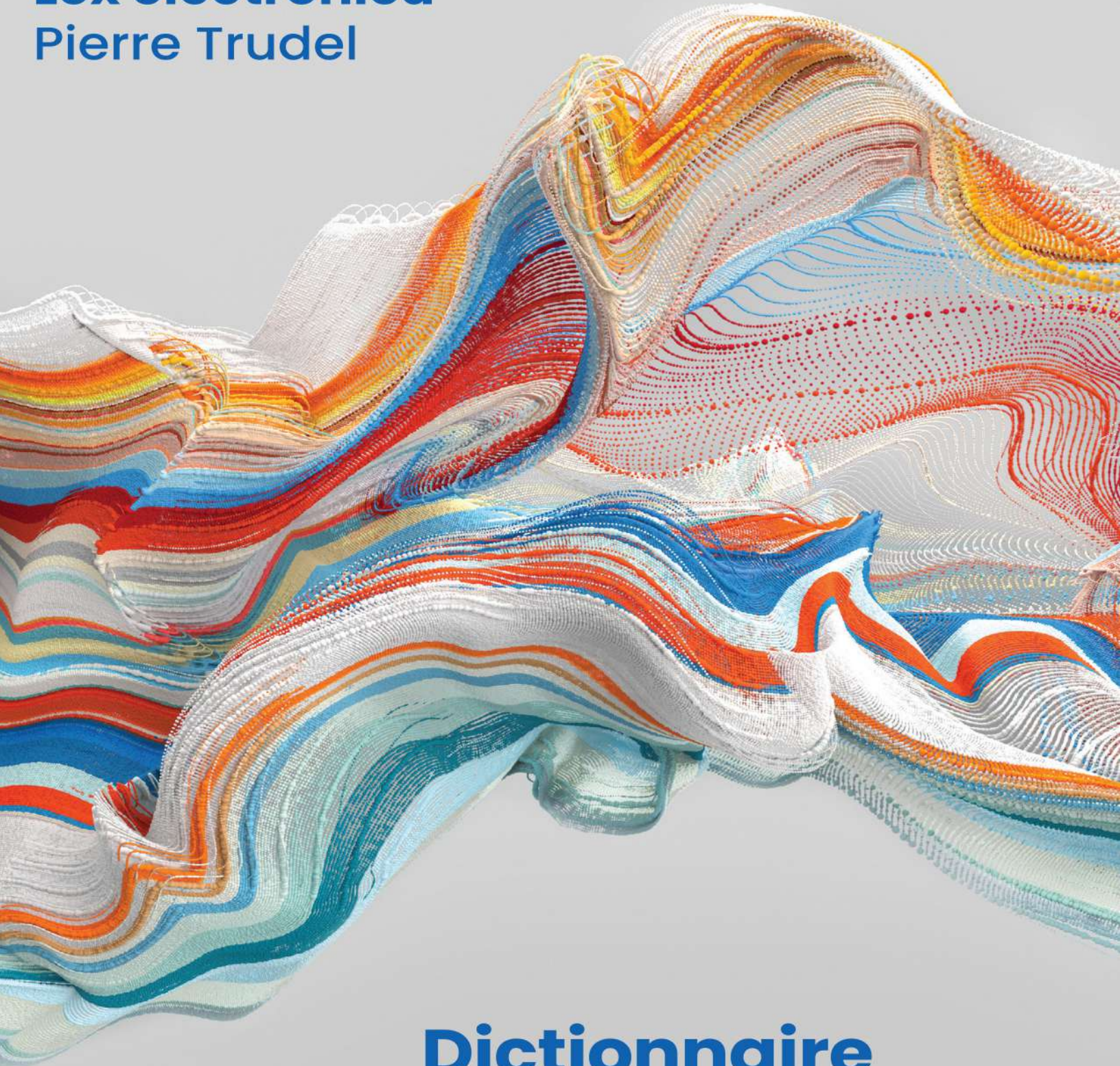


Lex electronica
Pierre Trudel



Lex Electronica
Volume 29-3

**Dictionnaire
de la
norme** Formaliser
l'informel

Sous la direction de
Vincent Gautrais

Notice importante : Le projet de *Dictionnaire de la norme* est initié et soutenu par la Chaire L.R Wilson en droit des technologies de l'information et du commerce électronique. La Revue scientifique *Lex Electronica* du Centre de recherche en droit public (CRDP) de l'Université de Montréal accueille ce projet en lui consacrant un dossier spécial ouvert. Outre la version numérique, le projet paraîtra également en format papier.

LEX ELECTRONICA

Pierre TRUDEL¹

¹ Professeur émérite, Centre de recherche en droit, Faculté de droit - Université de Montréal ; site web : <https://pierretudel.openum.ca/> ; pierre.trudel@umontreal.ca

Table des matières

1. Une métaphore	1
2. Des sources diversifiées	3
2.1 Les configurations techniques	5
2.2 Les pratiques contractuelles	6
2.3 Les usages	7
3. Les usages	8
3.1 Les textes modèles	8
3.2 Les normes découlant des activités des structures adjudicationnelles du cyberspace	10
Conclusion	11

[1] Un ensemble normatif. La Lex electronica est l'un des ensembles de règles de droit encadrant les activités se déroulant dans l'espace virtuel résultant du raccordement des ordinateurs suivant les protocoles Internet. La notion mise de l'avant dans le contexte du débat à propos de la normativité relative aux activités se déroulant sur Internet se décline en diverses variantes. Des auteurs parlent de Lex networkia, de Lex informatica ou encore de Lex AI (Artificial Intelligence). La notion a vocation à rendre compte des différents phénomènes normatifs encadrant les participants à la communication électronique comme celle se déroulant sur Internet. La Lex electronica est une métaphore mise de l'avant pour rendre compte des règles qui encadrent les activités qui se déroulent en tout ou en partie dans le cyberspace. Elle se présente comme un ensemble comparable à la Lex mercatoria régissant certaines relations entre commerçants dans les transactions internationales.

