élaboration des normes privées fait toujours l'objet d'une négociation qui conduit à l'édiction de règles par des professionnels qui les rendent applicables dans leurs relations avec des tiers ou avec leurs pairs. L'intérêt de telles négociations est l'existence de normes qui engagent ses initiateurs à respecter des règles tendant à favoriser la transparence et la confiance dans le but de développer leurs activités. Comme le souligne très justement Philippe Amblard, ces acteurs privés « soucieux de bénéficier d'un contexte normatif favorable à leurs activités sur le réseau, assurent la sécurité juridique du réseau par une meilleure prévisibilité de la norme. D'une part, les règles de conduite présentent l'avantage de la simplicité des processus d'élaboration... D'autre part, pratiques et flexibles, elles s'adaptent aux contextes complexes de l'Internet car elles reposent sur l'activité d'acteurs maîtrisant réellement le réseau. Il s'agit d'acteurs techniques, académiques, associatifs ou marchands »³⁶. Ces acteurs, composés pour l'essentiel de professionnels du secteur concerné, constituent la frange constante de la négociation des normes privées qui peuvent faire intervenir toutefois d'autres acteurs tels les acteurs étatiques, les associations de consommateurs... D'ailleurs, ces normes privées doivent tenir compte de tous les intérêts en présence, particulièrement ceux des consommateurs. Elles ne doivent pas exclusivement servir les intérêts des acteurs privés, mais doivent prendre en compte l'intérêt général. La représentation des intérêts de toutes les parties prenantes confère à la norme négociée une plus grande légitimité. C'est pourquoi un auteur soutient que « dans le modèle en réseau, la recherche d'un consensus dans l'élaboration de la règle est le signe que la valeur juridique d'un texte dépend de sa légitimité substantielle, qui conditionne son effectivité, et non sa validité formelle »³⁷. De la même manière, l'engagement du plus grand nombre au respect des règles contenues dans ces normes privées garantit leur efficacité.

Avec ces normes privées, le droit ne se conçoit plus uniquement de manière verticale comme émanant du législateur, il s'y ajoute un droit souple, produit de la négociation de plusieurs parties prenantes. Ce droit négocié fait ainsi appel au concept de réseaux³⁸ qui « permet alors d'encadrer les rapports entre réseaux juridiques et entre les ensembles normatifs simultanément applicables de manière

³⁶ PH. AMBLARD, *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op. cit.*, p. 16.

³⁷ L-M. DUONG, « Les sources du droit de l'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *op. cit.*, p. 783.

³⁸ Voir en ce sens L-M. DUONG, *Ibidem*, p. 783 et F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires de Saint Louis, 2002, pp. 23 et s.

souple, évolutive, réursive et faiblement hiérarchisée »³⁹. Toutefois, leur existence dans l'arsenal juridique n'est possible que parce que les normes étatiques les tolèrent, ne les interdisent pas. Michel Vivant nous fait remarquer à ce propos que « l'autorégulation ne peut légitimement et efficacement s'installer que dans les « interstices de liberté » que laisse subsister un droit contraignant... »⁴⁰. C'est dire que les normes étatiques demeurent les normes supérieures et assurent l'équilibre d'un système juridique. Ainsi, les normes privées constitueraient des règles alternatives qui n'en remettent pas pour autant en cause la supériorité. De l'avis de Nathalie Martial-Braz « ce phénomène n'est pas préjudiciable au droit. Il lui offre peut être une renaissance bienvenue, un bain de jouvence duquel ses sources sortiront régénérées et renforcées »⁴¹. Ce droit négocié serait ainsi une aubaine pour la régulation du commerce électronique.

b) La régulation du commerce électronique par le droit souple

Au plan international, de nombreuses organisations recommandent le recours au droit souple. Les lignes directrices de l'OCDE⁴² pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique⁴³ axent leurs recommandations sur la loyauté et la bonne foi dans les pratiques commerciales. Ce texte s'applique exclusivement au commerce électronique entre professionnels et consommateurs et visent aussi bien les États, les associations de professionnels, les groupements de consommateurs, les organismes d'autorégulation, les entreprises et les consommateurs pris individuellement, chacun dans sa sphère de compétence.

En droit interne, le droit souple participe à la réalisation des objectifs du législateur. En effet, la production législative à outrance complexifie le système juridique et la compréhension de leur contenu en est entachée⁴⁴. À cela s'ajoute la répartition disparate des règles applicables⁴⁵. Avec le droit souple, les acteurs

³⁹ K. SEFFAR et K. BENYKHELF, « Commerce électronique et normativités alternatives », *op. cit.*, p. 366.

⁴⁰ M. VIVANT, « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gazette du Palais*, n° 2, 1997, p. 1503.

⁴¹ N. MARTIAL-BRAZ, « Propos Introductifs », in M. BEHAR-TOUCHAIS *et alii* (dir), *Les mutations de la norme*, *op. cit.*, p. 1.

⁴² Organisation de Coopération et de Développement économique.

⁴³ <http://www.oecd.org/dataoecd/17/59/34023530.pdf>

⁴⁴ Voir la dénonciation de la complexité du droit que fait Nicolas Molfessis : « si le droit est substantiellement complexe, c'est parce qu'il serait formellement déréglé... Trop de droit implique un mauvais droit, un droit incohérent, incompréhensible, inapplicable ou inappliqué », in N. MOLFESSIS, « Simplification du droit et déclin de la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 156.

