

Université de Montréal

La régulation du commerce électronique global

par

Karim Seffar

Faculté de droit

Thèse présentée à la Faculté des études supérieures  
en vue de l'obtention du grade de docteur en droit (LL.D.)

Juillet 2013

© Karim Seffar, 2013

Université de Montréal  
Faculté des études supérieures

Cette thèse intitulée :  
La régulation du commerce électronique global

Présentée par :  
Karim Seffar

A été évaluée par un jury composé des personnes suivantes :

Vincent Gautrais  
président-rapporteur

Karim Benyekhlef  
directeur de recherche

Pierre Trudel  
membre du jury

Pierre-Emmanuel Moyses  
examineur externe

André H. Caron  
représentant du doyen de la FES

## Résumé

Le déroulement du commerce électronique sur un marché global suscite de nombreux questionnements juridiques. D'une part, le droit est conçu à l'échelle nationale en fonction d'un milieu social tributaire de son histoire et de sa culture et d'autre part, le commerce électronique global présente des caractéristiques très singulières : dématérialisation, ubiquité et dimension transfrontalière. Or, une telle confrontation est susceptible de menacer la sécurité juridique des parties dans leurs transactions commerciales en ligne mais aussi la confiance nécessaire à leur développement.

Les territoires nationaux, en limitant le pouvoir d'action effectif des États, pose un problème d'échelle : réglementer un phénomène global confronté à des souverainetés territoriales multiples. L'encadrement normatif du commerce électronique global se développe désormais, en partie, à un niveau extra étatique, confirmant l'érosion du monopole des États dans la régulation des rapports juridiques globalisés. La normativité devient le résultat d'un jeu normatif ouvert non seulement quant aux acteurs de la régulation, mais également quant à la qualification des normes impliquées dans cette régulation.

Prenant la mesure de la complexité croissante de la normativité, les États interviennent pour tenter de concilier les pratiques nouvelles avec la règle de droit dans une logique de définition des règles du jeu et d'harmonisation du comportement des acteurs économiques. Les systèmes de droit nationaux apprennent à interagir avec des normes multiples de sources différentes. Cette évolution reflète l'articulation des dynamiques de mutation de la normativité avec le phénomène de globalisation du commerce électronique.

**Mots clés :**

Régulation, commerce électronique, mondialisation, normativité, confiance, postmodernisme.

## Summary

The roll out of e-commerce on a global market gives rise to a number of legal questions. On one hand, the law is conceived on a national scale based on the social context, which itself is dependent on its history and culture, and on the other hand, global e-commerce has very unique characteristics: dematerialization, ubiquity and a cross-border dimension. Such a confrontation is likely to jeopardize the legal security of parties in their online commercial transactions, in addition to the trust necessary for their development.

National territories, by limiting the effective State power, present a scale issue: regulating a global phenomenon confronted by multiple territorial sovereignties. The normative framework of global e-commerce is now starting to develop, partly, at the non-state level confirming the erosion of States monopoly in the regulation of the global legal relations. Normativity becomes the result of a normative game, open not only as for regulation actors, but even as for the qualification of the norms involved in this regulation.

With regard to the growing complexity of normativity, States intervene in order to attempt to reconcile new practices with the rule of law, while aiming to define the

playing fields and to harmonize the behaviour of the economic players. National law systems are learning to interact with multiple norms from different sources. This evolution reflects the articulation of changes in normativity dynamic with the phenomenon of e-commerce globalization.

**Key words:**

Regulation, e-commerce, globalization, normativity, trust, postmodernism.

## Table des matières

Résumé.....	i
Summary .....	iii
Table des matières.....	v
Liste des sigles et abréviations.....	ix
Remerciements.....	xii
INTRODUCTION .....	1
<b>PREMIÈRE PARTIE : LES DÉTERMINANTS DE LA RÉGULATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL .....</b>	<b>20</b>
TITRE I. L'ÉVOLUTION DU COMMERCE INTERNATIONAL.....	24
Chapitre I. La mondialisation du commerce.....	26
Section I. Les réalités de la mondialisation du commerce.....	27
1. La continuité historique de la mondialisation du commerce .....	28
2. Les particularités de la mondialisation du commerce actuelle .....	33
A. La décentralisation d'Internet .....	34
B. La globalisation des marchés .....	49
Section II. Les instruments de la mondialisation du commerce .....	52
1. L'Organisation mondiale du commerce.....	55
2. Les accords régionaux.....	63
Chapitre II. La mise en ligne du commerce.....	72
Section I. La spécificité du commerce électronique global .....	73
1. La transformation de la relation commerciale .....	75
A. Le commerce électronique : une nature composite.....	76
B. La dématérialisation de la conclusion et de l'exécution du contrat électronique.....	80
2. Les critères de rattachement du contrat électronique transfrontalier .....	82
A. Les solutions apportées aux conflits de lois.....	85
B. Les solutions apportées aux conflits de juridictions.....	92
Section II. Les freins à l'essor du commerce électronique global .....	102
1. Une catégorisation restrictive.....	105
2. Une confiance restreinte.....	111

TITRE II. LA MUTATION DE LA NORMATIVITÉ.....	118
Chapitre I. La normativité repensée.....	121
Section I. Le recul du caractère contraignant du droit.....	123
1. La gouvernance.....	125
2. Le droit de régulation.....	133
Section II. Le monopole de la juridicité du droit.....	141
1. L’auto-régulation par les acteurs privés.....	142
A. Les avantages de l’auto-régulation.....	143
B. Les limites de l’auto-régulation.....	147
2. La théorie de l’internormativité.....	150
Chapitre II. La normativité adaptée.....	158
Section I. L’adaptation des modes d’élaboration de la norme.....	159
1. L’harmonisation internationale.....	160
A. Les enjeux de l’harmonisation.....	161
B. La technique de la modélisation.....	166
2. La corégulation.....	168
A. La méthode de la corégulation.....	170
B. Les approches de la corégulation.....	173
Section II. L’adaptation du contrôle des États.....	176
1. Le contrôle de la validité des normes privées.....	177
A. Le critère de légitimité.....	178
B. Le critère de conformité.....	181
C. Le critère d’effectivité.....	183
2. Le contrôle du champ d’application des normes privées.....	187
Conclusion de la première partie.....	192
<b>SECONDE PARTIE : LA RÉALISATION DE LA RÉGULATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL.....</b>	<b>194</b>
TITRE I. LA RÉGULATION EN AMONT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL.....	197
Chapitre I. Les normes matérielles internationales.....	199
Section I. Le droit matériel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international.....	200
1. La <i>Loi type sur le commerce électronique</i> .....	203
2. La <i>Loi type sur les signatures électroniques</i> .....	211
3. La <i>Convention des Nations Unies sur l’utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux</i> .....	215
Section II. Les lignes directrices de l’Organisation de coopération et de développement économiques.....	218
1. Les <i>Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel</i> .....	219
2. Les <i>Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique</i> .....	222
Section III. Les normes matérielles régionales : l’exemple européen.....	226

1. L'harmonisation européenne : état des lieux .....	228
A. Les principes fondamentaux du commerce électronique .....	229
B. La protection du consommateur .....	233
C. La protection des données personnelles .....	238
2. Le mécanisme de la « Sphère de sécurité » .....	245
Chapitre II. Les garanties complémentaires.....	250
Section I. Les garanties relatives aux pratiques commerciales.....	251
1. Les codes de conduite .....	252
2. Les labels.....	257
A. Les formes de la labellisation.....	258
B. Le cyberconsommateur : nouvel acteur de la labellisation .....	261
3. Les contrats types.....	266
Section II. Les garanties relatives à l'intégrité de la transaction .....	268
1. La certification de la signature électronique .....	270
2. La sécurisation du paiement électronique.....	273
Section III. Les garanties relatives à la protection des données personnelles.....	278
1. Le marché des données personnelles .....	279
2. Les politiques de confidentialité .....	283
<b>TITRE II. LA RÉGULATION EN AVAL DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL .....</b>	<b>287</b>
Chapitre I. La résolution en ligne des conflits .....	290
Section I. L'intérêt de la résolution en ligne des conflits.....	291
1. Le choix de la procédure .....	293
A. Les modes consensuels .....	294
B. L'arbitrage en ligne .....	300
2. L'accès à la justice .....	304
Section II. L'expérience de la résolution en ligne des conflits.....	308
1. Les projets précurseurs.....	309
A. Le <i>Virtual Magistrate</i> .....	309
B. Le Cybertribunal.....	311
C. Le centre <i>SquareTrade</i> .....	313
2. La pratique actuelle.....	315
A. Les centres de résolution en ligne des conflits.....	315
B. L'intervention des prestataires de services de paiement .....	319
Chapitre II. Les normes procédurales internationales.....	321
Section I. L'application des principaux textes internationaux sur l'arbitrage au contexte électronique.....	322
1. La convention d'arbitrage électronique .....	324
A. La convention d'arbitrage électronique et la nécessité de l'écrit....	325
B. Le consentement à la convention d'arbitrage électronique .....	327
2. La sentence électronique et son exécution.....	330
Section II. Les principes procéduraux spécifiques à la résolution en ligne des conflits .....	333
1. Des principes procéduraux hétéroclites au niveau mondial.....	334

2. Des principes procéduraux structurants au niveau régional.....	340
Conclusion de la seconde partie.....	347
CONCLUSION.....	349
BIBLIOGRAPHIE.....	352
Monographies et ouvrages collectifs.....	352
Articles de revues et études d'ouvrages collectifs .....	366
Articles et lettres électroniques.....	397
Table des instruments légaux.....	400
Documents des organismes publics et rapports .....	407
Documents des organismes privés .....	411
Jurisprudence .....	412
Sites <i>Web</i> .....	413

## Liste des sigles et abréviations

al.	Alinéa
Arch. phil. droit	Archives de la philosophie du droit
Buffalo L. Rev.	Buffalo Law Review
Cah. dr. eur.	Cahiers de droit européen
Cah. Jur. Fisc	Cahiers juridiques et fiscaux de l'exportation
C. de D.	Cahiers de droit
Comm. com. électr.	Communication - commerce électronique
Conn. L. J.	Connecticut Law Journal
D.	Recueil Dalloz
dir.	Sous la direction de
Duke L. J.	Duke Law Journal
éd.	Édition
Emory L. J.	Emory Law Journal
F.U.S.L.	Publications des Facultés universitaires Saint-Louis
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Hastings Comm. & Ent. L. J.	Hastings Communications and Entertainment Law Journal
HMH	Houghton Mifflin Harcourt
Int. J. Law. Info. Tech.	International Journal of Law and Information Technology

JCP	Juris-Classeur périodique
JDI	Journal du droit international
J. Int. Arb.	Journal of International Arbitration
J. Internet L.	Journal of Internet Law
J. Int'l L. & For. Aff.	Journal of International Law and Foreign Affairs.
L.G.D.J.	Librairie générale de droit et de jurisprudence
LPA	Les petites affiches
R.D. McGill	Revue de droit de McGill
Ohio St. J. on Disp. Resol.	Ohio State Journal on Dispute Resolution
par.	Paragraphe
P.U.F.	Presses Universitaires de France
PUL	Presses de l'Université Laval
PUM	Presses de l'Université de Montréal
PUQ	Presses de l'Université du Québec
RDAI	Revue de droit des affaires internationales
RDP	Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger
R.D.T.I.	Revue du droit des technologies de l'information
R.D.U.S.	Revue de droit de l'Université de Sherbrooke
RED consomm.	Revue européenne de droit de la consommation
Rev. arb.	Revue de l'arbitrage
Rev.crit. DIP	Revue critique de droit international privé

RFAP	Revue française d'administration publique
R.G.D.	Revue générale de droit
R.I.E.J.	Revue interdisciplinaire d'études juridiques
RIDE	Revue internationale de droit économique
RJC	Revue de jurisprudence commerciale
RJT	Revue juridique Thémis
R.Q.D.I.	Revue québécoise de droit international
RRJ	Revue de la recherche juridique
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Santa Clara L. Rev.	Santa Clara Law Review
Tex. Law Review	Texas Law Review
U. Chi. Legal F.	University of Chicago Law Review and Legal Forum
U. Illinois J. L. Tech. & Pol'y	University of Illinois Journal of Law, Technology & Policy
U. Pa. L. Rev.	University of Pennsylvania Law Review
U. Pitt. L. Rev.	University of Pittsburgh Law Review
U.T.L.J.	University of Toronto Law Journal
Wash. L. Rev.	Washington Law Review
Wm. & Mary L. Rev.	William & Mary Law Review

## **Remerciements**

Je tiens à exprimer mes remerciements à mon directeur de recherche, le professeur Karim Benyekhlef, qui par sa disponibilité et commentaires a permis la rédaction de cette thèse.

Mes remerciements vont également à mes parents, famille et amis pour leur aide et support.

# INTRODUCTION

Le droit<sup>1</sup> contemporain aborde une période confuse au cours de laquelle les transformations se succèdent à un rythme sans cesse croissant. Le trouble, semé dans les pensées et les traditions juridiques, suscite dans le même souffle des idées prometteuses et des dangers menaçants. Ainsi, internationalisation, mondialisation et globalisation sont des termes<sup>2</sup> qui font régner une atmosphère d'appréhension grandissante à l'égard d'une certaine prééminence accordée à l'économie de marché<sup>3</sup>.

Les formes nouvelles que prennent les relations entre les grandes puissances, dans un monde auparavant bipolaire, induisent des relations internationales de plus en plus marquées, et souvent même submergées, par la logique privée de l'économie mondiale. Rapport accéléré entre les sociétés, intensification des échanges commerciaux et, de façon plus globale, basculement des deux tiers de la planète

---

<sup>1</sup> Andrée LAJOIE, « Contributions à une théorie de l'émergence du droit. 1- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées », (1991) 25 *RJT* 103, 109. Dans sa définition classique, le droit constitue : « l'ensemble des normes générales ou des règles de conduite édictées par une autorité étatique et sanctionnées par une contrainte de type public ».

<sup>2</sup> Sur la multiplicité des sens donnés à ces termes, voir Guy ROCHER, « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans Daniel MERCURE (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Ste-Foy, PUL, 2000, p. 17, à la page 19 ; Laurent CARROUÉ, *Géographie de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 3 et suiv.

<sup>3</sup> Sur la domination de l'économie de marché, voir Thomas FRIEDMAN, *The Lexus and the Olive Tree*, Glasgow, HarperCollins, 2000, p. 17 ; Pour une approche critique, voir Pierre-Noël GIRAUD, *L'inégalité du monde. Économie du monde contemporain*, Paris, Gallimard-Folio, 1996 ; Joseph STIGLITZ, *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002 ; Jean ZIEGLER, *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, Fayard, 2002.

dans l'économie de marché imposée par le capitalisme<sup>4</sup> et le triomphe de la pensée libérale<sup>5</sup>.

Certains conçoivent la mondialisation<sup>6</sup> comme « heureuse »<sup>7</sup>. La mondialisation peut être, si nous le voulons, heureuse, mais elle ne rime pas, non plus, avec la fin de l'Histoire<sup>8</sup>. D'autres encore la placent au banc des accusés<sup>9</sup>. La mondialisation est un sujet qui, tout comme son impact sur les économies nationales, a fait couler beaucoup d'encre ces dernières années mettant en lumière la multiplicité des sens<sup>10</sup> et la juxtaposition des connotations du mot dans différentes sphères<sup>11</sup>.

---

<sup>4</sup> Jean-Pierre PAULET, *La Mondialisation. Synthèse*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002, p. 31 : « Il convient tout d'abord de définir deux notions de base : capitalisme et libéralisme sont des réalités différentes et la confusion est courante. Le mot capitalisme possède plusieurs significations, mais a surtout un contenu économique. [...] Le libéralisme, en revanche est lié au capitalisme mais n'est, en aucun cas, un synonyme, il s'agit avant tout d'une « philosophie globale » au même titre que « le marxisme » ».

<sup>5</sup> *Id.*, p. 94. La pensée libérale se définit comme un « courant de pensée qui repose sur le concept de liberté et l'attachement à un certain nombre de valeurs : individualisme, rôle effacé de l'État, libre concurrence ».

<sup>6</sup> D'un point de vue général, le grand dictionnaire terminologique définit la mondialisation comme étant un « Processus d'intégration des marchés, qui résulte de la libéralisation des échanges, de l'expansion de la concurrence et des retombées des technologies de l'information et de la communication à l'échelle planétaire. », OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Le grand dictionnaire terminologique » : <[www.granddictionnaire.com](http://www.granddictionnaire.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>7</sup> Alain MINC, *La mondialisation heureuse*, Paris, Plon, 1997.

<sup>8</sup> Francis FUKUYAMA, *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992, p. 81 et suiv.

<sup>9</sup> Dorval BRUNELLE, *Dérive globale*, Boréal, Montréal, 2003 ; Samy COHEN, *La résistance des États : les démocraties face aux défis de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003 ; Viviane FORRESTER, *L'horreur économique*, Paris, Fayard, 1996.

<sup>10</sup> À noter la distinction terminologique établie entre globalisation, mondialisation et universalisation. En ce sens, voir François OST, « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5, à la page 6.

La mondialisation actuelle est nouvelle à la fois par son ampleur et par son intensité<sup>12</sup>. Les années 1960 et 1970 ont été l'ère de la transnationalisation (en raison de la croissance rapide des multinationales), et la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et le début du XX<sup>ème</sup> siècle ont été l'ère de l'internationalisation (en raison de l'essor accéléré des échanges internationaux et des mouvements de capitaux)<sup>13</sup>. La période actuelle est l'ère de la globalisation (elle englobe cette fois la totalité de la planète)<sup>14</sup>.

La globalisation constitue le dernier développement d'un phénomène historique au long terme<sup>15</sup>, marqué par le passage d'une société de production industrielle à une

---

<sup>11</sup> Vincent CABLE, *Globalization and Global Governance*, London, Chatham house papers, 1999, p. 2 : "The concept of globalization is not just descriptive, it is also normative. Many relish the excitement and the widening of opportunities and want to remove barriers to markets and mobility. But others are alarmed by real or imagined threats to their identity or the ability or the ability of their governments to exercise control over events".

<sup>12</sup> Alain LÉON et Thierry SAUVIN, *De l'économie internationale à l'économie globale. A la recherche éperdue d'un monde Lisse*, Paris, Ellipses édition Marketing, 2005, p. 57.

<sup>13</sup> Charles-Albert MICHALET, « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 17.

<sup>14</sup> Jacques B. GÉLINAS, *La globalisation du monde. Laisser faire ou faire ?*, Montréal, Les Éditions Ecosociété, 2000, p. 39 et 40. Sur la distinction entre mondial et global, l'auteur précise que : « Les deux qualificatifs sont pratiquement synonymes, mais global a l'avantage d'éliminer toute référence à la nation, à l'État et aux frontières devenues obsolètes. Le terme met en lumière la projection du nouveau système économique sur la totalité du globe, sur l'ensemble de ses ressources et sur l'intégralité des activités humaines ».

<sup>15</sup> André-Jean ARNAUD, *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2004, p. 28 et 29. L'auteur recense, ainsi, les traits caractéristiques de la globalisation : « changement dans les modèles de production (dislocation de l'activité économique) ; développement de marchés de capitaux liés par-delà les nations ; expansion croissante des multinationales ; importance croissante des ententes commerciales entre nations formant des blocs économiques régionaux de première importance ; ajustement structurel passant par la privatisation et la diminution du rôle de l'État ; hégémonie des concepts néolibéraux en matière de relations économiques ».

société de flux d'informations<sup>16</sup>, signalant l'avènement d'une société post-industrielle<sup>17</sup> avec pour pierre angulaire Internet<sup>18</sup>. Il est indéniable que les réseaux numériques ont marqué une nouvelle étape décisive<sup>19</sup>. Le phénomène Internet<sup>20</sup>, qui est fortement lié à la globalisation<sup>21</sup>, impose de constater que les frontières ne

---

<sup>16</sup> Rudolf W. RIJGERSBERG, *The state of interdependence. Globalization, Internet and Constitutional Governance*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010, p. 49.

<sup>17</sup> Sur le post-industrialisme, voir Felix STALDER, *Manuel Castells. The Theory of the Network Society*, Cambridge, Polity Press, 2006, p. 43 et suiv. ; Daniel COHEN, *Trois leçons sur la société post-industrielle*, Paris, Seuil, 2006 ; Daniel BELL, *Vers la société post-industrielle*, Paris, Robert Laffont, 1976 ; Alain TOURAINE, *La société post-industrielle. Naissance d'une société*, Paris, Denoël, 1969.

<sup>18</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Réseau informatique mondial constitué d'un ensemble de réseaux nationaux, régionaux et privés, qui sont reliés par le protocole de communication TCP-IP [...] Le terme Internet a été formé à partir de l'anglais INTERconnected NETworks (ou de INTERconnection of NETworks, selon certains), équivalant à réseaux interconnectés (ou à interconnexion de réseaux). Il n'a pas été construit, comme on le croit parfois, à partir d'International Network. L'internationalisation d'Internet s'est faite peu à peu et elle se poursuit toujours d'ailleurs.

À l'origine, la graphie avec majuscule s'est imposée pour souligner le caractère unique d'Internet. On le considère alors comme un nom propre (tout comme le mot Web d'ailleurs). Plus récemment, la graphie avec minuscule a fait son apparition dans la presse francophone et dans Internet, signe que cet emprunt à l'anglais commence à s'intégrer à la langue française (on le traite comme un nom commun). Actuellement, les deux graphies coexistent dans l'usage, que le terme soit utilisé seul ou en apposition (ex. : site Internet). Mais c'est une simple question de point de vue : si l'on considère Internet comme une entité unique (nom propre), on choisit la majuscule, et si l'on considère l'internet comme un média parmi d'autres (la télévision, la radio, la presse, etc.), on choisit la minuscule (nom commun). Pour l'instant, l'Office québécois de la langue française continue à privilégier la graphie avec majuscule. Utilisé en apposition, le terme Internet conserve la majuscule et reste invariable au pluriel (ex. : protocoles Internet). Net est une forme abrégée du mot Internet et s'écrit de préférence avec une majuscule initiale. »

<sup>19</sup> Thomas SCHULTZ, *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 232 et 233 : « Par la déterritorialisation immanente à l'environnement électronique, Internet a même acquis valeur paradigmatique dans la réflexion sur la globalisation ; il en constitue un exemple privilégié ».

<sup>20</sup> Manuel CASTELLS, *La galaxie Internet*, Paris, Fayard, 2002, p. 11 : « les activités économiques, sociales, politiques et culturelles cruciales, sur toute la planète, sont aujourd'hui structurées par et autour d'Internet ».

<sup>21</sup> Voir Karim BENYKHLEF, *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008, p. 95 : « Les technologies de l'information et Internet en particulier constituent également un fait qui met en lumière les limites de la norme moderne. Les technologies de l'information participent à la mondialisation en tant qu'acteur mais également comme agent (vecteur) ».

rendent plus compte du jeu d'acteurs dont les activités se déploient à une échelle globale<sup>22</sup>.

Les activités commerciales ont été interdites sur Internet par la *National Science Foundation*<sup>23</sup> jusqu'au début des années 1990. Depuis, et rompant avec ses principes initiaux faits de convivialité, d'esprit de collaboration et de gratuité, Internet s'est ouvert au commerce en introduisant des transformations profondes dans la relation commerciale lorsque celle-ci s'établit à travers les systèmes numériques<sup>24</sup>.

En raison de sa dimension universelle<sup>25</sup>, Internet a contribué à l'émergence d'un « marché électronique »<sup>26</sup> de biens et de services à une échelle globale et, par là

---

<sup>22</sup> Pierre TRUDEL, « L'influence d'Internet sur la production du droit », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 89, à la page 90 : « Les références à l'espace connaissent des mutations ; les interactions sont de moins en moins sensibles aux frontières nationales ».

<sup>23</sup> NATIONAL SCIENCE FOUNDATION : <<http://www.nsf.gov/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>24</sup> Dominique TORRE et Élise TOSI, « Nouvelle économie et nouveaux modes de coordination », dans Adel BEN YOUSSEF et Ludovic RAGNI (coord.), *Nouvelle économie, organisations et modes de coordination*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 45, à la page 57 : « En tant que réseau immatériel et informationnel, Internet constitue une exception à bien des égards. A l'origine, c'est un réseau technologique qui s'est transformé assez rapidement en réseau économique. On l'a ensuite qualifié de « réseau des réseaux » pour exprimer son pouvoir de démultiplication en ce qui concerne les liens que peuvent tisser les agents. Internet se transforme alors graduellement pour devenir un système d'intermédiation évolutif entre acteurs et marchés. »

<sup>25</sup> Luciano FLORIDI, *Internet. Un exposé pour comprendre. Un essai pour réfléchir*, Paris, Flammarion, 1998, p. 15.

<sup>26</sup> Voir Olivier CACHARD, *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002, p. 8. L'auteur substitue l'expression « marché électronique » à celle de « commerce électronique » car elle reflète mieux, à ses yeux, la réalité du phénomène étudié.

même, à l'intensification des relations commerciales en ligne<sup>27</sup>. Les progrès rapides de l'informatique et des technologies de l'information<sup>28</sup> ont réduit les obstacles qu'opposaient le temps et la géographie à la capacité des individus et des entreprises d'entrer en contact et de mener des transactions.

Le commerce électronique qui se retrouve, ainsi, globalisé, est libéré des barrières territoriales<sup>29</sup> et se déploie dans un espace qui « est par définition soustrait à toute localisation »<sup>30</sup>. La création de nouveaux circuits, à côté et en concurrence avec les circuits physiques traditionnels, modifie les rapports de force, conduit les entreprises à des stratégies renouvelées de production et de distribution<sup>31</sup>.

---

<sup>27</sup> Geoffrey SAMPSON, *The anatomy of electronic business*, Oxford, Butterworth-Heinemann, 2004, p. 59 ; Antoine BURIN DES ROZIERES, « Économie et commerce électronique », (2004) 27 *LPA* 32.

<sup>28</sup> Pierre-Paul LEMYRE, « Le contexte des technologies de l'information », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 11, à la page 11 : « l'expression technologies de l'information est un concept qui évolue en fonction du développement des innovations et des transformations sociales qui en découlent. Elle désigne en principe l'ensemble des matériels, logiciels et services qui permettent la collecte, le traitement et la transmission de l'information. À ce titre, il englobe sans distinction l'électronique, l'informatique et les communications. L'émergence de la réseautique au milieu des années 1980 a cependant transformé l'expression. Graduellement, les technologies de l'information désignèrent plus particulièrement les nouveaux moyens de communication informatique tels que l'Échange de documents informatisés (EDI) et les réseaux privés. Le concept de « nouvelles technologies de l'information » fit alors son apparition mais fut rapidement associé, au cours des cinq dernières années, à un réseau informatique d'envergure mondiale, Internet ».

<sup>29</sup> Pierre TRUDEL, « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », (1995) *R. du B.* 521, 521 : « l'Internet n'est pas limité à un seul territoire national. On peut y conclure des transactions avec des partenaires situés n'importe où dans le monde avec la même facilité ».

<sup>30</sup> Alessandra ZANOBETTI, « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », (2000) 5 *RDAI* 533, 533.

<sup>31</sup> Stuart BIEGEL, *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 2001, p. 33 : « many of the differences in networked environments are function of the unique combination of features governing interaction in this medium, including the ability to communicate instantaneously on a one-to-many, and many-to-many basis, the independence of communication from physical distance, the relatively low barriers

Parallèlement, de nouveaux modèles économiques émergent : portail, site communautaire et d'achats groupés, site de commerce électronique.

Le commerce électronique global change les valeurs et le comportement des acheteurs en mesure de comparer rapidement et sur une échelle géographique étendue les produits qu'on leur propose, mais modifie surtout la distribution en affectant le rôle des intermédiaires. En effet, le commerce international, jusqu'alors monopolisé par de puissants importateurs et exportateurs, devient accessible à tous les fournisseurs qui le souhaitent. Ceci a permis la commercialisation au-delà des frontières d'un certain nombre de services traditionnels dont le commerce était jusque là limité au marché national<sup>32</sup>.

Tant que les activités sur Internet ne touchaient qu'une communauté cohérente et fermée, les États<sup>33</sup> ne se sont pas trop préoccupés d'intervenir dans ce qui fonctionnait selon les règles propres à cette communauté selon un « modèle de régulation [qui] repose sur une logique communautaire ou collective »<sup>34</sup>. Avec la diversification des usages et des acteurs, le besoin de compléter la régulation

---

to entry to communication, and the entirely software-mediated nature of all communication and interaction”.

<sup>32</sup> Franklin DEHOUSSE, Thibault VERBIEST et Tania ZGAJEWSKI, *Introduction au droit de la société de l'information*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 60 ; Guy HERVIER, *Le commerce électronique. Vendre en ligne et optimiser ses achats*, Paris, Éditions d'Organisation, 2001, p. 46 et suiv.

<sup>33</sup> Olivier BEAUD, « La notion d'État », (1990) 35 *Arch. phil. droit* 119.

<sup>34</sup> Philippe AMBLARD, *Régulation de l'Internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 17.

technique afin d'organiser la concurrence, permettre le développement d'activités commerciales, et protéger les consommateurs s'est fait sentir<sup>35</sup>.

En effet, les transactions transfrontalières<sup>36</sup> qui, jadis, s'opéraient généralement entre des professionnels engagent désormais un nombre croissant de consommateurs<sup>37</sup>. Les consommateurs de partout dans le monde<sup>38</sup>, pour peu qu'ils soient connectés à Internet, peuvent commercer avec des vendeurs situés à plusieurs milliers de kilomètres. Parmi les notions qui varient selon les ordres juridiques, celle de consommateur occupe une place importante, puisqu'elle et la protection dont elle fait l'objet sont liées à un territoire national<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Mohamed Mahmoud SALAH, « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », dans *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat. Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 261, à la page 272 : « De façon générale, « la protection de la partie faible », quels qu'en soient les coûts et les effets pervers, peut fléchir sur certains points, en raison de l'intensification de la concurrence internationale, mais elle comporte quelques bastions qui ne peuvent être atteints sans que ne soit reconsidérée une certaine conception des droits de l'homme et, partant, du lien social. L'ordre public de protection peut s'assouplir mais non s'assoupir ».

<sup>36</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : l'adjectif transfrontalier veut dire de manière générale « au-delà d'une frontière. »

<sup>37</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 2. Concernant les caractéristiques d'Internet, l'auteur précise que : « [...] l'une de ses principales caractéristiques – symptomatique de la globalisation des échanges – réside en cela que des consommateurs ordinaires et de simples PME s'y engagent dans des contrats internationaux, alors que ceux-ci étaient jusque là réservés à des acteurs bien particuliers, plus sophistiqués et moins nombreux ».

<sup>38</sup> Lawrence LESSIG, *Code and Other Laws of Cyberspace*, New-York, Basic Books, 1999, p. 197 : “International agreements for the most part are agreements between sophisticated actors. Before cyberspace, ordinary consumers were not international actors”.

<sup>39</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 19. L'auteur précise que : « 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 commerce électronique font-elles souvent l'objet d'une réglementation impérative ».

Les États sont confrontés à un dilemme : protéger la partie économiquement faible par des règles de protection même si les transactions électroniques sont entravées<sup>40</sup> et en même temps développer un commerce électronique réellement global<sup>41</sup>. En effet, sensibles à la réduction des coûts de transactions entre les agents économiques, à l'augmentation de la productivité des organisations et à la facilitation des échanges internationaux que le commerce électronique permet, les États ont compris qu'il fallait favoriser et encourager son développement<sup>42</sup>. Les États veulent, ainsi, plus que s'adapter au progrès technologique, ils veulent participer à l'avènement de la société de l'information et de la communication.

Pour réaliser son plein potentiel comme facteur de dynamisme de l'économie mondiale, un élément essentiel consiste à bâtir la confiance à l'égard du contexte en ligne<sup>43</sup>. Le commerce électronique global soulève à cet égard de nouvelles

---

<sup>40</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 53 : « Les autorités de marché ne peuvent pas admettre qu'un opérateur étranger sollicite les résidents du for sans obéir aux conditions statutaires locales ».

<sup>41</sup> Sylvette GUILLEMARD, « Le « cyberconsommateur » est mort, vive l'adhérent », (2004) 1 *JDI* 5, 54 : « Les gouvernements sont mis au défi de contribuer à faciliter un développement social et une croissance économique fondés sur les toutes nouvelles technologies des réseaux [et] d'offrir à leurs ressortissants une protection des consommateurs efficace et transparente dans le commerce électronique. »

<sup>42</sup> William J. CLINTON et Albert GORE Jr., "A framework for global electronic commerce", Memorandum de la Maison Blanche, World Wide Web Consortium, 1<sup>er</sup> juillet 1997, disponible à l'adresse : <<http://www.w3.org/TR/NOTE-framework-970706.html>> (consulté le 6 juillet 2013) : "We are on the verge of a revolution that is just as profound as the change in the economy that came with the industrial revolution. Soon electronic networks will allow people to transcend the barriers of time and distance and take advantage of global markets and business opportunities not even imaginable today, opening up a new world of economic possibility and progress".