1. UNE MÉTAPHORE

[2] Une construction métaphorique. Le cyberspace évoque un espace présentant certaines ressemblances avec l'espace physique, mais s'en distinguant en raison de sa virtualité. À l'instar du cyberspace qui est une construction métaphorique, la notion de Lex electronica se présente comme une métaphore. La métaphore, figure de rhétorique, procédé de langage consistant en une substitution de sens par substitution analogique se révèle un procédé heuristique fort utile pour l'appréhension par la technique mais aussi par le droit de réalités nouvelles. Par exemple, l'imputation des responsabilités entre les participants à la communication électronique repose beaucoup sur une comparaison ou la prise en compte des similitudes et différences entre les régimes développés pour les situations présentant des analogies avec la communication dans des réseaux électroniques ouverts comme le transport par chemin de fer ou la diffusion d'imprimés.

[3] Substitution analogique. Figure de rhétorique et procédé de langage consistant en une substitution de sens par substitution analogique, la métaphore permet de faciliter l'appréhension de réalités nouvelles. En droit, la référence à des modèles établis permet de mieux saisir l'essence des règles préexistantes et favorise l'appréhension juridique des réalités inédites en identifiant les facteurs pertinents aux situations (POULAIN, 1996).

[4] Une heuristique. Les métaphores sont utiles afin d'éclairer l'analyse des situations dans lesquelles on cherche à situer les droits et les responsabilités des différents participants à la communication prenant place dans un univers comme Internet. Les métaphores peuvent fournir des indications quant aux types de relations et aux règles à appliquer selon les différentes situations. En cela elles procurent une heuristique qui aide à l'appréhension des réalités inédites. La référence à des modèles établis permet de mieux saisir l'essence des règles préexistantes et favorise l'appréhension juridique des réalités inédites en s'aidant de facteurs pertinents. Roland Barthes observait que «l'image est, certes plus impérative que l'écriture : elle impose la signification d'un coup, sans l'analyser, sans la disperser » (BARTHES, 1957).

[5] Un ensemble comparable à la Lex mercatoria. Pour la plupart des auteurs ayant évoqué la notion émergente de Lex electronica, celle-ci se présente comme un ensemble comparable à la Lex mercatoria régissant certaines relations entre commerçants dans les transactions internationales. Dès 1994, Trotter Hardy envisageait le développement de coutumes ayant vocation à procurer les cadres juridiques à plusieurs des interactions qui commençaient alors à se développer dans le cyberspace. Hardy constate que les coutumes semblent se développer dans le cyberspace à partir des pratiques suivies par les acteurs. Cela le conduit à dresser un parallèle entre le cyberspace et le « Medieval Law Merchant » (HARDY, 1994).

[6] Analogie avec le Medieval Law Merchant. Hardy constate l'analogie entre le « Medieval Law Merchant » et les coutumes du cyberspace. Le « Medieval Law Merchant » constitué d'un ensemble de pratiques coutumières suivies dans les échanges prenant place lors des foires commerciales mettant en présence des commerçants d'horizons différents. Ce droit venait compléter, non supplanter, les autres règles de droit susceptibles de trouver application. Il soutient que les ressources déjà présentes dans le cyberspace peuvent être mobilisées afin de prendre en charge les conflits. Un tel corpus de règles formelles ou informelles coexistant avec les lois existantes procure des occasions de gérer les relations commerciales et autres dans le monde en réseau.

[7] La conception a-étatique. Des auteurs ont mis de l'avant une conception a-étatique de la Lex electronica. Soulignant la difficulté d'appliquer les règles formulées dans les lois nationales, David Post et David Johnson proclament que le cyberspace, dépourvu des repères géographiques et physiques sur lesquels se fondent les réglementations du monde physique, doit être considéré comme un espace distinct, gouverné par son propre cadre juridique. Post invoque la facilité que procure l'environnement cyberspatial aux acteurs désireux de s'exclure de l'application des règles décrétées par les lois étatiques (POST, JOHNSTON, 1996).

[8] Les communautés productrices de normes. On a rappelé la nécessité de penser les normativités d'Internet à partir de ce qui se déroule dans cet environnement de même qu'à partir de ce qui le constitue. Des analystes mettent l'accent sur les communautés productrices de normes dans le cyberspace tandis que d'autres insistent sur l'architecture établissant la morphologie de cet environnement. Certains mettent l'accent sur le fait que les réseaux ouverts mettent en présence une multitude d'utilisateurs regroupés en différentes communautés. Au niveau de ces communautés, s'expérimentent, s'énoncent, s'appliquent et se discutent diverses régulations. Ce corpus a été désigné comme constituant une « Lex networkia ». Valauskas fait valoir que la communauté Internet a déjà inventé une Lex networkia informelle. Il préconise une certaine formalisation flexible pour ralentir les franges lunatiques contrôlantes de certaines agences gouvernementales traditionnelles à travers le monde (VALAUSKAS, 1996). La formalisation, voire la mise au jour des règles de cette « Lex networkia », se présente comme une façon de défendre le tissu culturel d'Internet contre les interventions jugées peu avisées de certaines instances étatiques plus enclines à

asseoir une autorité sans partage qu'à favoriser la qualité des interactions entre les personnes.