⁴⁵ Exemple peut être tiré de la répartition par le législateur français des règles applicables en matière de vente à distance. Les règles de bases prévues par les articles 1582 et suivants du code civil s'appliquent concurremment à celles codifiées dans le code de la consommation. Pour ces dernières, il faut également

assurent une « codification privée » d'un ensemble de règles légales. Sans en ajouter ni en retrancher, ils simplifient les règles de droit pour permettre leur effectivité. Poursuivant cet objectif, le guide de bonnes pratiques relatif à la distribution de produits électriques et électroniques sur Internet⁴⁶ fournit aux acteurs concernés les informations nécessaires à la mise en œuvre de leurs obligations et formule des recommandations dans le domaine de la distribution des produits électriques et électroniques. Il est d'ailleurs précisé dans son préambule qu'il « vise à informer les entreprises dans la mise en œuvre de leurs obligations respectives et s'attache à formuler des recommandations dans les domaines envisagés ». Le guide reprend ainsi l'ensemble des obligations du distributeur applicables en droit positif français en matière de vente à distance et ne présente dès lors aucune difficulté d'application. Son contenu se confond avec les dispositions de la loi applicable en la matière. Cette norme privée assure une diffusion du droit en permettant au professionnel de connaître les règles qui leurs sont applicables et assure une meilleure organisation de leur activité. C'est ainsi que, faisant référence aux principes Unidroit relatifs au droit du commerce international, Jean-Paul Béraudo affirmait que « le premier avantage des principes d'Unidroit sera de rendre accessible la connaissance du droit des contrats internationaux à des non-spécialistes »⁴⁷.

Par ailleurs, cette régulation par le droit souple peut être suggérée par le législateur. Une norme d'origine étatique peut expressément renvoyer aux acteurs privés pour le choix des moyens relatifs à la réalisation de leurs obligations. Dans ce cas, les codes de conduites ou chartes permettent d'appliquer la mesure venant du législateur. C'est ainsi que l'Association des Fournisseurs d'Accès (AFA), se fondant expressément sur la directive 2000/31/CE et sur la LCEN⁴⁸, a élaboré la charte des prestataires de services d'hébergement en ligne et d'accès à Internet en matière de lutte contre certains contenus spécifiques⁴⁹. Cette charte permet aux FAI⁵⁰ et aux hébergeurs de fédérer leurs moyens d'actions conformément aux obligations

ajouter le fait que leur présence dans le code de la consommation n'exclut pas automatiquement leur application aux professionnels.

⁴⁶ http://www.fevad.com/uploads/files/Publications/Guide_bonnes_pratiques_ecommerce_251011.pdf

Ce guide est édicté à destination des fournisseurs de produits électriques et électroniques pour leur faciliter l'accès à leurs droits et obligations dans le cadre de leur responsabilité en matière de garantie mais aussi des informations relatives aux produits lors de l'achat.

⁴⁷ J.-P. BÉRAUDO, « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *JCP E*, I, p. 3842.

⁴⁸ Loi n° 575-2004 sur la confiance dans l'économie numérique, *op. cit.*

⁴⁹ http://www.afa-France.com/charte_contenusodieux.html

⁵⁰ Fournisseurs d'Accès à Internet.

contenus dans la loi⁵¹. Cette initiative permet à ces acteurs de lutter plus efficacement contre les contenus « odieux ».

Il arrive également que le législateur – en dehors de l'existence préalable d'une règle juridique spécifique au problème posé – invite les acteurs privés à se doter de leurs propres règles en réponse à ce problème. La régulation par le droit souple se conçoit alors en amont de l'intervention législative. C'est ainsi que suite à la faillite en France de showroom2001 et de la CAMIF Particuliers en 2008, Luc Châtel, alors secrétaire d'État chargé de l'Industrie et de la Consommation, avait invité la Fédération E-commerce et Vente À Distance (FEVAD) à dégager des pistes de réflexion pour une meilleure protection des consommateurs en cas de mise en redressement ou liquidation judiciaire du contractant professionnel. La FEVAD a ainsi émis un rapport contenant diverses recommandations relatives à la prévention des risques et l'information des consommateurs. Elle s'est engagée à inciter ses membres à mettre en place le débit à l'expédition de la commande pour les paiements par carte bancaire ou à recourir à un système de garantie par un tiers. Le rapport de la FEVAD est ainsi devenu une norme commune à ses adhérents qui fonde l'obligation pour eux de mettre en place une telle mesure.

Pour étendre ces mesures à tous les acteurs du commerce électronique, le forum des droits sur l'Internet a émis la recommandation « commerce électronique et procédure collective »⁵². Cette recommandation, à l'origine de la proposition de loi visant à renforcer la protection des consommateurs dans la vente à distance⁵³, tendait à apporter les informations nécessaires au consommateur pour éviter les conflits naissants de la prise de commande par le commerçant en procédure collective. Elle préconisait l'exclusion de l'action directe du transporteur contre les consommateurs pour les contrats conclus à distance⁵⁴. Dans l'attente de la loi⁵⁵, ces

⁵¹ L'article 6-I-7 de la LCEN impose aux prestataires techniques de concourir à la lutte contre la diffusion d'un certain nombre de contenus qualifiés d'« odieux » par la mise en place d'un dispositif de signalement et rendre public les moyens qu'ils mettent en œuvre pour contribuer à cette lutte.