<sup>43</sup> Cynthia CHASSIGNEUX, « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », (2007) 34 *R.D.U.S.* 441, 467 ; Pierre-Hugues VALLÉE et Ejan MACKAAY, « La confiance Sa nature et son rôle dans le commerce électronique », (2006) 11:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_47.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_47.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 4.

problématiques par rapport aux relations commerciales traditionnelles sur l'approche à adopter pour assurer cette confiance en prenant en compte à la fois les capacités des États, les préoccupations des cybercommerçants, la protection des cyberconsommateurs et les transformations induites par l'Internet marchand.

L'environnement électronique induit des changements à l'égard des techniques d'intervention, de régulation et de réglementation par lesquelles les systèmes juridiques tentent de maintenir les équilibres dans les sociétés. En effet :

« [...] l'émergence de réseaux globaux, fonctionnant généralement sans égard aux frontières territoriales accroît la nécessité d'envisager la régulation de façon plus large, selon des paradigmes différents de ceux qui sont sous-jacents aux démarches juridiques traditionnelles fondées sur l'idée que le droit n'émane que de l'État. D'où une remise en cause du paradigme étatiste. »<sup>44</sup>

Le développement du commerce électronique est dépendant de l'instauration d'un cadre juridique propice. Les États ont désormais une conception nouvelle de leur rôle et un nouveau style d'action publique. Imposer quelques contraintes au développement technologique de manière à préserver les protections contenues dans les législations préexistantes au commerce électronique et, en même temps,

---

<sup>44</sup> Pierre TRUDEL, France ABRAN, Karim BENYEKHEF et Sophie HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997, p. 8-1.

créer par la régulation<sup>45</sup> un environnement favorable au développement de la confiance. Ils adoptent, ainsi, une nouvelle stratégie, sans doute plus conforme à leur pouvoir réel, qu'exprime le concept de régulation<sup>46</sup>, forme d'action moins autoritaire et plus managériale<sup>47</sup>, se substituant peu à peu à la réglementation traditionnelle. Le juriste doit alors revisiter son modèle<sup>48</sup>. S'agit-il d'un changement dans la nature des règles, dans leurs sources, dans leur efficacité ?

Le concept de régulation, bien qu'identifié dès 1460, n'était pas il y a une trentaine d'années entré dans le langage juridique, encore qu'il existât dans le langage courant. On aurait affaire à un concept qu'on retrouve dans les sciences dures bien avant de faire son entrée dans l'univers du droit<sup>49</sup>. La régulation est un concept avec un contenu substantiel fort même si les contours n'en sont pas parfaitement

---

<sup>45</sup> Sur la naissance de la notion de régulation, voir Gérard TIMSIT, *Archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997, p. 161.

<sup>46</sup> Jean-Charles JOBART, « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages de droit », (2004) 1 *RRJ* 33 ; B. DU MARAIS, préc., note 52, p. 482 et suiv. ; Gérard MARCOU, « La notion juridique de régulation », (2006) *AJDA Droit administratif* 347.

<sup>47</sup> G. TIMSIT, préc., note 45, p. 164. Pour Gérard Timsit, il s'agit de : « modes d'actions moins institutionnalisés, plus décentralisés, de conciliation et d'orientation de l'action des membres de la collectivité ».

<sup>48</sup> Daniel MOCKLE, « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43:2 *C. de D.* 143, 152 ; A.-J. ARNAUD, préc., note 15, p. 123.

<sup>49</sup> Jacques CHEVALLIER, « La régulation juridique en question », (2001) 49 *Droit et Société* 827, 828 : « Apparue au XVIII<sup>e</sup> siècle dans les sciences techniques (machine de Watt), puis au XIX<sup>e</sup> siècle en physiologie (Claude Bernard), le concept a connu, après la Seconde Guerre mondiale, une spectaculaire diffusion dans les sciences sociales, d'abord sous l'influence du développement de la cybernétique, puis dans le cadre de la théorie générale des systèmes. La régulation constitue un élément-clé de la théorie générale des systèmes : tout système organisé, formé d'un ensemble d'éléments interdépendants et interagissants, serait en effet en permanence confronté aux facteurs de déséquilibre et d'instabilité provenant de son environnement ; la régulation recouvre l'ensemble des processus par lesquels les systèmes cherchent à maintenir leur « état stationnaire », en annulant l'effet des perturbations extérieures ».

déterminés. C'est pourquoi, l'emploi de cette expression doit être assorti à chaque fois de précisions afin de déterminer son champ exact. En confondant un concept relativement général avec les mécanismes de régulation, cela finit par développer des approximations qui, finalement, ne concourent pas à la clarification du concept<sup>50</sup>.

Souvent utilisée comme synonyme de réglementation<sup>51</sup>, la régulation est perçue comme un phénomène de mode ou encore un anglicisme du fait de sa proximité avec *regulation* dans la langue anglaise qui emploie ce seul mot pour couvrir les deux sens de réglementation et de régulation. Aux États-Unis, le terme a la signification et le sens de réglementation, mais désigne aussi la politique publique instaurant un contrôle des acteurs du marché par les autorités publiques<sup>52</sup>.

---

<sup>50</sup> Gérard TIMSIT, « La régulation - La notion et le phénomène », (2004) 109 *RFAP* 5, 5 et 6 : « Il faut, à propos de la régulation comme à propos de tout fait social, distinguer deux niveaux d'analyse : le phénoménal (je dis : phénoménal comme on dit : phénoménologie) : le niveau des phénomènes, des manifestations, des pratiques de régulation, caractérisé par une extraordinaire diversité, une hétérogénéité, une prolifération qui donnerait facilement à penser qu'un grand désordre règne et ferait volontiers conclure à l'impossibilité de donner une vision unifiée des phénomènes recensés ; et le conceptuel : le niveau ou, au contraire, au-delà de la réalité profuse des réalités empiriques, il est possible de découvrir des caractéristiques communes à tous les phénomènes considérés dans leur diversité : s'il existe bien en effet des conceptions apparemment différentes, le fait est cependant que ce ne sont, au-delà des différences ou divergences d'analyse d'un phénomène, ou d'un auteur à l'autre, que des conceptions qui se distinguent par la plus ou moins grande ampleur du champ qu'elles se donnent : l'économie, le droit, l'administration, sont chacune fondées sur la recherche de mécanismes destinés à remédier à un manque ou une crise de la normativité sociale ».

<sup>51</sup> Antoine JEAMMAUD, « Introduction à la sémantique de la régulation : Des concepts en jeu », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 47, à la page 56 : La réglementation est : « un droit légiféré émanant d'organes détenteurs du pouvoir réglementaire distingué du pouvoir législatif »

<sup>52</sup> Bertrand DU MARAIS, *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004, p. 482.

De manière générale, la régulation suppose la perte de centralité du droit<sup>53</sup> pour contrer efficacement les errements du marché<sup>54</sup>. On y privilégie maintenant la fonction d'arbitrage et d'équilibre<sup>55</sup>. Ainsi, dans sa dimension de concept générique, la régulation se définit comme :

« une œuvre consistant à introduire des régularités dans un objet social à assurer sa stabilité, sa pérennité, sans en fixer tous les éléments ni l'intégrale du déroulement, donc sans exclure des changements »<sup>56</sup>.

L'idée sous-jacente du concept de régulation est de fournir une réponse à l'impasse de la réglementation étatique incapable d'encadrer la complexité des activités économiques incluant bien évidemment celles réalisées sur Internet. La question qui se pose est dans quelle mesure ce concept doctrinal émergent<sup>57</sup> peut servir à

---

<sup>53</sup> Jean-Bernard AUBY, « Prescription juridique et production juridique », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 159, à la page 166 : Il y a une « tendance à ne plus considérer le droit comme abritant des valeurs propres, ou en tout cas des exigences particulières de construction, mais à le traiter comme une technique d'ingénierie sociale parmi d'autres ».

<sup>54</sup> Marco D'ALBERTI, « La régulation économique en mutation », (2006) 1 *RDP* 231.

<sup>55</sup> Richard DESCOINGS, « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », (2003) 17 *LPA* 4, 4. La régulation permet de « fournir des règles pour organiser des comportements, pour ordonner des espaces, pour faire coexister les intérêts légitimes de personnes concernées dans tel ou tel secteur à telle ou telle échelle ».

<sup>56</sup> A. JEAMMAUD, préc., note 51, à la page 53.

<sup>57</sup> Sur la diversité des usages du concept de régulation, Jean-Claude THOENIG, « L'usage analytique du concept de régulation », dans Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 35 ; Jacques CHEVALLIER, « De quelques usages du concept de régulation », dans Michel MIAILLE (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71.

régler la problématique de « la non-coïncidence entre les territoires de la normativité juridique (frontière, nation, État) et les marchés économiques dont on voudrait réguler le fonctionnement »<sup>58</sup>.

La dimension globale du marché électronique justifie la montée en puissance des organisations internationales<sup>59</sup> dans sa régulation. Mutation majeure de ces dernières années, la coopération, de plus en plus répandue, des États économiquement mondialisés dans ces organisations a pour conséquence un déplacement de la prise de décision du niveau interne de l'État au niveau international<sup>60</sup>. Apparaissent alors deux domaines étroitement liés : le champ transnational<sup>61</sup> qui concerne les réseaux faisant fi des frontières et le champ international visant les relations entre les États.

---

<sup>58</sup> Claude CHAMPAUD, « Régulation et droit économique », (2002) 1 *RIDE* 21, 30.

<sup>59</sup> Corien PRINS, "Should ICT regulation be under taken At an international Level?", dans Bert-Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Corien PRINS et Maurice SCHELLEKENS (éd.), *Starting Points for ICT regulation*, La Haye, T.M.C Asser press, 2006, p. 151, à la page 159 ; Yves POULLET, "How to regulate Internet : New paradigms for Internet governance self-regulation : value and limits", dans Herbert BURKERT *et al.*, *Variations sur le droit de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 79, à la page 83.

<sup>60</sup> Noel COX, "The extraterritorial enforcement of consumer legislation and the challenge of the internet", (2004) 8:1 *Edinburgh Law Review* 60, 63 : "Globalisation, for political and economic reasons, continues to have widespread effects on law. Nor is the Internet, as a challenge to the legal system, a novel phenomenon. Domestic legal systems have faced before the challenge of accommodating other legal traditions and technological changes. What may be different now is the extent to which the changes which this new technology brings are being decided at international and supranational level, and this has important implications for national sovereignty and independence".

<sup>61</sup> Marcel MERLE, « Le concept de transnationalité », dans *Mélanges René-Jean Dupuy, Humanité et droit international*, Paris, Pédone, 1991, p. 223 ; Philip G. CERNY, "Globalization and the Changing Logic of Collective Action", (1995) 49:4 *International Organization* 595, 607

La nouveauté des problèmes que soulève l'essor du commerce électronique global conduit à s'interroger simultanément sur les règles matérielles indispensables et sur les règles de conflits. Dans ce nouvel espace où les frontières sont poreuses, la méthode conflictuelle paraît anachronique tandis que l'idée d'un droit mondial<sup>62</sup> harmonisé grâce à des normes internationales<sup>63</sup> fait son chemin. Cette fragmentation correspond sans doute à une période de transition, car le droit national est affaibli, mais la cohérence mondiale n'existe pas encore.

Nous assistons également à la formation croissante de normes<sup>64</sup> appelées communément normes privées<sup>65</sup>, normes alternatives<sup>66</sup>, normes douces<sup>67</sup>, ou

---

<sup>62</sup> Mohamed Mahmoud SALAH, *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F., 2002, p. 10 ; Dominique SCHMIDT, « Vers l'émergence d'un droit mondial ? », (2000) 139 *LPA* 10.

<sup>63</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 3-13 : « Les normes internationales s'entendent des normes adoptées par les États, en vue de gouverner leurs rapports mutuels, ou encore celles qui sont adoptées par des organisations internationales gouvernementales. Elles sont ainsi contenues, selon le cas, dans des Traités, Accords, Directives, Recommandations, Règlements, etc. Ces normes représentent l'expression du consensus des États à l'égard de questions données ; elles jouissent ainsi d'une autorité morale à l'égard des législateurs nationaux et elles ont parfois même un statut prépondérant par rapport aux normes nationales. »

<sup>64</sup> Denys DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997, p. 165 : « Le latin enseigne qu'une équerre de charpentier, un instrument de métrage, donne racine au mot « norme ». L'objet des règles réside d'emblée dans la « mise en équerre » des conduites humaines, dans cette sorte de « mesure » que l'humanité se donne à elle-même pour régler ses affaires relationnelles ».

<sup>65</sup> Yves POULLET, « Les diverses techniques de réglementation d'Internet : l'autorégulation et le rôle du droit étatique », (2000) 5 *Ubiquité* 55, 57 ; Gaël CHANTEPIE, « Les codifications privées », dans *Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 39.

<sup>66</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 759 et suiv.

<sup>67</sup> GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE, LEX FORI, *La meilleure pratique dans le recours à des normes juridiques « douces » et son application aux consommateurs au sein de l'Union Européenne* [Ressource électronique], disponible à l'adresse : <<http://www.lexfori.net/soft law fr.htm>> (consulté le 6 juillet 2013)

encore normes informelles<sup>68</sup> provenant d'acteurs privés de la régulation<sup>69</sup>. Ainsi, ces normes, élaborées et mises en œuvre plus rapidement que les lois conventionnelles ont l'avantage d'évoluer avec les technologies et d'être appliquées plus facilement au-delà des frontières nationales<sup>70</sup>. Ces normes se dotent souvent de structures comparables à celles du droit. Le rôle de cette normativité privée rappelle le Moyen-Âge au moment où la loi des marchands commençait à s'imposer comme la loi commune des échanges commerciaux<sup>71</sup>.

L'État n'a plus le monopole de la définition des normes<sup>72</sup> s'appliquant au commerce électronique global qui se caractérise désormais par le pluralisme des

---

<sup>68</sup> Vincent GAUTRAIS, *Le contrat électronique international. Encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 64 ; Serge KABLAN et Arthur OULAI, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation », (2009) 39 *R.G.D.* 5.

<sup>69</sup> P. AMBLARD, préc., note 34, p. 69 : « être un acteur de la régulation de l'Internet, c'est prétendre pouvoir influencer sur son cadre normatif ».

<sup>70</sup> Thierry REVET et Judith ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », (2004) 4 *Revue des contrats* 915, 915 : « La matière des contrats sous forme électronique en appelle à une technique - l'informatique, précisément la création de sites, de logiciels de conclusion de contrats, ou les échanges de courriers électroniques - qui peut paraître complexe aux non-initiés, précisément aux juristes qui seraient appelés à en connaître. Il peut alors sembler inéluctable de confier la réglementation de la matière aux acteurs du système qui, maîtrisant cette technique, seraient mieux à même de comprendre parfaitement ses enjeux, dangers et implication. La figure de la régulation s'impose alors et s'inscrit ici comme de type « technique », de « tendance sectorielle ». En deuxième lieu, et en complément du premier facteur, la nouveauté de la matière oriente également vers la régulation : déjà complexe, celle-ci ne s'est pas encore laissée apprivoiser par tous, de par son caractère inédit et le manque d'acclimatation de ses utilisateurs. En troisième lieu, 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. »

<sup>71</sup> Sur la norme prémoderne, voir K. BENYEKHELF, préc., note 21, p. 399 et suiv.

<sup>72</sup> Sur la diversité de la norme, voir Laurence BOY, « Normes », (1998) *RIDE* 115, 119 ; Paul AMSELEK, « Norme et loi », (1980) 25 *Arch. phil. droit* 89, 91.

sources de normativité<sup>73</sup>. D'autres acteurs de la régulation sont apparus à des échelles différentes créant des pôles de normativité<sup>74</sup> dans leur sens le plus large « d'existence ou de formulation de règles »<sup>75</sup>. L'articulation des normes nationales, internationales et privées, s'inscrivant dans des espaces normatifs différents, demeure problématique<sup>76</sup>. Ces normes répondent à un besoin de régulation qui permet de dépasser la détermination nationale par les États mais ces derniers sont concernés lorsque cette normativité doit être appliquée à l'intérieur de leur territoire.

---

<sup>73</sup> P. TRUDEL, préc., note 29, 521 : « l'Internet n'est pas limité à un seul territoire national. On peut y conclure des transactions avec des partenaires situés n'importe où dans le monde avec la même facilité. Il importe donc d'identifier les lieux dans lesquels se retrouvent les règles devant régir les transactions qui s'y déroulent. [...] Il faut pour cela postuler que le droit n'est pas tout entier compris dans les décisions des autorités étatiques et qu'en conséquence, une importante part des règles concernant les transactions ne sont pas d'origine étatique. Ce sont ces règles non étatiques qu'il faut bien comprendre afin de rendre compte, dans sa totalité, de la normativité qui s'élabore dans un environnement comme l'Internet ».

<sup>74</sup> Lorena PARINI, « Introduction », dans Lorena PARINI (dir.), *États et mondialisation : stratégies et rôles*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 11, à la page 16 : « le phénomène de globalisation s'accompagne d'un foisonnement normatif décentralisé caractérisé par une dialectique complexe entre le local et le global. L'enchevêtrement des droits communautaire, international, national, régional et le développement de modes de résolution des conflits qui ne passent pas par le juridique, remettent en question la vision universaliste moderne du droit. L'apparition d'acteurs non-étatiques dans le processus normatif par le développement de réseaux internationaux et régionaux, défient la manière traditionnelle dont le droit est produit. On assiste à l'éclatement des sources du droit international, à l'apparition de ce que l'on appelle la soft law caractérisée par des actes conventionnels, des codes de conduite, des principes directeurs etc. »

<sup>75</sup> A. JEAMMAUD, préc., note 51, à la page 52.

<sup>76</sup> K. BENYEKHFLEF, préc., note 21, p. 45 et 46 : « Certains auteurs se réfèrent à la notion de polycentricité pour désigner la production de normes qui ne relèvent pas toutes de l'État : il ne s'agit que d'une « facette du pluralisme ». Le polycentrisme s'intéresserait plus aux auteurs de la norme qu'au contenu proprement dit de celle-ci. Une société polycentrique se caractériserait par une multiplicité de centres de pouvoir (l'État, le pouvoir judiciaire, les syndicats, les entreprises, les Églises, etc.) qui entrent en contact, en conflit et en collaboration les uns avec les autres dans une perspective d'équilibre systémale ».

Les acteurs et leurs interactions créent des structures de normativité où il n'y a pas de hiérarchie prédéfinie<sup>77</sup>. Il y a coexistence de plusieurs pôles de normativité appliqués aux mêmes objets et également valides dans le même espace<sup>78</sup>. Cette juxtaposition de normes ne correspondant plus à la conception pyramidale traditionnelle<sup>79</sup>. La régulation se développe, alors, dans un nouvel espace :

« non-euclidien conçu comme un champ ouvert et hétérogène, organisé selon des connexions multiples, comme des lignes de fuite ou des rhizomes [...]. Espace rhizomique de la régulation qui ne s'oppose pas à l'espace pyramidal de la réglementation comme deux modèles antagoniques, car il n'y a aucune symétrie entre eux »<sup>80</sup>

---

<sup>77</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 835 : « Le droit moderne repose sur une conception moniste : *un seul foyer de droit*, l'État, conçu comme la source exclusive de la normativité juridique ; et, par conséquent, *un seul ordre juridique*, les normes juridiques formant un ensemble cohérent, intégré, monolithique, dont tous les éléments se tiennent et s'emboîtent harmonieusement. Sans doute, ce schéma moniste ne rendait pas totalement compte de la réalité : malgré ses prétentions totalisantes et sa recherche de l'exclusivité, l'ordre juridique étatique n'est jamais parvenu à ramener à lui et à condenser l'intégralité des phénomènes juridiques ; il s'est toujours trouvé pris à revers et court-circuité par des normes se formant en d'autres lieux et échappant au moins en partie à sa médiation ».

<sup>78</sup> Michel VIVANT, « Internet et modes de régulation », dans Étienne MONTERO (dir.), *Internet face au droit*, Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 215, à la page 229 : « au final, c'est bien de régulations - au pluriel - qu'il convient de parler, de modes de régulation qu'il convient d'articuler au mieux de combiner en raison ».

<sup>79</sup> Michel VAN DE KERCHOVE, « La pyramide est-elle toujours debout ? », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471 ; Boaventura DE SOUSA SANTOS, « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) *10 Droit et société* 363.

<sup>80</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », disponible à l'adresse : <http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx01.htm> (consulté le 6 juillet 2013).

La régulation du commerce électronique global fait intervenir une pluralité de pouvoirs d'acteurs tous indispensables et tous interdépendants<sup>81</sup>. En effet, si, organisations internationales, États et acteurs privés poursuivent des stratégies qui leur sont propres, ces acteurs tendent aux mêmes résultats et promeuvent le même credo : la confiance. Nous démontrerons que la régulation implique une reconfiguration des pôles de normativité de manière à assurer la confiance dans le commerce électronique global.

L'évolution du commerce international à savoir sa mondialisation et sa mise en ligne et corrélativement la réaction des États souvent dépassés, mais toujours présents à travers une expression normative en mutation, constituent les déterminants de la régulation du commerce électronique global (Première partie). La réalisation de cette régulation passe par l'intervention d'organisations mondiales et régionales, qui opèrent une internationalisation de la norme et par le développement d'outils de régulation par les acteurs privés, complétant les droits étatiques (Seconde partie).

---

<sup>81</sup> Jean-François THERY et Isabelle FALQUE PIERROTIN, *Internet et les réseaux numériques*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 juillet 1998, Paris, La documentation française, 1998, p. 14 : « Les réseaux numériques transfrontières induisent une modification substantielle des modes de régulation habituels des pouvoirs publics : d'une part, la réglementation d'origine étatique doit désormais se combiner avec l'autorégulation des acteurs, c'est-à-dire l'intervention de ceux-ci pour décliner les principes de la règle de droit dans des environnements non prévus par celle-ci, et pour agir de façon préventive contre la commission d'infractions. D'autre part, compte tenu des limites inhérentes à toute initiative purement nationale, la coopération internationale des États est nécessaire pour faire respecter l'intérêt public dans un espace largement dominé par l'initiative privée. En d'autres termes, Internet et les réseaux introduisent une double interdépendance, entre acteurs publics et privés, entre États eux-mêmes, ce qui rend toute politique en la matière très complexe à élaborer et à mettre en œuvre. »

# PREMIÈRE PARTIE : LES DÉTERMINANTS DE LA RÉGULATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL

La troisième révolution industrielle a modifié sur plusieurs points l'équilibre des pouvoirs entre la politique et l'économie en faveur de cette dernière<sup>82</sup>. En effet, l'utilisation de l'expression commerce global, au lieu de commerce mondial, exprime une nouvelle organisation de l'espace économique<sup>83</sup>. La majorité des États-nations sont, ainsi, dépassés par les problèmes que pose la complexité et l'importance considérable des flux transfrontaliers quotidiens. Les frontières physiques à l'intérieur desquelles s'exerce le pouvoir étatique, deviennent un espace traversé par des flux considérables et divers<sup>84</sup> dont le contrôle et l'orientation ne peuvent être assurés entièrement au niveau national<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Filali OSMAN, « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) *RTDciv.* 509, 531 : Comme le souligne l'auteur, « que l'on veuille y voir uniquement « une affaire de moment et de contexte », ou la preuve de ce que le droit « subit progressivement l'attraction et le joug des faits économiques qui le dominant et dont il est devenu tributaire » ».

<sup>83</sup> Peter EVANS, "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", (1997) 50:1 *World Politics* 62 ; James N. ROSENAU et Ernst-Otto CZEMPIEL, *Governance without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992 ; Suzan STRANGE, *The retreat of the state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996 ; John BLUNDELL et Colin ROBINSON, *Regulation without the state*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1999, p. 5.

<sup>84</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002, p. 155 : « dès lors que les territoires sont transis de flux et les frontières traversées de réseaux, quelle est encore la soi-disant maîtrise

Les États sont toujours responsables de la production et de la mise en vigueur du droit positif<sup>86</sup> et peuvent imposer cette contrainte pour s'assurer du respect effectif des règles<sup>87</sup>. Mais, ce monopole de la coercition légitime<sup>88</sup>, attribut principal de la souveraineté<sup>89</sup>, devient limité par la mise en relation généralisée des différentes parties du monde<sup>90</sup>. Il est certain qu'Internet amplifie les problèmes ou les contradictions déjà latentes.

---

des espaces clôturés (territoire de la sécurité politique, espace symbolique de la conscience citoyenne, frontière de l'économie nationale) ? »

<sup>85</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 67 : « Confronté au phénomène sociétair révolutionnaire que représente Internet, notamment la dislocation des frontières de l'espace et du temps, le droit étatique, expression de la régulation sociale des comportements, est - et se doit d'être - présent. Le droit ne peut déplorer la difficulté de son application et d'affirmer que l'espace virtuel est un espace sans droit. Au contraire, il doit trouver dans une expression normative plurielle la manière adéquate d'agir ».

<sup>86</sup> Guy ROCHER, *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996, p. 123 et 124 : Le droit positif est composé « (1) de l'ensemble des règles, normes et principes ; (2) que l'on trouve dans les textes qui émanent ; (3) soit d'organismes publics ou étatiques habilités à dire le droit ; (4) soit de personnes, de groupes de personnes, d'organismes privés qui agissent ou passent des ententes en vertu de pouvoirs reconnus par l'État ou le droit de l'État ».

<sup>87</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 3-1 : « Très souvent, on se représente le droit comme un ensemble indifférencié de codes, de lois et de règlements qu'il suffirait de compiler pour en connaître la portée. Cette simplification ne tient pas compte du fait que les instances étatiques n'ont pas toujours le monopole de l'élaboration des normes. Or, s'il est une caractéristique souvent évoquée du cyberspace, c'est bien celle de l'impossibilité de le réguler uniquement à partir des instruments du droit étatique. Il est donc essentiel d'envisager largement le spectre de la normativité afin d'éviter de tomber dans une approche formaliste du droit qui aurait toutes les chances de passer à côté de l'essentiel ».

<sup>88</sup> François RIGAUX, *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977, p. 439 : « la règle de droit s'adresse à des êtres humains vivant en société : son respect est soutenu par diverses formes de contrainte, dont la plus irrésistible, la coercition physique, s'appuie à la maîtrise d'un territoire par le groupe social ».

<sup>89</sup> Michel TROPER, « Souveraineté », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 580. La souveraineté se définit comme la : « Puissance d'un être qui n'est soumis à aucun autre » ; Gérard MAIRET, *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997 ; Francis Harry HINSLEY, *Sovereignty*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1986.

<sup>90</sup> K. BENYEKHFLEF, préc., note 21, p. 55 ; A-J. ARNAUD, préc., note 15, p. 123 ; O. CACHARD, préc., note 26, p. 44 ; Mathias AUDIT, « Les autorités de régulation. La confrontation

Internet s'affirme de plus en plus comme un support privilégié des relations commerciales. L'évolution résulte en particulier de l'importance économique croissante des biens numériques, des services ainsi que de la capacité des autoroutes de l'information à transporter des quantités importantes de données à travers les frontières en quelques secondes. Nous verrons comment l'évolution du commerce international et notamment sa mondialisation et sa mise en ligne ont abouti à ce défi que représente la régulation du commerce électronique global (Titre I).

Au même moment, les critiques quant à la pertinence et à la légitimité de l'État moderne le conduisent, pour continuer à exister dans les secteurs où les normativités étatiques s'appliquent difficilement, à adopter de plus en plus une approche qualifiée de postmoderne<sup>91</sup>. D'un côté, l'État garde son rôle d'arbitre des intérêts particuliers afin de préserver les équilibres contractuels traditionnels, sous peine que ce soit à son égard que la confiance se perde<sup>92</sup>. L'État ne peut abandonner aux seuls acteurs privés la fixation des règles du jeu.

---

des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés », dans Mathias AUDIT, Horatia MUIR WATT et Étienne PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3 ; Franz XAVER PERREZ, *Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

<sup>91</sup> Jacques CHEVALLIER, « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *RDJ* 659, 671 ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 43 ; François OST, « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris. LGDJ. 1998, p. 423.

<sup>92</sup> Pierre TRUDEL, « Le droit d'Internet au Canada », dans Charlotte VIER (dir.), *L'internet et le droit : Droit français, européen et comparé de l'Internet*, Paris, Victoires, p. 157, à la page 160 : L'objectif est de « [...] proposer des approches de régulation procurant à la fois une protection

De l'autre côté, les cadres de régulation existants, bâtis sur la légitimité des territoires et la souveraineté des États sont fortement remis en cause. Cette situation favorise la montée en puissance des acteurs économiques dans la régulation même si elle est la plupart du temps sectorielle. La normativité devient décloisonnée et relayée marquant une rupture avec les postulats de la modernité<sup>93</sup>, suscitant de nombreux questionnements sur cette mutation de la normativité (Titre II).

---

appropriée aux protagonistes tout en se modelant sur les usages et les contextes concrets dans lesquels se déroulent les activités de l'Internet. »

<sup>93</sup> Bruno OPPETIT, *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998, p. 3. Selon l'auteur, la modernité serait une « expression rationnelle d'une correspondance entre l'action humaine et l'ordre du monde, entre l'économie, la science, la technique, la régulation sociale et politique et des individus libres de toutes contraintes ».

## TITRE I. L'ÉVOLUTION DU COMMERCE INTERNATIONAL

Le trait marquant de l'évolution du commerce international est sa mondialisation. Il est clair qu'il n'y a jamais eu autant d'échanges entre les hommes que depuis le début de ce processus<sup>94</sup>. La régulation du commerce électronique global ne peut être comprise qu'en la repositionnant dans le contexte des transformations du capitalisme<sup>95</sup> et en prenant la mesure des défis que la mondialisation fait peser sur les droits étatiques et ceci, tant dans leur ordre interne, que dans leur ordre international<sup>96</sup>.

Le processus de mondialisation a été en grande partie déterminé et accéléré par le développement d'Internet remettant en cause la souveraineté étatique en raison d'une plus grande perméabilité des frontières et de la montée en force des

---

<sup>94</sup> Michel BEAUD, « Présentation », dans Michel BEAUD *et al.* (coord.), *Mondialisation : Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999, p. 7, aux pages 9 et 10. Ainsi, si « au sein de chaque discipline les problématiques, les visions et les analyses peuvent être hétérogènes. Se sont cependant dégagés quelques points de convergence forts : 1/ La mondialisation doit être pensée comme un processus ; 2/ ce processus induit plus de mondial, de mondialité ; 3/ pour autant, ce processus suscite à la fois de l'homogénéisation et de la différenciation, des cohérences, des tensions, des oppositions et des dislocations ; 4/ dans l'histoire longue de la Terre et de l'Humanité, on peut repérer différentes mondialisations : les premières dans la très longue durée, d'autres dans le dernier demi-millénaire, et la dernière dans les très récentes décennies ; 5/ La spécificité de la mondialisation actuelle est reconnue pour tous, même si l'accord est loin de se faire sur ce qui la caractérise. »

<sup>95</sup> Jean BAECHLER, *Les origines du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1971.

<sup>96</sup> Voir à ce sujet, A-J. ARNAUD, préc., note 15, p. 32 ; François RACHLINE, « Économie mondialisée et souveraineté étatique », (1998) 600 *Les temps modernes* 173 ; Jean-François DAGUZAN, « L'État et l'entreprise face à la mondialisation », (1997) 1 *Revue française de géo-économie* 14.

échanges commerciaux<sup>97</sup>. Internet provoque un changement d'échelle spatiale et temporelle qui fait que les interactions commerciales sont devenues quasi instantanées et se passent de toute intermédiation<sup>98</sup>.

Nous verrons, ainsi, dans un premier temps, comment la mondialisation du commerce s'est accélérée ces dernières années, au point d'apparaître comme une donnée incontournable pour l'analyse de l'évolution du commerce international (Chapitre I). Du troc à l'apparition de la monnaie, en passant par la naissance des grandes puissances maritimes et des premières places commerciales, le commerce n'a jamais cessé d'évoluer alors que le progrès technologique changeait profondément la portée, l'objet et la nature même des transactions. Dans un deuxième temps, nous aborderons la mise en ligne du commerce (Chapitre II).

---

<sup>97</sup> Noel COX, "The regulation of cyberspace and the loss of national sovereignty", (2002) 11:3 *Information and Communications Technology Law* 241.

<sup>98</sup> R. W. RIJGERSBERG, préc., note 16, p. 61.

## Chapitre I. La mondialisation du commerce

Recouvrant des phénomènes complexes et ambigus, le terme mondialisation garde des sens multiples, il évolue, se construit en permanence et fait référence à des concepts différents selon les disciplines qui l'abordent. La mondialisation s'étend désormais à tous les champs de la pensée et de l'action humaine, allant de l'économie au politique, en passant par le social, le culturel, le militaire, l'écologique et le juridique<sup>99</sup>.