[9] Des tendances qui deviennent normatives. Gautrais, Lefebvre et Benyekhlef rappellent que « la communauté produit des tendances qui, grâce à leur répétition, parviennent à constituer des guides normatifs plus ou moins contraignants ». Ces normes engendrées par les conditions prévalant dans l'environnement ou par les comportements réitérés ne sont pas nécessairement le produit de l'activité d'institutions constituées comme telles : elles résultent des comportements suivis et espérés des acteurs du cyberspace (GAUTRAIS, LEFEBVRE, BENYEKHF, 1997).

[10] Effets normatifs de la technique. Les effets normatifs de l'environnement technique, tel qu'il est constitué, alimentent le courant de pensée selon lequel les artefacts techniques, les protocoles dont ils sont issus, de même que les autres composantes de l'environnement cyberspatial constituent une partie intégrante de son cadre juridique. Larry Lessig expose que la formation des cadres juridiques résulte de la confrontation et de la lutte de quatre contraintes : le marché, la loi, les normes sociales et la nature. Ce dernier élément, dans le cyberspace, est remplacé par la notion de « code » (LESSIG, 1999). Lessig s'applique à différencier les effets de chaque composante, selon certains critères comme l'effet direct ou indirect et la plasticité. Pour Lessig, le « code » incorpore les logiciels qui font du cyberspace ce qu'il est. Ils constituent un ensemble de contraintes sur la manière dont chacun peut se comporter. Cela joue à la façon de conditions d'accès au cyberspace (LESSIG, 1997). Greenleaf propose de porter attention à la dimension matérielle du réseau et préconise d'utiliser plutôt le vocable « architecture » pour désigner plus complètement les contraintes émanant de la technique (GREENLEAF, 1998).

[11] L'architecture technique porteuse de normativité. Pour Joel Reidenberg, l'architecture technique est porteuse de règles qui s'imposent aux sujets de droit. L'ensemble des capacités techniques et des décisions prises dans la conception des systèmes constituent autant de règles s'imposant aux usagers de façon plus ou moins impérative. Ces règles s'intègrent dans la conception des réseaux et des standards (ou « normes », dans le sens large du terme). Reidenberg soutient que : « [...] l'ensemble des règles régissant les flux d'informations imposées par la technologie et les réseaux de communication forment une " Lex Informatica " que les décideurs politiques doivent comprendre, reconnaître consciemment et encourager ». Pour Reidenberg, l'architecture elle-même n'est pas une source de régulation, mais plutôt le reflet de la régulation implicite qui découle des choix de conception du réseau et les capacités des systèmes qui le supportent (REIDENBERG, 1997).

[12] Choix politiques. Reidenberg relève que les choix de politique implantés dans l'architecture technique ne sont généralement pas faits par les législateurs mais découlent de ce que permettent ou interdisent les technologies. Les politiques sont en quelque sorte intégrées dans les dispositifs technologiques, établissant des valeurs par défaut, des façons de faire qui s'imposent parce que l'objet est ainsi configuré. Parfois, ces valeurs par défaut sont immuables alors que parfois elles permettent la personnalisation ou le choix de l'utilisateur. Plutôt que d'être imposée par les tribunaux,

cette normativité appelée Lex Informatica s'applique avec tous les avantages et inconvénients qu'implique une application automatique.

[13] Une normativité soumise au droit. Pour Reidenberg, la Lex Informatica n'empêche pas de tenir pour acquis que le droit a vocation à réguler la conception des objets technologiques. En comparant les nouvelles règles des flux d'informations aux normes et coutumes des marchands au Moyen-Âge, Reidenberg propose une vision progressiste selon laquelle les pratiques répétées deviennent naturellement des coutumes, qui deviennent des accords, qui à leur tour peuvent devenir des lois. La normativité émanant de la Lex Informatica ne supprime pas le droit, selon Reidenberg, Internet n'est pas une terre de non-droit; il est peuplé de personnes qui ont besoin de stabilité, de normes, de règles et de conséquences. Les gens ont besoin de la loi et font grandir la loi; cela ne leur est pas imposé. Margot E. Kaminski observe que cela n'était pas un point de vue populaire dans la cyber-érudition de la fin des années 1990 (KAMINSKI, 2021).

[14] Des règles reflétant les particularités des activités en ligne. Kablan et Oulaï rappellent qu'à l'instar des relations commerciales internationales, les activités cyberspatiales ont leurs particularités. Les lois étatiques ou interétatiques pourront se révéler inadaptées lorsqu'elles tenteront de les appréhender. Ils ne manquent pas cependant d'observer que des consensus peuvent émerger des instances informelles qui pourront devenir des pratiques d'autorégulation. À côté de l'État, détenteur du pouvoir traditionnel de production de la règle de droit, il y a des régulations non-étatiques qui animent des processus de création et d'application de normes informelles. De telles normes informelles peuvent être consacrées par les États dans des instruments formels comme les lois (KABLAN et OULAI, 2009).