⁵² Recommandation du forum des droits sur l'Internet du 15 juillet 2009 sur « commerce électronique et procédure collective » : http://www.foruminternet.org/IMG/pdf/150709_Reco_proc_collect.pdf ; « En bref », *Revue Lamy de droit l'immatériel*, n° 51, 2009, p. 51.

⁵³ Proposition de loi du 29 septembre 2009 *visant à renforcer la protection des consommateurs en matière de vente à distance* n° 1940, 29 septembre 2009 : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/propositions/pion1940.asp> ; voir également « Proposition de loi “visant à renforcer la protection des consommateurs en matière de vente à distance” », *Revue Lamy de droit l'immatériel*, n° 54, 2009, p. 37.

⁵⁴ Il est acquis que le consommateur qui effectue un paiement auprès d'un commerçant en procédure collective lors de la commande à distance pourra toujours produire sa créance auprès du mandataire judiciaire en vertu de la loi *de sauvegarde des entreprises* du 26 juillet 2005. Néanmoins, il va de soi que les chances pour le consommateur de recouvrer les sommes versées sont très faibles.

normes issues de la FEVAD et du forum des droits sur l'Internet participent à la régulation du commerce électronique. Plusieurs acteurs du commerce électronique s'en sont inspirés pour mettre en place le paiement à l'expédition de la commande. Cette complémentarité de la norme étatique par les normes privées permet de réguler efficacement les transactions électroniques et illustrent une fois de plus, la nécessité d'allier la réglementation par l'État et l'autorégulation par les acteurs privés. Dès lors, ce qui peut paraître comme un obstacle aux objectifs poursuivis dans le recours aux normes privées est leur caractère non contraignant.

II – UNE JURIDICITÉ CONDITIONNÉE

Les normes privées se distingueraient par leur caractère non contraignant. Lorsqu'on sait que la prévisibilité des sanctions joue un rôle important dans l'effectivité d'une règle, on peut se demander quel est l'intérêt des normes privées, si rien ne permet de garantir leur respect. On se rend alors très vite compte que le débat sur la juridicité des normes privées ne peut être aussi facilement tranché du fait de leur complémentarité à la règle de droit qui justifie l'existence d'instruments permettant leur réception par le droit. Dès lors, il est nécessaire de s'interroger d'abord sur l'existence d'un ordre juridique propre au commerce électronique du fait de ces normes privées (1) puis, sur la nature juridique de ces normes privées (2).

1) Un tiers droit du commerce électronique

L'apparition des places de marché⁵⁶ sur Internet ainsi que le recours au droit souple pour réguler les relations sur le réseau ont fait émerger chez des auteurs nord américains, l'idée d'une *lex electronica* inspirée de la *lex mercatoria*. Pris dans son sens étymologique, *lex* est un terme latin qui désigne la loi. Suivi du mot *electronica*, l'expression pourrait désigner littéralement la loi applicable au réseau électronique. L'idée est séduisante mais ne renseigne pas suffisamment sur ce qu'est la *lex electronica*. Il est dès lors nécessaire de la comparer à la *lex mercatoria* dont elle s'inspire et avec laquelle elle présente certaines similitudes.

En effet, la *lex mercatoria* renvoie à l'ensemble des règles non étatiques applicables dans le cadre du commerce international⁵⁷ mais, tout comme la

⁵⁵ La proposition de loi du 29 septembre 2009 vient à la suite de deux propositions de loi déposées à l'Assemblée Nationale le 18 décembre 2008. Elle a été transmise au Sénat où elle est en instance depuis le 20 janvier 2010.

⁵⁶ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.*, p. 5.

⁵⁷ B. GOLDMAN, « La *lex mercatoria* dans les contrats et l'arbitrage international », *Journal du droit international*, 1979, pp. 1 et s.

lex electronica, l'étendue de ces règles n'est pas précise. Aussi, ces modes de régulation révèlent-elles l'existence d'un droit accepté en ce sens que les acteurs concernés disposent de la liberté de les rendre applicable ou non à leur relation contractuelle. En effet, le droit souple ne s'applique dans les contrats du commerce électronique que lorsque les acteurs en expriment le souhait. Cette règle se retrouve également dans le commerce international où les acteurs peuvent librement choisir l'application des règles de la *lex mercatoria*. Il faut toutefois préciser qu'il n'est pas nécessaire que l'acceptation soit expresse⁵⁸. À notre sens, là s'arrête l'analogie entre ces deux modes de régulation.

La *lex electronica* ne doit dès lors pas être vue comme une « *lex mercatoria* applicable au commerce électronique » et ce, pour plusieurs raisons qui mettent en exergue la spécificité de ce tiers droit. La *lex electronica* est prudemment définie par des auteurs canadiens comme l'« ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique »⁵⁹. Olivier Cachard quant à lui, bien que défendant l'idée d'un domaine restreint de la *lex electronica*, exclut de son champ les règles applicables aux contrats conclus par voie électronique et par conséquent ceux du commerce électronique. Le principal argument qu'il avance est l'existence de règles étatiques impératives protectrices des parties faibles, dénonçant ainsi, une « fausse analogie » entre *lex mercatoria* et *lex electronica*. Selon lui, « cette acception restrictive de la *lex electronica* tient aux différences substantielles qui opposent le commerce électronique au commerce international traditionnel. Le commerce international traditionnel met en relation des professionnels, à propos d'opérations qui ne font pas nécessairement l'objet d'une réglementation impérative en droit interne. Au contraire, le marché électronique réunit non seulement des professionnels mais aussi des consommateurs et des épargnants, qui sont des sujets dignes de protection. Aussi, les opérations sur le marché électronique font-elles souvent l'objet d'une réglementation impérative »⁶⁰. Cet argument semble ne pas prendre en compte l'existence de règles impératives qui s'appliquent à tous indifféremment de la nature interne ou internationale de l'opération en cause. C'est le cas notamment des lois qui régissent les choses hors commerce qui varient très peu d'un pays à l'autre et s'imposent aux acteurs qui concluent des contrats présentant des éléments d'extranéité ou non. Aussi, ne faut-il pas négliger que le commerce