Nous nous pencherons plus particulièrement sur les phénomènes inhérents à la mondialisation du commerce : Internet, fin de l'opposition est-ouest et donc fin des entraves aux échanges commerciaux. Cette ère de globalisation serait-elle le « nouveau Moyen-âge »<sup>100</sup> du fait de l'incapacité de découvrir le principe fondateur du monde postcommuniste ou de déterminer le modèle à adopter. Nous verrons alors quelles sont les réalités de la mondialisation du commerce (Section I) et quels en sont les instruments (Section II).

---

<sup>99</sup> Olivier DOLLFUS, *La mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po., 1997, p. 12. Ainsi, pour reprendre une formulation de l'auteur : « la mondialisation n'est pas seulement une pensée, c'est une réalité contemporaine qui dépasse les régimes et les idéologies, même si elle reflète l'état des forces, des idées et des systèmes techniques à l'œuvre et si, pour le moment, l'emprise du capitalisme, du marché, du néo-libéralisme et le système technologique recherchant la meilleure productivité des facteurs, marque notre monde ».

<sup>100</sup> Alain MINC, *Le Nouveau Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1993.

## Section I. Les réalités de la mondialisation du commerce

L'objet de cette section est de contribuer au déchiffrement du processus de mondialisation du commerce afin de mieux comprendre sa nature, ses contraintes et ses limites. Force est de constater qu'entre l'idéologie du libéralisme économique et la réalité du capitalisme, ce processus est une tendance lourde<sup>101</sup>, qui résulte à la fois de facteurs techniques, de décisions politiques, de ruptures géopolitiques et d'évolutions macroéconomiques<sup>102</sup>.

Le phénomène, même s'il a pris des formes nouvelles et une ampleur qu'il n'avait pas auparavant, ne date pas d'aujourd'hui<sup>103</sup>. La connaissance des formes antérieures de la mondialisation du commerce est nécessaire pour comprendre celle que nous vivons et pour adopter les positions qu'il convient de prendre à son égard. Nous analyserons, donc, d'abord sa continuité historique (1). Par ailleurs, si le mouvement actuel ressemble pour certains aspects aux mouvements précédents et prend appui sur eux, il présente aussi des différences fondamentales. Dans un

---

<sup>101</sup> O. DOLLFUS, préc., note 99, p. 12 : « la mondialisation est irréversible, car si d'aventure, dans les années cinquante, les économies administrées des régimes communistes s'étaient étendues à la planète, les modalités de la mondialisation auraient été certes différentes, l'humanité aurait vécu dans le cadre d'autre mondialisation, mais d'une mondialisation quand même ».

<sup>102</sup> Sur la question, voir David HELD *et al.*, *Debating globalization*, Cambridge, Polity Press, 2005 ; Dominique MARTIN, Jean-Luc METZGER, Philippe PIERRE, *Les métamorphoses du monde : sociologie de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003 ; Robert REICH, *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1993.

<sup>103</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 71 ; Pierre DE SENARCLENS, *La mondialisation : théories, enjeux et débats*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2005, p. 74 et suiv.

deuxième temps, nous aborderons les particularités de la mondialisation du commerce actuelle (2).

## 1. La continuité historique de la mondialisation du commerce

L'histoire de la mondialisation du commerce, rappelons-le, est celle du mouvement des marchandises, de l'argent et des hommes à travers le monde, et ce, depuis la plus haute Antiquité<sup>104</sup>. A partir du 15<sup>ème</sup> siècle, les manifestations de cette mondialisation se multiplient. Pensons à la fin du 15<sup>ème</sup> siècle, époque où naissent, d'un même élan, le commerce au loin et le capitalisme marchand, prémices de l'économie-monde<sup>105</sup>. Pensons ensuite à l'époque du mercantilisme aux 16<sup>ème</sup> et 17<sup>ème</sup> siècles, ou à la période d'expansion impérialiste du 19<sup>ème</sup> siècle. Ces époques

---

<sup>104</sup> Bertrand BLANCHETON, *Histoire de la mondialisation*, Bruxelles, De Boeck, 2008, p. 10. L'auteur rappelle que : « Dès l'antiquité, bien avant l'existence d'économies (et de frontières nationales) les cités maritimes de Grèce, après les navigateurs phéniciens, établissent des réseaux d'échanges à longue distance à travers la Méditerranée, les relations commerciales s'étendent de l'Égypte et de l'Orient profond à la Sicile et aux côtes de la Galice voire de la Cornouaille anglaise. Céréales, métaux, produits artisanaux et esclaves constituent l'essentiel de ce commerce au long cours ».

<sup>105</sup> Fernand BRAUDEL, *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> (Tome III. Le temps du monde)*, Paris, Armand Colin, 1979, p. 91 : « Toute économie-monde est un emboîtement, une juxtaposition de zones liées ensemble, mais à des niveaux différents. Sur le terrain, trois « aires », trois catégories au moins, se dessinent : un centre étroit, des régions secondes assez développées, pour finir d'énormes marges extérieures. Et obligatoirement les qualités et caractéristiques de la société, de l'économie, de la technique, de la culture, de l'ordre politique changent selon qu'on se déplace d'une zone à l'autre. »

avaient, également, leurs grandes places commerciales qui avaient pour nom Gènes, Amsterdam, Londres<sup>106</sup>.

Mais cette progression ne s'est pas faite de manière linéaire. Elle a été caractérisée au contraire par une succession d'avancées rapides, rendues possibles par un ensemble de circonstances favorables, et de retours en arrière brutaux, marqués par l'implosion du système de relations internationales préalablement mis en place et, ainsi, l'effondrement des échanges commerciaux internationaux<sup>107</sup>. L'histoire de la mondialisation depuis le 18<sup>ème</sup> siècle fournit d'intéressants exemples de ce mouvement de va-et-vient.

Au milieu du 18<sup>ème</sup> siècle, les échanges intereuropéens sont encore largement dominés par le commerce de produits primaires entre des économies agraires. Mais la première révolution industrielle va rapidement pousser les entreprises manufacturières à développer leurs exportations vers les marchés étrangers, à mesure que la spécialisation des produits et que l'accumulation du capital productif dépassent les capacités d'absorption des marchés intérieurs. Un moment freiné par les troubles politiques du début du 19<sup>ème</sup> siècle, le commerce va progresser à un rythme rapide entre 1820 et 1870, tandis que se met en place le

---

<sup>106</sup> Voir Immanuel WALLERSTEIN, *Le système du monde du XV<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, Flammarion, 1984, p. 5 ; K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 478 et suiv.

<sup>107</sup> Jean-Christophe GRAZ, *La gouvernance de la mondialisation*, Paris, La Découverte, 2004, p. 7 ; Jacques ADDA, *La mondialisation de l'économie*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, La Découverte, 2004, p. 8 et suiv.

« pacte colonial »<sup>108</sup> dont le commerce britannique donnera l'exemple le plus poussé : échange de biens manufacturés européens contre des produits primaires en provenance des colonies d'Afrique et d'Asie.

La période 1870-1913, appelée mondialisation de la « belle époque »<sup>109</sup>, est marquée par une nouvelle intensification des échanges internationaux, rendue possible par une conjonction de facteurs exceptionnellement favorables : domination à la fois politique et militaire exercée par quelques pays européens, et tout particulièrement le Royaume-Uni, sur le reste du monde ; liberté d'immigration et de transferts internationaux de capitaux ; existence d'un cadre monétaire international stable ; nouvelles techniques de transport, comme le chemin de fer et la navigation à vapeur ; extension de la taille des marchés<sup>110</sup>.

Entre 1914 et 1945, une phase de réduction des échanges et d'autarcie a probablement contribué à la fin de cette phase de la mondialisation<sup>111</sup>. En effet, les événements de cette période notamment les deux guerres mondiales et l'effondrement du régime de l'étalon-or, puis du système financier international en

---

<sup>108</sup> B. BLANCHETON, préc., note 104, p. 5 et suiv. ; Régis BÉNICHI, *Histoire De La Mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Vuibert, 2006, p. 22.

<sup>109</sup> Voir J-P. PAULET, préc., note 4, p. 10 et suiv.

<sup>110</sup> Jean-Pierre BIBEAU, *Introduction à l'économie internationale*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Gaëtan Morin Éditeur, 2004, p. 27 et suiv. ; Pierre-Noël GIRAUD, *La mondialisation. Émergences et fragmentations*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2008, p. 11 et suiv. ; Philippe MOREAU-DESFARGES, *La mondialisation*, Paris, P.U.F., 2008 ; Gérard LAFAY, *Initiation à l'économie internationale*, Paris, Économica, 2004, p. 70.

<sup>111</sup> Jeffrey G. WILLIAMSON, *Globalization and Inequality then and now: The Late 19th and Late 20<sup>th</sup> Centuries Compared*, Cambridge, NBER, 1996, p. 277.

1929, vont entraîner une contraction brutale des échanges mondiaux. Ce n'est qu'à partir de 1945 que réapparaît un ensemble de conditions favorables à une renaissance des échanges<sup>112</sup>. Après la Seconde Guerre mondiale, un nouveau mouvement de mondialisation est apparu au cours des années 1950 et 1960. Ce fut l'âge d'or de l'après-guerre, lorsque les États-Unis étaient les leaders incontestés du monde capitaliste et que le dollar faisait office de monnaie internationale dans le cadre du système des taux de change fixes, mais ajustables issus des accords de *Bretton Woods*<sup>113</sup>.

Dans les années 1970 s'observe un très net glissement de la stratégie de développement privilégiée par de nombreuses régions du monde, qui se tournent vers l'industrialisation à vocation exportatrice. Le commerce mondial a crû nettement plus vite que la production ; ce qui a fait augmenter la dépendance de l'activité économique des pays envers le commerce mondial<sup>114</sup>. Les échanges internationaux vont connaître une progression rapide qui permet d'atteindre puis, à partir du milieu des années 1970, de dépasser les niveaux atteints en 1913<sup>115</sup>.

---

<sup>112</sup> Pierre DALLENNE et Alain NONJON, *Les mutations de l'économie mondiale du début du 20<sup>e</sup> siècle aux années 1970*, Paris, Ellipse Éditions Marketing, 2004 ; Daniel MERCURE, « Une société monde ? », dans Daniel MERCURE (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Ste-Foy, PUL, 2000, p. 10.

<sup>113</sup> Sur le système monétaire international après les accords de Bretton Woods, voir J-P. BIBEAU, préc., note 110, p. 125 et suiv.

<sup>114</sup> *Id.*, p. 61 et suiv.

<sup>115</sup> Angus MADDISON, *L'économie mondiale : Une perspective millénaire*, Centre de développement économique de l'OCDE, Paris, OCDE, 2001, p. 23.

Les réseaux de production transnationaux ont été les premiers instruments de cette phase de mondialisation marquée par une accélération de l'expansion des firmes multinationales<sup>116</sup> dans un nombre croissant d'industries et de secteurs. Ces dernières sont poussées à se délocaliser pour pallier la contraction des profits consécutive au ralentissement des gains de productivité dans leurs unités nationales<sup>117</sup>. La mondialisation est alors le fait d'organisations dont les structures sont elles-mêmes mondialisées et indique une forme de gestion totalement intégrée à l'échelle mondiale de la grande firme multinationale.

Il ne s'agit désormais plus d'un commerce de marchandises entre des systèmes de production nationaux, et de plus en plus d'un flux de biens à l'intérieur de réseaux de fabrication organisés à l'échelle transnationale plutôt que nationalement<sup>118</sup>. Un nombre croissant de produits et de services sont conçus, développés, produits, distribués, consommés, réparés, recyclés et valorisés à une échelle mondiale ; sans que les pays, où réellement ces actions se déroulent n'aient d'importance en eux-mêmes<sup>119</sup>.

---

<sup>116</sup> Pour une définition de la firme multinationale, voir Charles-Albert MICHALET, *Les multinationales face à la crise*, Lausanne, IRM, 1985, p. 11. Selon l'auteur, la firme multinationale est « une entreprise (ou un groupe), le plus souvent de grande taille, qui à partir d'une base nationale, a implanté à l'étranger plusieurs filiales, dans plusieurs pays, avec une stratégie et une organisation conçues à l'échelle mondiale ».

<sup>117</sup> Jean-Louis MUCCHIELLI, *Multinationales et Mondialisation*, Paris, Le Seuil, 1998.

<sup>118</sup> Theodore LEVITT, "The Globalization of Markets", (1983) *Harvard Business Review* 92.

<sup>119</sup> Kenishi OHMAE, *The Borderless World*, London, New York, Collins, 1990 ; Kenishi OHMAE (éd.), *The Evolving Global Economy. Making Sense of the New World Order*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

## 2. Les particularités de la mondialisation du commerce actuelle

La mondialisation du commerce actuelle se situe dans le prolongement du mouvement de mondialisation qui s'est accéléré à partir des années 1970, mais ses particularités sont propres à ces dernières années. Ainsi, le progrès technique, en particulier dans les domaines de l'informatique et des communications, permet une diffusion plus rapide et plus large des nouvelles technologies ou du savoir-faire, et accroît d'une manière générale la fluidité des échanges mondiaux<sup>120</sup>.

La mondialisation et Internet sont ainsi « deux phénomènes d'une actualité évidente et d'une ampleur redoutable ; deux phénomènes, également, qui sont susceptibles de s'amplifier l'un l'autre »<sup>121</sup>. Grâce à Internet, la société peut fonctionner comme une unité en temps réel à l'échelle planétaire. Concernant ce dernier point, il est clair que la décentralisation d'Internet a marqué une nouvelle étape décisive dans la mondialisation (A).

---

<sup>120</sup> V. CABLE, préc., note 11, p. 15. L'auteur souligne qu'on assiste à deux révolutions qui représentent : "two overlapping trends of considerable momentum. One is technological, the speeding up of communications. Many communications improvements have been taking place over the last century, but the contemporary speed of change, the enlargement of capacity for information (and capital) transmission and the proliferation of communications media have not been experienced before. The other is a change in the policy environment: a 'liberalization revolution', a freeing up of markets and reduction in the role of government in terms of ownership and control over production of goods and services".

<sup>121</sup> Valérie PIRONON, « L'Internet et la mondialisation », (2007) 307 *Gaz. Pal.* 11, 11.

Par ailleurs, au-delà d'appellations diverses et qui sont souvent utilisées de façons équivalentes, il semble utile de faire une distinction entre le phénomène général de la mondialisation et celui de la globalisation des marchés qui constitue une autre particularité du processus actuel par la rupture qu'il opère par rapport au mouvement d'internationalisation et de transnationalisation des années antérieures (B).

## **A. La décentralisation d'Internet**

Rappelons que l'objectif initial d'Internet étant le partage des ressources et la communication dans le domaine militaire<sup>122</sup>. L'*Advanced Research Project Agency* (*ARPA*), organisme du Ministère de la défense des États-Unis, avait été mandatée afin de construire un réseau de communication qui serait notamment capable de résister à une attaque nucléaire. En 1969, est lancé le projet *ARPANET* (*Advanced Research Projects Agency Network*) qui sera le premier réseau reliant des ordinateurs éloignés géographiquement les uns des autres. *ARPANET* consistait en la transmission de fichiers, l'échange de données et le courrier électronique entre le Pentagone et différentes universités américaines<sup>123</sup>.

---

<sup>122</sup> Sur l'histoire d'Internet, voir T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 18 et suiv. ; Przemyslaw Paul POLANSKI, *Customary Law of the internet. In the Search for a supranational Cyberspace Law*, La Haye. TMC Asser Press. 2007, p. 15 ; Katie HAFNER et Matthew LYON, *Les Sorciers du Net. Les origines de l'Internet*, Paris, Calmann-Lévy, 1999.

<sup>123</sup> Michael GEIST, "The Reality of Bytes: Regulating Economic Activity in the Age of the Internet", (1998) 73 *Wash. L. Rev.* 521, 525.

Pour assurer l'uniformisation du réseau, l'*Inter Network Working Group*, a élaboré, en 1974, un protocole spécifique aux communications inter-réseaux que tous les ordinateurs comprendraient. Ce protocole, langage commun à tous les réseaux, se nomme *Transmission Control Protocol-Internet Protocol*<sup>124</sup> (*TCP-IP*). Internet (le réseau des réseaux) est alors devenu un réseau mondial constitué d'une collection de réseaux interconnectés, ouvert, à extension mondiale et à caractère interdisciplinaire<sup>125</sup>.

Par opposition à un réseau fermé ou propriétaire<sup>126</sup> géré par une entité unique, comme par exemple le réseau *SWIFT* (*society for world wide interbank financial transaction*)<sup>127</sup>, qui regroupe la quasi-totalité des banques mondiales ou le réseau SITA (société internationale de télécommunications aéronautiques)<sup>128</sup>, Internet consiste en une série de branchements décentralisés et autosuffisants entre ordinateur et réseaux d'ordinateurs identifiés par des adresses *IP*<sup>129</sup>. Il est fondé

---

<sup>124</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Ensemble des protocoles de communication qui sont utilisés dans Internet et qui permettent de gérer la circulation des données dans le réseau, tout en assurant le bon échange de ces données entre un point et un autre du réseau. »

<sup>125</sup> S. BIEGEL, préc., note 31, p. 34 : “By connecting simultaneously and engaging in varying levels of simultaneous communication across many geographical barriers, people take part in activity where things begin to happen in a very different manner”.

<sup>126</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 2-20. Les réseaux propriétaires sont « ceux dont l'accès est contrôlé par une entité identifiable ».

<sup>127</sup> SOCIETY FOR WORLD WIDE INTERBANK FINANCIAL TRANSACTION : <[www.swift.com](http://www.swift.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>128</sup> SOCIETE INTERNATIONALE DE TELECOMMUNICATIONS AERONAUTIQUES : <[www.sita.aero](http://www.sita.aero)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>129</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : L'adresse *IP* est un « numéro constitué de quatre nombres entiers séparés par des points, qui identifie de façon unique un ordinateur

sur une structure de réseau maillé<sup>130</sup>. Chaque nœud du réseau étant relié aux autres, sans qu'aucun centre ne concentre l'information. La communication entre les différents nœuds est assurée par la commutation de paquets<sup>131</sup>.

Cette structure permet de transmettre des communications sans participation humaine avec la possibilité de dévier automatiquement les communications vers un autre chemin, dans l'hypothèse où un ou plusieurs branchements seraient endommagés. L'information, véhiculée sur les réseaux, peut emprunter des chemins distincts, sans contrôle quant à l'identité ou le nombre de pays par lesquels cette information transite<sup>132</sup>.

---

connecté au réseau Internet et en permet la localisation. [...]. Comme le numéro Internet et le nom Internet, servant à identifier un site Internet, peuvent être utilisés indifféremment pour accéder à un site, on les considère comme des adresses [...]. À titre d'exemple, l'adresse 132.203.250.87 peut se lire ainsi: L'ordinateur 87 situé sur le 250<sup>e</sup> réseau du réseau 203, qui lui se trouve dans le réseau global 132. Ce type d'adressage constitue la base du protocole de communication TCP/IP. »

<sup>130</sup> Sur l'architecture d'Internet, voir R. W. RIJGERSBERG, préc., note 16, p. 55 et suiv.

<sup>131</sup> Michael A. FROMKIN, "The Internet as a source of regulatory arbitrage", dans Brian KAHIN et Charles NESSON (dir.), *Borders in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 129. Pour l'auteur, Internet "is a packet switching network, which makes it difficult for anyone, even a government, to block or monitor information flows originating from large numbers of users" [nous soulignons].

<sup>132</sup> Lorna E. GILLIES, *Electronic Commerce and International Private Law: A Study of Electronic Consumer Contracts*, Aldershot, Ashgate, 2008, p. 23 ; Sylvette GUILLEMARD, *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal/Bruxelles, Yvon Blais/Bruylant, 2006, p. 182 ; Yves POULLET, « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », dans Teresa FUENTES-CAMACHO (dir.), *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, UNESCO/Economica, 2000, p. 185.

En 1989, Internet va commencer à conquérir le grand public, grâce à la création du *World Wide Web*<sup>133</sup> (*Web*). Le *Web* fonctionne selon le mode client/serveur<sup>134</sup>. Les serveurs *Web* répondent aux demandes d'information organisées en page<sup>135</sup>. Ces pages sont construites à l'aide de langages informatiques appelés *HTML*<sup>136</sup> (*HyperText Markup Language*) ou *XHTML* (*Extensible HyperText Markup Language*) qui sont composés d'une paire de marqueurs de début et de fin, à l'intérieur de laquelle se trouve la structure du document.

Pour accéder à des pages d'un site sur le réseau *Web*, il faut connaître son *URL*<sup>137</sup> (*Uniform Resource Locator*). Ce dernier permet de localiser physiquement un fichier ou une ressource du site. Il faut alors que le programme client de l'internaute contacte le serveur *Web* approprié, pour recevoir la page et toutes les composantes du site consulté, qui seront ensuite reconstruites sur l'ordinateur demandeur selon la structure d'origine.

---

<sup>133</sup> P. AMBLARD, préc., note 34, p. 5 et 6. Comme l'explique Philippe Amblard, Internet est « un réseau qui offre une variété de services interactifs d'échanges de données. Ceux-ci peuvent être classés en 4 types qui sont autant de « contextes de communication » différents » : « la messagerie électronique » ; « les discussions publiques qui réunissent plusieurs personnes » comme le « forum de discussion (ou Usenet) » et « la liste de diffusion (*mailing list*) » ; les « salons électroniques (*Internet Relay Chat*) » ; et enfin « la toile (*world wide web*) » [qui] représente le service offrant les plus grandes potentialités de l'Internet ».

<sup>134</sup> Eri IZAWA, "The Word Wide Web for the Clueless", (2004) *Massachusetts Institute for Technology*, disponible à l'adresse : <<http://www.mit.edu/~rei/wwwintro.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>135</sup> Tim BERNERS-LEE et Mark FISCHETTI, *Weaving the Web: the past, present and future of the World Wide Web by its inventor*, Londres, Texere, 2000.

<sup>136</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANCAISE, préc., note 6 : Le langage HTML est un « langage de balisage de texte qui permet la création de documents hypertextes ».

<sup>137</sup> *Id.*, l'URL est une « chaîne de caractères normalisés servant à identifier et à localiser des ressources consultables sur Internet et à y accéder à l'aide d'un navigateur. »

Le caractère interactif du *Web* offre désormais une palette de choix infinie aux utilisateurs par le biais de liens qui permettent l'accès depuis un site à un nombre illimité d'autres sites<sup>138</sup>. La particularité du document *Web* est qu'il peut contenir des liens hypertextes<sup>139</sup> (texte ou mot en général de couleur différente) permettant au programme client de suivre un lien particulier donnant accès à une autre page ou donnée. Sur le plan technique, pour avoir accès à la nouvelle page vers laquelle le lien hypertexte pointe, le programme client envoie un message au serveur qui contrôle la nouvelle page en lui demandant une copie de celle-ci. Le serveur expédie alors la page sélectionnée à l'ordinateur requérant et le programme client la fait apparaître sur l'écran.

L'expression connexion à un site cache une autre réalité technique puisqu'en fait l'internaute ne se connecte pas réellement au site, mais fait une requête au serveur stockant les données pour les recevoir par téléchargement sur son ordinateur<sup>140</sup>. Les sites *Web* ne sont, en fait, que des ressources stockées sur des serveurs et sont matérialisés sur simple requête. La page *Web* est une donnée qui est reconstituée sur l'écran du demandeur<sup>141</sup>. C'est donc l'information qui vient à l'internaute

---

<sup>138</sup> F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 54.

<sup>139</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : L'hypertexte est défini comme une « présentation de l'information qui permet une lecture non linéaire grâce à la présence de liens sémantiques activables dans les documents ».

<sup>140</sup> Voir Arnaud DUFOUR et Solange GHERNAOUTI-HELIE, *Internet*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2002, p. 4 et suiv.

<sup>141</sup> Thibault VERBIEST et Étienne WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : Droits européen, belge et français*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001, p. 555 : « Le Web est un réseau particulier : à l'inverse de Usenet ou du courrier électronique, l'information n'est pas

conformément à sa demande et non lui qui se déplace pour visiter par exemple un site en ligne<sup>142</sup>. D'ailleurs, le pays figurant dans le nom de domaine ne reflète pas nécessairement l'emplacement du serveur hébergeant le site *Web* (sites miroirs par exemple)<sup>143</sup>.

Internet se déploie, ainsi, dans un espace décloisonné et virtuel<sup>144</sup>, le cyberspace<sup>145</sup>, dans lequel interagissent des millions d'acteurs relevant de diverses juridictions étatiques<sup>146</sup>. Il a été analysé tour à tour « comme espace géographiquement distinct, comme métaphore sans pertinence juridique et comme environnement de normativité »<sup>147</sup>. Certains auteurs ont tiré argument de la spécificité du réseau : le cyberspace serait un nouvel espace (comparable à la

---

envoyée au destinataire mais elle est tenue à sa disposition, à charge pour lui de venir la consulter ».

<sup>142</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 19 ; M. GEIST, préc., note 123, 525.

<sup>143</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 187 : « Il s'agit de sites dans lesquels sont stockées des copies de données provenant d'autres sites. L'un des intérêts de ce mécanisme est de désengorger les sites très fréquentés ».

<sup>144</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, « L'immatériel à travers la virtualité », (1999) 43 *Arch. phil. droit* 139.

<sup>145</sup> William GIBSON, *Neuromancer*, New York, ACE, 1986. Le terme cyberspace (*cyberspace* en anglais) trouve son origine dans le roman de science-fiction *Neuromancer* de William Gibson. Il s'agissait alors de désigner l'espace virtuel que les cybernautes explorent grâce à la connexion de leur système nerveux à des ordinateurs reliés en réseau.

<sup>146</sup> Sur les caractéristiques du cyberspace, Pierre TRUDEL, « La Lex Electronica », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 221, à la page 224 ; S. BIEGEL, préc., note 31, p. 37 ; Lawrence LESSIG, «The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach», (1999) 113 *Harvard Law Review* 514 ; Viktor MAYER-SCHONBERGER, «The authority of Law in Times of cyberspace», (2001) 1 *Journal of Law Technology and Policy* 1.

<sup>147</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 23.

haute mer ou à l'espace extra-atmosphérique)<sup>148</sup>, un monde nouveau, virtuel, échappant au pouvoir des États et nécessitant l'élaboration de règles qui lui seraient propres<sup>149</sup>. Il constituerait une sorte de monde parallèle<sup>150</sup>. Si un tel point de vue semble peu convaincant<sup>151</sup>, le cyberspace reste néanmoins, un environnement dépourvu de plusieurs des repères sur lesquels se fondaient habituellement les normativités<sup>152</sup>.

La gouvernance d'Internet est d'ailleurs assez originale. Elle est confiée à des institutions qui sont, soit indépendantes, soit soutenues par des fondations de recherche<sup>153</sup>. Elles ont en particulier, une connaissance approfondie des enjeux du

---

<sup>148</sup> Jean-Jacques LAVENUE, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1998) *RRJ* 811.

<sup>149</sup> John Perry BARLOW, « Déclaration d'indépendance du Cyberspace », Davos, 8 février 1996, disponible à l'adresse : <<http://www.cairn.info/libres-enfants-du-savoir-numerique--9782841620432-p-47.htm>> (consulté le 6 juillet 2013) : « Gouvernements du monde industriel, je viens du Cyberspace, le nouveau domicile de l'esprit. Au nom futur, je vous demande à vous du passé de nous laisser tranquilles. Vous n'êtes pas les bienvenus parmi nous. Vous n'avez pas de souveraineté où nous nous rassemblons [...] Je déclare l'espace social global que nous nous construisons naturellement indépendant des tyrannies que vous cherchez à nous imposer. »

<sup>150</sup> S. BIEGEL, préc., note 31, p. 4 et suiv. ; David R. JOHNSON et David POST, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", (1996) 48 *Stan. L. Rev.* 1367.

<sup>151</sup> Gabrielle KAUFMANN-KOHLER, « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ? », dans Katharina BOELE-WOELKI et Catherine KESSEDJIAN (éd.), *Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 89, à la page 89 : « il ne s'agit pas d'un espace, d'un lieu ou de lieux, mais d'un moyen de communication. Par opposition aux moyens de communications classiques, tels le téléphone ou la télécopie, qui relie en principe deux interlocuteurs, les réseaux connectent un très grand nombre d'utilisateurs. Il n'en reste pas moins un moyen de communication, non un espace » ; O. CACHARD, préc., note 26, p. 13 et 14.

<sup>152</sup> P. TRUDEL, préc., note 22, à la page 90 : « l'espace résultant de l'environnement réseau n'est pas réductible à l'espace physique : ses balises se définissent suivant d'autres critères ».

<sup>153</sup> Jacques BERLEUR et Yves POULLET, « Réguler Internet », (2002) 3975 *Études* 463, 475 ; Joël. R. REIDENBERG, "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", (1996) 45 *Emory L. J.* 911.

réseau<sup>154</sup>. Il en est ainsi du *Word Wide Web Consortium*<sup>155</sup> (*W3C*) qui crée les standards d'interface du *Web* comme l'*HTML*. Il convient également d'évoquer l'*Internet Society*<sup>156</sup> (*ISOC*), une association de droit américain à vocation internationale, créée en 1991 par les pionniers de l'internet, pour promouvoir et coordonner le développement des réseaux informatiques dans le monde. Elle est aujourd'hui l'autorité morale et technique la plus influente dans l'univers d'Internet. Citons ensuite l'*Internet Engineering Task Force* (*IETF*)<sup>157</sup>, soutenue depuis sa création, en 1986, par l'*ISOC*, dont la mission est d'assurer la pleine interopérabilité des réseaux, par la promotion de standards et de normes conçus à cet effet<sup>158</sup>. Ainsi, pour faire face à la future pénurie des adresses *IP*, l'*IETF* travaille sur la transition vers la version *IPv6*<sup>159</sup>.

Plus particulièrement, l'*Internet Corporation for Assigned Names and Numbers*<sup>160</sup> (*ICANN*) occupe une place prépondérante dans la politique internationale d'attribution des noms de domaine. Le système de nommage et d'adressage sur

---

<sup>154</sup> P. TRUDEL, préc., note 146, à la page 254 et suiv. ; Y. POULLET, préc., note 132, à la page 186 ; P. P. POLANSKI, préc., note 122, p. 40.

<sup>155</sup> WORLD WIDE WEB CONSORTIUM : <[www.w3.org/](http://www.w3.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>156</sup> INTERNET SOCIETY : <<https://www.internetsociety.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>157</sup> INTERNET ENGINEERING TASK FORCE : <<http://www.ietf.org>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>158</sup> Jacques BERLEUR, « Éthique et régulations dans la société de l'information », (2004) 6:2 *Éthique publique* 69, 72.

<sup>159</sup> Sur le fonctionnement du protocole IPv6, voir Silvia HAGEN, *IPv6 essentials*, Sebastopol, O'Reilly, 2002, p. 11.

<sup>160</sup> INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS : <<http://www.icann.org>> (consulté le 6 juillet 2013).

Internet constitue la ressource essentielle et stratégique d'Internet<sup>161</sup>. Ce système, connu en général sous l'acronyme *DNS* (*Domain Name System*), désigne l'infrastructure technique permettant aux utilisateurs d'Internet d'accéder à un site via une adresse tapée dans la barre de navigation en haut de la page *Web* d'accueil. Les noms de domaine sont des adresses composées de lettres que l'internaute utilise pour accéder à un site Internet, au lieu des 9 chiffres composant l'adresse *IP*. Cette conversion en lettres d'adresses numériques facilite l'accès et la promotion du contenu d'un site.

Le gouvernement des États-Unis a confié en 1998, la gestion du *DNS*, à l'*ICANN*, une structure privée, qui administre la majorité des noms de domaine<sup>162</sup>. Les missions de l'*ICANN* sont d'allouer l'espace des adresses *IP*, d'attribuer les identificateurs de protocole, de gérer le système de nom de domaine de premier niveau pour les codes génériques (*gTLD*)<sup>163</sup> et les codes nationaux (*ccTLD*)<sup>164</sup>, et d'assurer les fonctions de gestion du système de serveurs racines<sup>165</sup>.

---

<sup>161</sup> Sur l'organisation du système de nommage sur Internet, voir Christiane FÉRAL-SCHUHL, *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Praxis Dalloz, 2010, p. 591 et suiv.