[15] Une matrice juridique autonome et non-étatique. Observant que la blockchain se révèle être un système d'échange de valeurs objectivables, sans l'État, Simon de Charentay avance qu'elle possède des caractéristiques qui lui confèrent une capacité de constituer une matrice juridique autonome et alternative aux États. Dès lors que l'on constate que sur la blockchain, la sécurité des données et de leur contenu résulte « de l'enchaînement d'une série d'actions (intégration de la donnée dans un bloc, validation du bloc par les nœuds du réseau, intégration du bloc à la chaîne de blocs) qui décentralisent l'enregistrement sur la chaîne de blocs ». Il devient possible de considérer que la « mise en système » de plusieurs données et *smart contracts* sur la blockchain peut « signifier » du droit, donc créer des normes de facto. Le processus sur la blockchain habilite à intégrer dans des configurations techniques des obligations qui s'imposent aux parties (DE CHARENTAY, 2017).

[16] Algorithmes normatifs. Les algorithmes d'apprentissage automatique pilotés par les données introduisent un nouveau type de gouvernance par la technologie. Karni A. Chagal-Feferkorn et Niva Elkin-Koren estiment qu'à l'instar de Lex Informatica, la prise de décision par l'IA pourrait être perçue comme une forme de gouvernance dans la mesure où elle génère des normes, façonne les pratiques et coordonne le comportement des acteurs sociaux. En tant qu'outil de gouvernance, les gouvernements et les entreprises du secteur privé peuvent utiliser la normativité issue du déploiement de l'IA dans divers contextes tels que les villes intelligentes, les

prestations sociales, l'éducation et l'immigration. La Lex AI introduit une normativité différente de celle des lois étatiques, un nouveau type de gouvernance qui peut ressembler à un type distinct d'action collective médiée par des algorithmes plutôt qu'à une auto-gouvernance (CHAGAL-FEFERKORN et ELKIN-KOREN, 2021).

2. DES SOURCES DIVERSIFIÉES

[17] Des sources et des corpus. Les sources de la Lex electronica se retrouvent forcément dans les configurations techniques. Mais les pratiques contractuelles de même que les usages participent à l'élaboration de ce corpus de normes qui se trouve consigné dans les textes modèles, ceux qui émanent des instances de normalisation technique de même que des structures adjudicationnelles spécifiques au cyberspace.

2.1 LES CONFIGURATIONS TECHNIQUES

[18] L'effet régulateur des objets techniques. L'architecture technique constitue une composante du cadre juridique des activités prenant place dans le cyberspace. On entend par l'architecture technique l'ensemble des éléments ou artefacts techniques, tels les matériels, les logiciels, les standards et les configurations qui déterminent l'accès et les droits d'utilisation des ressources du cyberspace. La configuration du cyberspace rend possibles certains gestes et en interdit d'autres. L'architecture technique soit l'ensemble des éléments ou artefacts techniques, tels les matériels, les logiciels, les standards et les configurations qui déterminent l'accès et les droits d'utilisation des ressources du cyberspace. Les objets ont un effet régulateur se présentant suivant diverses formes. Les éléments d'architecture peuvent être des logiciels, comme des programmes coupe-feu (Firewalls) ou des serveurs mandataires (Proxy Server). De telles ressources sont utilisées par certains États pour contrôler la circulation de contenus provenant de l'étranger sur leur réseau Internet national.

[19] Un registre différent des règles de droit. La régulation par l'architecture joue dans un registre différent de celui des règles de droit. Elle passe par l'imposition de contraintes techniques, difficilement évitables ou carrément incontournables, pour infléchir le comportement. La capacité de l'individu de contourner la norme ou de la violer délibérément s'en trouve réduite ou, dans certains cas, éliminée. C'est ce qui amène, Lessig à considérer que l'outil le plus efficace que la loi puisse utiliser est la réglementation du code.

[20] Une logique de réseau. Dans le cyberspace, la normativité s'inscrit dans une logique de réseau. Elle se conçoit en fonction de la « réalité artificielle » qui se propose aux usagers. Celle-ci, produite par une multitude d'artefacts techniques, incorpore des règles déterminant le fonctionnement ou le dysfonctionnement du réseau mais qui, du coup, contribuent à y déterminer une part importante de la normativité (TRUDEL, 2018).

[21] Une normativité souvent d'origine privée. La normativité issue de l'architecture technique prend la forme de standards techniques, souvent d'origine privée. Les normes proviennent aussi de l'activité de consortiums industriels ou universitaires comme la norme P3P, et l'ensemble des normes techniques d'Internet, les protocoles TCP/IP. Un cas de figure témoignant bien du phénomène de la régulation par

l'architecture est fourni par les « cookies ». Conçus à l'origine pour permettre l'établissement de sessions continues sur le Web, c'est-à-dire, pour qu'un serveur Web sache reconnaître l'utilisateur lorsqu'il passe d'une page à l'autre, les cookies ont depuis été utilisés à fond par les entreprises de marketing. Celles-ci les ont détournés de leur fin initiale en imaginant un moyen de centraliser les informations fournies aux différents serveurs visités. Les cookies sont devenus une modalité des échanges de données personnelles sur le Web.

[22] Des formes matérielles. L'architecture prend aussi des formes proprement matérielles. Par exemple, la société Intel a introduit la troisième génération de sa puce Pentium munie d'un code identificateur unique offrant le potentiel de révéler en permanence l'identité des ordinateurs sur le réseau. Cette identification accroît les possibilités de profilage des usagers. Une ressource Internet qui identifie un ordinateur peut également offrir à l'utilisateur de fournir son adresse lors d'une activité. Par la suite, ces informations seront couplées à l'identificateur de l'ordinateur et l'individu sera reconnu par tous les sites Internet partageant des données avec celui où l'adresse a été fournie.