⁵⁸ Dans le commerce électronique par exemple, l'acceptation de règles édictées par une communauté peut se faire de manière tacite par l'usage des moyens mis à disposition par cette communauté qui présuppose l'adhésion aux règles de ladite communauté. C'est le cas également dans le commerce international où la référence dans le contrat aux principes Unidroit fait présumer la volonté de se soumettre aux règles de la *lex mercatoria*.

⁵⁹ K. BENYKHELF, V. GAUTRAIS et G. LEFEBVRE, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex electronica* », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 5, 1997, p. 548.

⁶⁰ O. CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, *op. cit.*, p. 19.

électronique met en scène des consommateurs qui assurent la fourniture de biens et services entre eux, ou encore qu'un professionnel dont la spécialité diffère de celui du Fournisseur de Biens et Services nécessite une protection équivalente à celle offerte aux consommateurs. Le commerce électronique révèle une difficulté à assurer une nette distinction entre les acteurs qui s'adonnent à cette activité puisqu'ils sont interchangeables selon l'opération concernée.

Nous pensons dès lors que le domaine de la *lex electronica* est beaucoup plus étendu que celui de la *lex mercatoria*. Il ne se limite pas au commerce électronique mais ne l'exclut pas non plus de son champ. Il regroupe l'ensemble des règles de droit alternatives applicables aux relations nées sur les réseaux numériques. Les différences entre *lex mercatoria* et *lex electronica* nous permettent d'étayer notre propos. D'une part, la *lex mercatoria* s'applique au commerce international qui met en scène une communauté marchande⁶¹, composée exclusivement de professionnels. L'homogénéité de cette communauté ne se transpose pas au commerce électronique. Il est certes acquis que le commerce électronique ne s'exerce pas dans une logique territoriale, mais les acteurs qui s'adonnent à cette activité sont différents dans leur composition. Ainsi, on compte parmi eux, des professionnels et des non professionnels. D'autre part, il est vrai que le commerce électronique rend floue la perception des frontières et favorise ainsi la conclusion de contrats internationaux. Mais, même si l'intangibilité des frontières rend de plus en plus fréquent la conclusion de contrats internationaux, les contrats du commerce électronique ne sont pas tous internationaux, ne présentent pas tous des éléments d'extranéité⁶².

La *lex electronica* ne devrait pas forcément répondre aux mêmes critères que la *lex mercatoria* puisqu'elle ne présenterait aucune utilité si elle ne sert qu'à désigner une spécialité dans la spécialité alors même que les règles de la *lex mercatoria* sont utilisables dans le cadre du commerce électronique international. Ceci se justifie par le fait que le droit applicable au commerce électronique dans son ensemble ne doit pas être conçu comme un droit nouveau, mais comme introduisant des nouveaux moyens pour effectuer les transactions. Vu sous cet angle, toute norme régulatrice s'ajoute aux règles étatiques déjà existantes et les différences entre *lex mercatoria* et *lex electronica*, loin de justifier l'inexistence de cette dernière permettent d'en fonder la spécificité. Aussi, la *lex electronica* traduirait-elle la réalité d'un droit accepté plutôt

⁶¹ Michel Virally relevait que « l'idée même d'une *lex mercatoria* suppose l'existence d'une communauté marchande et industrielle multinationale suffisamment cohérente dans ses comportements pour donner naissance à un corps de règles présentant de tels caractères » : M. VIRALLY, « Un tiers droit ? Réflexions théoriques », in B. GOLDMAN (Etudes offertes à), *Le droit des relations économiques internationales, op. cit.*, p. 373.

⁶² Il existe en effet un commerce électronique de « proximité », terme que Michel Vivant utilise pour désigner le commerce électronique qui met en scène des parties établies sur un même territoire et qui ne présente ainsi aucune extranéité : M. VIVANT, « Le commerce électronique, défi pour le juge », *Recueil Dalloz*, 2003, p. 674.

qu'un droit subi, d'un droit négocié plutôt qu'un droit imposé. Les normes privées qui font partie de cette *lex electronica* se conçoivent ainsi comme un instrument de régulation des activités sur le réseau qui, loin de remettre en cause le droit étatique, s'ajoute à lui pour garantir une meilleure efficacité face au caractère fluctuant dudit réseau. Comme le dit Judith Rochfeld, « le “ temps de l'Internet ” joue en faveur de la régulation. La matière évolue en effet considérablement, de concert avec la technique qui lui sert de support. Or la législation étatique, une fois posée, s'impose comme statique et figée, à la différence d'une régulation maniée par les acteurs qui apparaît, elle, plus mouvante et plus modulable »⁶³.