<sup>162</sup> Pour plus de précisions, voir Pierre LASTENOUSE, « Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine », (2001) *Rev. arb.* 95, 97 : « le système des noms de domaine sur internet est composé d'un annuaire de tous les noms de domaine enregistrés par des personnes physique ou morales et des ordinateurs correspondants. [...] La société américaine ICANN détient le monopole mondial d'attribution des noms de domaine dans les domaines génériques de premier niveau « com », « net » et « org ». Pour être précis, il est vrai que ce contrôle n'est qu'indirect, puisque la base de données est accessible par toutes les sociétés d'enregistrement accréditées par l'ICANN et qu'elle est directement administrée par la société VeriSign (l'ex-Network Solution). Toutefois, toutes ces sociétés sont contractuellement soumises à l'ICANN ».

<sup>163</sup> *Generic Top Level Domain name*, comme le « .COM » signifiant commercial. Plus récemment, en 2011, Le conseil d'administration de l'*ICANN* a approuvé le lancement des noms de domaine utilisant pour suffixe les noms d'entreprises. Voir INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED

Étant donné que les noms de domaine ont une portée mondiale, ils entrent en conflit et produisent des litiges. Internet a vu émerger des pratiques massives d'enregistrements frauduleux de noms de domaine reproduisant des marques notoires et déposées, afin de spéculer sur leur revente au détenteur de cette marque. L'ICANN combat activement ce cybersquattage<sup>166</sup> (*cybersquatting* en anglais), en proposant une autorité de résolution de litiges unique, anationale et fonctionnant à faible coût.

Ainsi, l'ICANN a introduit, en 1999, le règlement *UDRP* (*Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy*), dont les principes de droit substantiel et règles de procédures ont été élaborés sous l'égide de l'Organisation Mondiale de la Propriété Intellectuelle<sup>167</sup> (OMPI). Le règlement *UDRP* se subdivise en principes directeurs et en règles d'application régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine adoptés le 26 août 1999 et approuvés le 24 octobre 1999<sup>168</sup>.

---

NAMES AND NUMBERS, *New Generic Top-Level Domain*, disponible à l'adresse: <<http://newgtlds.icann.org/en/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>164</sup> *Country code Top Level Domain name*, comme le « .CA » pour l'extension canadienne.

<sup>165</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 374.

<sup>166</sup> Sur le cybersquattage et les autres formes d'agissements parasites, voir C. FÉRAL-SCHUHL, préc., note 161, p. 629.

<sup>167</sup> Sofian AZZABI, « Les noms de domaine », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 46, à la page 50.

<sup>168</sup> INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS, *Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine – Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* : <<http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>> (consulté le 6 juillet 2013) et *Règles d'application des principes directeurs – Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* : <<http://www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

L'ICANN a imposé le recours obligatoire à l'UDRP par la voie contractuelle, sous la forme d'une clause d'adhésion insérée obligatoirement dans tous les contrats d'enregistrement de noms de domaine génériques internationaux. Ainsi, le Règlement organise une procédure administrative obligatoire de règlement des litiges en cas d'enregistrement ou d'utilisation de mauvaise foi d'un site<sup>169</sup>. La procédure UDRP se déclenche par le dépôt d'une plainte auprès d'une « Institution de règlement »<sup>170</sup>. Les institutions de règlement agréées par l'ICANN pour la mise en œuvre de l'UDRP, les opérateurs de registre, sont ainsi situées en Suisse (Centre d'arbitrage de l'OMPI), aux États-Unis (*National Arbitration Forum*), en Chine (*Asian Domain Name Dispute Resolution Centre*) et en République tchèque (*The Czech Arbitration Court Arbitration Center for Internet Disputes*).

---

<sup>169</sup> *Id.*, *Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine*, article 4. b) :

« b) Preuve de l'enregistrement et de l'utilisation de mauvaise foi. Aux fins du paragraphe 4.a)iii), la preuve de ce que le nom de domaine a été enregistré et est utilisé de mauvaise foi peut être constituée, en particulier, pour autant que leur réalité soit constatée par la commission administrative, par les circonstances ci-après :

i) les faits montrent que vous avez enregistré ou acquis le nom de domaine essentiellement aux fins de vendre, de louer ou de céder d'une autre manière l'enregistrement de ce nom de domaine au requérant qui est le propriétaire de la marque de produits ou de services, ou à un concurrent de celui-ci, à titre onéreux et pour un prix excédant le montant des frais que vous pouvez prouver avoir déboursé en rapport direct avec ce nom de domaine,

ii) vous avez enregistré le nom de domaine en vue d'empêcher le propriétaire de la marque de produits ou de services de reprendre sa marque sous forme de nom de domaine, et vous êtes coutumier d'une telle pratique,

iii) vous avez enregistré le nom de domaine essentiellement en vue de perturber les opérations commerciales d'un concurrent ou

iv) en utilisant ce nom de domaine, vous avez sciemment tenté d'attirer, à des fins lucratives, les utilisateurs de l'Internet sur un site Web ou autre espace en ligne vous appartenant, en créant une probabilité de confusion avec la marque du requérant en ce qui concerne la source, le commanditaire, l'affiliation ou l'approbation de votre site ou espace Web ou d'un produit ou service qui y est proposé. »

<sup>170</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 189 et suiv. ; M. Scott DONAHEY, "Divergence in the UDRP and the Need for Appellate Review", (2000) 5:11 *J. Internet L.* 1.

Les conditions de forme de cette procédure sont souples. La communication de la plainte peut être faite par courrier électronique, télécopie ou par un document manuscrit. La réunion des parties au litige n'est pas possible ; celles-ci communiquent seulement avec l'expert désigné par l'*ICANN*. Une fois la plainte reçue, l'institution saisie contacte le défendeur dans les trois jours pour qu'il soumette ses conclusions par courrier électronique. Ce dernier dispose de 20 jours pour adresser sa réponse.

Le Règlement de l'*ICANN* indique ensuite qu'un panel d'un ou de trois membres est constitué et que ses membres peuvent demander aux parties de fournir des pièces justificatives. Enfin, le panel dispose de 14 jours pour trancher l'affaire et rendre une décision qui sera communiquée aux parties par voie de courrier électronique. Si un tribunal étatique n'est pas saisi, dans les dix jours suivant cette notification, la décision sera exécutée par l'opérateur de registre du nom de domaine concerné<sup>171</sup>.

L'opérateur de registre est tenu d'exécuter la décision et n'a aucun droit de contrôle sur elle. L'exécution directe de la décision ne requiert ni le consentement ni l'assistance du détenteur du nom de domaine. Le défendeur n'aura souvent pas

---

<sup>171</sup> Sur la procédure *UDRP*, voir Karim BENYEKHEF et Fabien GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Romillat, 2003, p. 137 ; Alexandre CRUQUENAIRE, *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

d'autre choix que de se plier à la décision<sup>172</sup>. En effet, la spécificité principale de l'*UDRP* réside dans l'exécution directe des décisions, par le biais d'une modification dans le système technique de gestion des noms de domaine, sans avoir recours à une exécution forcée, ordonnée par les tribunaux nationaux<sup>173</sup>. Ce système est possible, grâce à l'architecture technique centralisée du système de nommage sur Internet ; *L'ICANN* gardant le contrôle des serveurs racines gérés par les opérateurs de registres<sup>174</sup>. Ainsi, malgré la diversité des intervenants, la gouvernance d'Internet reste paradoxalement centralisée<sup>175</sup>.

*L'ICANN* est un exemple intéressant du dépassement des catégories juridiques habituelles, et de l'autonomie relative de la régulation d'Internet. Malgré son intérêt théorique, Il est difficile de nier que, d'une part, le fonctionnement de ce système reste non démocratique et que, d'autre part, le gouvernement des États-

---

<sup>172</sup> Thomas SCHULTZ, « Online Dispute Resolution (ODR) : résolution des litiges et *ius numericum* », (2002) 48 *R.I.E.J.* 153, 164 ; Fabien GÉLINAS, « U.D.R.P. : Utopie de la Décision Rapide et Pondérée ou Univers du Droit Réduit au Pragmatisme ? », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 577.

<sup>173</sup> S. AZZABI, préc., note 167, à la page 65 ; Andrés MONCAYO VON HASE, « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux » , dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 595, à la page 612.

<sup>174</sup> Le nombre des serveurs racines faisant fonctionner actuellement le nommage sur Internet (DNS) est limité à treize. Dix sont situés sur le territoire des États-Unis, les autres sur le territoire de trois États (le Royaume-Uni, le Japon et la Suède). Le système hiérarchique des serveurs racines voit à sa tête un serveur dit « maître » (ou serveur A) et douze serveurs dits « esclaves » subordonnés techniquement. Suivent enfin un certain nombre de « miroirs » déployés sur l'ensemble du globe. Voir Lawrence R. HELFER et Graeme B. DINWOODIE, “Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy”, (2001) 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 199.

<sup>175</sup> Jeanne Pia MIFSUD BONNICI, *Self-Regulation In Cyberspace*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2008, p. 82 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 116 et suiv.

Unis n'a jamais coupé le cordon ombilical qui le relie, pour des raisons historiques, aux instances dirigeantes de l'ICANN<sup>176</sup>. La *National Telecommunications and Information Administration (NTIA)*, dépendant du département du commerce des États-Unis a, ainsi, reconduit l'ICANN, en juillet 2012, dans son rôle de gestion de la racine du net<sup>177</sup>. Depuis l'an 2000, l'*Internet Assigned Numbers Authority (IANA)*<sup>178</sup>, qui recense l'ensemble des noms de domaine de premier niveau, comme le « .com », ou les suffixes des différents pays, tel le « .ca », dans les adresses *Web*, est intégrée à l'ICANN.

Le rôle de l'ICANN dans la gestion des noms de domaine est de plus en plus critiqué<sup>179</sup>. Le caractère technique du contrôle des ressources fondamentales d'Internet a souvent caché l'aspect géopolitique aux États qui semblent avoir mis du temps à saisir le caractère éminemment géopolitique et primordial de ces questions. Il est certain que pour les États, accepter que les États-Unis puissent

---

<sup>176</sup> Franck DUMORTIER, « Les ambiguïtés de la gouvernance de l'Internet. A propos du sommet mondial sur la société de l'information », (2006) 25 *R.D.T.I.* 143, 148 ; A. CRUQUENAIRE, préc., note 171, p.193 et suiv. ; Benjamin G. DAVIS, "The New New Thing. Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy of the Internet Corporation of Assigned Names and Numbers", (2000) 17 *J. Int. Arb.* 115, 137 et suiv. ; T. SCHULTZ, préc., note 172, 198 et suiv.

<sup>177</sup> Loek ESSERS, "ICANN keeps control over IANA Internet root", *Computer World*, 6 juillet 2012, disponible à l'adresse : <<http://cw.com.hk/news/icann-keeps-control-over-iana-internet-root>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>178</sup> INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY : <[www.iana.org/](http://www.iana.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>179</sup> Dominique LACROIX, "Governance of Top Level Domains (TLDs): a failed revolution?", (2013), disponible à l'adresse : <[http://internetscienceconference.files.wordpress.com/2013/04/internet\\_science\\_conference\\_proceedings.pdf](http://internetscienceconference.files.wordpress.com/2013/04/internet_science_conference_proceedings.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013), p.133 ; Yves POULLET, « Tunis et société de l'information : ouverture ou clôture d'un débat », (2006) 24 *R.D.T.I.* 3 ; A. Michael FROOMKIN, "Wrong Turn in Cyberspace : Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", (2000) 50 *Duke L. J.* 17, 47.

détenir une autorité sur le fonctionnement même du réseau à l'intérieur de leurs frontières, constitue un point de friction permanente lors des rencontres internationales.

Les États revendiquent un meilleur équilibre dans la maîtrise du *DNS* dans une optique qui serait « intergouvernementale »<sup>180</sup>, pour dégager la gestion de la racine de ses enjeux géopolitiques actuels et en mettant en place une gestion collective de cette ressource<sup>181</sup>. La question de la transparence démocratique de la gouvernance du réseau Internet deviendra certainement cruciale dans les prochaines années. L'une des conséquences de l'intransigeance des États-Unis à long terme pourrait conduire à un processus de fragmentation d'Internet et à la création d'une mosaïque de réseaux plus ou moins connectés. Le principe de neutralité du réseau serait grandement menacé.

---

<sup>180</sup> Yves POULLET, « Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ? », dans Yves POULLET, Patrick WERY et Paul WYNANTS (dir.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 167, à la page 185 : « une des modifications essentielles réclamées par l'Union européenne dans la structure de l'ICANN a été la création d'un comité consultatif gouvernemental (G.A.C), chargé de défendre auprès des instances de l'ICANN les intérêts publics fondamentaux de la société (par ex. vie privée, concurrence, fracture numérique) ».

<sup>181</sup> Richard DELMAS, « Internet : une gouvernance imparfaite », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 279, à la page 283 ; C. PRINS, préc., note 59, à la page 169 ; J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 82 ; Cyril ROJINSKY, « Cyberspace et nouvelles régulation technologiques », (2001) 10 *D.* 844, 847.

## B. La globalisation des marchés

Mondialisation et globalisation sont des termes évocateurs<sup>182</sup>. Il était sans doute dans la vocation de termes aussi séduisants, mais généraux, que d'induire des contresens préjudiciables, car les notions sont ambiguës sémantiquement<sup>183</sup>. Le mot globalisation s'impose désormais largement dans le domaine économique. Plusieurs raisons expliquent la forte diffusion du vocable. La première est bien sûr celle de l'adéquation entre le contenu d'un mot qui décrit bien les évolutions de la mondialisation, et les changements que les économistes observent dans les fonctionnements économiques : accélération des changements d'échelle, changement de nature des processus internationaux traditionnels et affaiblissement des contrôles nationaux sur cet espace<sup>184</sup>.

---

<sup>182</sup> Armand MATTELART, « La nouvelle idéologie globalitaire », dans Serge CORDELLIER (éd.), *Mondialisation. Au-delà Des Mythes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 81, à la page 81. Comme le souligne Armand Mattelart : « le sens de ces notions est moins transparent que ne le donne à croire leur consécration météorique dans le langage courant. Ces nouvelles appellations ont une histoire et occupent une position précise dans la topologie politique des relations internationales. Il est donc utile de les resituer dans leur généalogie ».

<sup>183</sup> Alain CROCHET, « Le concept de globalisation : mythes et réalités », dans Micheline AZUELOS (dir.), *Le monde économique anglo-saxon à l'épreuve de la globalisation*, Paris, Presses de Sorbonne Nouvelle, 1996, p. 31, à la page 35. Selon Alain Crochet, mondialisation et globalisation suscitent une confusion au niveau de la traduction qui « repose tout d'abord sur la pluralité des sens que revêt en anglais le terme global, qui peut se traduire indifféremment en français par global ou par mondial ou même par international. Il est à cet égard redoutable que le même vocable recouvre en fait trois acceptions tout à fait distinctes. Cependant, lorsque l'on cherche à traduire cette notion, en français, on bute sur l'absence de termes adéquats, si bien que par synonymie l'idée de globalisation se voit assimiler à celle de mondialisation, alors que les termes français « global » et « mondial » sont nettement différenciés. Le terme « global » signifie (qui est considéré dans sa totalité, dans son ensemble), l'ensemble possédant alors des propriétés que ses composantes n'ont pas, le terme « mondial » signifie seulement que le phénomène étudié concerne le monde entier ».

<sup>184</sup> Stephan A. SHIRM, *Globalization and the new regionalism*, Cambridge, Polity Press, 2002, p. 189. Sur les incidences de l'émergence d'un marché global sur les relations internationales, l'auteur précise que : «Theories of international relations therefore must add to their previous dimensions of

Ainsi, la mondialisation connaît un changement quantitatif traduisant une dynamique nouvelle, qui échappe très largement au contrôle des États, et atteint tous les pays et concerne tous les niveaux de l'organisation sociale<sup>185</sup>. Désormais, un événement infime, intervenant à l'autre bout de la planète, influencerait plus directement les États que les évolutions de zones géographiquement voisines<sup>186</sup>. Au lieu d'avoir des fonctionnements économiques juxtaposés, les processus économiques deviennent globaux<sup>187</sup>.

Cette nouvelle ère se caractérise par la formation progressive d'un marché à l'échelle planétaire<sup>188</sup>, et l'extension corrélatrice du libéralisme, avec ses avantages et inconvénients à la quasi-totalité des États<sup>189</sup>. L'émergence de ce marché, ne

---

the national (governments), the domestic ('liberal', 'second image'), the transnational (cross-borders private actors), the international (interstate) and the institutional (supranational) a further one : the variable 'global market' is connected to all dimensions named, influences them, is influenced by them, but also maintains autonomy in terms of a distinct way of functioning with regards to the other dimensions. This gives 'global markets' the characteristics of an impelling political factor with an inherent logic and level of activity. 'Global markets' are thus a *sui generis* driving force of international relation."

<sup>185</sup> J.B. GÉLINAS, préc., note 14, p. 42 et 43 : « Contrairement à la mondialisation, qui s'est déployée, tout au long de son évolution, dans un contexte où l'État était le lieu ultime de référence, non seulement politique et sociale, mais aussi économique, la globalisation se construit par-dessus les États-nations, qui n'ont plus qu'un rôle de sous-traitants dans la mise en œuvre d'une politique nationale et dans la conduite des affaires du monde. »

<sup>186</sup> David HELD, *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995, p. 20 : "[...] globalization can be taken to denote the stretching and deepening of social relations and institutions across space and time such that, on the one hand, day-to-day activities are increasingly influenced by events happening on the other side of the globe and, on the other, the practices and decisions of local groups and communities can have significant global reverberations".

<sup>187</sup> A. MATTELART, préc., note 182, à la page 81.

<sup>188</sup> Maurice DUROUSSET, *La mondialisation de l'économie*, Paris, Éditions Marketing, 1994, p. 6 : « Le monde semble entré dans une nouvelle ère économique, celle de la " globalisation ", troisième étape de la mondialisation ».

l'oublions pas, est la marque d'une mutation caractérisée par une certaine impuissance des États qui restent limités par leur territoire, tandis que les acteurs économiques déploient leurs réseaux à l'échelle des stratégies globales<sup>190</sup>. Ainsi, si la mondialisation désignait le processus d'extension de l'interdépendance à l'ensemble de la planète, la globalisation qui en est le prolongement s'inscrit à un degré supérieur. En effet :

« si toutes deux présentent un caractère multidimensionnel, la globalisation est un processus de structuration, alors que la mondialisation aboutit au résultat inverse avec le développement systématique de la concurrence à l'échelle de la planète »<sup>191</sup>.

Ce processus de structuration a permis de remettre en cause les distances et uniformisé les pratiques au niveau global par une intégration profonde des économies nationales<sup>192</sup>. C'est un nouveau stade du capitalisme<sup>193</sup> qui voit le jour

---

<sup>189</sup> A. MATTELART, préc., note 182, à la page 86. Pour reprendre les termes d'Armand Mattelart, la globalisation « exprime ouvertement le point de vue des stratèges de la géo économie sur le monde comme système, comme totalité à organiser. Elle traduit une conception cybernétique de l'organisation de la planète. La notion organisationnelle de globalisation renvoie donc d'abord à une logique managériale de l'organisation des entreprises sur un marché aux dimensions du monde, sur le « global marketplace » ».

<sup>190</sup> J-P. PAULET, préc., note 4, p. 5 et 6 ; Bertrand BADIE, *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1996 ; Elie COHEN, *La tentation hexagonale. La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, Fayard, 1996.

<sup>191</sup> Michel BÉLANGER, *Institutions économiques internationales : la mondialisation et ses limites*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1997, p. 29.

<sup>192</sup> Robert BOYER, « Les mots et les réalités », dans Serge CORDELLIER (éd.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 13, à la page 16. Dans cette nouvelle configuration, « la mondialisation marquerait la fin du référentiel national et la naissance du capitalisme mondial et verrait l'émergence d'une économie globalisée dans laquelle les

dans cette période postcommuniste, l'âge du tout planétaire<sup>194</sup>. La disparition des contre-systèmes du capitalisme avec la chute de l'URSS et la fin de la bipolarisation est-ouest font que l'on peut dès lors voir que le marché global se superpose désormais aux marchés nationaux<sup>195</sup>. Il bouscule alors l'hypothèse de transactions économiques effectuées dans un lieu défini, illustrant la transformation fondamentale du fonctionnement du commerce international.

## **Section II. Les instruments de la mondialisation du commerce**

La mondialisation du commerce n'est pas un mouvement désordonné et les politiques économiques des grandes puissances jouent un rôle décisif dans la construction et la gestion de l'économie mondiale. Le processus de déréglementation et d'interconnexion des marchés est dans une large mesure le

---

économies nationales seraient décomposées puis réarticulées au sein d'un système de transactions et de processus opérant directement au niveau international ».

<sup>193</sup> François CHESNAIS, *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994, p. 28 ; Michel-Henry BOUCHET, *La globalisation. Introduction à l'économie du nouveau monde*, Paris, Pearson Education, 2005, p. 51 ; Mark R. BRAWLEY, *The Politics of globalization. Gaining Perspective, assessing consequences*, Toronto, Broadview Press, 2003, p. 12 ; Yves MICHAUD (dir.), *Qu'est-ce que la globalisation ?*, Paris, Odile Jacob, 2004.

<sup>194</sup> Jean-Louis LEVET et Jean-Claude TOURET, *La Révolution Des Pouvoirs. Les patriotismes économiques à l'heure de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1992, p. 81 : « Censés avoir pour fonction de traduire l'aboutissement du processus d'interpénétration des économies et des cultures, les termes globalisation/mondialisation devraient permettre de rendre compte de cette question de plus en plus prégnante qui concerne l'avenir de la culture à l'âge du tout planétaire. »

<sup>195</sup> J. B. GÉLINAS, préc., note 14, p. 54 : « Au cœur du processus de globalisation, il y a le marché global. C'est l'institution suprême du nouvel ordre économique transnational, supra étatique. Dans le « village global », le marché occupe toute la place. Il englobe tout et tend à prévaloir sur toutes les autres institutions, notamment sur les gouvernements et les Nations Unies ».

résultat de décisions politiques de la part des États<sup>196</sup>. Ces derniers se trouvent face à un défi, celui de gouverner en matière économique alors qu'ils ne sont pas maîtres du marché ou, tout au moins, avoir un poids suffisant pour que la gestion de l'économie globale ne leur échappe pas<sup>197</sup>.

Le droit économique<sup>198</sup> rend compte de ces évolutions juridiques notamment en ce qui concerne les sources du droit<sup>199</sup>. Une des mutations les plus significatives de ces dernières années est le transfert d'une partie de la réglementation économique du plan interne au plan international. Ce déplacement de la prise de décision a été renforcé par la coopération des États au niveau mondial et régional<sup>200</sup>. Le

---

<sup>196</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998, p. 22 : « il y a en effet un marché de la loi, car la règle de droit subit elle-même la concurrence entre places financières. Si la règle de droit est défavorable à un acteur financier, qu'il soit l'émetteur, l'investisseur, ou même l'intermédiaire, il ira faire l'opération sur une autre place. De ce fait, la vitalité d'une place financière va dépendre du caractère attractif de sa réglementation ».

<sup>197</sup> P. DE SENARCLENS, préc., note 103, p. 36 : « La coopération entre les États industrialisés les a imbriqués dans des rapports politiques étroits, au point qu'il paraît souvent malaisé de repérer les sphères de souveraineté étatique dans la gestion des innombrables affaires qui font l'objet de négociations et de prises de décisions multilatérales ».

<sup>198</sup> Gérard FARJAT, « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », (2003) I *RIDE* 511 ; C. CHAMPAUD, préc., note 58, 39 ; Dominique CARREAU et Patrick JUILLARD, *Droit international économique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007.

<sup>199</sup> Bernard REMICHE, « Droit économique, marché et intérêt général », dans *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 253, à la p. 258 : « L'enjeu aujourd'hui, c'est la création, à l'échelle internationale, d'un ordre juridique libéral qui encadre le système économique libéral mondial. Il est indispensable de constituer un droit transnational qui fixe les règles du jeu, instaure les mécanismes visant à permettre aux agents économiques, d'agir dans le respect de ces règles, et institue un magistrature économique mondiale ».

<sup>200</sup> M. M. SALAH, préc., note 62, p. 37 : « L'État est aujourd'hui à la fois acteur international théoriquement doté des attributs de la souveraineté, le membre d'organisations internationales de plus en plus nombreuses et de plus en plus intégrées, et le rouage d'une société mondiale en formation dont il subit les contraintes et reproduit la logique ».

multilatéralisme<sup>201</sup> est un processus complexe, de nature multidimensionnelle, manifestant la diffusion planétaire des modes de production et de consommation capitalistes. Il se caractérise par des règles économiques définies à l'échelle planétaire et l'ouverture des sociétés sur des modèles socio-économiques libéraux. Le système commercial de l'Accord général sur les tarifs et le commerce (*General Agreement on Tariffs and Trade, GATT*) et surtout celui de l'Organisation mondiale du commerce (OMC) a joué un rôle central dans ce processus (1).

Tout comme la mondialisation, la régionalisation<sup>202</sup> constitue l'un des points clés du tournant du siècle. Il y a multiplication des constructions, mais, derrière ce mouvement général, la diversité reste très grande, chaque processus de régionalisation étant façonné par les caractères, l'histoire, les conflits de la région concernée. Le ralliement d'un certain nombre de pays à l'ouverture multilatérale<sup>203</sup>

---

<sup>201</sup> Bertrand BADIE et Guillaume DEVIN, « Avant-propos », dans Bertrand BADIE et Guillaume DEVIN (dir.), *Le multilatéralisme, nouvelles formes de l'action internationale*, Paris, La Découverte, 2007, p. 7, à la page 7 : « Le multilatéralisme domine incontestablement la vie internationale depuis 1945, en accompagnant d'abord la Guerre froide, puis en tentant d'organiser le désordre international qui est devenu synonyme de la postbipolarité. Déjà, aux lendemains mêmes de la Première Guerre mondiale, il commençait à marquer les esprits et à bercer les idéaux de ceux qui croyaient à la paix. Il a en profondeur modifié le décor diplomatique, réorienté le droit international, pesé sur la régulation économique et il contribue, sans que nous nous en rendions compte, à organiser l'ordinaire de notre vie quotidienne, tant celle-ci dépend de plus en plus, jusque dans ses moindres détails, de conventions multiples, négociées et formalisées sous l'estampille du multilatéralisme. »

<sup>202</sup> Jean-Marc SIROËN, *La régionalisation de l'économie mondiale*, Paris, La Découverte, 2004, p. 3. L'auteur précise que : « Les termes de région et de régionalisation sont ambigus. Ils font à la fois référence à une partition des États-Nations en « provinces » et au regroupement de ces mêmes États-nations dans des ensembles politiques ou économiques plus ou moins fédérés. »

<sup>203</sup> Sur ce thème, voir COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'intégration régionale. Une nouvelle voie pour l'organisation de l'économie mondiale ?*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001 ; J.-P. BIBEAU, préc., note 110, p. 161 et suiv.

a encouragé la conclusion ou l'élargissement des accords régionaux de manière à contourner les blocages du multilatéralisme mondial (2).

## 1. L'Organisation mondiale du commerce

Le développement des échanges a besoin d'un environnement réglementaire qui oppose de moins en moins d'obstacles aux relations économiques entre pays<sup>204</sup>. Il est clair aujourd'hui que « l'attraction du marché sur le droit est identique voire supérieure à celle qu'exerça sur lui l'État »<sup>205</sup>. La déréglementation<sup>206</sup> est, en principe, entendue comme étant une réduction ou une suppression de la réglementation dans un secteur donné dans le but de privilégier les forces du marché<sup>207</sup>. De nombreux pays ont ainsi évolué inexorablement vers une plus

---

<sup>204</sup> Philippe MALAURIE, « Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation. (Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle) », (2008) 14 *LPA* 9.

<sup>205</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », (1998) *RTD Civ.* 43, 45.

<sup>206</sup> Pierre ISSALYS, « Figures et avenir de la déréglementation », (1999) 1:2 *Éthique publique* 83, 88 ; Jean-Michel SÉVÉRINO, « Déréglementation et régulation », dans Françoise BARRET-DUCROCQ (dir.), *Quelle Mondialisation ?*, Paris, Bernard Grasset, 2001, p. 300, à la page 305.

<sup>207</sup> Jean-Claude CLOUTIER, « Éthique, réglementation et bien public », (1999) 1:2 *Éthique publique* 78, 79 : « la réglementation étatique a fait l'objet d'efforts d'allègement dans la plupart des pays occidentaux au cours des vingt dernières années. En effet, la plupart des gouvernements se sont dotés de politiques et de moyens visant à s'assurer que la réglementation est bien la meilleure façon d'atteindre certains objectifs de société ou, tout le moins, qu'elle nuit le moins possible au développement économique. »

grande dépendance à l'égard des marchés internationaux, afin de mettre en place des conditions favorables à la croissance et au développement<sup>208</sup>.

En effet, les règles qui régissent le commerce, les flux financiers, les investissements, la détermination des prix, les normes sociales ou environnementales échappent de plus en plus aux législations nationales<sup>209</sup>. Ainsi, à la différence d'un « droit mondialisé »<sup>210</sup>, dont l'édification s'inscrit dans un temps long, nous assistons à la constitution progressive, mais inéluctable, d'un droit du marché, le « droit de la mondialisation »<sup>211</sup>. Ce droit instrumental qui organise la circulation des échanges s'étend et se généralise<sup>212</sup>. Il en résulte que le fonctionnement du marché devient l'inspirateur de la norme et non plus l'objet de la contrainte.

---

<sup>208</sup> Hanns ULLRICH, « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », (2003) 3 *RIDE* 291, 292 et 293 : « À l'origine, l'idée était que la mondialisation économique est essentiellement un phénomène de l'extension des marchés concurrentiels au-delà des frontières nationales à une échelle globale. Cette extension serait le résultat de la libéralisation du commerce international. Elle entraînerait une diminution du contrôle que l'État national peut exercer sur les activités économiques, qui sont liées à son marché territorial. La déréglementation et la déterritorialisation se résumeraient ainsi en une désétatisation ».

<sup>209</sup> Jean-François RIFFARD, « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'État de droit ? » dans Daniel MOCKLE (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 275, à la page 276 et suiv.

<sup>210</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit », dans Jean BAECHLER et Ramine KAMRANE (dir.), *Aspects de la mondialisation politique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 67, à la page 68 ; Mireille DELMAS-MARTY, « La mondialisation du droit : chances et risques », (1999) *D. chron.* 43.

<sup>211</sup> Jacques CHEVALLIER, « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37.

<sup>212</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 292 ; Emmanuel DECAUX, *Droit international public*, Paris, Dalloz-Sirey, 2008, p. 377.

Après la Seconde Guerre mondiale, le *GATT* fut institué par la communauté internationale<sup>213</sup>. Fondé sur les principes de la coopération multilatérale, le *GATT* reçut pour mandat de réduire les tarifs douaniers par rapport à leurs sommets d'avant-guerre et de continuer à les abaisser<sup>214</sup>. Les institutions de *Bretton Woods* et le dispositif de libéralisation du commerce multilatéral fourni par le *GATT* ont joué un rôle décisif, en incitant un nombre croissant de pays à adopter des systèmes économiques ouverts, fondés sur les mécanismes du marché<sup>215</sup>.

L'OMC, qui a succédé au *GATT*, a marqué une nouvelle étape dans l'organisation du commerce mondial<sup>216</sup>. La conclusion, en avril 1994, de l'*Uruguay Round*, au

---

<sup>213</sup> Emmanuel COMBE, *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Armand Colin, 1999, p. 26. Sur la naissance des accords du GATT, « deux négociations sont entamées dès 1946, l'une au sein de l'ONU portant sur la création d'une organisation internationale du commerce, l'autre à Genève sur la réduction des barrières douanières. Les débats au sein des Nations unies se concluent en mars 1948 par la charte de la Havane, qui reste cependant lettre morte, le Congrès américain refusant de la ratifier : il y voyait en effet une trop grande perte de souveraineté dans la formulation de la politique commerciale américaine. Sur le plan institutionnel, aucune organisation internationale du commerce ne voit le jour. De leur côté, les négociations de Genève débouchent en octobre 1947 sur un accord général de réduction des tarifs douaniers, qui s'institutionnalise sous le nom de GATT (*General agreement on tariffs and trade*) : le GATT ne constitue pas une organisation internationale au sens juridique du terme ».

<sup>214</sup> J.-P. BIBEAU, préc., note 110, p. 155 : « Le GATT (General Agreement on Tariffs and Trade), appelé en français Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce, a été pendant 46 ans la plus importante des institutions instaurées pour favoriser la croissance du commerce international. Durant cette période, il établissait le cadre économique, financier et institutionnel du fonctionnement du commerce mondial ».

<sup>215</sup> E. COMBE, préc., note 213, p. 27. La charte du GATT reposait sur cinq grands principes : l'article I de la charte établit la clause inconditionnelle de la nation la plus favorisée, le second principe porte sur la consolidation des droits de douane (article II), le troisième principe est celui du traitement national (article III), le quatrième principe établit la transparence des politiques commerciales et enfin le dernier principe porte sur la réciprocité des concessions tarifaires (article XXVIII).