[23] Des effets régulateurs. L'effet régulateur des éléments d'architecture peut être explicite, comme dans la norme P3P. La volonté régulatrice peut être plus intense, c'est le cas des États qui imposent leur contrôle de la topologie de l'Internet national et mettent en place des serveurs mandataires afin de contrôler l'accès à l'information de source étrangère. L'effet régulateur peut être plus diffus. C'est le cas des normes TCP/IP initiales, qui visaient à concevoir une architecture de réseau robuste et qui ont favorisé le développement d'un réseau extrêmement décentralisé qui est apparu par la suite peu accueillant aux initiatives régulatrices des États (CARDON, PARASIE et RICCI, 2023).

2.2 LES PRATIQUES CONTRACTUELLES

[24] Des interactions. Le cyberspace étant d'abord et avant tout un lieu d'interactions, il suppose une volonté des protagonistes de se trouver en interaction. Hormis les situations de courrier électronique non sollicité, il est plutôt rare que les interactions se nouent en dehors d'un geste consensuel de la part de chacun des protagonistes. C'est dire l'importance que prend le contrat dans la problématique de la régulation des environnements électroniques. Cela explique sans doute pourquoi tant d'auteurs parlent d'un paradigme contractuel. Le caractère consensuel de la communication électronique investit le contrat d'une vocation majeure dans la régulation du cyberspace. Les pratiques contractuelles qui s'y développent constituent souvent la source principale des règles qui s'appliquent effectivement aux relations entre les protagonistes.

[25] Équité et confiance. Pour assurer l'équité dans les relations contractuelles, il faut disposer de mécanismes de suivi des pratiques et mettre en place des systèmes de sécurisation techniques et juridiques propres à garantir le caractère équitable des relations qui se noueront nécessairement entre partenaires de force inégale. Que ce soit au sein des communautés ou dans les usages commerciaux, des règles naissent afin de répondre à un besoin de confiance dans les transactions électroniques. La confiance se construit, au moins en partie, par des règles prévisibles et la garantie

qu'elles seront effectivement suivies et appliquées. Il y a assurément là un besoin que la Lex electronica a vocation à combler, au moins en partie.

[26] Un paradigme inhérent d'Internet. Le paradigme contractuel valorisant la responsabilité individuelle fait partie intégrante de la culture d'Internet. Certains estiment que le contrat pourrait s'avérer l'instrument régulateur le plus important du cyberspace. La prérogative de l'utilisateur de consentir ou non semble devoir constituer un principe régulateur central dans les environnements électroniques. Pour Robert Dunne, le contrat représenterait même un véhicule normatif tout à fait approprié à ce qu'il perçoit comme étant la culture du cyberspace.

[27] Exécution localisée. Le droit des contrats comporte des mécanismes d'exécution localisés qui évitent le recours à des mécanismes centralisés d'exécution. Comme le droit des contrats est appliqué par consentement des parties, il offre une solution qui permet de transcender les frontières nationales. En somme, le contrat se révèle être une forme de droit auto-appliqué qui correspond à la culture dominante au sein du cyberspace. Cela lui procure une plus grande capacité de formuler et d'appliquer des règles que celle que peuvent procurer les lois étatiques (DUNNE, 1994).

[28] Coûts de transaction. Trotter Hardy pour sa part rappelle que l'on a tort de s'imaginer que les contrats ne conviennent que pour régler les rapports strictement bilatéraux entre deux contractants. Les coûts de transactions dans les environnements électroniques paraissent relativement faibles. Il est loisible à chaque usager d'entrer en relation directe avec un correspondant, peu importe le lieu où il est situé. Le plus souvent, les coûts de communication sont établis sans égard à la distance. Des outils logiciels permettent de compiler et de sécuriser les échanges d'informations entre les personnes. Aussi, la plupart des interrelations qui s'y prêtent sont régies par des contrats édictant les règles du jeu auxquelles les parties seront soumises. Ces contrats peuvent être convenus lors de chaque transaction, quitte à ce que leurs termes soient complétés par les usages.

2.3 LES USAGES

[29] Un élément relationnel. Les usages représentent un élément relationnel important qui dépasse le champ de la promesse. La question de la nature juridique des usages ne fait pas l'unanimité. Certains soutiennent que l'usage est une règle de droit autonome, alors que d'autres nient que l'usage ait atteint ce statut, lui concédant un caractère contractuel (SCHMITTHOFF, 1978 ; GOLDMAN, 1979). Pour sa part, Loquin estime qu'un usage sera reconnu comme règle s'il est approprié aux besoins du commerce international. Ceux-ci s'articulent, selon lui, autour de quatre grands thèmes : sécurité, mutabilité des transactions, obligation de coopérer et ordre public international (LOQUIN, 1989).

[30] Un rôle important. L'usage a joué un rôle important dans l'élaboration de la *lex mercatoria* médiévale. Il est aujourd'hui une composante majeure du droit du commerce international et de la Lex mercatoria moderne. Les usages constituent des règles de droit autonome qui viennent ajouter au contenu obligationnel du contrat sans qu'il soit nécessaire que les parties en manifestent expressément la volonté. Ils résultent de la pratique établie et reconnue dans une sphère d'activité donnée.