Par ailleurs, Paul Lagarde précise que « l'ordre juridique ne se réduit pas à un ensemble de règles, mais doit intégrer un élément d'organisation, de structure, extérieur et logiquement antérieur aux normes qui en dérivent »⁶⁴. Au regard de cette affirmation, la *lex electronica* ne serait pas un nouvel ordre juridique, l'antériorité de la structure qui donne naissance à la norme étant déterminante sur l'existence d'un ordre juridique. Avec les mutations engendrées par le droit souple dans la conception du droit, on peut légitimement se demander si cette conception moniste de l'ordre juridique correspond à la réalité. Dans tous les cas, la *lex electronica* est – sinon un ordre juridique spécifique au droit des réseaux électroniques – du moins, une part non négligeable du droit régissant les réseaux numériques et les normes privées en constituent l'une des composantes.

2) *Nature juridique des normes privées*

Les obstacles à la détermination de la nature juridique des normes privées tiennent de leur mode d'élaboration et de leur origine privée. La manière la plus naturelle d'apprécier la juridicité d'une norme revient à étudier si ladite norme présente les caractères d'une règle de droit (a). Au-delà, ces normes privées peuvent produire des effets juridiques à travers des moyens légaux (b).

a) Droit souple : énoncé de règles de droit

Déterminer les caractères de la règle de droit suppose au préalable, d'en donner une définition de laquelle sortirait ces caractères. Bien que les tentatives de définition de la règle de droit ne manquent pas, aucune parmi celles que nous avons rencontrées ne nous permet d'en déterminer les caractères de manière exhaustive. Denys de Béchillon faisait d'ailleurs remarquer qu'« il n'existe nulle part de

⁶³ J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *Revue des contrats*, n° 4, 2004, p. 915.

⁶⁴ P. LAGARDE, « Approche critique de la *lex mercatoria* », in B. GOLDMAN (Études offertes à), *Le droit des relations économiques internationales*, *op. cit.*, p. 133.

définition d'elle – la règle de droit – qui vaille en tous lieux et pour tous usages, ni même de possibilité qu'il en existe une »⁶⁵. Selon le dictionnaire juridique de l'association Henri Capitant, la règle de droit « désigne toute norme juridiquement obligatoire (normalement assortie de la contrainte étatique), quels que soient sa source (règle légale, coutumière), son degré de généralité (règle générale, spéciale), sa portée (règle absolue, rigide, souple, etc) »⁶⁶. Partant de cette définition, la règle de droit se distingue essentiellement par deux caractères : son caractère obligatoire et la conséquence de ce caractère, à savoir la contrainte étatique qui découle de la transgression de la règle. Toutefois, le caractère obligatoire de la règle de droit ne lui est pas propre. Il ne permet pas à lui seul de la distinguer d'autres règles. Il est commun à toutes les règles destinées à régir les rapports d'un groupe, sans que celles-ci ne puissent recevoir la qualification de règle de droit. Les illustrations ne manquent pas. Les règlements intérieurs dans les entreprises, dans un club de sport ou encore les règles régissant une communauté religieuse s'imposent à tous les membres de ces différentes collectivités sans que ces règles ne puissent, du seul fait de leur caractère obligatoire, recevoir la qualification de règle de droit.

Dans le cadre du commerce électronique, le droit souple permet de régir et d'organiser les relations entre les différents intervenants sur le réseau. Bien qu'elles proviennent d'une démarche *a priori* volontaire, les normes privées revêtent un caractère obligatoire qui se vérifie à travers les sanctions qui résultent de leur transgression. Toute règle obligatoire est, en effet, marquée par l'existence de sanctions de différentes natures qui permettent de les distinguer les unes des autres. La règle morale est ainsi sanctionnée par le remords ressenti par l'auteur de la transgression ou encore par le regard de la société. Les règles d'origine religieuse trouvent la sanction dans la promesse de châtement dans l'au-delà. Ces sanctions, à la différence de celles qui résultent d'une transgression de la règle de droit, ne se traduisent pas par une contrainte exercée sur la personne ou sur le patrimoine de l'auteur de la transgression⁶⁷. La violation d'une règle de droit s'accompagne de sanctions étatiques qui portent atteinte soit à la personne de l'auteur, soit à son patrimoine. Ce caractère est spécifique à la règle de droit. C'est ce qu'affirme Jean Rivero en ces termes : « la règle de droit, c'est dans la conception dominante et aussi dans l'opinion, la règle dont la violation appelle l'intervention du juge ; de cette

⁶⁵D. DE BÉCHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit*, Paris, Éditions Odile Jacob, 1997, p. 9.

⁶⁶G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique : Association Henri Capitant*, Paris, PUF, 2011, p. 872.

⁶⁷Le propos doit cependant être nuancé dans le sens où les pays dans lesquels la charia est appliquée sanctionnent la transgression des règles religieuses par une atteinte à la personne de l'auteur. Mais ceci ne contredit pas notre propos dans la mesure où dans ces pays, la règle de droit se confond avec la règle religieuse.

intervention, elle tire sa spécificité théorique par rapport aux autres règles de conduite, et son efficacité pratique »⁶⁸.