<sup>216</sup> Voir Pierre-Alain GOURION, Georges PAYRARD et Nicolas SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2008 ; Jean-Baptiste RACINE et Fabrice SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007 ; Olivier CACHARD, *Droit du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2008 ; Michael J. TREBILCOCK et Robert HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Routledge, 2005 ; Dominique PANTZ,

terme de huit ans de négociations, marque certainement une étape importante dans la consolidation du multilatéralisme dans les relations économiques internationales<sup>217</sup>. L'originalité de cet accord par rapport aux cycles précédents de négociation est que le mouvement de libéralisation des échanges est étendu, tant en ce qui concerne le champ couvert, que les formes de libéralisation. Les compétences de l'OMC<sup>218</sup> sont, en effet, élargies à de nouveaux domaines : au-delà des échanges de marchandises, elles portent désormais sur les services et les droits de propriété intellectuelle. L'objectif étant d'élargir le champ d'action initial des accords existants à un plus grand nombre d'activités<sup>219</sup>.

---

*Institutions et politiques commerciales internationales : du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, 1998 ; Bernard M. HOEKMAN, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, Toronto, Oxford University Press, 1996.

<sup>217</sup> J. B. GÉLINAS, préc., note 13, p. 83. En effet, comme le précise l'auteur : « Contrairement au GATT, qui « n'a jamais cherché à influencer les politiques de régulation internes des États, ni remis en cause la prééminence nationale sur la libéralisation ». L'OMC tend à faire prévaloir les objectifs internationaux sur les considérations nationales ».

<sup>218</sup> Sur le cadre juridique de l'OMC, voir J.-P. BIBEAU, préc., note 110, p. 158 : « Créée officiellement le 1<sup>er</sup> janvier 1995, l'OMC est gouvernée par une conférence ministérielle : composée de l'ensemble de représentants des membres, elle est l'autorité suprême de l'organisation. Cette conférence a lieu tous les deux ans. Entre deux réunions, les fonctions de la conférence sont assurées par le Conseil général. »

<sup>219</sup> Sur le fonctionnement de l'OMC, voir Bernard LANDRY, Antoine PANET-RAYMOND et Denis ROBICHAUD, *Le commerce international. Une approche nord-américaine*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Chenelière Éducation, 2008, p. 23 : « Par comparaison avec le GATT, l'OMC est une institution et non un accord. La plupart des principes énoncés sous le GATT sont entérinés *de facto* par l'OMC. Celle-ci a son siège à Genève, en Suisse, et compte maintenant 151 membres, incluant la Chine qui s'y est jointe en 2001. En plus des membres, l'OMC regroupe des observateurs qui peuvent être des États en cours d'adhésion ou des organisations internationales (FMI, Banque mondiale, etc.). Le but fondamental de l'OMC est de favoriser la liberté des échanges en supprimant les barrières au commerce et en informant les particuliers, les entreprises et les autorités publiques des règles commerciales en vigueur. L'OMC sert aussi de cadre à des négociations commerciales entre pays et de lieu de règlement des différends. »

L'avènement de ce nouveau système multilatéral, fondé sur la non-discrimination et sur la réciprocité, met théoriquement sur un pied d'égalité les pays membres<sup>220</sup>. L'une des méthodes que l'on retrouve dans tous les principaux accords de l'OMC repose sur des engagements pris par les États quant à leur système de réglementation intérieur : non-discrimination, obligation de justifier la réglementation, transparence, souci d'éviter les mesures restrictives inutiles<sup>221</sup>.

Le principe de non-discrimination constitue le fondement du système commercial international depuis 1945. Selon ce principe, toute faveur spéciale consentie par un pays membre à un autre pays doit être accordée à tous les autres pays membres sans exception. Les règles relatives à la non-discrimination doivent, ainsi, garantir des conditions commerciales loyales<sup>222</sup>. Ce principe s'applique aussi aux services, aux marques de commerce, aux droits d'auteur et aux brevets étrangers et nationaux. Il est d'ailleurs repris dans les principaux accords de l'OMC notamment dans l'Accord général sur le commerce des services (AGCS ou *GATS*

---

<sup>220</sup> Olivier BLIN, *L'Organisation mondiale du commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Ellipse, 2004, p. 13 ; E. COMBE, préc., note 213, p. 80.

<sup>221</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », (2000) 44 *R.I.E.J.* 1, 70 : « Qu'il s'agisse de l'ordre régional européen ou de l'ordre planétaire de l'O.M.C (Organisation Mondiale du Commerce), un même impératif prévaut en effet : dégager la concurrence de toute contrainte, y compris des législations étatiques (fiscales, sociales, environnementales, culturelles...) analysées désormais comme autant d'entraves à la libre circulation des personnes et des biens, des capitaux et des services ».

<sup>222</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 23.

en anglais)<sup>223</sup> et dans l'Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce (ADPIC ou *TRIPS* en anglais)<sup>224</sup>.

L'originalité de l'OMC réside, en outre, dans la création, en son sein, de l'Organe de règlement des différends (ORD)<sup>225</sup>, chargé d'arbitrer les conflits commerciaux<sup>226</sup>. Le fonctionnement de l'OMC repose d'ailleurs en grande partie sur l'ORD<sup>227</sup>. En cas de conflit commercial, les pays membres disposent de soixante jours pour trouver une solution compatible avec les règles de l'OMC. Au terme de cette période, si les négociations échouent, l'affaire est portée devant l'OMC.

Le plaignant demande la création d'une commission d'arbitrage appelée « groupe spécial de travail » qui établit un rapport dans un délai de six mois maximum. Une fois examiné, le rapport est adopté par l'ORD, sauf s'il est rejeté à l'unanimité ou

---

<sup>223</sup> *Accord général sur le commerce des services de 1994 [AGCS]*, Annexe 1B de l'Accord instituant l'OMC.

<sup>224</sup> *Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de 1994 [ADPIC]*, Annexe 1C de l'Accord instituant l'OMC.

<sup>225</sup> Kelly ALLBEURY, « La place du règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 163 ; Christophe CHARLIER et Michel RAINELLI, « Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC », (2009) 3 *RIDE* 253.

<sup>226</sup> Alain PELLET et Hubert LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007, p. 613 ; Éric CANAL-FORGUES, *Le règlement des différends à l'OMC*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004.

<sup>227</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 836 : « l'OMC est ainsi devenue, à travers les normes qu'elle édicte et les sanctions qu'elle prononce, le régulateur des échanges internationaux, dont le rôle économique apparaît sans cesse plus important ».

fait l'objet d'un appel<sup>228</sup>. L'OMC s'assure, ainsi, de la sauvegarde du droit des États de poursuivre des objectifs légitimes de politique publique concernant les garanties sociales, par exemple, tout en refusant, ou en limitant au maximum, l'emploi d'instruments politiques visant à faire échouer les engagements déjà pris en matière d'accès aux marchés et à entraver le mouvement général vers un commerce ouvert et concurrentiel<sup>229</sup>.

Les travaux sur le commerce électronique au sein de l'OMC restent modestes. Nous pourrions citer la *Déclaration sur le commerce électronique mondial*<sup>230</sup>, adoptée lors de la deuxième Conférence ministérielle qui s'est tenue à Genève, le 20 mai 1998, qui invitait instamment le Conseil général de l'OMC à établir un programme de travail global pour examiner toutes les questions qui se rapportaient au commerce électronique mondial. Suite à cette Déclaration, le conseil général de l'OMC a approuvé en septembre 1998, un programme de travail<sup>231</sup> sur les

---

<sup>228</sup> Sur la procédure de règlement des différends à l'OMC, voir O. BLIN, préc., note 220, p. 87 et suiv. ; Vilaysoun LOUNGNARATH, « Le mécanisme de règlement des différends », dans Christian DEBLOCK (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : où s'en va la mondialisation?*, Montréal, Fides, 2002, p. 56.

<sup>229</sup> Filali OSMAN, « Vers un droit mondial du commerce ? » dans Filali OSMAN (dir.), *The World Trade Organization : towards world trade law?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 263, à la page 267. L'auteur précise que relativement au droit mondial produit par l'OMC, « le but recherché est celui d'une harmonisation à minima. En effet, celle-ci n'embrasse pas toutes les branches et, d'autre part, ne fait pas obstacle à ce que les États adoptent des législations plus protectrices en matière d'environnement ou de normes sociales, sous réserve du respect du principe de proportionnalité entre le résultat recherché et l'entrave à la liberté des échanges ».

<sup>230</sup> ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Déclaration sur le commerce électronique mondial*, Conférence ministérielle, 20 mai 1998, disponible à l'adresse : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/ecom\\_f/mindec1\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/mindec1_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>231</sup> ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Programme de travail sur le commerce électronique*, Conseil général, 25 septembre 1998, disponible à l'adresse : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/ecom\\_f/wkprog\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/wkprog_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

différentes questions afférentes au commerce électronique et particulièrement dans le domaine fiscal, de la propriété intellectuelle et des transactions électroniques<sup>232</sup>.

Le système de l'OMC a permis de réaliser des progrès dans la réduction ou l'élimination des obstacles au commerce mondial même s'il rencontre d'importantes résistances relativement à ses implications sociales<sup>233</sup> et suscite de nombreuses craintes et interrogations entraînant des blocages importants des négociations multilatérales. Lancé officiellement à la quatrième conférence ministérielle de l'OMC, tenue à Doha, le tout dernier cycle de négociations commerciales entre les Membres de l'OMC vise à réformer en profondeur le système commercial mondial. Le *Cycle de Doha*<sup>234</sup> est resté au point mort en

---

<sup>232</sup> Sur la question, voir Alain-Louis MIE, « La place de l'internet et du commerce électronique dans le cadre des négociations multilatérales », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 363, à la page 365.

<sup>233</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 25 : « Chaque Sommet de l'OMC, de Seattle à Davos, est suivi de près et perturbé par les groupes altermondialistes. Chaque conférence devient un enjeu majeur dans les relations Nord-Sud et provoque sa série de débats. Certains contestent le caractère démocratique de l'OMC en avançant que les ressources des pays riches favorisent le suivi de leurs propres dossiers aux dépens des pays plus pauvres. D'autres prétendent que les principes du mercantilisme développés par l'OMC seraient la source d'un conflit de droits avec des normes internationales en matière de droits de l'homme, de protection sociale et environnementale, de protection de la santé, etc. Peu importe la nature du débat, les manifestations qui entourent la tenue de chaque Sommet de l'OMC font ressortir de l'inquiétude en ce qui concerne les répercussions de la mondialisation. Dans ces conditions, la résistance au processus de mondialisation exclusivement axé sur des considérations de rentabilité économique et échappant de plus en plus à tout contrôle démocratique devient une cause commune. »

<sup>234</sup> ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Cycle de Doha* : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dda\\_f/dda\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

raison notamment de l'absence d'accord entre grandes puissances commerciales sur la réduction des subventions agricoles<sup>235</sup>.

## 2. Les accords régionaux

Avec la mondialisation commerciale, le deuxième grand phénomène économique est la régionalisation<sup>236</sup> de l'économie mondiale. L'intégration régionale peut être considérée comme un autre type de réaction au retrait des États-nations. Chaque pays espère retrouver au niveau d'un groupement régional, un pouvoir d'influence qui n'est plus accessible à l'échelon national. Les groupements régionaux se présentent comme des espaces qui aspirent à se doter de moyens pour participer pleinement à la croissance mondiale<sup>237</sup>.

Nous pourrions citer, à ce titre, le forum de coopération économique qui est « une association de pays, fondée sur une logique régionale et, plus souvent, interrégionale. Elle vise à organiser une coopération entre États sur des questions

---

<sup>235</sup> Jean-Marc SIROËN, « Négociations commerciales multilatérales et cycle de Doha : les leçons d'un échec annoncé », (2011) 2:16 *Négociations* 9.

<sup>236</sup> J.-M. SIROËN, préc., note 202, p. 3. L'auteur précise que « les termes de région et de régionalisation sont ambigus. Ils font à la fois référence à une partition des États-Nations en « provinces » et au regroupement de ces mêmes États-nations dans des ensembles politiques ou économiques plus ou moins fédérés. »

<sup>237</sup> Edward D. MANSFIELD et Eric REINHARDT, "Multilateral Determinants of Regionalism: The Effects of GATT/WTO on the Formation of Preferential Trading Arrangements", (2003) 57 *International Organization* 829.

économiques au sens large »<sup>238</sup>. Nous retrouvons ensuite les accords de préférence non réciproques qui « sont fondés sur l'octroi unilatéral d'avantages à certains pays exportateurs, sans que le pays importateur obtienne des avantages équivalents. »<sup>239</sup>, les accords de libre-échange, qui se basent sur « la réciprocité de la baisse des barrières douanières »<sup>240</sup>, l'union douanière, qui se définit comme « une zone de libre-échange qui intègre certains domaines relevant de la politique commerciale des États membres »<sup>241</sup> et enfin, le marché commun, qui est « une union douanière qui étend l'accord de libéralisation aux facteurs de production : le travail, le capital financier et technique »<sup>242</sup>.

Il s'agit, de manière générale, d'une polarisation géographique des échanges et à la création de formes institutionnelles à une échelle continentale ou intercontinentale<sup>243</sup>. L'accélération du processus de mondialisation est accompagnée d'un retour en grâce des associations régionales<sup>244</sup>. La formation de

---

<sup>238</sup> J.-M. SIROËN, préc., note 202, p. 12.

<sup>239</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>240</sup> *Id.*, p. 13.

<sup>241</sup> *Id.*, p. 15.

<sup>242</sup> *Id.*, p. 16.

<sup>243</sup> Sur les principaux accords régionaux et leur fonctionnement, voir Emmanuel NYAHOHO et Pierre-Paul PROULX, *Le commerce international : Théories, politiques et perspectives industrielles*, Québec, P.U.Q., 2006, p. 320 et suiv.

<sup>244</sup> R. BÉNICHI, préc., note 108, p. 239 : « Solution intermédiaire entre la fragmentation, stade initial du marché capitaliste mais aussi stade final de l'expérience soviétique, et la mondialisation, la régionalisation se traduit par le développement de solidarités commerciales, financières, monétaires, ainsi que politiques et culturelles entre des États-nations voisins ou proches par leur niveau de vie, leurs orientations, leurs intérêts ».

blocs régionaux est d'ailleurs devenue une tendance de portée générale<sup>245</sup>. Le continent européen a été le précurseur en ce domaine, avec la signature du Traité de Rome<sup>246</sup> en 1957, avec pour but la mise en place d'un marché commun<sup>247</sup>, mais des tendances similaires sont apparues en Amérique du Nord, en Amérique du Sud, en Asie et en Afrique.

En Amérique du Nord, se met en place l'Association de libre-échange nord-américaine<sup>248</sup> (ALENA ou *NAFTA* en anglais), regroupant les États-Unis, le Canada et le Mexique (en vigueur depuis le 1<sup>er</sup> janvier 1994)<sup>249</sup>. Plus au Sud, se crée le *Mercado Común del Sur* (MERCOSUR)<sup>250</sup>, une union douanière

---

<sup>245</sup> ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Accords commerciaux régionaux, disponible à l'adresse : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/region\\_f/region\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013) : « La multiplication des accords commerciaux régionaux (ACR) n'a pas faibli depuis le début des années 1990. Au 15 janvier 2013, le GATT/l'OMC avaient reçu 546 notifications d'ACR, si l'on compte séparément les marchandises et les services. Parmi ceux-ci, 354 étaient en vigueur. Le point commun entre tous les ACR à l'OMC est qu'ils sont des accords commerciaux réciproques entre deux partenaires ou plus ».

<sup>246</sup> *Traité de Rome instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>247</sup> Louis DUBOUIS et Claude BLUMANN, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2005.

<sup>248</sup> ASSOCIATION DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAIN, disponible à l'adresse : <[www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>249</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 28 : « L'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA) a succédé à l'Accord de libre-échange (ALE) signé en 1989 par les États-Unis et le Canada. Le premier accord bilatéral prévoyait une réduction progressive des barrières tarifaires entre les deux pays jusqu'à leur élimination sur une période de 10 ans. Entretemps, le Mexique s'est joint à ses deux voisins du Nord en signant avec eux l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA), qui est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1994 ».

<sup>250</sup> MERCADO COMÚN DEL SUR : <[www.mercosur.int/](http://www.mercosur.int/)> (consulté le 6 juillet 2013) ; B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 33 : « Le Mercosur a été fondé le 26 mars 1991, avec la signature du Traité d'Asuncion. C'est la quatrième région intégrée au monde après l'Union européenne, l'ALENA et l'ASEAN, avec une population d'environ 213 millions d'habitants. Le Mercosur a pour objectifs la libre circulation des biens, des services et des

incomplète, réunissant l'Argentine, le Brésil, le Paraguay et l'Uruguay. On pourrait aussi citer la Zone de libre-échange des Amériques<sup>251</sup> (ZLEA), née lors du premier Sommet des Amériques, tenu à Miami en 1994. L'Union des nations sud-américaines (UNASUR)<sup>252</sup> et la Communauté des États latino-américains et caribéens (CELAC)<sup>253</sup> restent des forums politiques, tandis que d'autres pays de la région avancent vers une intégration et une ouverture accrues, grâce à l'Alliance du Pacifique<sup>254</sup>.

En Asie, l'Association des Nations du Sud-Est asiatique<sup>255</sup> (*Association of South Eastern Asian Nations, ASEAN*) a connu des débuts modestes du fait des conflits dans les pays de la région<sup>256</sup>. Néanmoins, depuis 1992, un accord a permis la

---

facteurs de production, la création d'un tarif extérieur commun, le rapprochement des politiques économiques, et l'harmonisation des législations entre les membres ».

<sup>251</sup> ZONE DE LIBRE-ECHANGE DES AMERIQUES : <[http://www.ftaa-alca.org/view\\_f.asp](http://www.ftaa-alca.org/view_f.asp)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>252</sup> UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS : <[www.unasursg.org/](http://www.unasursg.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>253</sup> COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑO : <<http://www.sela.org/view/index.asp?pageMs=97495>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>254</sup> Lancée le 6 juin 2012, l'Alliance du Pacifique comprend : le Pérou, le Mexique, le Chili et la Colombie.

<sup>255</sup> ASSOCIATION OF SOUTH EASTERN ASIAN NATIONS : <[www.asean.org/](http://www.asean.org/)> (consulté le 6 juillet 2013). L'ASEAN se composait à sa création de cinq membres : Indonésie, Malaisie, Philippines, Singapour et Thaïlande, États auxquels sont venus s'ajouter le sultanat de Brunei (1984), le Vietnam (1995), le Laos et le Myanmar (1997), ainsi que le Cambodge (1999).

<sup>256</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 35 : « La naissance et les débuts de l'organisation ont eu lieu dans un contexte d'instabilité régionale avec le conflit Vietnam - États-Unis qui s'est terminé en 1975, et le conflit cambodgien avec l'arrivée des Khmers rouges en 1978. Pendant 15 ans encore, les pays de la région sont demeurés dans un état de veille et de tension constante. La mission de l'ASEAN s'est par la suite transformée en celle d'une vraie coopération régionale avec l'adhésion en 1984 de Brunei, petit sultanat de moins de 300 000 âmes coincé entre l'Indonésie et la Malaisie, et en 1995 du Vietnam, pourtant encore communiste.

création d'une zone de libre-échange appelée *ASEAN Free Trade Area (AFTA)*. En Afrique, nous retrouvons la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (CEDEAO), la Communauté économique et monétaire de l'Afrique centrale (CEMAC) et le Marché commun de l'Est et du Sud de l'Afrique (COMESA).

Les accords bilatéraux se multiplient aussi<sup>257</sup>. Il est manifeste que la volonté politique de conclure des accords commerciaux bilatéraux ne faiblit pas et a, au contraire, tendance à se renforcer dans une optique transcontinentale<sup>258</sup>. Par exemple, le Canada et l'Union européenne ont ainsi complété la neuvième série de négociations en vue d'un accord économique et commercial global<sup>259</sup> (AECG). Les États-Unis ont créé deux forums de négociations. Le premier, le projet d'Accord de commerce et d'investissement transatlantique (*Trans-Atlantic Trade and Investment Partnership, TTIP*) avec l'Union Européenne<sup>260</sup> comporte deux volets :

---

En 1997, deux autres pays de la région y adhèrent : le Laos et le Myanmar. Le 10<sup>e</sup> pays à se joindre à l'ASEAN fut le royaume du Cambodge en février 1999 ».

<sup>257</sup> Voir ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, Système d'information sur les Accords Commerciaux Régionaux (SI-ACR), disponible à l'adresse : <<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>> (consulté le 6 juillet 2013). Le Système d'information sur les Accords Commerciaux Régionaux est une base de données de l'Organisation Mondiale du Commerce. Elle contient des informations sur les accords ayant fait l'objet d'une notification ou d'une annonce préalable à l'OMC.

<sup>258</sup> A. LÉON et T. SAUVIN, préc., note 12, p. 109.

<sup>259</sup> AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Négociations en vue d'un accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne. État des négociations*, disponible à l'adresse : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/negotiations-negociations.aspx?lang=fra>> (consulté le 6 juillet 2013).

un volet commerce des biens et services et un volet investissements directs à l'étranger. Le second, le projet d'Accord de partenariat transpacifique<sup>261</sup> (*Trans-Pacific Partnership, TPP*) couvre tous les sujets (biens, services, propriété intellectuelle, investissement, entreprises publiques et politique de la concurrence).

La question souvent débattue étant de savoir si cette multiplication d'accords, qui progresse dans le monde depuis plusieurs années, exprime un mouvement de repli s'opposant, ainsi à la mondialisation ou au contraire en constitue une composante<sup>262</sup>. En effet, le chevauchement de ces accords pourrait cloisonner les marchés et entraver les flux commerciaux et par là même la croissance mondiale. La multitude d'accords préférentiels conclus à ce jour peuvent discriminer les pays exclus de ces accords et contredire le principe de non-discrimination, un des piliers des règles de l'OMC.

---

<sup>260</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Négociations UE/États-Unis sur le commerce et l'investissement*, disponible à l'adresse : <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>261</sup> Le *Trans-Pacific Partnership* implique 11 pays : Australie, Brunei, Canada, Chili, Malaisie, Mexique, Nouvelle Zélande, Pérou, Singapour, États-Unis et Viet Nam ; pour une approche critique de cet accord, voir ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *Trans Pacific Partnership Agreement*, disponible à l'adresse : <<https://www.eff.org/issues/tpp>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>262</sup> S. A. SHIRM, préc., note 184, p. 185 et 186 : "Regional cooperation fulfills the task of responding to transnational processes that are also effective in the territorial 'inside' and therefore shape domestic policy articulation. In this way, international relations in the form of regional cooperation are a continuation of national (economic) policy by other means".

Bien que l'Europe soit très en avance sur le plan de l'intégration régionale<sup>263</sup>, et que les types de régionalisme soient très différents, le régionalisme et le multilatéralisme sont apparus, ces dernières années, moins substituables ou complémentaires qu'interdépendants<sup>264</sup>. La régionalisation n'est certainement pas contradictoire avec le multilatéralisme<sup>265</sup>. En effet, les accords régionaux peuvent servir de terrains d'essai pour de nouvelles approches de problèmes commerciaux compliqués. Ils constituent les bases de futures règles commerciales multilatérales et permettent en outre d'ouvrir d'autres marchés et de pallier les blocages du multilatéralisme mondial. Ainsi, par exemple, l'ALENA réplique et, parfois, duplique les principes et les institutions du *GATT*. Sur de nombreux points, les mesures de l'ALENA ont précédé des mesures finalement adoptées dans les accords de Marrakech<sup>266</sup>.

---

<sup>263</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 31 : « De toutes les organisations ou de tous les accords commerciaux dans le monde, l'Union européenne (UE) demeure le processus d'intégration le plus original et avancé ».

<sup>264</sup> J.-M. SIROËN, préc., note 202, p. 69 : « Non seulement la constitution de zones régionales préserve la compétence du multilatéralisme dans le traitement des relations interzones, mais, de plus, dans un système multilatéral, régi par la règle du consensus, la constitution de zones intégrées facilite la coopération. Les négociations commerciales pourraient s'en trouver simplifiées ».

<sup>265</sup> Alain CROCHET, « Mondialisation et régionalisation : les déterminants exogènes de l'ALENA », dans Martine AZUELOS, Maria Eugenia COSIO-ZAVALA et Jean-Michel LACROIX (dir.), *Intégration dans les Amériques, dix ans d'ALENA*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, p. 143.

<sup>266</sup> J.-M. SIROËN, préc., note 202, p. 21. L'auteur souligne que : « La signature de L'Alena visait en effet à régler au niveau régional des questions qui étaient encore en suspens à L'OMC au début des années 1990, notamment dans les services et l'investissement ».

Par ailleurs, le développement du concept de régionalisme ouvert<sup>267</sup> cherche à libérer la régionalisation de son ambiguïté en la situant dans une perspective de libéralisation multilatérale. L'idée de régionalisme ouvert a vu le jour dans le cadre de la Coopération Économique de la zone Asie-Pacifique<sup>268</sup> (*Asia-Pacific Economic Cooperation, APEC*). L'*APEC* est une organisation qui cherche à éviter tout formalisme institutionnel<sup>269</sup>. En effet, il s'agit d'une intégration économique régionale sans discrimination contre des pays tiers. Le régionalisme est alors, davantage d'ordre coopératif, et l'ouverture des marchés nationaux se réalise sur une base non discriminatoire<sup>270</sup>.

L'ancien régionalisme s'inscrivait dans l'ère de la mondialisation : il pouvait s'analyser comme un mouvement d'ouverture réciproque d'économies nationales conservant chacune leur consistance propre. Le nouveau régionalisme, en revanche, s'inscrit plus dans l'ère de la globalisation. Dans une économie

---

<sup>267</sup> Alexis SALUDJIAN, « Critiques du Régionalisme Ouvert à partir de l'économie géographique appliquée au Mercosur », (2005) 4 :2 *Journal of Latin American Geography* 77.

<sup>268</sup> B. LANDRY, A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, préc., note 219, p. 35 : « La Coopération économique de la zone Asie-Pacifique (APEC) a été fondée en 1989 en réaction à l'interdépendance croissante des économies de la région. Son champ d'action s'est élargi depuis et porte sur d'autres questions clés, notamment la sécurité, la santé, l'énergie et l'agriculture, dans le but d'améliorer le niveau de vie de ses membres. Le forum de l'APEC comprend 21 membres qui diffèrent de façon substantielle par leurs systèmes politiques, leurs institutions sociales et culturelles, et leurs niveaux de développement économique. Les économies qui participent sont : l'Australie, le Brunei, le Canada, le Chili, la Chine, les États-Unis, Hong Kong (Chine), l'Indonésie, le Japon, la Malaisie, le Mexique, la Nouvelle-Zélande, la Papouasie-Nouvelle-Guinée, le Pérou, les Philippines, la république de Corée, la Russie, Singapour, le Taipei chinois, la Thaïlande et le Vietnam ».

<sup>269</sup> R. BÉNICHI, préc., note 108, p. 259.

<sup>270</sup> Richard STUBBS, "Asia-Pacific regionalism versus globalization", dans William D. COLEMAN et Geoffrey R. D. UNDERHILL (éd.), *Regionalism and global economic integration*, Londres/New York, Routledge, 1998, p. 68.

mondiale qui se globalise, l'édification d'un plus grand espace économique fournit aux économies et aux entreprises des États impliqués à la fois un stimulant, en avivant la concurrence, et un tremplin vers le marché global<sup>271</sup>. Ainsi, si la mondialisation est à la fois une série de processus et une idéologie de gestion économique, la régionalisation doit être comprise comme un de ses instruments, et les deux évolutions se renforcent mutuellement<sup>272</sup>.

---

<sup>271</sup> Mohamed Mahmoud SALAH, « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », (2000) 1 *RIDE* 251, 258 et suiv.

<sup>272</sup> Sur les blocs régionaux et le multilatéralisme, voir E. NYAHOHO et P.-P. PROULX, préc., note 243, p. 311 et suiv.

## Chapitre II. La mise en ligne du commerce

Le médium Internet permet de mondialiser le commerce et d'enjamber les barrières<sup>273</sup>. Les échanges sont quasi-instantanés et peuvent être initiés de n'importe quel point du globe, pour peu que l'on dispose de moyens nécessaires. Les relations commerciales ont été facilitées, internationalisées et ont trouvé un essor considérable avec le commerce électronique, devenu un des plus grands enjeux économiques de l'avenir<sup>274</sup>. La mise en ligne du commerce désigne une façon novatrice de faire des affaires et constitue, de nos jours, la forme la plus avancée de faire du négoce. Le commerce lui-même se transporte sur Internet. Nous aborderons, d'abord, la spécificité du commerce électronique global (Section I).

La nature du réseau Internet et des transactions commerciales électroniques faites via ce réseau ont soulevé un grand nombre d'interrogations tant du point de vue des consommateurs que des professionnels. Le commerce électronique en modifiant les processus, les structures et parfois les partenaires affecte du même coup la catégorisation des protagonistes et la confiance des internautes. La catégorisation restrictive des cocontractants dans les contrats électroniques et le

---

<sup>273</sup> A ce propos, voir Kenneth L. KRAEMER, Jason DEDRICK, Nigel P. MELVILLE et Kevin ZHU, *Global e-Commerce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006 ; Bruce KOGUT, *The Global internet economy*, Cambridge, MIT Press, 2003.

<sup>274</sup> Andrée MULLER, *La Net économie*, Paris, P.U.F., 2001.

manque de confiance des acheteurs sont alors des freins à son développement (Section II).

## **Section I. La spécificité du commerce électronique global**

Le terme commerce électronique a acquis ces dernières années une vaste notoriété, à tel point qu'il est devenu un véritable symbole du langage propre à la culture informatique. Mais que représente réellement ce nouveau commerce ? Il est clair que le phénomène de mise en ligne du commerce impose de nouvelles dynamiques de marché, impliquant de nouvelles règles du jeu. Dans un premier temps, nous mettrons l'accent sur la transformation de la relation commerciale (1).

Lorsqu'un contrat électronique<sup>275</sup> transfrontalier présente des points de rattachement avec plusieurs ordres juridiques, il faut, d'une part, déterminer quel droit national est applicable et d'autre part savoir quel est le juge compétent<sup>276</sup>.

Pour ce faire, chaque État a émis un corps de règles lui permettant de reconnaître

---

<sup>275</sup> Sur le contrat électronique, voir V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 23 ; Vincent GAUTRAIS, « La formation des contrats en ligne », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 145, à la page 146 ; Vincent GAUTRAIS et Ejan MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans Denys-Claude LAMONTAGNE (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 279 ; Muriel FALAISE, « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », (1998) 94 *LPA* 4.

<sup>276</sup> A. MONCAYO VON HASE, préc., note 173, à la page 596.

sa compétence, ou de l'attribuer à un autre État<sup>277</sup>. Les règles de droit international privé permettent encore aux juridictions d'affirmer la prééminence de leur loi nationale<sup>278</sup>, mais la nature délocalisée des transactions électroniques rend difficile l'application des normes qui se réfèrent à un lieu déterminé<sup>279</sup>.

Les problèmes de conflit de lois et de juridictions se révèlent plus complexes à cause de la possibilité de l'existence d'une pluralité de rattachements, mais surtout à cause de la nécessité de redéfinir plusieurs notions qui étaient considérées comme acquises<sup>280</sup>. Un problème de qualification<sup>281</sup> apparaît et certaines notions deviennent plus difficiles à interpréter. Le caractère transfrontalier du contrat électronique pose de nombreux problèmes d'adaptation au droit international privé en ce qui concerne ses critères de rattachement (2).

---

<sup>277</sup> Bernard AUDIT, *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2000, p. 4.

<sup>278</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 129. L'effet de ces lois ne peut « jamais se produire qu'en conformité avec les règles de l'État étranger sur le territoire duquel l'exécution de tel ou tel effet de droit est postulée ».

<sup>279</sup> Gérald GOLDSTEIN, « Trois petits pas et un grand saut dans Internet : du nouveau en droit international québécois », (2012) 46 *RJT* 187, 192 : « Étant donné les caractères du réseau Internet, notamment la possibilité de communiquer partout au même moment et l'immatérialité des transactions qui s'y déroulent, il est possible que les rattachements classiques des règles du droit international privé ne permettent plus de désigner un tribunal ou une loi. »

<sup>280</sup> Ugo DRAETTA, *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 199 : « Nous pensons aux autres notions qui sous-entendent la connaissance et l'identification des parties à un contrat, comme celles de contrats conclus par des consommateurs ou celles de résidence ou d'établissement. Ces notions doivent être opportunément interprétées lorsqu'elles se réfèrent à des rapports contractuels comme ceux du commerce électronique, qui s'exercent entre des parties qui en général ne se connaissent pas, sauf par leur adresse internet. Dans tous ces cas, la nature incorporelle et délocalisée d'internet a posé dès le début, et pose encore, à l'interprète de ces qualifications de nouveaux problèmes ».