[31] Des conditions d'émergence favorables. Le cyberspace constitue un cadre idéal pour l'apparition de pratiques et d'usages obligeant ses participants. Les usagers des environnements électroniques disposent de possibilités inouïes de communiquer entre eux et de partager leurs intérêts et besoins. Les éléments nécessaires à l'émergence de véritables communautés, c'est-à-dire la continuité des relations et l'existence de lieux partagés d'échanges, sont réunis dans le cyberspace. Il s'y crée de véritables communautés susceptibles de générer des règles de conduite.

[32] Un développement graduel. Les usages et pratiques se développent en général de façon graduelle et imperceptible, à la manière des règles jurisprudentielles. Les solutions apportées à chaque cas permettent de faire émerger graduellement les principes suivant lesquels les problèmes futurs seront résolus. De telles normes cèdent au droit étatique l'avantage de la stabilité et de la sécurité. Toutefois, les usages et pratiques ont l'avantage d'être plus près des participants et leur évolution, qui pourra être plus rapide et mieux adaptée aux changements, représente l'expression d'un consensus sans cesse renouvelé.

[33] Capacité d'organisation autonome. Même si les usages et pratiques dans un champ d'activité donné sont souvent pris en compte et ainsi intégrés au droit étatique, l'intérêt de ce type de norme réside dans sa capacité à organiser de façon autonome les comportements et les transactions des membres d'une communauté. Le respect des usages et pratiques est, dans de telles circonstances, la condition essentielle de l'adhésion d'un participant à une communauté donnée. Toutefois, si l'importance de la communauté le justifie, les usages et les pratiques pourraient constituer une technique de réglementation complète, parallèle au droit étatique, qui réglerait les rapports des participants d'une communauté et qui serait administré par ses propres instances.

[34] L'exemple de la nétiquette. Par exemple, la « nétiquette » désigne un ensemble de règles destinées à assurer un certain ordre dans l'Internet. Ainsi, les comportements suivants sont habituellement considérés comme fautif : l'affichage d'informations illégales, l'emploi d'un langage abusif dans le cadre de communications publiques ou privées, l'envoi de messages entraînant la perte d'informations, l'envoi d'une chaîne de lettres, ou encore la diffusion de messages destinés à des listes ou des individus entraînant la congestion d'un réseau ou interférant avec le travail d'autres individus.

3. LES CORPUS

[35] Divers corpus émanant d'instances, d'organismes et associations de taille et de statut passablement hétérogène exposent des normes et des règles associées à la Lex electronica. Il s'agit des textes modèles, des normes émanant des instances de normalisation, de même que celles découlant des activités juridictionnelles du cyberspace.

3.1 LES TEXTES MODÈLES

[36] Pas de force contraignante. Les textes modèles n'ont pas en eux-mêmes de force contraignante : ils contribuent toutefois à structurer les démarches des acteurs qui, dans leurs champs respectifs d'intervention, vont mettre en place des textes se

modelant sur les modèles les plus répandus ou encore des textes se distinguant des modèles. Les textes modèles ne sont que des recommandations, comme le rappellent Caprioli et Sorieul, elles ne possèdent aucun caractère obligatoire. Ces auteurs notent cependant que bien que ne liant pas les États, une recommandation internationale fournit « un titre juridique à l'État qui l'accepte et qui agit sur son fondement ». Le même phénomène joue à l'égard des autres acteurs qui ont le loisir de s'inspirer des modèles proposés (CAPRIOLI et SORIEUL, 1997).

[37] Processus de concertation. Les processus visant à la mise en place de lois modèles consistent à identifier les règles qui pourraient être acceptables dans chacun des pays concernés. Une fois rédigées, le plus souvent par des spécialistes provenant de différents pays, ces lois modèles peuvent être ensuite adoptées par les autorités étatiques. Plusieurs institutions se sont vouées au développement de telles législations modèles. Ainsi, la Commission des Nations Unies sur le commerce international se consacre à la meilleure harmonisation du droit commercial international : on lui doit certaines initiatives sur le droit de la vente internationale, des paiements, du transport, de l'arbitrage et du commerce électronique. Par exemple, la *Loi type sur le commerce électronique* a été élaborée par la CNUDCI afin de répondre à une transformation profonde des moyens de communication entre des parties utilisant des techniques informatisées ou d'autres techniques modernes pour conclure des affaires. Elle a pour objet de servir de modèle aux pays pour l'évaluation et la modernisation de certains aspects de leur législation et de leurs pratiques en matière de communications comportant l'emploi d'ordinateurs ou d'autres techniques modernes et pour l'adoption d'une législation pertinente lorsqu'elle fait défaut.

[38] L'autoréglementation. La pratique observée dans les environnements électroniques comme Internet, révèle les principaux modèles d'autoréglementation qui y prévalent. Ainsi, ceux qui ont la maîtrise d'un lieu (un site) dans le réseau ont la possibilité d'adopter des politiques relativement à l'accès au site, aux comportements acceptés et aux actes prohibés. Plusieurs institutions universitaires, lieux au sein desquels s'est d'abord développé Internet, se sont dotées de politiques ou de règles délimitant les droits et obligations de ceux qui font usage de leurs environnements. Ces politiques, parfois explicitées dans des documents officiels ou dans les contrats d'adhésion que signent les membres ou les clients, énoncent des lignes de conduite sur des questions comme : le caractère privé du courrier électronique, les conditions d'utilisation des logiciels disponibles sur le réseau, l'obligation d'utiliser son nom véritable, le droit de faire de la publicité commerciale, le droit d'utiliser les ressources du réseau pour des fins personnelles et la responsabilité pour les comportements des abonnés ou des clients. L'approche semble se modeler sur les modes de fonctionnement de la communication sur Internet. Il existe déjà diverses formes d'autoréglementation dans les environnements électroniques relevant habituellement d'ententes informelles entre les usagers, ainsi que des ententes plus formelles entre les propriétaires de serveurs. (TRUDEL, 1989). Ainsi, les règles du jeu se trouvent tout d'abord formulées dans des contrats entre les usagers et les fournisseurs d'accès : ce sont les acceptable use policies. À un autre niveau, les normes développées dans le cadre des environnements électroniques reflètent les usages et les pratiques développés par les usagers des environnements électroniques.