L'existence d'une contrainte étatique demeure, à notre sens, le caractère déterminant de la règle de droit. En effet, si le non respect de toute règle conduit à une sanction, seule la violation d'une règle de droit entraîne une sanction étatique. Cette thèse est pourtant remise en cause par des auteurs qui considèrent que l'existence de la sanction étatique ne peut justifier la juridicité de la règle de droit. Ainsi, il est de l'avis de Gabriel Marty et Pierre Raynaud qu'« une règle de droit n'est pas juridique parce qu'elle est sanctionnée ; elle est sanctionnée parce qu'elle est juridique »⁶⁹. Dans le même sens, Denys de Béchillon relève que « la sanction échoue à fonder l'obligation, car l'obligation existe nécessairement avant qu'on la sanctionne »⁷⁰. Ces affirmations, bien que justes, ne peuvent à notre sens remettre en cause le fait que la sanction étatique confère à la règle de droit sa juridicité. Nous pensons que cette antériorité de l'obligation à la sanction s'inscrit dans une logique de prévisibilité de la norme. Elle pourrait toutefois, illustrer le fait qu'aucun de ces caractères n'est autonome. La règle de droit doit cumulativement présenter un caractère obligatoire et faire l'objet de sanction étatique. D'ailleurs, l'existence de cette sanction étatique peut laisser croire qu'une règle de droit émane nécessairement des organes étatiques. Il existerait ainsi des caractères secondaires de la règle de droit qui permettent – sinon de la qualifier – au moins de la présumer comme telle.

L'origine de la règle constitue l'un des caractères secondaires de la règle de droit. En effet, la loi bénéficie d'une présomption de juridicité parce qu'elle émane du Parlement qui est un organe étatique. Pourtant, un certain flou existe depuis quelques années avec l'émergence de normes non contraignantes, provenant d'organes étatiques⁷¹. À ce titre, Nicolas Molfessis, condamnant ce qu'il qualifie de « désordre normatif », écrivait qu'« à la quiétude du siècle précédent, ramenant le droit à la loi et la loi à la règle, a succédé un désordre normatif des plus troublants : enchevêtrement des sources, devenues insaisissables, lois que l'on dit sans droit, règles sans normes, normes sans contrainte... tous hybrides monstrueux, dénoncés de toutes parts, désavoués par leurs auteurs mêmes et pourtant proliférants, comme

⁶⁸ J. RIVERO, « Sanction juridictionnelle et règle de droit », *Études juridiques offertes à Léon Julliot de la Morandière*, Paris, Dalloz, 1964, p. 457, cité par D. DE BÉCHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁹ G. MARTY et P. RAYNAUD, *Introduction à l'étude du droit*, Paris, Dalloz, 2^{ème} édition, 1972, n° 34, cité par D. DE BÉCHILLON, *Qu'est ce qu'une règle de droit ?*, *op. cit.*, 1997, p. 70.

⁷⁰ D. DE BÉCHILLON, *Ibidem*.

⁷¹ Voir pour aller plus loin : S. GERRY-VERNIERES, *Les « petites » sources du droit (À propos des sources étatiques non contraignantes)*, Thèse, Paris II, 2010.

par désenchantement »⁷². De plus, si la loi est la règle de droit par excellence, toute règle de droit n'émane pas du Législateur. Vu sous cet angle, le mode d'élaboration et l'origine des normes privées ne les disqualifient pas de la qualification de règles de droit.

Toutefois, ces normes privées ne répondent pas de fait, aux conditions requises pour être qualifiées de règle de droit. Elles n'entrent pas dans le moule de la conception classique de la règle de droit. Mais face à ces nouvelles normes, ne devrions-nous pas, loin d'y voir un désordre normatif, rompre avec cette vision moniste et classique de la règle de droit et admettre un renouvellement du droit nécessité par les mutations sociales et économiques ? Si leur caractère obligatoire ne fait aucun doute, l'existence d'une contrainte étatique en cas de violation des normes privées n'est pas évidente. Leur seule existence en tant que norme privée ne suffit pas à entraîner une sanction étatique, mais il existe des techniques permettant de leur conférer une force contraignante.

b) Les techniques de juridicisation des normes privées

Les normes privées produisent des effets juridiques de plusieurs manières. D'abord, elles peuvent se confondre avec la loi. C'est le cas des normes privées qui reprennent des dispositions légales ou qui ont influencé l'adoption ultérieure de lois. En France, les règles contenues dans le guide de bonnes pratiques concernant la vente de produits électriques et électroniques sur Internet est un condensé des droits et obligations applicables aux fournisseurs de produits électroniques et électriques sur Internet. Parce qu'il reprend des dispositions légales, la violation des règles contenues dans ce guide peut être sanctionnée juridiquement. Toutefois, la portée de ce type de normes privées pourrait être remise en cause puisque la loi dont elle reprend le contenu joue le rôle d'écran ; en effet, il peut facilement être opposé la thèse selon laquelle c'est la loi dont elles tirent leurs sources et non ces normes privées qui produit ses effets. Il s'agit là d'une « juridicité par ricochet » des normes privées.

Par ailleurs, les normes privées pouvant servir de moyens de codification des usages sur Internet, l'autorité judiciaire peut reconnaître des droits subjectifs sur la base de celles-ci. Gérard Farjat relève en ce sens que « la jurisprudence est une autorité de droit qui peut transformer la règle du code de conduite en règle de droit comme elle le fait de l'usage ou de l'opinion de la doctrine »⁷³. En France, un jugement du Tribunal de grande instance de Rochefort-sur-Mer du 28 février 2001

⁷² N. MOLFESSIS, « La distinction du normatif et du non-normatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 729.