<sup>281</sup> Patrick COURBE, *Droit international privé*, Paris, Hachette Supérieur, 2007, p. 40 : « En droit international privé, la qualification consiste à rechercher à quelle catégorie de questions de droit appartient la relation privée internationale qui donne lieu à conflit de lois » ; Ridha BOUKHARI, « La qualification en droit international privé », (2010) 51 *C. de D.* 159.

## 1. La transformation de la relation commerciale

De nombreux organismes se sont attachés à définir le commerce électronique. Pourtant, comme le soulignent Serge Parisien et Pierre Trudel : « l'expression commerce électronique n'en reste pas moins ambiguë. Il s'agit en fait d'une expression à propos de laquelle l'on compte quasi autant de définitions que d'individus ou d'organismes pour la définir »<sup>282</sup>. D'ailleurs, les définitions économiques, les plus nombreuses<sup>283</sup>, sont souvent source de confusion. Pour commencer, nous sommes amenés à essayer de cerner l'objet de notre étude. En effet, la notion de commerce électronique n'a pas de définition communément admise, car sa nature est composite (A).

Le commerce électronique se développe principalement à travers des contrats électroniques<sup>284</sup>. Il s'agit de contrats dont « la formation et/ou l'exécution emprunte un moyen de transmission ou de communication électronique »<sup>285</sup>. On peut à ce titre trouver dans la littérature juridique, diverses appellations données aux contrats conclus sur Internet : contrat électronique, contrat du commerce

---

<sup>282</sup> Serge PARISIEN et Pierre TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Montréal, Yvon Blais, 1996, p. 3.

<sup>283</sup> Alain RALLET, « Commerce électronique ou électronisation du commerce » (2002) 106 *Réseaux* 17.

<sup>284</sup> Sur la diversité des contrats électroniques, voir Philippe LE TOURNEAU, *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, Dalloz, 2005.

<sup>285</sup> Lionel BOCHURBERG, *Internet et commerce électronique*, Paris, Dalloz, 2001, p. 112.

électronique, contrat en ligne ou bien encore contrat cyberspatial<sup>286</sup>. Si la dépersonnalisation des relations et l'internationalité des opérations constituent les deux défis que pose le contrat électronique, c'est en revanche la dématérialisation qui en constitue l'originalité<sup>287</sup> ; cette dernière caractéristique créant les conditions techniques pour les deux autres. La dématérialisation de la conclusion et de l'exécution du contrat électronique représente, ainsi, une importante transformation de la relation commerciale (B).

### **A. Le commerce électronique : une nature composite**

À ce jour, divers aspects du commerce électronique ont fait l'objet de nombreuses études et publications illustrant la diversité de ses définitions<sup>288</sup>. La nature du commerce électronique est composite de par la multiplicité des acteurs qui le composent, la multiplicité de lieux et la multiplicité de modes de consommation proposés<sup>289</sup>. Afin d'aborder cette problématique, il nous a semblé nécessaire à titre

---

<sup>286</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 242.

<sup>287</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 98.

<sup>288</sup> Par exemple, voir Faye Fangfei WANG, *Law of Electronic Commercial Transactions. Contemporary issues in the EU, US and China*, New York, Routledge, 2010, p. 33 ; Xavier LINANT DE BELLEFONDS, *Le droit du commerce électronique*, Paris, P.U.F., 2005, p. 3.

<sup>289</sup> Christine BITOUZET, *Le commerce électronique. Création de valeur pour l'entreprise*, Paris, Hermès Science, 1999, p. 94. Le commerce électronique s'analyse « en fonction des interlocuteurs de l'échange (individus, entreprises, administrations, organismes divers), du périmètre des échanges (externe et interne aux organisations), et de la nature des applications (achat, vente ou échange d'information) ».

liminaire, de cerner tout d'abord la définition du commerce électronique ou, à tout le moins de recenser ses principales caractéristiques. Étant donné, la rapidité des changements qu'on observe dans ce domaine, il semble nécessaire de chercher à actualiser sa définition de manière à en saisir toute la portée. Il s'agit alors de distinguer le commerce électronique de ce à quoi il est assimilé<sup>290</sup>.

Les transformations technologiques soutenues et la mondialisation ont donné naissance à ce que certains appellent « la nouvelle économie »<sup>291</sup>. En fait, cette expression fait plutôt référence à :

« [...] tous les contrats spéciaux des réseaux numériques : fourniture d'accès, fourniture d'hébergement, création de site ou réservation de nom de domaine. Ces nouveaux contrats, forgés par la pratique, ont pour objet la fourniture d'une prestation de service spécifique qui est d'accéder à Internet ou bien de l'utiliser. »<sup>292</sup>

Le commerce électronique ne se confond pas, non plus, avec les affaires électroniques<sup>293</sup> qui représentent un mode de fonctionnement qui consiste à

---

<sup>290</sup> A. RALLET, préc., note 283, p. 19.

<sup>291</sup> A ce propos, voir F. Gerard ADAMS, *The E. Business Revolution & The New Economy Economics after the dot com crash*, Mason, Thomson South-Western, 2004, p. 5 ; Jean GADREY, *Nouvelle économie, nouveau mythe ?*, Paris, Flammarion, 2001 ; pour une analyse critique, voir Gérard VALENDUC, « Nouvelles technologies, nouvelle économie et cycles longs », dans Anne PEETERS et Denis STOKKINK (dir.), *Mondialisation. Comprendre pour agir*, Bruxelles, Éditions GRIP, 2002, p. 76.

<sup>292</sup> V. PIRONON, préc., note 121, p. 11.

<sup>293</sup> Voir Craig FELLEENSTEIN et Ron WOOD, *Exploring E-commerce. Global E-business, and E-societies*, Upper Saddle River, Prentice Hall PTR, 2000, p. 23.

transformer les principaux processus commerciaux d'une entreprise, en y intégrant les technologies Internet et leurs différents apports en matière de relation-clientèle ou de flux logistique. Les affaires électroniques sont plus larges et concernent l'utilisation d'Internet pour optimiser ou rationaliser l'échange d'information<sup>294</sup>.

L'expression commerce électronique s'utilise pour désigner une vaste gamme d'activités impliquant, en règle générale, l'échange de données, de biens et de services d'une manière électronique. Il convient de souligner que le commerce électronique a déjà plusieurs décennies derrière lui. Le commerce entre entreprises (*B2B*)<sup>295</sup> est la catégorie de commerce électronique la plus ancienne et la mieux implantée. Ainsi, le commerce électronique *B2B* « fermé » s'opère sur ce qu'on appelle un réseau à valeur ajouté (RVA) privé. Contrairement aux transactions effectuées par voie électronique concernant, les ventes entre les entreprises, à travers des relations directes et automatisées d'ordinateur à ordinateur<sup>296</sup>, les relations commerciales impliquant des consommateurs s'effectuent sur un réseau ouvert : Internet.

Le commerce électronique ouvert se réalise après une connexion à Internet, cette connexion étant le préalable nécessaire à tout acte de consommation et d'achat sur

---

<sup>294</sup> Voir Nicolas W. VERMEYS, Karim BENYEKHLEF et Vincent GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38:3 *RJT* 641. Les auteurs mettent l'accent sur le flou de l'expression « affaires électroniques ».

<sup>295</sup> En anglais, *Business to Business*

<sup>296</sup> Vincent GAUTRAIS, « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé », (1996) 37:1 *Les C. de D.* 121 ; V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 29 ; S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 178 et suiv.

le réseau<sup>297</sup>. Dans cette optique, le commerce électronique représente, dans le cadre des présents travaux, l'« ensemble des activités commerciales qui sont effectuées par l'entremise du réseau Internet, incluant la promotion, l'achat et la vente en ligne de produits et services »<sup>298</sup>.

Contrairement au *B2B* qui établit une relation entre deux commerçants, le commerce de détail (*B2C*)<sup>299</sup>, pour sa part, met en relation un commerçant et un consommateur. Ce deuxième groupe constitue probablement la manifestation la plus évidente du commerce électronique<sup>300</sup>. Mais l'on trouve également un commerce électronique entre particuliers (*C2C*)<sup>301</sup>, dont un des aspects les plus spectaculaires est sans doute l'essor des ventes aux enchères en ligne et des places de marché fonctionnant selon leurs règles propres<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup> Jérôme HUET, « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », (1997) *LPA* 6.

<sup>298</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6.

<sup>299</sup> En anglais, *Business to Consumer*

<sup>300</sup> Jeffrey F. RAYPORT et Bernard J. JAWORSKI, *Commerce électronique*, Montréal/Toronto, Chenelière/MC Graw Hill, 2003, p. 4 et 5.

<sup>301</sup> En anglais, *Consumer to Consumer*

<sup>302</sup> Ethan KATSH, Janet RIFKIN et Alan GAITENBY, "E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"", (2000) 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 705, 728.

## **B. La dématérialisation de la conclusion et de l'exécution du contrat électronique**

Le contrat électronique n'est pas un nouveau contrat innommé. Ce contrat reste un contrat de droit commun, soumis aux impératifs de consentement, de cause, d'objet et la durée qu'il fixe pour son exécution s'impose aux parties<sup>303</sup>, mais, l'originalité réside dans le fait que le support électronique libère le contrat de son enveloppe écrite et le rend immatériel<sup>304</sup>. En modifiant le mode de conclusion et d'exécution des contrats<sup>305</sup>, Internet permet deux modalités de dématérialisation : les transactions qui se concluent sur le réseau, mais s'exécutent en dehors de celui-ci, d'une part, et les transactions qui se concluent et s'exécutent sur le réseau, d'autre part.

Le contrat électronique peut être conclu par le biais d'Internet lorsque par exemple la transaction s'effectue au moyen d'un formulaire proposé sur un site *Web*. Dans ce cas, l'exécution du contrat, qu'il s'agisse de la livraison ou de la prestation, se

---

<sup>303</sup> Vincent GAUTRAIS, « L'encadrement contractuel du cyberconsommateur québécois », dans Vincent GAUTRAIS (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 261 ; Teresa SCASSA, *Electronic commerce and internet law in canada*, Toronto, CCH, 2004, p. 2 et suiv. ; Lionel THOUMYRE, « L'échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5:1 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>> (consulté le 6 juillet 2013)

<sup>304</sup> Voir à ce propos, S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 191 et suiv. ; Bertrand WARUSFEL, « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », (2004) 27 *LPA* 17.

<sup>305</sup> Éric A. CAPRIOLI et Renaud SORIEUL, *Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales*, (1997) 2 *JDI* 323 ; Pierre BREESE, *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2001, p. 109.

réalise dans le monde physique<sup>306</sup>. Il peut s'agir, par exemple, de la prise de commande et le paiement de produits ou services, comme la réservation de billets d'avion ou de places de théâtre. Le deuxième cas est celui d'un contrat conclu dans Internet à savoir, que le contrat dématérialisé est formé et exécuté sur le même support électronique qui le véhicule. Cette interactivité distingue le contrat électronique de tous les autres contrats à distance.

Les prestations sont accessibles et réalisées sur le réseau et concernent des biens numériques. Ces derniers sont totalement dématérialisés et peuvent donc être transférés sans leur support physique<sup>307</sup>. La numérisation permet d'accroître considérablement l'importance des éléments immatériels dans les échanges économiques et sociaux<sup>308</sup>. Au-delà de la simple baisse des coûts, l'accroissement des capacités des réseaux<sup>309</sup> a permis de transporter des quantités d'informations

---

<sup>306</sup> Michel VIVANT, *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999, p. 86 ; S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 199 et suiv.

<sup>307</sup> Martien Y. SCHAUB, *European Legal Aspects of E-commerce*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004, p. 11 : “[...] electronic means are not solely used to communicate but they are also deployed to offer to consumer a new product or service”.

<sup>308</sup> F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 53 et 54 : « En matière de transmission, de nouveaux matériaux ont permis d'acheminer un volume croissant d'informations pour un prix réduit. En même temps, la miniaturisation des composants a réduit le volume et le coût des appareils destinés à la transmission hertzienne. Par ailleurs, le progrès se marque aussi dans les produits et services offerts au public. En effet, les avancées de l'informatique ont entraîné un accroissement considérable des capacités et des services ».

<sup>309</sup> Pierre TRUDEL, « Les mutations du droit à l'âge numérique », dans Hervé FISCHER (dir.), *Les défis du cybermonde*, Québec, PUL, 2003, p. 51, à la page 53.

toujours plus considérables et élargi les possibilités de communication<sup>310</sup> à de nouveaux supports multimédia<sup>311</sup>.

La numérisation des contenus a pour effet notamment, par-delà leur diversité (vidéos, textes, images, sons, etc.), de leur apporter un substrat technique commun, à savoir des fichiers numériques susceptibles d'être traités par des logiciels, d'être archivés sur les mêmes supports de stockage et d'être transmis sur tous les réseaux de transfert de données. Cette convergence technique ouvre ainsi la voie à la constitution d'un grand marché réservé au commerce de ces contenus<sup>312</sup>.

## **2. Les critères de rattachement du contrat électronique transfrontalier**

Internet permet de commercer dans un marché global et de rejoindre tout acheteur.

Lorsque cet acheteur est un consommateur, la particularité de la démarche de

---

<sup>310</sup> Jean FAU, *Acteurs et fonctions économiques dans la mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2002, p. 101 : « Au XX<sup>ème</sup> siècle, le développement des sciences et des techniques a fourni à l'humanité des moyens pour communiquer rapidement. Nous citerons : l'automobile, l'avion, le téléphone, la radio, la télévision, l'informatique et maintenant Internet qui allie les télécommunications à l'informatique. Notre planète est devenue « un grand village » où l'on peut se rencontrer, parler à distance, voir ensemble un même match de football. »

<sup>311</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : le multimédia est une « technologie de l'information permettant l'utilisation simultanée de plusieurs types de données numériques (textuelles, visuelles et sonores) à l'intérieur d'une même application ou d'un même support, et cela, en y intégrant l'interactivité apportée par l'informatique. »

<sup>312</sup> Sur les impacts de cette numérisation sur les produits culturels, voir Marc BOURREAU et Michel GENSOLLEN, « L'impact d'Internet et des Technologies de l'Information et de la Communication sur l'industrie de la musique enregistrée », (2006) 116 *Revue d'économie industrielle* 31.

détermination de la loi applicable et de la juridiction compétente pour les contrats de consommation en ligne transfrontaliers tient au fait, qu'elle se situe entre l'autonomie de volonté que préconisent les règles de conflit<sup>313</sup> et sa limitation substantielle par les règles spécifiques de protection du consommateur, qui accordent la priorité aux lois de la résidence habituelle ou du domicile du consommateur<sup>314</sup>. L'encadrement juridique de l'opération proposée sera unique pour tous les consommateurs alors que ces derniers n'auront pas eu conscience du caractère transfrontalier de l'opération.

En effet, la tendance actuelle des textes internationaux est d'introduire des dispositifs accrus de protection du consommateur<sup>315</sup>. Elle se traduit par une détermination quasi automatique de la loi applicable et du tribunal compétent en sa faveur<sup>316</sup>. Pour illustrer cette tendance, en matière de conflit de lois, le *Règlement CE 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi*

---

<sup>313</sup> Stefan LEIBLÉ "Negotiation and Conclusion of the Contract: Formal and Substantive Validity, Choice of Court and Choice-of-Law Clauses – An introduction", dans Andrea SCHULZ (éd.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, Munich, Sellier, 2006, p. 57, à la page 60 ; Véronique RANOUIL, *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980.

<sup>314</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 17.

<sup>315</sup> Patrick THIEFFRY, *Commerce électronique : Droit international et européen*, Paris, Litec, 2002, p. 158 et suiv. ; Gérald GOLDSTEIN, « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le code civil du Québec », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec. Développement récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, p.143.

<sup>316</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 376 ; Pierre MAYER, « La protection de la partie faible en droit international privé », dans Jacques GHESTIN (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 513.

*applicable aux obligations contractuelles*<sup>317</sup> (ci-après « *Règlement « Rome I »* ») a remplacé la *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*<sup>318</sup> (ci-après « *Convention de Rome* »).

En ce qui concerne les règles relatives aux conflits de juridictions, Le *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*<sup>319</sup> (ci-après « *Règlement « Bruxelles I »* ») a remplacé la *Convention de Bruxelles concernant la compétence judiciaire à l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*<sup>320</sup> (ci-après « *Convention de Bruxelles* »). Nous

---

<sup>317</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Journal officiel n° L 177 du 04/07/2008, p. 0006-0016, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:FR:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013) [*Règlement « Rome I »*].

<sup>318</sup> COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Journal officiel n° L 266 du 9/10/1980, p. 0001-0019, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:FR:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013) [*Convention de Rome*]. La dernière version codifiée de la Convention a été publiée dans le Journal officiel sous le n° C 334 du 30 décembre 2005.

<sup>319</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001- 0023, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:FR:PDF>> (consulté le 6 juillet 2013) [*Règlement « Bruxelles I »*]. Ce règlement est entré en vigueur le 1er mars 2002 et a remplacé la Convention de Bruxelles sans pourtant l'abroger. Cette dernière survit grâce au refus du Danemark de ratifier le *Règlement « Bruxelles I »*.

<sup>320</sup> COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, p. 0032-0042, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1972:299:0032:0045:FR:PDF>> (consulté le 6 juillet 2013). [*Convention de Bruxelles*]. La dernière version consolidée de la Convention a été publiée dans le Journal officiel n° C 027 du 26 janvier 1998.

analyserons les solutions apportées aux conflits de lois (A) et de juridictions (B) par ces documents internationaux.

## **A. Les solutions apportées aux conflits de lois**

Les États membres de la Communauté économique européenne se sont dotés le 19 juin 1980 d'une Convention, de portée générale, sur la loi applicable aux obligations contractuelles. Le but essentiel de la *Convention de Rome* était d'introduire dans le droit national des États membres de la Communauté, un ensemble de règles uniformes sur la loi applicable aux obligations contractuelles ainsi que sur certaines questions générales de droit international privé<sup>321</sup>.

La Convention rappelle son caractère universel dans son article 2 qui précise que la loi désignée par la Convention s'applique même si la loi est celle d'un État non contractant<sup>322</sup>. La Convention a un champ d'application très large. Les principes énoncés sont ainsi applicables aux contrats à caractère transfrontaliers, dès lors que

---

<sup>321</sup> Nicolas HOUX, « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : Pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1<sup>ère</sup> partie) », (2001) 43 *LPA* 9 ; François RIGAUX, « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », (1988) *Cah. dr. eur.* 306.

<sup>322</sup> *Convention de Rome*, préc., note 318, article 2 : « La loi désignée par la présente convention s'applique même si cette loi est celle d'un État non contractant. »

la matière n'est pas réglementée par une convention internationale spécifique<sup>323</sup> comme la *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*<sup>324</sup> (ci-après « *Convention de La Haye* »). La *Convention de Rome* a vocation à s'appliquer à tous les contrats internationaux entrant dans son champ d'application, tandis que la *Convention de La Haye* détermine uniquement les règles de conflits de lois pour les ventes internationales d'objets mobiliers corporels et garde une portée limitée<sup>325</sup>.

De nombreux systèmes juridiques se basent sur la *Convention de Rome* qui consacre le principe de l'autonomie de la volonté, selon lequel les parties sont libres de choisir la loi applicable à leur contrat. L'article 3 intitulé « liberté de choix » dispose que « le contrat est régi par la loi choisie par les parties. Ce choix doit être exprès ou résulter de façon certaine des dispositions du contrôle des circonstances de la cause »<sup>326</sup>. Elle se rapproche dans ses dispositions de la *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*<sup>327</sup>

---

<sup>323</sup> *Id.*, article 21 : « La présente convention ne porte pas atteinte à l'application des conventions internationales auxquelles un État contractant est ou sera partie ».

<sup>324</sup> CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, 15 juin 1955, disponible à l'adresse : <<http://www.hcch.net/upload/conventions/txt03fr.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013) [Convention de La Haye]. La *Convention* est entrée en vigueur le premier novembre 1965. La dernière mise à jour date de 2005. Elle comporte 12 articles et ne fut ratifiée que par huit États.

<sup>325</sup> Sur la portée limitée de la *Convention de La Haye*, voir T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 501 ; S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 96.

<sup>326</sup> *Convention de Rome*, préc., note 318, article 3 par. 1.

<sup>327</sup> ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, 17 mars 1994, disponible à l'adresse :

(ci-après « *Convention interaméricaine de Mexico* ») en date du 17 mars 1994, ouverte à la signature des États membres de l'Organisation des États Américains (OEA), qui régit également le droit applicable aux contrats internationaux<sup>328</sup>. Cette Convention valide le choix par les parties de la loi applicable au contrat :

« The contract shall be governed by the law chosen by the parties. The parties agreement on this selection must be express or, in the event that there is no express agreement, must be evident from the parties behavior and from the clauses of the contract, considered as a whole. Said selection may relate to the entire contract or to a part of same. »<sup>329</sup>

Le consensualisme a été écarté par la *Convention de Rome* en matière de consommation. Pour protéger le consommateur, La Convention prévoit, dans son article 5 paragraphe 2, une interdiction de déroger aux normes impératives du pays où le consommateur réside si certaines conditions sont réunies<sup>330</sup>. Quel que soit le droit applicable au fond à l'opération commerciale, il sera donné effet aux règles

---

<[http://www.oas.org/dil/CIDIPV\\_convention\\_internationalcontracts.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm)> (consulté le 6 juillet 2013) [*Convention interaméricaine de Mexico*].

<sup>328</sup> Louis PERRET, « La Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux adoptée par la C.I.D.I.P.-V avec des notes explicatives », (1994) 25 *R.G.D.* 625.

<sup>329</sup> Article 7 al. 1 de la *Convention interaméricaine de Mexico*.

<sup>330</sup> *Convention de Rome*, préc., note 318, article 5 par. 2, la loi applicable est la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur : « - si la conclusion du contrat a été précédée dans ce pays d'une proposition spécialement faite ou d'une publicité, et si le consommateur a accompli dans ce pays les actes nécessaires à la conclusion du contrat ou - si le cocontractant du consommateur ou son représentant a reçu la commande du consommateur dans ce pays ou - si le contrat est une vente de marchandises et que le consommateur se soit rendu de ce pays dans un pays étranger et y ait passé la commande, à la condition que le voyage ait été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente. »

protectrices du consommateur du pays de son domicile ou de sa résidence<sup>331</sup>. L'article 5 paragraphe 3 de la Convention dispose que la loi applicable est la loi du pays de la résidence habituelle du consommateur<sup>332</sup> quand les modalités du contrat correspondent à celle prévues par l'article 5 paragraphe 2. L'article 3117 du *Code civil du Québec*<sup>333</sup> reprend dans ses dispositions une formulation similaire<sup>334</sup>.

À la lecture de l'article 5 paragraphe 2 de la *Convention de Rome*, on se rend compte que cet article est peu adapté aux contrats du commerce électronique<sup>335</sup>. Pour que le consommateur bénéficie de ces règles impératives, ou pour que son contrat soit assujéti à une telle loi, la conclusion du contrat doit ainsi intervenir dans des circonstances particulières. Cette clause spéciale d'application des lois de

---

<sup>331</sup> Pour une approche critique sur l'incompatibilité de ce critère avec les objectifs du marché unique, voir Stéphanie FRANCO, « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation », dans Mathias AUDIT, Horatia MUIR WATT et Etienne PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2008, p. 115, à la page 118.

<sup>332</sup> *Convention de Rome*, préc., note 318, article 5 par. 3 : « Nonobstant les dispositions de l'article 4 et à défaut de choix exercé conformément à l'article 3, ces contrats sont régis par la loi du pays dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle, s'ils sont intervenus dans les circonstances décrites au paragraphe 2 du présent article. »

<sup>333</sup> L.Q. 1991, ci-après « C.c.Q. »

<sup>334</sup> L'article 3117 du C.c.Q. prévoit que : « Le choix par les parties de la loi applicable au contrat de consommation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi de l'État où il a sa résidence si la conclusion du contrat a été précédée, dans ce lieu, d'une offre spéciale ou d'une publicité et que les actes nécessaires à sa conclusion y ont été accomplis par le consommateur, ou encore, si la commande de ce dernier y a été reçue. Il en est de même lorsque le consommateur a été incité par son cocontractant à se rendre dans un État étranger afin d'y conclure le contrat. En l'absence de désignation par les parties, la loi de la résidence du consommateur est, dans les mêmes circonstances, applicable au contrat de consommation. »

<sup>335</sup> Jean CALAIS-AULOY et Frank STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 34 ; Hélène BUREAU, *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 2000, p. 31 ; S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 405.

police contient une énumération des cas où le consommateur ne saurait être privé des dispositions impératives de son pays de résidence. En dehors de ces cas, la loi du contrat peut être celle d'un pays autre que celui de la résidence habituelle du consommateur.

Ainsi, le consommateur aura des difficultés à prouver que le contrat a été précédé d'une sollicitation du professionnel à son lieu de résidence habituel. Il est donc difficile de situer la conclusion du contrat dans un lieu particulier. Le consommateur concluant un contrat électronique, précédé d'une proposition ou publicité en ligne<sup>336</sup>, ne pourrait, par contre, être privé des règles impératives de la loi du pays de sa résidence, s'il a accompli des actes nécessaires à la conclusion du contrat, comme l'envoi d'un courriel confirmatif au professionnel, par exemple ou le fait de répondre à la proposition commerciale faite par Internet<sup>337</sup>.

En deuxième, la Convention précise que le cocontractant du consommateur ou son représentant doit avoir reçu la commande du consommateur dans le pays où celui-ci réside. Au regard du commerce électronique, cette hypothèse est restrictive et concerne uniquement le vendeur présent commercialement dans le pays de la résidence du consommateur ou y est représenté pour recevoir la commande de son

---

<sup>336</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 185. Appliquée à l'Internet, on peut se demander quel est le lieu de cette publicité, car il reste difficile d' « affirmer, en toute certitude, qu'une publicité a été faite dans le pays du consommateur, du seul fait qu'elle y est accessible ».

<sup>337</sup> U. DRAETTA, préc., note 280, p. 217.

client. Il peut s'agir dans ce cas de sites Internet de succursales de sociétés étrangères.

Cependant, si le cocontractant ne peut pas recevoir une telle commande dans le pays de la résidence du consommateur, ce dernier ne pourrait invoquer les règles impératives de sa propre loi pour écarter la loi du contrat ou du moins certaines dispositions défavorables. Enfin, le consommateur peut revendiquer les règles impératives du pays de sa résidence habituelle lorsque le contrat est une vente de marchandises et qu'il s'est rendu dans un pays étranger pour passer commande. Le voyage doit avoir été organisé par le vendeur dans le but d'inciter le consommateur à conclure une vente. Ce cas ne concerne pas les contrats conclus sur Internet, puisqu'aucun déplacement physique n'a lieu<sup>338</sup>.

Ainsi, seul le consommateur jugé « passif » ou « statique » est protégé<sup>339</sup>. Il n'est pourtant pas aisé de déterminer le statut actif ou passif du consommateur qui peut passer d'un statut à l'autre sans même s'en rendre compte<sup>340</sup>. Le comportement actif du consommateur compromet sa protection dans les transactions sur Internet<sup>341</sup>. Pour remédier aux carences de la *Convention de Rome*, le *Règlement*

---

<sup>338</sup> Tanguy VAN OVERSTRAETEN, « Droit applicable et juridiction compétente sur internet », (1998) 3 *RDAl* 387.

<sup>339</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 41, 24.

<sup>340</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 326.

<sup>341</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 196.

« Rome I » est entré en vigueur le 17 décembre 2009<sup>342</sup>. Il s'applique aux obligations contractuelles relevant de la « matière civile et commerciale »<sup>343</sup>. Il présente un caractère universel car, la loi qu'il désigne s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre<sup>344</sup>.

Le *Règlement « Rome I »* stipule bien que « la liberté des parties de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflits de lois en matière d'obligations contractuelles »<sup>345</sup>. Mais, encore une fois, en matière de consommation, le Règlement contient des dispositions impératives<sup>346</sup>. Le changement principal qu'apporte le *Règlement « Rome I »* dans son article 5 est de « supprimer complètement l'autonomie de la volonté en la matière et de rattacher impérativement les contrats de consommation à la loi de l'État de la résidence du consommateur »<sup>347</sup>.

---

<sup>342</sup> *Règlement « Rome I »*, préc., note 317 article 29 al. 2 : « Il est applicable à partir du 17 décembre 2009, à l'exception de l'article 26, qui s'applique à partir du 17 juin 2009. »

<sup>343</sup> *Id.*, article 1 par. 1 al. 1 : « Le présent règlement s'applique, dans des situations comportant un conflit de lois, aux obligations contractuelles relevant de la matière civile et commerciale. »

<sup>344</sup> *Id.*, article 2 : « La loi désignée par le présent règlement s'applique même si cette loi n'est pas celle d'un État membre. »

<sup>345</sup> *Id.*, Considérant n° 11.

<sup>346</sup> Sur cette question, voir Céline CASTETS-RENARD, « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) - Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », (2006) 22 *D.* 1522 ; Marie Élodie ANCEL, « Un an de droit international privé du commerce électronique », (2007) 1 *Comm. com. électr.* 20.

<sup>347</sup> Paul LAGARDE, « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », (2006) 2 *Rev.crit. DIP* 330, 341.

Le nouveau règlement apporte une solution simple qui consiste dans la seule application de la loi de la résidence habituelle du consommateur<sup>348</sup>. En l'espèce, les consommateurs bénéficient de « règles de conflits de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales »<sup>349</sup>. Le Règlement requiert aussi qu'un consommateur ait conclu un contrat avec un professionnel. Le Règlement prévoit explicitement que le consommateur doit être une personne physique et, contrairement à la *Convention de Rome*, dispose que le commerçant doit être un professionnel ; ce qui a pour effet d'exclure des dispositions de l'article 5, les contrats de type C2C.

## **B. Les solutions apportées aux conflits de juridictions**

Appliquée à partir du premier février 1973 dans les six États fondateurs du Marché Commun européen, la *Convention de Bruxelles* a été plusieurs fois remaniée à

---

<sup>348</sup> *Règlement « Rome I »*, préc., note 317, article 5 : « 1. Les contrats de consommation au sens et dans les conditions prévus au paragraphe suivant, sont régis par la loi de l'État membre dans lequel le consommateur a sa résidence habituelle. 2. Le paragraphe premier s'applique aux contrats conclus par une personne physique, le consommateur, qui a sa résidence habituelle dans un État membre, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, avec une autre personne, le professionnel, agissant dans l'exercice de son activité professionnelle. Il s'applique à condition que le contrat ait été conclu avec un professionnel qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre de la résidence habituelle du consommateur ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs pays dont cet État membre, et que le contrat rentre dans le cadre de ces activités, à moins que le professionnel n'ignorait le lieu de la résidence habituelle du consommateur et que cette ignorance n'était pas imputable à une imprudence de sa part ».

<sup>349</sup> *Id.*, le considérant n° 23 précise que : « S'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales. »

l'occasion des élargissements successifs de l'Union. Cette Convention s'applique en matière civile et commerciale, excluant ainsi, les litiges d'ordre fiscal, douanier ou administratif<sup>350</sup>. La *Convention de Bruxelles* n'est applicable, que si le défendeur est domicilié sur le territoire d'un État membre, sauf en cas de compétence exclusive d'une juridiction<sup>351</sup>.

Ce texte pose le principe fondamental de la compétence de l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur dans son article 2. Cet article ne se fonde pas sur la nationalité, toutes les personnes ayant leur domicile sur le territoire d'un État signataire de la Convention étant soumises à ces règles<sup>352</sup>. La *Convention de Bruxelles*, dépassée<sup>353</sup>, a été remplacée par le *Règlement « Bruxelles I »*<sup>354</sup>. Le

---

<sup>350</sup> *Convention de Bruxelles*, préc., note 320, article 1 al. 1 : « La présente convention s'applique en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction ».

<sup>351</sup> *Id.*, article 16 : « Sont seuls compétents, sans considération de domicile : 1. en matière de droits réels immobiliers et de baux d'immeubles, les tribunaux de l'État contractant ; 2. en matière de validité, de nullité ou de dissolution des sociétés ou personnes morales ayant leur siège sur le territoire d'un État contractant, ou des décisions de leurs organes, les tribunaux de cet État ; 3. en matière de validité des inscriptions sur les registres publics, les tribunaux de l'État contractant sur le territoire duquel ces registres sont tenus ; 4. en matière d'inscription ou de validité des brevets, marques, dessins et modèles, et autres droits analogues donnant lieu à un dépôt ou à un enregistrement, les juridictions de l'État contractant sur le territoire duquel le dépôt ou l'enregistrement a été demandé, a été effectué ou est réputé avoir été effectué aux termes d'une convention internationale ; 5. en matière d'exécution des décisions, les tribunaux de l'État contractant du lieu de l'exécution. »

<sup>352</sup> *Id.*, selon l'article 2, le tribunal compétent est, en principe, celui du domicile du défendeur : « 1. Sous réserve des dispositions de la présente convention, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État contractant sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État. 2. Les personnes qui ne possèdent pas de nationalité de l'État dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux. »

<sup>353</sup> Hélène GAUDEMET-TALLON, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1996, p. 4 ; Alain PRUJINER et Bernard COLAS, *Traités et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005, p. 643.

contenu du Règlement est, à priori, très proche des dispositions de la *Convention de Bruxelles*. Les changements concernent principalement l'adaptation des règles aux nouvelles techniques commerciales, notamment au commerce électronique et à l'élargissement des droits du consommateur<sup>355</sup>.