3.2 LES NORMES ISSUES DES INSTANCES DE NORMALISATION

[39] Un espace modelé par la technique. Environnement essentiellement construit par la technique, Internet est un espace rendu possible en raison de l'existence de protocoles et autres fonctionnalités énoncés dans des standards techniques. Plusieurs organisations contribuent à la définition des standards permettant l'interconnexion caractéristique d'Internet. Certains sont des instances étatiques ou des organisations internationales constituées par les États. La plupart sont des entités de droit privé.

[40] Deux ensembles d'instances. Les processus de normalisation relatifs à Internet sont primordialement le fait de deux ensembles d'organismes de standardisation. Un premier ensemble est constitué d'organismes ayant une longue implication dans la standardisation des artefacts techniques et électriques. Ils sont principalement constitués de spécialistes des technologies concernées et on leur doit les standards qui rendent compatibles un grand nombre d'appareils informatiques nécessaires à la communication. Au nombre de ces institutions, on compte les organisations nationales de standardisation, l'organisation internationale de normalisation (ISO), la Commission électrotechnique internationale, l'Association internationale des ingénieurs, l'Union internationale des télécommunications. Un second ensemble d'organismes de normalisation est plus spécifique à Internet. Il y a l'Internet Engineering Task Force, l'Internet Architecture Board, l'Internet Society, le World Wide Web Consortium (RIOUX et DAGENAIS, 2021).

3.3 LES NORMES DÉCOULANT DES ACTIVITÉS DES STRUCTURES ADJUDICATIONNELLES DU CYBERESPACE

[41] Mécanismes procéduraux adaptés au cyberspace. L'émergence de la normativité dans un environnement électronique procède en grande partie de la contribution des mécanismes de règlement des conflits. Les structures adjudicationnelles, c'est-à-dire les mécanismes procéduraux conçus en fonction des logiques prévalant dans le cyberspace, produisent des normes qui peuvent participer à la Lex electronica. Henry Perritt (PERRITT, 1993) relève que les environnements électroniques sont des lieux propices à l'établissement de processus de règlement de conflits et à l'établissement de processus d'élaboration de normes. Même son de cloche de la part de David Johnson (Johnson 1994) qui soutient que les réseaux informatiques transnationaux peuvent représenter le cadre idéal de mécanismes de règlement de différends souples et adaptés aux besoins spécifiques des communautés virtuelles. Évoquant les difficultés posées par le caractère multijuridictionnel des litiges liés aux environnements électroniques, Trotter Hardy (HARDY, 1994) soulignait l'opportunité de créer des « tribunaux virtuels » pour les litiges susceptibles d'apparaître dans les environnements électroniques. L'existence de mécanismes procéduraux conçus en fonction des logiques prévalant dans le cyberspace est assurément un facteur susceptible de favoriser l'émergence et l'évolution d'un corpus normatif qui soit propre à cet environnement. Il paraît en effet naturel de supposer que les conflits naissant dans le cyberspace seront de plus en plus pris en charge, voire même résolus, au sein même de cet environnement.

[42] Les conflits sur les noms de domaine. Les mécanismes de résolution de conflits relatifs aux noms de domaines sont assurément les premiers à avoir adopté l'approche

de la cyberjustice. Dans plusieurs politiques relatives à la gestion des noms de domaines, l'on évoque l'intérêt de recourir aux mécanismes alternatifs de prise en charge des différends et la nécessité de résoudre les conflits en prenant avantage des possibilités offertes dans le cyberspace même. Au terme de l'expérimentation menée dans le cadre des projets pionniers comme CyberTribunal ou Virtual Magistrate, on a vu que les fonctionnalités ainsi développées être utilisées pour faciliter le règlement des conflits tels que ceux qui surviennent à l'égard des noms de domaines (GAUTRAIS, BENYEKHEF, TRUDEL 1998). De même, l'Organisation mondiale de la propriété intellectuelle a mis sur pied un service d'arbitrage destiné à prendre en charge les conflits relatifs aux noms de domaines et d'autres conflits (WIPO, 2017).

CONCLUSION

[43] Un vecteur heuristique. Constituée comme un ensemble de règles en dialogue et en concurrence, la Lex electronica se propose comme un vecteur heuristique afin de situer et comprendre la normativité d'Internet et du coup contribuer à la construction de concepts et paradigmes propres à l'appréhension du droit dans le cadre virtuel qui est celui du cyberspace. La notion est une métaphore modelée sur le concept de la Lex Mercatoria y participant tout en s'en distinguant. Elle favorise, dans la communauté juridique, une démarche de transposition de concepts connus du droit transnational vers la prise en charge de concepts pertinents à la normativité dans les espaces virtuels engendrés par la communication électronique. C'est assurément le socle sur lequel se construit une normativité indépendante des ordres juridiques étatiques nationaux afin de procurer les cadres nécessaires au déroulement harmonieux des interactions sur Internet.