⁷³ G. FARJAT, « Réflexions sur les codes de conduite privés », in B. GOLDMAN (Études offertes à), *Le droit des relations économiques internationales*, *op. cit.*, p. 61.

constitue la décision de référence en la matière⁷⁴. En effet, visant l'article 1135 du code civil qui dispose que « les conventions obligent non seulement à ce qui est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature », les juges ont déclaré fondée la résiliation par un fournisseur d'accès d'un contrat qui violait la Nétiquette par la pratique du spamming⁷⁵. En Amérique du Nord, la valeur juridique des normes privées, particulièrement la Nétiquette a très tôt été reconnue pour lutter contre les problèmes liés au spamming⁷⁶. Les litiges fondés sur la Nétiquette ne présentent plus un grand intérêt, ce qui s'explique dans une moindre mesure par l'absence de clarté dans la délimitation de son contenu. Aussi, la raison principale est-elle sans conteste la réglementation du spamming par les États⁷⁷.

La voie contractuelle reste par ailleurs le moyen naturel par lequel le droit souple produit des effets juridiques. Le principe de liberté contractuelle permet aux parties de s'obliger l'un envers l'autre au respect d'obligations de toute nature. La seule limite posée par la loi est de ne pas porter atteinte à l'ordre public et aux bonnes mœurs. Sous cette réserve, les contractants disposent des aptitudes les plus

⁷⁴ TGI de Rochefort-sur-mer, 28 février 2001, *Christophe Guéret c/ S.A France Télécom Interactive*, in *Les annonces de la Seine*, Supplément au journal n° 24 du 26 mars 2001, Jur., p. 12 : www.legalis.net

⁷⁵ Quelques mois auparavant, le TGI de Paris, par une décision du 12 octobre 2000, semblait ouvrir la voie à une reconnaissance juridique de la Nétiquette. En effet, pour reconnaître le respect par l'hébergeur de ces obligations d'information, « le tribunal constate que l'association Vienne Informatique a veillé au respect des règles de la "Nétiquette", en mettant en place un ensemble de précautions déontologiques et éthiques à l'attention de tous les internautes qui ont accédé, par son intermédiaire, à une discussion publique, en leur signalant [...] qu'il est possible d'obtenir la charte mise en place à cet effet 1998, en visitant "le miroir" du site NiouZeNet; que, ce faisant, elle a permis aux hébergés et aux "contributeurs" d'être informés des droits et, surtout, des obligations qui sont les leurs, et a pris les précautions nécessaires et raisonnables pour éviter de léser les droits des tiers ». Voir E. NICOLAS, note sur TGI Paris, 12 octobre 2000, *Gazette du Palais*, 2001, somm. 1687.54.

⁷⁶ Aux États-Unis : *Cyber Pomotion Inc. v. American Online Inc.*, Eastern District of Pennsylvania, November 4, 1996 ; *CompuServe Inc. v. Cyber Promotions Inc.*, Southern District of Ohio, February 3, 1997 ; *Parker v. C.N. Enterprises*, Texas, Travis County District Court, November 10, 1997 ; *Cyber Promotions, Inc. v. Apex Global Information Services Inc.*, Eastern District of Pennsylvania, September 30, 1997. Et au Canada : Cour suprême de l'Ontario, *Ontario Inc. c/ Nexx Online Inc.*, aff. 1267632, 9 juillet 1999 (disponible sur : www.juriscom.net).

⁷⁷ En France et dans les pays membres de l'Union Européenne, c'est le principe de l'Opt In qui prévaut. Selon ce principe, il est nécessaire d'obtenir le consentement préalable du consommateur avant l'envoi de tout message électronique non sollicité. Ce principe ne trouve à s'appliquer qu'à l'égard des consommateurs. Dans les relations entre professionnels, ces derniers disposent de la faculté de s'opposer à l'envoi ultérieur de messages non sollicités. Le Canada régit également le « spamming » par une loi C-28 du 15 décembre 2010 qui privilégie le principe de l'Opt In. Aux USA, la loi fédérale CAN-SPAM de 2003 autorise le « spamming » avec, toutefois, l'obligation pour les auteurs de messages électroniques non sollicités, de prévoir une procédure de désinscription disponible pendant 30 jours. Dans certains États, comme la Californie, c'est l'Opt In qui prévaut.

étendues. En cela, le contrat constitue le moyen privilégié de régulation des activités sur les réseaux numériques en général et du commerce électronique en particulier. Il confère aux acteurs du commerce électronique un pouvoir régulateur. Comme le soulignent justement Michel van de Kerchove et François Ost, « l'instrument juridique par excellence du droit autorégulé est le contrat »⁷⁸. Elle est la parfaite illustration de l'apport nécessaire entre la loi et les normes privées pour réguler les relations commerciales à travers les réseaux numériques. Philippe Amblard résume parfaitement l'idée, lorsqu'il affirme que « le jeu de la régulation suppose qu'au-delà de l'action de l'État, les acteurs, dans leurs activités quotidiennes sur l'Internet, s'imposent réciproquement des règles de conduite car l'efficacité de la normativité sur le réseau repose en grande partie sur eux. Les principes ou les notions à contenu variable, édictés par les législations nationales, trouveront largement leur prolongement pratique dans les règles de conduite a-étatique élaborées par les acteurs »⁷⁹.