Le Règlement introduit d'importantes adaptations des règles de compétence en matière contractuelle<sup>356</sup>. Certaines de ces adaptations, relatives au contrat de consommation, entendent répondre aux difficultés suscitées par le commerce électronique, d'autres, relatives au contrat en général, y apportent une réponse partielle<sup>357</sup>. Ainsi, les clauses d'élection de for conventionnelles ne sont permises, que lorsqu'elles sont conclues après la naissance d'un conflit. Le *Règlement « Bruxelles I »*, à travers son article 17, met en place un régime de protection, qui consiste à ne permettre les clauses attributives de juridictions dérogeant à la règle de principe en matière de contrats conclus par les consommateurs, que dans certaines situations, notamment, les conventions dérogeant à cette règle doivent être postérieures à la naissance du conflit<sup>358</sup>.

---

<sup>354</sup> Le mécanisme de Règlement a été préféré à celui d'une Directive en vue d'assurer son application directe dans les États membres sans passer par des lois de transposition dans les droits internes. Voir P. LAGARDE, préc., note 347, 331.

<sup>355</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 29.

<sup>356</sup> Jean-Philippe MORNY et Bertel DE GROOTE, « « Cyber consommation » et droit international privé », (2009) 37 *R.D.T.I.* 5, 19.

<sup>357</sup> Julie GOTTENBERG, « Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels », (2002) 3 *Revue du droit de l'Union européenne* 518.

<sup>358</sup> *Règlement « Bruxelles I »*, préc., note 319, article 17 : « Il ne peut être dérogé aux dispositions de la présente section que par des conventions :  
1) postérieures à la naissance du différend, ou

La règle de compétence générale dans le *Règlement « Bruxelles I »*, établie à l'article 2, est celle de la compétence du tribunal du domicile du défendeur<sup>359</sup>, mais rend ce for obligatoire, lorsque le défendeur est un consommateur. Dès lors, le consommateur européen ne peut être attiré que devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel il est domicilié<sup>360</sup>. En revanche, lorsque le consommateur est demandeur, le for prévu est, à son choix, le tribunal du domicile du commerçant ou celui de son propre domicile<sup>361</sup>. Le Règlement établit non seulement *un forum actoris* au profit du consommateur, mais laisse à celui-ci le choix entre

---

2) qui permettent au consommateur de saisir d'autres tribunaux que ceux indiqués à la présente section, ou

3) qui, passées entre le consommateur et son cocontractant ayant, au moment de la conclusion du contrat, leur domicile ou leur résidence habituelle dans un même État membre, attribuent compétence aux tribunaux de cet État membre, sauf si la loi de celui-ci interdit de telles conventions. »

<sup>359</sup> *Id.*, article 2 : « 1. Sous réserve des dispositions du présent règlement, les personnes domiciliées sur le territoire d'un État membre sont attirées, quelle que soit leur nationalité, devant les juridictions de cet État membre. 2. Les personnes qui ne possèdent pas la nationalité de l'État membre dans lequel elles sont domiciliées y sont soumises aux règles de compétence applicables aux nationaux. »

<sup>360</sup> *Id.*, article 15 : « 1. En matière de contrat conclu par une personne, le consommateur, pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle, la compétence est déterminée par la présente section, sans préjudice des dispositions de l'article 4 et de l'article 5, point 5 :

a) lorsqu'il s'agit d'une vente à tempérament d'objets mobiliers corporels ;

b) lorsqu'il s'agit d'un prêt à tempérament ou d'une autre opération de crédit liés au financement d'une vente de tels objets ;

c) lorsque, dans tous les autres cas, le contrat a été conclu avec une personne qui exerce des activités commerciales ou professionnelles dans l'État membre sur le territoire duquel le consommateur a son domicile ou qui, par tout moyen, dirige ces activités vers cet État membre ou vers plusieurs États, dont cet État membre, et que le contrat entre dans le cadre de ces activités.

2. Lorsque le cocontractant du consommateur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, mais possède une succursale, une agence ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État.

3. La présente section ne s'applique pas aux contrats de transport autres que ceux qui, pour un prix forfaitaire, combinent voyage et hébergement. »

<sup>361</sup> *Id.*, article 16 par. 1 : « 1. L'action intentée par un consommateur contre l'autre partie au contrat peut être portée soit devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel est domiciliée cette partie, soit devant le tribunal du lieu où le consommateur est domicilié. »

ce nouveau for et le for traditionnel du domicile du défendeur. Cette extension a eu pour objectif de limiter les divergences quand au champ d'application de la protection<sup>362</sup>.

Ce choix laissé au consommateur est en réalité limité, car il ne s'applique qu'à l'égard des entreprises domiciliées sur le territoire d'un des États membres. Si le consommateur a conclu un contrat avec une entreprise non communautaire, et s'il est demandeur à l'instance, la protection dépendra de la loi nationale du for<sup>363</sup>. Cela résulte de l'article 4 du Règlement<sup>364</sup>, auquel renvoie l'article 15 al. 1. Néanmoins, le Règlement étend la protection du consommateur à l'égard d'une entreprise non établie dans un État membre si celle-ci dispose d'« une succursale, une agence, ou tout autre établissement dans un État membre, il est considéré pour les contestations relatives à leur exploitation comme ayant son domicile sur le territoire de cet État »<sup>365</sup>.

Au Québec, si le consommateur est demandeur, quatre options s'offrent à lui<sup>366</sup>. Il peut saisir le tribunal de son domicile ou de sa résidence, par le biais de l'article

---

<sup>362</sup> F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 377.

<sup>363</sup> Hélène GAUDEMET-TALLON, « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », dans Alegria BORRAS *et al.* (dir.), *Liber amicorum Georges A. L. Droz*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 85, à la page 90.

<sup>364</sup> Règlement « Bruxelles I », préc., note 319, article 4 par. 1 : « 1. Si le défendeur n'est pas domicilié sur le territoire d'un État membre, la compétence est, dans chaque État membre, réglée par la loi de cet État membre, sous réserve de l'application des dispositions des articles 22 et 23. »

<sup>365</sup> *Id.*, article 15 par. 2.

<sup>366</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 157.

3149 du C.c.Q.<sup>367</sup>, ou celui du domicile ou de l'établissement du commerçant, comme le prévoient les deux premiers paragraphes de l'article 3148 du C.c.Q.<sup>368</sup>. L'objectif d'un tel éventail est d'élargir la compétence des tribunaux québécois en la matière, afin d'assurer une protection accrue au consommateur<sup>369</sup>.

Le *Règlement « Bruxelles I »*, à l'instar du *Règlement « Rome I »*, consacre le principe du ciblage<sup>370</sup> pour déterminer la compétence des tribunaux à connaître le litige. Compte tenu des inadéquations des critères<sup>371</sup> formulés dans le fameux arrêt

---

<sup>367</sup> L'article 3149 du C.c.Q. prévoit que : « Les autorités québécoises sont, en outre, compétentes pour connaître d'une action fondée sur un contrat de consommation ou sur un contrat de travail si le consommateur ou le travailleur a son domicile ou sa résidence au Québec ; la renonciation du consommateur ou du travailleur à cette compétence ne peut lui être opposée. » ; Voir également Geneviève SAUMIER, « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois », (2007) 37 *R.G.D.* 463.

<sup>368</sup> L'article 3148 du C.c.Q. prévoit que : « Dans les actions personnelles à caractère patrimonial, les autorités québécoises sont compétentes dans les cas suivants :  
1° Le défendeur a son domicile ou sa résidence au Québec ;  
2° Le défendeur est une personne morale qui n'est pas domiciliée au Québec mais y a un établissement et la contestation est relative à son activité au Québec ; »

<sup>369</sup> G. GOLDSTEIN, préc., note 279, 206. Commentant trois décisions récentes des tribunaux québécois, l'auteur souligne que : « la jurisprudence récente montre qu'en ce qui concerne les litiges internationaux, les tribunaux ne semblent pas prêts à faire des exceptions aux règles habituelles régissant leur compétence juridictionnelle. Par réalisme et par économie de raisonnement, ils se servent de règles normales qui montrent ici leur potentiel, sans nécessité évidente de les écarter pour adopter une approche plus ou moins favorable au commerce électronique. »

<sup>370</sup> Michael GEIST, *Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet*, étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, disponible à l'adresse : <[http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapi/geist\\_fr.pdf/\\$FILE/geist\\_fr.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapi/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 42 : « une analyse centrée sur le ciblage chercherait à cerner les intentions des parties et à évaluer les mesures prises soit pour entrer dans une juridiction particulière, soit pour l'éviter ».

<sup>371</sup> Karim BENYEKHELF, « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridictions dans le cyberspace », dans Vincent GAUTRAIS, (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 137, à la page 148 : « Jusque là, une certaine jurisprudence estimait que l'accessibilité à un site Web à partir du territoire concerné suffisait à entraîner la compétence du tribunal de ce territoire. Cette approche était évidemment sujette à critiques puisqu'elle se trouvait

*Zippo*<sup>372</sup>, dans lequel le tribunal s'était fondé sur le degré d'interactivité des sites internet pour se déclarer compétent<sup>373</sup>, un nouveau critère est apparu, basé sur l'intention du professionnel à vouloir entrer en relation commerciale avec les consommateurs<sup>374</sup> de tel ou tel pays, pour enfin décider si la résidence du consommateur a été « ciblée »<sup>375</sup>. Ainsi, « l'approche par « cible » établit la

---

à donner juridiction, sur tous les sites Web, et à tous les tribunaux des territoires à partir duquel le consommateur pouvait avoir accès. Bref, la planète Web entière était susceptible d'être soumise à tous les tribunaux judiciaires de la planète Terre [...] La Cour de District de Pennsylvanie, dans l'arrêt *Zippo* s'éloigne de cette approche en privilégiant un examen des activités du site Web visé ».

<sup>372</sup> *Zippo Manufacturing Co. v. Zippo Dot Com Inc.*, 952 F.Supp. 1119 (W.D. Pa. 1997) : “Nevertheless, our view of the available cases and materials reveals that the likelihood that personal jurisdiction can be constitutionally exercised is directly proportionate to the nature and quality of commercial activity that an entity conducts over the Internet. This sliding scale is consistent with well developed personal jurisdiction principles. At one end of the spectrum are situations where a defendant clearly does business over the Internet. If the defendant enters into contracts with residents of a foreign jurisdiction that involve the knowing and repeated transmission of computer files over the Internet, personal jurisdiction is proper. At the opposite end are situations where a defendant has simply posted information on an Internet Web site which is accessible to users in foreign jurisdictions. A passive Web site that does little more than make information available to those who are interested in it is not grounds for the exercise of personal jurisdiction. The middle ground is occupied by Interactive Web sites where a user can exchange information with the host computer. In these cases, the exercise of jurisdiction is determined by examining the level of interactivity and commercial nature of the exchange of information that occurs on the Web site.”

<sup>373</sup> F. F. WANG, préc., note 288, p. 134 : “*Zippo* introduced a sliding scale to analyse the contacts of potential defendants created by internet websites. In determining the constitutionality of exercising jurisdiction the *Zippo* court focused on ‘the nature and quality of commercial activity that an entity conducts over the Internet’”.

<sup>374</sup> M. GEIST, préc., note 370, p. 42 : « Compte tenu des inadéquations du critère du caractère passif/actif formulé dans l'affaire *Zippo*, il convient maintenant de rechercher une norme plus efficace pour déterminer dans quelles circonstances il est approprié pour un tribunal de se déclarer compétent dans des affaires impliquant principalement des contacts établis par le biais d'Internet. À la lumière de l'expérience *Zippo*, le nouveau critère devrait demeurer neutre sur le plan technologique afin de : a) demeurer pertinent malgré l'évolution constante des technologies reliées au Web ; b) créer des incitatifs qui, à tout le moins, ne décourageront pas l'interactivité en ligne ; et, c) procurer suffisamment de certitude pour permettre d'évaluer efficacement à l'avance le risque juridique lié aux activités Internet. La solution proposée ici consiste à se tourner vers une analyse axée sur le ciblage. À la différence de l'approche *Zippo*, une analyse centrée sur le ciblage chercherait à cerner les intentions des parties et à évaluer les mesures prises soit pour entrer dans une juridiction particulière, soit pour l'éviter ».

<sup>375</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 303, à la page 289 : « Cette solution du ciblage paraît un moyen convaincant d'assurer un équilibre entre les intérêts du commerçant, et son besoin légitime de

présomption selon laquelle si le vendeur a spécifiquement ciblé un acheteur dans une juridiction particulière, les tribunaux de cette juridiction devraient exercer leur compétence. »<sup>376</sup>

Désormais, seul le comportement du professionnel compte<sup>377</sup>. Ce qu'il convient de prendre en compte est non pas l'endroit où se situe l'offre, mais la direction que prend cette activité<sup>378</sup>. L'idée du ciblage du forum du consommateur par le commerçant constitue une sorte de compromis entre les deux pôles « pays d'origine/pays de destination »<sup>379</sup> censé protéger aussi bien le vendeur que le consommateur<sup>380</sup>.

---

prévisibilité, et ceux du consommateur qui dispose du droit de son pays sauf lorsqu'il effectue une démarche active et non sollicitée auprès d'un vendeur en ligne ».

<sup>376</sup> INDUSTRIE CANADA, *La détermination de la compétence juridictionnelle dans les transactions transfrontalières entre marchands et consommateurs: un document de consultation*, disponible à l'adresse : [http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapi/ca01862f.pdf/\\$FILE/ca01862f.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapi/ca01862f.pdf/$FILE/ca01862f.pdf) (consulté le 6 juillet 2013), p. 10.

<sup>377</sup> L. E. GILLIES, préc., note 132, p. 210 ; J.-P. MORNY et B. DE GROOTE, préc., note 356, 15.

<sup>378</sup> Sur la notion d'activité dirigée, voir Valérie PIRONON, « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ? », dans Judith ROCHFELD (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2010, p. 94, à la page 98.

<sup>379</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 371, à la page 144 : « En deux mots, les milieux d'affaires souhaitent pouvoir convenir du droit et du for en matière de cyberconsommation internationale, arguant que toute restriction à cette faculté allait mettre un frein au développement du commerce électronique ( « *country of origin* » ) ; les associations de défense des consommateurs, pour leur part, faisaient valoir que l'imposition de tout forum ou droit étranger, par le biais des clauses d'élection insérées dans un contrat d'adhésion, équivaut en pratique à la négation des droits du consommateur ( « *country of destination* » ). »

<sup>380</sup> V. PIRONON, préc., note 378, à la page 95 : « Avec la communautarisation du droit international privé, les instances européennes ont tenté de relever ce défi dans les litiges B2C (pour " *business to Consumer* ") du commerce électronique en consacrant la notion d'activité dirigée. Destinée à rassurer à la fois les professionnels et les consommateurs, cette notion fait office de compromis entre le " principe d'origine " et " le principe de destination " ».

La controverse subsiste en ce qui concerne la publicité de produits ou services faite par Internet, il n'est pas encore certain qu'elle puisse être considérée comme une publicité spécifique dirigée vers les consommateurs<sup>381</sup>. Plusieurs facteurs, comme la langue utilisée, l'emploi de courriels individuels, la publicité ciblée ajustée au profil du consommateur et tout autre élément factuel indiquant que la publicité est spécifiquement dirigée vers les consommateurs d'un certain pays, peuvent être pris en compte pour entraîner l'application de la dérogation à la règle du libre choix de la loi du contrat<sup>382</sup>.

Lorsqu'un cybercommerçant exerce son activité de manière générale et indiscriminée, il s'adresse aux consommateurs, peu importe l'origine de ceux-ci. L'intérêt d'Internet est précisément, et ceci à faible coût, de toucher des dizaines de millions de consommateurs en un instant. Il va sans dire qu'une focalisation globale ne s'oppose pas au critère de la direction des activités<sup>383</sup>. Les entreprises de commerce électronique devront alors, accepter la possibilité d'être attirées devant les juridictions de tous les États, car même à défaut de focalisation claire de

---

<sup>381</sup> Diana WALLIS, « Qu'est-ce qui lie droit européen et droit international - Au-delà des principes du pays d'origine et du pays de destination », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 115, à la page 117.

<sup>382</sup> M. GEIST, préc., note 370, p. 47 : « Le ciblage comme critère déterminant de la compétence à l'égard d'Internet constitue seulement la première étape du développement d'un critère cohérent qui procure une plus grande certitude juridique. La deuxième étape, plus difficile celle-là, consiste à élaborer les normes qui serviront à évaluer si un site Web a effectivement ciblé un État donné. Cette étape est difficile parce que les normes doivent satisfaire à au moins deux exigences importantes. Premièrement, elles doivent être neutres sur le plan technologique afin que la règle demeure pertinente à mesure qu'apparaîtront de nouvelles technologies. Cela semblerait disqualifier les critères tels que la langue ou la monnaie utilisée sur un site Web, qui sont susceptibles d'être convertis en temps réel grâce à de nouvelles technologies ».

<sup>383</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 71.

l'activité, la protection du consommateur sera applicable si ce dernier pouvait légitimement et raisonnablement penser qu'il était concerné par l'offre du cybercommerçant<sup>384</sup>.

Les divers cybercommerçants se retrouvent dans une démarche à contre-courant essayant de trouver des moyens pour ne pas commercer avec l'extérieur, notamment à travers des mécanismes permettant de bloquer les commandes émanant des pays non couverts par l'offre<sup>385</sup>. Ils mettent, ainsi, en place des outils techniques comme les filtres pays, technologie consistant à détecter l'adresse *IP* du cyberconsommateur et ceci leur permet de bloquer l'accès de ce cyberconsommateur à tout ou partie du site, en fonction de son lieu de connexion. Ces instruments ont bien entendu des conséquences néfastes sur le développement du commerce électronique global, car les acheteurs n'ont plus accès qu'à une partie du marché électronique et les cybercommerçants renoncent à une partie non négligeable de leur clientèle potentielle.

Aussi, la réalité actuelle est que les plus grands commerçants électroniques sont, soit des entreprises nationales soit des entreprises étrangères ayant créé une filiale pour pouvoir s'implanter. Ils adaptent la structure des entreprises de commerce électronique aux contraintes juridiques, en créant des filiales locales soumises au droit du pays d'établissement et ne contractant presque exclusivement qu'avec les

---

<sup>384</sup> Paul Schiff BERMAN, "The Globalization of Jurisdiction", (2002) 151 *U. Pa. L. Rev.* 311, 331.

<sup>385</sup> M. GEIST, préc., note 370, p. 57 ; S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 340.

résidents de ce pays. Les investissements nécessaires ne posent pas de problèmes pour les grands cybercommerçants, mais représentent un frein pour les petites entreprises désireuses de profiter des opportunités offertes par le commerce électronique et en particulier celles des pays en développement.

Ces entreprises ont rarement les moyens financiers de créer une filiale dans chacun des pays dont elles convoitent les marchés. Il est possible de constater que les vendeurs sont souvent des petits commerçants ou des petites et moyennes entreprises, non spécialisées dans le commerce et les services en ligne, qui tirent profit des faibles coûts fixes qu'implique la vente en ligne afin de mettre en vente leurs produits. La toile d'Internet leur offre des pas de porte dont le coût n'a rien de commun avec celui d'une implantation physique<sup>386</sup>.

## **Section II. Les freins à l'essor du commerce électronique global**

Plusieurs facteurs se combinent pour entraver le développement des transactions électroniques transfrontalières. L'imaginaire collectif y est pour beaucoup. Les cas de fraude avérés ou supposés, influencent grandement les initiatives d'achat à

---

<sup>386</sup> Roswitha RIEGEBAUER, "Self-Regulation of E-commerce in Europe – Time to think small. Building SMEs trust and confidence in the electronic marketplace", mai 2004, disponible à l'adresse : <[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Timetothinksmall.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Timetothinksmall.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

travers le médium Internet<sup>387</sup>. Des facteurs d'ordre technique aussi, inhérents à l'environnement numérique et découlant du caractère ouvert du réseau. On fait référence à une zone d'achalandage planétaire où les magasins deviennent virtuels et sans territoire propre.

La virtualisation<sup>388</sup> de l'activité entraîne une perte de sens des coordonnées spatio-temporelles dans le monde des réseaux. Ces derniers, du fait de leur ouverture, font que le commerce électronique global se déroule dans un environnement dans lequel les interactions sont réalisées entre « personnes virtuelles »<sup>389</sup> dans un détachement de l'ici et du maintenant. Ainsi,

---

<sup>387</sup> Nicolas MACAREZ et François LESLÉ, *Le commerce électronique*, Paris, P.U.F., 2001, p. 7 : « Il peut paraître osé de faire l'apologie [du commerce électronique] en ces temps troublés: marchés boursiers chahutés ou atones, faillite retentissante des dot com (comme celle du méga-épiciier Webvan), frilosité des acteurs « brick & mortar » pour consentir des investissements importants dans l'e-business, licenciements en chaîne en Amérique (Nortel, Lucent, Cisco, Intel.), réduction d'activité chez les survivants (comme le libraire Amazon contraint de fermer certains sites internationaux...). Des prix et des coûts irréalistes, des business plans farfelus célébrés en grande pompe par les médias dopés à la « nouvelle économie », des dysfonctionnements logistiques à n'en plus finir, un service après-vente pauvre, voire inexistant, des plates-formes techniques logicielles et matérielles inadéquates, telles sont les plaies qui ont mis à mal cette première vague du e-commerce et ébranlé la confiance des acteurs. »

<sup>388</sup> A ce propos, voir Pierre LEVY, *Qu'est-ce que le virtuel?*, Paris, La Découverte, 1995, p. 16 ; Serge PROULX et Guillaume LATZKO-TOTH, « La virtualité comme catégorie pour penser le social : l'usage de la notion de communauté virtuelle », (2000) 32 *Sociologie et sociétés* 2.

<sup>389</sup> Voir Éric DUBUISSON, « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique dans un échange télématique », (1995) 3 *Droit de l'informatique et des télécoms* 5.

« le phénomène de la délocalisation des individus, qui rend leur présence physique de moins en moins pertinente par rapport aux activités qu'ils poursuivent en étant virtuellement ailleurs, est sans doute le plus important »<sup>390</sup>.

Les caractéristiques traditionnellement attribuées aux cocontractants conviennent-elles ils encore aux acteurs des activités commerciales conclues en ligne ? En effet, une définition stricte du consommateur a pour conséquence de limiter les bénéficiaires de la protection. Le développement des transactions commerciales sur Internet a, ainsi, posé un certain nombre d'interrogations concernant la catégorisation restrictive<sup>391</sup> des protagonistes impliqués dans des transactions délocalisées (1).

L'entrée dans un monde virtuel et global et l'absence de contact avec le vendeur et avec le produit et donc de la difficulté de s'assurer aussi bien de la crédibilité du vendeur que des caractéristiques du produit sont des facteurs de méfiance. Si le commerce électronique n'a pas réalisé son plein potentiel au niveau mondial, c'est en partie parce que les internautes ont souvent le sentiment, de ne pas bénéficier d'une protection suffisante lorsqu'une offre leur est proposée sur un site commercial. Ce sentiment se traduit par une confiance restreinte (2).

---

<sup>390</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 4-30.

<sup>391</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 41, 58.

## 1. Une catégorisation restrictive

L'agressivité des méthodes de distribution et de publicité, la multiplication des contrats et la complexité de certaines transactions ont favorisé l'émergence d'un droit spécial de protection du consommateur<sup>392</sup>. Des associations et des groupes de pression regroupant des consommateurs ont été créés et on pressé les pouvoirs publics d'établir des règles de protection spéciales aux consommateurs. Le contrat électronique transfrontalier ne suit pas le même régime lorsqu'il est adressé à un professionnel ou à un consommateur<sup>393</sup>. Le consommateur qui achète sur Internet est, en général, protégé par les dispositions protectrices du code de la consommation de son pays.

En effet, le consommateur est considéré, comme la partie faible ayant un besoin de protection. La force est liée à la qualité de professionnel et la faiblesse à celle de consommateur<sup>394</sup>. Toutes les définitions ont un point commun. Elles opposent la

---

<sup>392</sup> M. M. SALAH, préc., note 35, aux pages 277 et 278 : « Le législateur s'emploie ici à renforcer la protection du consentement de la partie faible. Il le fait en multipliant à la charge du professionnel les obligations de renseignement au profit de son partenaire profane, et quelquefois, en accordant à ce dernier un délai de réflexion avant la conclusion du contrat ou en lui conférant un droit de rétractation. L'ordre public se traduit ici par un rejet du consensualisme ».

<sup>393</sup> Voir G. GOLDSTEIN, préc., note 315, à la page 170 ; Caroline GRAVISSE, « L'environnement juridique du commerce et des services virtuels », (1999) 14 *LPA* 14.

<sup>394</sup> Thibault VERBIEST, *Le nouveau droit du commerce électronique. La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005 ; Thierry BOURGOIGNIE, *Éléments pour une théorie du droit de la consommation, au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988 ; Anne-Catherine IMHOFF-SCHEIER, *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1981.

notion de consommateur à celle de professionnel, indiquant à cet effet que le consommateur serait simplement le non professionnel. Elles s'articulent toutes autour de cette dernière expression<sup>395</sup>.

La généralisation du commerce électronique a soulevé le problème de la protection des consommateurs ; ce qui a amené la quasi-totalité des États à réglementer au niveau national cette nouvelle manière de contracter<sup>396</sup>. Plusieurs droits sont garantis aux consommateurs à tous les stades de l'acte de commercialisation, et dans différents secteurs d'activités concernant des produits et services variés. Ainsi, au Québec, le contrat de consommation, et partant de cyberconsommation, est règlementé par le C.c.Q et la *Loi sur la protection du consommateur*<sup>397</sup> qui a été modifiée en 2006 de manière à l'adapter aux réalités du commerce

---

<sup>395</sup> Marie-Stéphane PAYET, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001, p. 64 : « La qualité de consommateur n'existe pas en elle-même. Partie à un contrat, le consommateur est celui dont le cocontractant est un professionnel ». L'auteure remet en cause l'utilité et la nécessité d'un droit de la consommation en tant que matière autonome.

<sup>396</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 208 : « Parmi les dispositions impératives de protection, les textes relatifs au droit de la consommation et aux données personnelles contribuent particulièrement à la protection de l'internaute sur le marché électronique. Avec l'avènement de l'informatique et du commerce électronique, un mouvement international de convergence des finalités des textes protecteurs peut être mis en évidence » ; Pour un aperçu des diverses législations dans le monde, voir Jean-Pierre VAN CUTSEM, Arnaud VIGGRIA et Olivier GUTH (coord.), *E-commerce in the World. Aspects of comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

<sup>397</sup> *Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P\\_40\\_1/P40\\_1.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_40_1/P40_1.html)> (consulté le 6 juillet 2013) et *Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1., disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=%2F%2FP\\_40\\_1%2FP40\\_1R3.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=%2F%2FP_40_1%2FP40_1R3.html)> (consulté le 6 juillet 2013)

électronique, mais continue d'assimiler le contrat électronique au contrat à distance<sup>398</sup>.

Ainsi, l'exercice de la liberté contractuelle varie en fonction de la qualité du cocontractant. Elle se traduit, de ce fait, par des obligations plus importantes pour les commerçants électroniques de détail dans leurs relations avec les cyberconsommateurs. Il est clair que le monde virtuel des échanges électroniques n'encourage pas les négociations contractuelles entre deux parties, n'ayant pas les mêmes pouvoirs économiques<sup>399</sup>. Par conséquent, le pouvoir de négociation restreint des consommateurs les place dans une position de faiblesse.

L'un des points majeurs de ce déséquilibre contractuel réside dans le fait, que l'internaute contractant est très peu en mesure de modifier les clauses du contrat électronique qu'on lui propose<sup>400</sup>. Le contrat est, d'ailleurs, formé en l'absence d'écrit et souvent sans que le contractant prenne connaissance au préalable du contenu de celui-ci. L'interactivité conduit à une hypertextualisation des conditions contractuelles à partir du site de commerce électronique. L'acheteur,

---

<sup>398</sup> Pour une critique de ce choix du législateur québécois, voir Vincent GAUTRAIS et Adriane PORCIN, « Les 7 péchés de la L.P.C. : Actions et omissions applicables au commerce électronique », (2009) 43:3 *RJT* 559, 564.

<sup>399</sup> Charline BOUCHARD et Marc LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 376.

<sup>400</sup> John DICKIE, *Producers and Consumers in EU E-commerce Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005, p. 10 ; T. SCASSA, préc., note 303, p. 75 et suiv. ; J.-P. MORNY et B. DE GROOTE, préc., note 356, 20 ; Jérôme PASSA, « Commerce électronique et protection du consommateur », (2002) *D. aff.* 555.

lorsqu'il contracte, est réputé ainsi avoir accepté les conditions contractuelles accessibles via le lien hypertexte<sup>401</sup>.

Le cocontractant, consommateur ou professionnel est alors contraint à un choix binaire, prendre ou laisser<sup>402</sup>. On peut alors se demander si le clivage entre commerce avec les consommateurs et commerce interentreprises, garde toute sa raison d'être sur Internet<sup>403</sup>. Tout lien présent ou futur avec une activité professionnelle écarte la qualification de consommateur et par voie de conséquence la protection qui en découle<sup>404</sup>. Autrement dit, il convient de vérifier si le fait générateur de la protection est le même que celui généré par les contrats impliquant la présence physique des contractants.

En effet, qu'il agisse dans le cadre ou en dehors de sa compétence, l'internaute n'est pas en mesure de visualiser correctement le produit, de le tester et de s'assurer s'il

---

<sup>401</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : Un lien hypertexte se définit comme une : « connexion activable à la demande dans le Web, reliant des données textuelles ayant une relation de complémentarité les unes avec les autres, et ce, où qu'elles se trouvent dans Internet. »

<sup>402</sup> Sur l'acceptation d'un clic, voir Vincent GAUTRAIS, « La couleur du consentement électronique », (2003) 16:1 *Les Cahiers de la propriété intellectuelle* 61, 68.

<sup>403</sup> Didier FERRIER, *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996, p. 14 : « si la protection est justifiée par la situation de faiblesse du cocontractant peu importe la finalité de l'acte que celui-ci accomplit; le professionnel agissant « en dehors de sa compétence professionnelle » mérite alors d'être protégé ».

<sup>404</sup> Voir Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les bouleversements du droit par Internet », dans Jean-Marie CHEVALIER, Ivar EKELAND, Marie-Anne FRISON-ROCHE et Michel KALIKA (dir.), *Internet et nos fondamentaux*, Paris, P.U.F., 2000, p. 36, à la page 64. Le droit de la consommation « suppose que l'on puisse identifier l'appartenance de la personne concrète à cette catégorie juridique qui lui est ajustée, afin de déclencher à la charge de son cocontractant, des obligations spécifiques, notamment d'information, de mise en garde, de conseil, etc. Si le sujet n'est pas identifié, la protection se trouve paralysée ».

correspond réellement à ses attentes. S'agissant des professionnels<sup>405</sup>, Ils sont, souvent, en raison de la petite taille et de l'importance économiquement faible de leur entreprise, souvent inexpérimentés dans l'art de commercer, de négocier<sup>406</sup>. Par ailleurs, l'apparition sur le réseau de particuliers devenant professionnels bouleverse d'une certaine façon ces concepts. En effet, les outils proposés sur Internet, tels que des sites assurant un service de mise en relation de particuliers<sup>407</sup>, permettent à toute personne de vendre à distance<sup>408</sup>.

Sylvie Guillemette avance à ce propos que le cyberconsommateur n'existe pas réellement et qu'il s'agit de protéger plus généralement l'adhérent<sup>409</sup>. Cette conception extensive de la protection de la partie faible au contrat a l'avantage de s'appliquer à une catégorie plus large de sujets protégés puisqu'elle englobera tous les contractants en position de faiblesse, qu'ils soient consommateurs ou non<sup>410</sup>. En

---

<sup>405</sup> Nicole L'HEUREUX, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Canada, Yvon Blais, 2000, p. 30 : Le professionnel étant « celui qui exerce des opérations commerciales à l'état professionnel ».