[44] Des règles en dialogue et en concurrence. À l'image du cyberspace qui apparaît comme un lieu d'interactivité et de concurrence, la Lex electronica se présente et se propose comme un ensemble de règles en dialogue et en concurrence. Les contrats sont proposés aux usagers, des groupes de pression, des associations, les États mettent de l'avant des clauses types afin de favoriser le maintien ou rétablir les équilibres, les environnements techniques imposent des règles ressemblant aux dispositions supplétives quand ils ne créent pas des états de fait empêchant tout bonnement tel ou tel comportement. Ces règles sont certes différentes, elles reflètent des intérêts et sensibilités contradictoires mais présentent, d'autre part, un fonds commun. Se développe ainsi un corpus supplétif doté d'un capital variable de légitimité et procurant avec une constance variable, un cadre normatif au sein duquel s'inscrivent et se négocient les arrangements contractuels et se définissent les tissus obligationnels des interactions prenant place dans le cyberspace.



BIBLIOGRAPHIE

Barthes, Roland (1957) *Mythologies*, Paris, Éditions du Seuil, 195.

Caprioli, Eric et Renaud Sorieul (1997) «Le commerce international électronique : vers l'émergence des règles juridiques transnationales», *J.D.I.* 323, p. 332.

Cardon, D., S.Parasie et D. Ricci, *Atlas du numérique*, Paris, Presses de sciences Po, 2023, p. 100.

Chagal-Feferkorn, Karni A. et Niva Elkin-Koren, « Lex AI: Revisiting Private Ordering by Desing », 36 *Berkeley Technology Law Journal* 102-148 [2021].

de Charentenay, Simon, « La blockchain sera le droit » ; « Blockchain et Droit : Code is deeply Law », *Gaz. Pal.* 14 nov. 2017, n° 305g1, p. 15.

Dunne, Robert L. (1994) « Deterring Unauthorized Access to Computers : Controlling Behavior in Cyberspace Through a Contract Law Paradigm », 35 *Jurimetrics J.* 1, 12.

Hardy, Trotter,(1994) «The Proper Legal Regime for 'Cyberspace'», 55 *University of Pittsburg Law Review*, 993.

Gautrais, Vincent , Guy Lefebvre et Karim Benyekhlef (1997) «Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la Lex Electronica» 5 *RDAl*, 547-p. 566.

12

Gautrais, Vincent, Karim Benyekhlef, Pierre Trudel, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du Cybertribunal », (1998) 4 *Droit de l'informatique et des télécoms*, 46-51.

Goldman, Berthold (1964) «Frontière du droit et lex mercatoria», 9 *A.P.D. (NS)* 177;

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

Greenleaf, Graham (1998) «An Endnote on Regulating Cyberspace : Architecture vs Law», 21(2) *UNSWLJ*, 593 <<https://www8.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/journals/UNSWLJ/1998/52.html>>

Kablan, Serge et Arthur Oulai, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation», (2009) 39 *Revue générale de droit*, 5-49.

Lessig, Lawrence (1997) «The Law of the Horse: What Cyberlaw might Teach», *Harvard Law Review*, Vol. 113, No. 2 (Dec., 1999), pp. 501-549, <<https://www.jstor.org/stable/1342331> >

Kaminski, Margot E. « Technological 'Disruption' of the Law's Imagined Scene: Some Lessons from Lex Informatica", [2021] 36 *Berkeley Technology Law Journal* 883-914, 887-888

Lessig, Lawrence, *Code and Other Laws of Cyberspace* (1999).

Loquin, Éric (1989) *La réalité des usages du commerce international*, R.I.D.É. 163.

Poulain, Gérard, *Métaphore et multimédia- concepts et applications*, Collection technique et scientifique des télécommunications, Paris, La documentation française, 1996.

Post, David G. et David R. Johnston (1996) «Law and Borders : The Rise of Law in Cyberspace», 48 *Stanford L. Rev.*, 1367, p. 1378.

Rioux, Michèle et Olivier Dagenais, « Le rôle des organisations internationales dans la gouvernance d'Internet et des secteurs numériques », *Revue québécoise de droit international*, Numéro hors-série, décembre 2021, p. 357–371.

Schmitthoff, Clive M. (1987) *International Trade Usages*, Paris, ICC Publishing SA.

Reidenberg, J. R. « Lex informatica: The formulation of information policy rules through technology », *Tex. L. Rev.* 76, 553 (1997)

Trudel, Pierre, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1989) 19 *R.D.U.S.* 247-286.

Trudel Pierre, « La Lex Electronica, » dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Éditions Bruylant, collection Droit international, 2001, p. 221-268.

Trudel, Pierre, « La régulation des activités sur Internet : une gestion de risques en réseaux » dans Élise Degrave, Cécile DeTerwangne, Sévérine Dussolier et Robert Queck, *Law, Norms and Freedoms in Cyberspace / Droit, normes et libertés dans le cybermonde*, Bruxelles, Larcier, 2018, 445-458.

Valauskas, Edward J. (1996) *Lex Networkia : Understanding the Internet Community*, 1 First Monday 5, 10-13 (Oct. 7, 1996) < <https://firstmonday.org/ojs/index.php/fm/article/download/490/411> >.

WIPO Arbitration and Mediation Center, *WIPO Overview of WIPO Panel Views on Selected UDRP Questions, Third Edition ("WIPO Overview 3.0")*, Geneva, World Intellectual Property Organization – 2017, < <https://www.wipo.int/amc/en/domains/search/overview3.0/> >.