L'utilisation des normes issues du droit souple dans les contrats du commerce électronique ou leur référence dans les décisions judiciaires tiennent en échec les thèses qui tentent de leur dénier toute force obligatoire en se retranchant sur leur caractère présumé volontaire, ou encore sur le fait qu'elles ne sont que des règles éthiques qui ne font naître que de simples obligations morales.

⁷⁸ F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 118.

⁷⁹ Ph. AMBLARD, *Régulation de l'Internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, *op. cit.*, p. 63.

RÉSUMÉ :

L'activité de commerce électronique présente des avantages indéniables notamment sur le plan économique. Cependant, parce qu'elle s'effectue à distance et peut présenter des éléments d'extranéité, la sécurisation de l'activité et la confiance des consommateurs constituent des préoccupations supplémentaires pour les États qui tentent d'en tenir compte au mieux dans leur législation. Néanmoins, l'efficacité de cette réglementation est entachée par l'ubiquité des réseaux numériques et leurs rapides mutations. La réglementation du commerce électronique doit ainsi laisser place à sa régulation qui associe les utilisateurs dans la réalisation de l'objectif de sécurité et de confiance.

Le droit souple se présente alors comme un instrument de régulation du commerce électronique. Il favorise l'autorégulation en permettant aux acteurs eux-mêmes de se doter de normes privées applicables à leur relation. Il participe au processus de renouvellement du droit amorcé depuis quelques temps dans d'autres secteurs tels les marchés financiers.

SUMMARY:

Electronic business provides unquestionable economic advantages. However, for consumers to trust it, it needs to be secured. Online shopping presents some risks that States do consider while setting their statutory legislation. Yet, both the digital networks' ubiquity and their rapid progress hinder the effectiveness of those regulations. The regulation of electronic business should therefore be designed in such a way that its users would feel secured.

“Soft law ” appears as a good way to regulate electronic business. It promotes self-regulation by enabling the actors to set their own rules. It also contributes to renew the law that has previously been applied in other sectors like the financial market.

BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE

- AMBLARD Ph., *Régulation de l'internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, 520 p.
- BEHAR-TOUCHAIS M. et alii. (dir), *Les mutations de la norme*, Paris, Économica, 2011, 328 p.
- BENYEKHFLEF K., GAUTRAIS V. et LEFEBVRE G., « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex electronica », *Revue de droit des affaires internationales*, n° 5, 1997, p. 548
- BERAUDO J.-P., « Les principes d'Unidroit relatifs au droit du commerce international », *La semaine juridique – Entreprise et Affaires*, I, p. 3842
- CACHARD O., *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, LGDJ, 2002, 504 p.
- Conseil d'État, *Internet et les réseaux numériques*, Paris, La documentation Française, 1998, 266 p.
- DE BÉCHILLON D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit*, Paris, éditions Odile Jacob, 1997, 302 p.
- DEBET A., « Les chartes et autres usages du droit de l'Internet », *Cahiers de droit de l'entreprise*, n° 4, juillet 2008, p. 40
- DEUMIER P., « Chartes et codes de conduites des entreprises : les degrés de normativité des engagements éthiques, Circ ; DGT 2008/22 du 19 nov. 2008 relative aux chartes éthiques, dispositifs d'alerte professionnel et au règlement intérieur », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2009, p. 77
- DUONG L.-M., « Les sources du droit de l'Internet : du modèle pyramidal au modèle en réseau », *Recueil Dalloz*, 2010, p. 783
- DUPLESSIS I., « Le vertige et la soft law : réactions doctrinales en droit international », *Revue québécoise de droit international*, 2007 (Hors-série), p. 245
- FARJAT G., « Réflexions sur les codes de conduite privés », dans B. GOLDMAN (Études offertes à), *Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982, p. 47
- GENY F., *Méthode d'interprétation et sources en droit positif*, Paris, LGDJ, Tome II, p. 1954
- JESTAZ Ph., « Source délicieuse... (Remarques en cascades sur les sources du droit) », *Revue trimestrielle de droit civil*, p. 1993

-
- KELSEN H., *Théorie pure du droit*, Bruxelles, Paris, Bruylant, LGDJ, 1999, 367 p.
 - LASSERE-KIESOW V., « L'ordre des sources ou le renouvellement des sources du droit », Paris, Dalloz, 2006, p. 2279
 - MOLFESSIS N., « La distinction du normatif et du non-normatif », *Revue trimestrielle de droit civil*, 1999, p. 729
 - MOLFESSIS N., « Simplification du droit et déclin de la loi », *Revue trimestrielle de droit civil*, 2004, p. 156
 - OST F. et VAN DE KERCHOVE M., *De la pyramide au réseau : pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Presses des Facultés Universitaires de Saint Louis, 2002, 596 p.
 - ROCHFELD J., « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », *Revue des contrats*, n° 4, 1^{er} octobre 2004, p. 915
 - THIBIERGE G., « Sources du droit, sources de droit : une cartographie », in Ph. JESTAZ (mélanges en l'honneur de), *Libres propos sur les sources du droit*, Paris, Dalloz, 2006, p. 519
 - VIVANT M., « Internet, support publicitaire : régulation et déontologie », *Gazette du Palais*, n° 2, 1997, p. 1503
 - WEIL P., « Vers une normativité relative en droit international », *Revue générale de droit international public*, 1982, pp. 5-47