<sup>406</sup> Sur la diminution de la puissance du commerçant, voir S. GUILLEMARD, préc., note 41, 36.

<sup>407</sup> Sur le fonctionnement des plateformes de mise en relation, voir Tanja DE COSTER, « Le cas d'eBay », dans Tanja DE COSTER *et al.* (dir.), *Les pratiques du commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 129, à la page 130 ; FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Commerce entre particuliers sur l'internet, Quelles obligations pour les vendeurs et les plateformes de mise en relation ?*, 8 nov. 2005, disponible à l'adresse: <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013), p.36.

<sup>408</sup> Sur le négociant occasionnel, voir S. GUILLEMARD, préc., note 41, 32.

<sup>409</sup> *Id.*, 31.

<sup>410</sup> Sylvette GUILLEMARD, Onana ONGUENE et Édouard DIEUDONNÉ, « Le contrat d'adhésion : actualités et droit international privé », (2007) 48 *C. de D.* 635 ; Paul-André CRÉPEAU, « Contrat d'adhésion et contrat type », dans Adrian POPOVICI (dir.), *Mélanges Louis*

effet, les contrats offerts aux utilisateurs sur le réseau offrent donc très peu de marge de discussion et de négociation, quelque soit la qualité de l'acceptant<sup>411</sup>.

Qu'ils soient professionnels ou consommateurs, les concontractants n'auront aucune possibilité de négocier le contrat d'adhésion<sup>412</sup>. Les conditions générales de vente étant unilatéralement rédigées à l'avance par le fournisseur de services ou de biens et le « contenu contractuel fixé, totalement ou partiellement, de façon abstraite et générale avant la période contractuelle »<sup>413</sup>. Comme le souligne le professeur Denis Mazeaud :

« on comprendrait mal pourquoi les professionnels qui réussiraient à démontrer leur incompétence à propos du contrat conclu, leur situation de dépendance au jour de la conclusion du contrat et l'absence de tout pouvoir de négociation procédant de ce rapport de force inégalitaire, ne pourraient pas se prévaloir des dispositions bienfaitrices du droit de la consommation. »<sup>414</sup>

---

*Baudouin. Problèmes de droit contemporain*, Montréal, PUM, 1974, p. 67 ; Nathalie CROTEAU, *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

<sup>411</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 41, 45 ; Pierre CRAMIER, « Essai sur la protection du contractant professionnel », (2000) 1 *LPA* 116.

<sup>412</sup> Pour une définition du contrat d'adhésion en droit québécois, il est possible de se référer à l'article 1379 du *C.c.Q.* : Le contrat est d'adhésion lorsque les stipulations essentielles qu'il comporte ont été imposées par l'une des parties ou rédigées par elle, pour son compte ou suivant ses instructions, et qu'elles ne pouvaient être librement discutées ».

<sup>413</sup> Georges BERLIOZ, *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973, p. 27.

<sup>414</sup> Denis MAZEAUD, « L'attraction du droit de la consommation », (1998) *RTD Com.* 95, 105.

La protection du cocontractant dans les contrats conclus en ligne serait alors justifiée non pas en raison de l'infériorité présumée de l'une des parties face à un professionnel, mais par le besoin, voire la nécessité, d'une protection résultant de la technique utilisée pour pour la conclusion du contrat<sup>415</sup>.

## 2. Une confiance restreinte

La confiance est un thème crucial, aux contours multiples et d'une actualité saisissante. Quitte à engendrer un faux sens et susciter une série de malentendus, le caractère polysémique de la confiance recouvre en fait plusieurs acceptions. Le mot est difficile à cerner, car, comme le souligne Jean-Michel Servet, il s'agirait d'« une sorte de mot couvert ou de mot couvercle »<sup>416</sup>. Étudiée par de nombreuses disciplines, la confiance ne serait pas un concept uniforme, mais se déclinerait en plusieurs catégories<sup>417</sup>.

---

<sup>415</sup> S. GUILLEMARD, préc., note 132, p. 346 : « l'acheteur en ligne n'est pas un avatar du consommateur du monde traditionnel, n'en a pas les caractéristiques, les mêmes habitudes d'achats, le même rapport de faiblesse par rapport au cocontractant ».

<sup>416</sup> Jean-Michel SERVET, « Le chapeau », dans Philippe BERNOUX et Jean-Michel SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, AEF/Montchrestien, 1997, p. 17, à la page 17.

<sup>417</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 43, 463.

Étymologiquement, le mot confiance provient du latin *confidentia*. L'anglais a deux mots pour désigner cet état mental à savoir *trust* et *confidence*<sup>418</sup>. De manière générale, bien que cela reste un construit complexe<sup>419</sup>, la confiance est définie comme un « sentiment que l'autre partie de l'échange (individu, groupe, organisation) agira avec honnêteté et qu'elle dispose de la compétence nécessaire pour accomplir la prestation attendue »<sup>420</sup>.

Ses composantes essentielles sont l'intégrité, la crédibilité et la croyance dans la bienveillance d'une partie à l'égard de l'autre<sup>421</sup>. Elle est une croyance mutuelle des parties que chacune agira dans le meilleur intérêt des deux parties en

---

<sup>418</sup> Sur la distinction entre *trust* et *confidence*, voir Niklas LUHMANN, "Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives", dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 95, à la page 97 : "If you choose one action in preference to others in spite of the possibility of being disappointed by the action of other, you define the situation as one of trust. In the case of confidence you will react to disappointment by external attribution. In the case of trust you will have to consider an internal attribution and eventually regret your trusting choice. [...] The distinction between confidence and trust depends on our ability to distinguish between dangers and risks, whether remote or a matter of immediate concern. The distinction does not refer to questions of probability and improbability. The point is whether or not the possibility of disappointment depends on your own previous behavior."

<sup>419</sup> Jean-Marie THIVEAUD, « Des formes complexes de la confiance : confiance, alliance, pacte, serment, etc. », dans Philippe BERNOUX et Jean-Michel SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrétien, 1997, p. 5, à la page 7.

<sup>420</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6.

<sup>421</sup> Jean-Michel SERVET, « Paroles données : le lien de confiance », (1994) 4 *Revue du M.A.U.S.S.* 37, 39. La confiance est « l'état d'une personne, d'un groupe ou d'une institution face à un objet, un mécanisme, un animal, un environnement physique, un groupe ou une institution; cet état est fondé sur des éléments affectifs, intuitifs ou sur un ensemble d'informations; il permet d'anticiper une réaction ou un comportement dans telle ou telle situation. Ce n'est pas par simple intérêt marchand que les individus sont honnêtes, non opportunistes, etc., et peuvent ou non faire confiance ou se faire confiance. Pour comprendre la construction sociale de la confiance, il faut saisir l'ensemble des réseaux de socialisation des individus dont l'intérêt personnel n'est qu'un des ingrédients au poids très variable selon les époques. »

interaction<sup>422</sup>. Celui qui a confiance s'en remet à une autre personne qui devrait agir pour servir les intérêts des deux parties et non le sien propre au détriment de celui qui a confiance.

Dans ce sens, la confiance est alors une attente d'un comportement particulier<sup>423</sup>, elle représenterait : *“the willingness of a party to be vulnerable to the actions of another party based on the expectation that the other will perform a particular action important to the trustor, irrespective of the ability to monitor or control that other party”*<sup>424</sup>. Cette représentation de la confiance se concentre sur la notion de contrôle. En déléguant un acte, celui qui a confiance n'a plus de contrôle sur cet acte et le sentiment de confiance semble alors intervenir pour rétablir un équilibre contrebalançant cette perte de contrôle qui entraîne une certaine vulnérabilité.

---

<sup>422</sup> Christian THUDEROZ, « Introduction au propos : la confiance en question », dans Vincent MANGEMATIN et Christian THUDEROZ (dir.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CNRS, 2003, p. 19, à la page 23 : « La confiance est un concept pluridimensionnel (un « hyper concept », a-t-il été dit) et, de ce fait, déconcertant : il caractérise, simultanément, une relation et l'espoir fondé sur cette relation ; un état donné de cette relation et une action (ou un mouvement) ; une attitude et un comportement ; une propriété (ou une faculté) et une croyance ».

<sup>423</sup> Francis FUKUYAMA, *La confiance et la puissance. Vertus sociales et prospérité économique*, Paris, Plon, 1997, p. 36. Pour l'auteur, « la confiance est l'attente qui naît, au sein d'une communauté, d'un comportement régulier, honnête et coopératif, fondé sur des normes communément partagées, de la part des autres membres de cette communauté. Ces normes peuvent concerner des questions de « valeur » profondes, comme la nature de Dieu ou de la justice, mais elles englobent également des étalons professionnels et des codes de conduite. »

<sup>424</sup> Roger C. MAYER, James H. DAVIS et F. David SCHOORMAN, “An integrative model of organisational Trust”, (1995) 20:3 *Academy of Management Review* 709, 712.

La confiance est l'affaire de tous les acteurs auxquels profite le commerce électronique dans sa dimension de lien social<sup>425</sup>. En tout état de cause, elle reste essentielle à son développement dans sa capacité à établir un climat économique favorable<sup>426</sup>. Le commerce électronique comporte des facteurs de méfiance particuliers imputables aux caractéristiques mêmes d'Internet, à savoir l'immatérialité des échanges, la globalité et l'interactivité.

Ainsi, comment un cyberacheteur peut-il être assuré que le commerçant, avec qui il fait affaire sur Internet, est bien digne de confiance ? La connaissance de l'identité du cocontractant est un élément déterminant des rapports contractuels que l'utilisateur désire mettre en œuvre<sup>427</sup>. Or sur Internet, l'absence physique des parties rend délicate la question de leur identification<sup>428</sup>. Le cocontractant manque

---

<sup>425</sup> J.-M. SERVET, préc., note 416, à la page 32. L'auteur explique que : « pour comprendre la construction sociale de la confiance, il faut intégrer des logiques telles que le bien commun, les réseaux, les systèmes de règles autrement dit saisir essentiellement la confiance comme un lien social » ; voir aussi Partha DASGUPTA, "Trust as a commodity", dans Diego GAMBETTA (dir.), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 59 ; André ORLEAN, « Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand », (1994) 4 *Revue du MA.U.S.S.* 22.

<sup>426</sup> Sur le rôle de la confiance dans le développement du commerce électronique, voir Cynthia CHASSIGNEUX, *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2003, p. 68 et suiv ; Hillarius KLUDZE et W. Glenn ROWE, « Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique », (2002) 27 *Gestion* 80, 83 ; P.-H. VALLÉE et E. MACKAAY, préc., note 43, p. 11.

<sup>427</sup> Valérie Laure BENABOU, « La confiance dans l'économie numérique », dans Valérie BENABOU et Muriel CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 65, à la page 66. Comme le précise l'auteure : « La notion de confiance se fait d'autant plus nécessaire que l'économie numérique marque une certaine « dépersonnalisation » des relations ».

<sup>428</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 96 : « Les difficultés d'identification sont dues aux nombreuses possibilités techniques de masquer les codes d'identification des ordinateurs se connectant sur Internet (par exemple les logiciels d'anonymisation, disponibles gratuitement sur le web) et les adresses de courrier électronique (notamment par des sites relais de réadressage automatique des

d'informations sur l'autre partie impliquée dans la transaction et reste totalement dépendant de l'information donnée par le commerçant : caractéristiques du produit, disponibilité, délais de réception.

Le client se trouve obligé de s'engager avant de pouvoir tester ou toucher le produit ou le service commandé, avant la réception. En cas de problème, il dépend des moyens de contact mis en place par le professionnel. Le cyberacheteur est donc plus vulnérable à cause des conditions de la prestation<sup>429</sup> et donc du risque<sup>430</sup> pris par le consommateur. Ainsi,

« Avant de s'engager dans une transaction en ligne, les acteurs commerciaux mettront en balance, d'un côté, la confiance (interpersonnelle) qu'ils peuvent avoir dans leur partenaire commercial et, de l'autre, les risques impliqués par la transaction »<sup>431</sup>.

---

courrier) ou à l'accessibilité gratuite pour tout utilisateur de technologies de cryptage suffisamment efficaces pour s'opposer aux services secrets les plus prestigieux ».

<sup>429</sup> Magda FUSARO, avec la collaboration de Yves THEORET et Claude-Yves CHARRON, *Commerce électronique : comment créer la confiance*, Québec, Isabelle Quentin Editeur, 2002, p. 21 ; Alexandre GUIMOND, « La notion de confiance et le droit du commerce électronique », (2008) 12:3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_15.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_15.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>430</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANCAISE, préc., note 6 : « Ce qui menace ou compromet la sûreté, l'existence d'une personne ou d'une chose. »

<sup>431</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 216.

La confiance interpersonnelle est faible sur Internet<sup>432</sup> et les risques potentiels de fraude en ligne se combinent aux risques classiques inhérents aux rapports contractuels. Les fraudes en ligne se sont, en effet, généralisées et professionnalisées. Au début, l'escroquerie était montée par une seule personne, qui essayait le plus souvent de subtiliser un mot de passe, aujourd'hui, ce sont des véritables organisations mafieuses qui agissent à travers le monde entier.

L'acheteur veut, ainsi, être assuré de l'absence de risques à trois niveaux : les pratiques commerciales, l'intégrité de la transaction et la protection de ses données personnelles. Cette absence de risques renvoie à la notion de sécurité<sup>433</sup>. La sécurité évoque une situation où l'on n'a aucun danger à craindre. Pourtant, cette définition reposant sur le principe de risque nul n'est nullement adaptée aux activités humaines<sup>434</sup> qui se déroulent désormais dans « une société de risques »<sup>435</sup>.

Le risque est une exposition à un danger potentiel, inhérent à une situation ou une activité. Cependant, la prise de risque est mesurable et prévisible dans certains cas.

---

<sup>432</sup> *Id.*, p. 244. La confiance dans le commerce électronique prend « le sens de reliance ou d'affidamento, c'est-à-dire le fait de se fier à un certain comportement d'un tiers (par opposition au trust ou à la fiducia, qui caractérise la confiance dans la partie cocontractante). »

<sup>433</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « État de quelqu'un ou de quelque chose qui est à l'abri du danger »

<sup>434</sup> Serge BÉDARD, « Gestion des risques d'entreprises et les processus d'affaires », dans Abdelhaq ELBEKKALI, *Gouvernance, audit et sécurité des TI*, Brossard, CCH, 2008, p. 43, à la page 60.

<sup>435</sup> Ulrich BECK, *La Société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008 ; Ulrich BECK, « Risque et société », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadriga, P.U.F., 2006, p. 1022.

La gestion des risques<sup>436</sup> constitue un ensemble de concepts, de démarches et d'outils destinés à identifier et à contrôler les risques. L'objectif étant la détermination d'un degré d'incertitude acceptable<sup>437</sup>. Ainsi, sur Internet, la régulation résulte de stratégies de gestion des risques de régulateurs publics et d'acteurs privés<sup>438</sup>.

---

<sup>436</sup> Alain DESROCHES, Alain LEROY et Frédérique VALLÉE, *La gestion des risques : principes et pratiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Lavoisier, 2007 ; Olivier HASSID, *La gestion des risques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dunod, 2008.

<sup>437</sup> Julien LE CLAINCHE, « Libertés et sécurité : équilibrer les régimes de responsabilité », dans Stéphanie LACOUR (dir.), *La sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37, à la page 39 : « Le degré de risque acceptable soit au niveau individuel, soit au niveau de la société prise dans son ensemble. »

<sup>438</sup> Pierre TRUDEL, « La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux », disponible à l'adresse :

<<http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/RegulInternetmodelereso.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013), p. 1 : « Dans un espace en réseau, les régulateurs et les acteurs sont en position d'accroître ou de réduire les risques pour eux-mêmes ou pour d'autres. La technique produit des situations qui augmentent ou diminuent les risques. Il en est de même pour les lois étatiques principalement celles des entités dominantes comme l'Union européenne ou les États-Unis. Les acteurs du net envisagent les contraintes et possibilités techniques de même que les lois qui sont susceptibles de s'appliquer à leurs activités comme autant de risques à gérer. La régulation agissante dans le cyberspace est essentiellement la résultante des stratégies de gestion des risques des acteurs et des régulateurs. »

## TITRE II. LA MUTATION DE LA NORMATIVITÉ

Il y a manifestement une crise de l'État-nation<sup>439</sup>. Ce concept, né suite à la paix de Westphalie, marquant la fin de l'universalisme médiéval, voit sa domination remise en cause<sup>440</sup>. En tant que concept majeur, il a permis l'instauration du système moderne des États. Une nouvelle territorialisation de la politique a remplacé les autorités verticales dans des espaces non définis, par des États souverains horizontaux, définis par des espaces géographiques déterminés<sup>441</sup>.

Ainsi, aux nombreuses autorités de l'époque féodale, succède l'État moderne<sup>442</sup>, revêtant désormais un caractère holistique et absolu<sup>443</sup> et se basant sur une solidarité organique. Cette centralisation se traduit, en dépit des diverses résistances, par la progression du principe de territorialité. Ainsi, l'État auquel le

---

<sup>439</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J./MSH, 2003, p. 14 ; Luciano VANDELLI, « La fin de l'Etat-nation ? », (2003) 105/106 *RFAP* 183.

<sup>440</sup> Voir F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p.162 et suiv.

<sup>441</sup> Stephen D. KRASNER, *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999, p. 20 ; Daniel PHILPOTT, "Sovereignty : An Introduction and Brief History", (1995) 48 *J. Int'l L. & For. Aff.* 353.

<sup>442</sup> Jean-Marie CONSTANT, *Naissance des États modernes*, Paris, Belin, 2008.

<sup>443</sup> Voir Richard BONNEY, *L'absolutisme*, Paris, P.U.F., 1989 ; Fanny COSANDEY et Robert DESCIMON, *L'absolutisme en France, histoire et historiographie*, Paris, Seuil, 2002 ; Joël CORNETTE, *L'affirmation de l'État absolu, 1498-1652*, Paris, Hachette, 2006 ; Joël CORNETTE, *Absolutisme et Lumières, 1652-1787*, Paris, Hachette, 2005.

peuple confère un pouvoir souverain et reconnu à l'intérieur de frontières territoriales constituait hier encore l'acteur dominant et incontournable<sup>444</sup>.

Avec la montée de la société de l'information<sup>445</sup>, et les besoins croissants de souplesse des activités économiques se déroulant à l'échelle globale, le rôle des États nationaux évolue et doit évoluer<sup>446</sup>. De nombreux pays ont vu diminuer leur capacité de mener une politique de développement indépendante et partiellement autocentrée. L'érosion de certaines spécificités des marchés nationaux et la difficulté pour une multitude d'États de conduire des politiques autonomes leur impose une ligne de conduite renouvelée<sup>447</sup> et une mutation de la normativité<sup>448</sup>. Le droit évolue en mettant de côté ses qualités formelles d'abstraction et de

---

<sup>444</sup> Jacques CHEVALLIER, *L'État*, Paris, Dalloz, 1999, p. 104. Il n'y aurait à ce titre « nulle autorité concurrente à la sienne, nulle contrainte qui ne soit le produit de sa libre volonté ».

<sup>445</sup> Philippe BARBET et Isabelle LIOTARD, *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2006.

<sup>446</sup> Karim BENYEKHLEF, « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », (2002) 8: 32 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>> (consulté le 6 juillet 2013) : « Aujourd'hui, au regard des facteurs d'érosion de la souveraineté moderne et, plus précisément en raison de l'incidence grandissante des technologies, nous assistons à une implosion de l'espace-temps dans les sociétés capitalistes. La perspective d'un point fixe, mère de la territorialité, et de la souveraineté telle qu'on l'entend encore aujourd'hui, cède le pas à une perspective éclatée du temps et de l'espace ».

<sup>447</sup> Gérard KEBABDJIAN, « Mondialisation et « dépérissement » de l'État-nation », dans Philippe HUGON et Charles-Albert MICHALET (coord.), *Les nouvelles régulations de l'économie mondiale*, Paris, Karthala, 2005, p. 17, à la page 29 : « La mondialisation ne signifie pas mécaniquement une perte de pertinence de l'intervention publique ni un déclin effectif. Plus précisément, le seul point incontestable est le retrait de l'État producteur. Mais la production n'épuise pas toutes les fonctions économiques de l'État : l'État continue non seulement d'avoir une place centrale dans la dépense et la répartition, mais également dans la mise en œuvre des conditions de fonctionnement des marchés et de la production des biens collectifs nécessaires à la production (infrastructure, recherche, etc.) ».

<sup>448</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 439, 2003, p. 127 ; D. MOCKLE, préc., note 48, 150.

simplicité inhérentes à la normativité moderne<sup>449</sup>. En effet, les circonstances économiques, politiques et sociales qui ont entouré l'émergence de la pensée juridique moderne sont très différentes du contexte actuel<sup>450</sup>. La normativité est repensée (Chapitre I).

Les questions nouvelles posées par la mondialisation et la mise en ligne du commerce ne peuvent être résolues par la seule référence aux droits étatiques. La détermination extra étatique de la norme devient plus fréquente. Pourtant, l'intervention des États demeure nécessaire, car la confiance dans le commerce électronique nécessite que ces derniers veillent au respect des règles, sans toutefois instaurer des normes rigides, inadaptées à un monde en constante évolution. La normativité est adaptée (Chapitre II).

---

<sup>449</sup> L. PARINI, préc., note 74, à la page 15 : « La mondialisation n'est donc pas un processus économique uniquement, mais il s'accompagne de changements considérables notamment dans la production normative. Force est de constater que le droit « moderne », héritage des courants de pensée qui se sont développés entre le XI<sup>e</sup> et XIX<sup>e</sup> siècle n'est plus le meilleur moyen de réguler les rapports entre l'État, la société civile et le marché. Comme l'ont montré de nombreux auteurs le droit moderne basé sur des principes de hiérarchie des normes, d'universalité, de subjectivité cède peu à peu le pas à un mode de régulation normative pragmatique faisant appel à des notions plus souples comme celle de flexibilité, de relativisme, de négociation, de polycentricité. Ce glissement vers des formes nouvelles de régulation s'accompagne d'une remise en cause de la centralité de l'État comme producteur de normes » ; plus généralement, voir Michel VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003.

<sup>450</sup> Voir Daniel MOCKLE, « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans Josiane BOULAD-AYOUB, Bjarne MELKEVIK et Pierre ROBERT (dir.), *L'amour des lois : La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec/Paris, PUL/L'Harmattan, 1996, p. 17.

## Chapitre I. La normativité repensée

Face aux multiples interrogations : comment penser la décision et les motivations des acteurs divers qui ont désormais des parcelles de pouvoir ? Comment gérer, piloter, réformer des systèmes institutionnels devenus de plus en plus complexes ? L'inflexion des modes d'exercice du pouvoir se manifeste dans l'action étatique qui est pensée, revue et enfin adaptée dans une logique de gouvernance<sup>451</sup>. Cette inflexion sonne l'avènement d'un changement de l'action étatique en ce début de XXI<sup>ème</sup> siècle.

Elle est liée à la mondialisation, mais aussi à une évolution du pouvoir et de l'autorité<sup>452</sup>. Les modes de gouvernement caractérisés par une domination unilatérale imposée ne correspondent plus aux nouveaux équilibres des sociétés contemporaines<sup>453</sup>. Parallèlement, une transformation profonde apparaît alors sur

---

<sup>451</sup> John PITSEYS, « Le concept de gouvernance », (2010) 65 *R.I.E.J.* 207, 223. L'inflexion des modes d'exercice du pouvoir des États représente « une tentative de trouver une voie alternative entre conception étatiste et volonté de « moins d'État », limitant les intrusions du gouvernement sans laisser les biens publics se faire coloniser par la sphère privée ».

<sup>452</sup> Voir Vincent SIMOULIN, « La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne », (2003) 54 *Droit et société* 307.

<sup>453</sup> Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance : un nouveau paradigme étatique », (2003) 105/106 *RFAP* 203, 205 : « Le concept de gouvernance a progressivement gagné la plupart des sciences sociales dans les années 1990 : en sciences économiques, il permettra dans la perspective institutionnaliste ouverte par Ronald COASE et l'École de Chicago, de formaliser les mécanismes assurant la coordination des activités économiques, notamment au sein de l'entreprise (O. WILLIAMSON), autrement que par l'échange ou la hiérarchie; en théorie des relations internationales, il servira, à partir de l'ouvrage pionnier coordonné par J-N. ROSENAU et E.-O. CZEMPIEL, à rendre compte des nouvelles formes d'organisation d'une société internationale de plus en plus fragmentée et hétérogène; en science politique, il visera à théoriser le mouvement de repli d'un État devenu « creux » (Hollow State) et confronté à la montée en puissance d'autres

le plan juridique<sup>454</sup>. L'intervention de la norme étatique reflète la pertinence des modes de production juridique traditionnels auxquels viennent s'ajouter des modes de production juridiques postmodernes. Nous assistons à un recul du caractère contraignant du droit (Section I).

Les États assurent, par le droit ou par tous autres moyens<sup>455</sup>, l'encadrement du commerce électronique global. L'État reste un acteur majeur, voire l'acteur majeur, de la production normative, mais il n'est pas seul et interagit avec d'autres systèmes, ordres ou espaces normatifs<sup>456</sup>. Les interactions entre le droit et les

---

acteurs, publics et privés, internes et externes, qui entendent peser sur les choix collectifs et avec lesquels il est devenu nécessaire de composer. »

<sup>454</sup> Jacques CHEVALLIER, « La gouvernance et le droit », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189, à la page 194 : « Le caractère informel des dispositifs de gouvernance contraste avec le formalisme des modes d'élaboration du droit ; dominée par une logique d'ordre politique, la gouvernance échappe apparemment aux contraintes du formalisme juridique. Néanmoins, les processus interfèrent inévitablement : si la gouvernance prolifère « à la périphérie de l'ordre juridique », elle n'en influe pas moins sur lui ; le droit tend à n'être plus que l'enveloppe formelle d'un jeu à finalité coopérative. Plus généralement, c'est un nouveau style d'action publique, misant non plus sur l'unilatéralité et la contrainte comme dans le modèle juridique classique mais sur la coopération et sur l'adhésion qui se dessine à travers le thème de la gouvernance. »

<sup>455</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 830 : « Dans la mesure cependant où l'État n'est pas la seule instance de régulation sociale et où le droit n'est pas le seul mode de régulation des comportements, on s'attachera à mettre en évidence la *spécificité de la régulation étatique* (résultant notamment de la détention par l'État du monopole de la contrainte légitime) et la *spécificité de la régulation juridique* (caractérisée par l'imposition de certaines règles de conduite dotées d'une puissance normative particulière), étant entendu que la régulation étatique ne passe pas seulement par le droit (mais aussi par des procédés plus diffus, relevant par exemple de l'idée d'incitation) et que la régulation juridique ne passe pas toujours par l'intervention de l'État (les groupes socioprofessionnels disposant par exemple d'un pouvoir d'auto-organisation) ».

<sup>456</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », *Organisation internationale du travail*, Institut international d'études sociales, 2007, disponible à l'adresse : <http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/delmas.pdf> (consulté le 6 juillet 2013), p. 6 : « c'est ainsi qu'apparaît dans le langage juridique le terme espace normatif, utilisé lorsque l'on n'ose pas parler d'ordre normatif pour désigner un ensemble de règles qui présente pourtant un début de cohérence et relève déjà d'institutions spécifiques ».

autres normativités se conçoivent de manière multiple dans un rapport qui s'avère diversifié. Le droit a, toujours, un rôle important à travers la consécration d'un certain nombre de valeurs, des grands principes d'ordre public et des règles impératives. Le droit garde le monopole de la juridicité (Section II).

### **Section I. Le recul du caractère contraignant du droit**

Mot ambigu de l'avis général, la gouvernance est devenue le concept incontournable de toutes les réflexions sur la gestion des organisations et la conduite des politiques publiques<sup>457</sup>. Le mot est sur toutes les lèvres, tant dans les médias que chez les hommes politiques, les philosophes, les économistes, les sociologues et chez les juristes<sup>458</sup>. Phénomène de mode pour certains, véritable marche vers une reconfiguration durable des pouvoirs pour d'autres, sommes-nous en train d'assister, au déclin de l'État ? En effet, l'évolution de la gouvernabilité<sup>459</sup> est tributaire de la marge de manœuvre désormais limitée dont

---

<sup>457</sup> J. PITSEYS, préc., note 451, 207 : « la gouvernance est associée à tout et n'importe quoi. La gouvernance recouvre à la fois l'éthique en politique, le contrôle des représentants politiques, la réforme des institutions internationales, les accords public-privé, la réforme du management des entreprises publiques, etc. »

<sup>458</sup> Daniel MOCKLE, « La gouvernance publique et le droit » (2006) 47:1 *C. de D.* 89, 93 ; Catherine BARON, « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », (2003) 54 *Droit et société* 329 ; Wanda CAPELLER et Vincent SIMOULIN, « La gouvernance : du programme de recherche à la transdisciplinarité », (2003) 54 *Droit et société* 301.

<sup>459</sup> Luis GARCIA CARDENAS, « La gouvernabilité : une aspiration ancienne, des approches nouvelles », (2000) 94 *RFAP* 201 ; Michel SENELLART, *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.

disposent les États. La gouvernance permet dans ce sens de « légitimer de nouveaux rapports entre la politique et l'économie »<sup>460</sup>. Elle devient un analyseur<sup>461</sup> censé rendre compte du décloisonnement des sphères de pouvoir dans les sociétés contemporaines (1).

L'État peut toujours intervenir par des règles classiques, comme les principes de responsabilité, du droit des contrats ou encore du droit de la consommation. Il peut également recourir à des instruments juridiques nouveaux<sup>462</sup>, plus adaptés ou supposés plus adaptés au contexte évolutif de la société. Le droit est désormais représenté maintenant, par la figure des « deux corps »<sup>463</sup> à savoir : un droit dur classique et un droit de nature postmoderne<sup>464</sup>, le « droit de régulation » (2).

---

<sup>460</sup> Jean-Pierre GAUDIN, *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris, Presses de la FNSP, 2002, p. 11.

<sup>461</sup> Laurent PECH, « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », dans Raphaël CANET et Jules DUCHASTEL (dir.), *La régulation néolibérale : Crise ou ajustement ?*, Outremont, Editions Athéna, 2004, p. 51, à la page 72.

<sup>462</sup> Daniel MOCKLE, « Mondialisation et État de droit », (2000) 41 *C. de D.* 237, 276. Ainsi, comme le souligne Daniel Mockle, « les techniques mêmes du droit sont repensées en fonction de formes nouvelles de régulation ».

<sup>463</sup> Gérard TIMSIT, « Les deux corps du droit - Essai sur la notion de régulation », (1996) 78 *RFAP* 375.

<sup>464</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 834 : « Sans doute, l'idée d'avènement d'un droit « post-moderne » doit-elle être maniée avec prudence : non seulement le « droit de régulation » ne rompt pas avec les canons de la dogmatique juridique moderne - et notamment avec la conception classique de la normativité (fondée sur l'élément d'obligation) et de la juridicité (qui suppose la médiation étatique)-, mais encore il apparaît tout autant comme une « hyper-modernité », c'est-à-dire une « radicalisation de la modernité », que comme une « anti-modernité » ; mais l'inflexion n'en est pas moins sensible ».

## 1. La gouvernance

Face au flou général qui entoure la notion de gouvernance, il convient dans un premier temps de procéder à une analyse terminologique afin de savoir, au juste, de quoi il en retourne. Qu'est-ce que la gouvernance ? L'expression est-elle historiquement marquée ? Y a-t-il des débats doctrinaux à ce sujet ? Un rappel paraît nécessaire à une meilleure compréhension de la signification contemporaine de la notion. Bien que souvent galvaudée, elle demeure au cœur des préoccupations contemporaines<sup>465</sup>.

Étymologiquement, le terme gouvernance<sup>466</sup> provient du verbe grec *kubernân*<sup>467</sup> (piloter un navire ou un char). Apparus dès le XVIII<sup>ème</sup> siècle en France, les termes de gouvernement et de gouvernance n'étaient pas distincts sur le plan sémantique<sup>468</sup>. Dans sa dimension de science de gouvernement<sup>469</sup>, la gouvernance

---

<sup>465</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 453, 217 : « La gouvernance tend dans les sociétés contemporaines à être élevée à la hauteur d'un véritable mythe : parée de toutes les vertus, elle donne à voir une société autorégulée, pacifiée et consensuelle ; notion polysémique, elle recouvre un ensemble de significations variées ; dotée d'une force agissante, elle alimente un processus de réformes concrètes ».

<sup>466</sup> Philippe MOREAU-DESFARGES, *La Gouvernance*, Paris, P.U.F., 2003, p. 53. L'auteur qualifie la gouvernance d'« ensemble hétéroclite de dispositifs très divers, chaque problème, chaque institution, chaque entreprise dessinant son espace de gouvernance. »

<sup>467</sup> Pour une analyse complète de l'étymologie du terme, voir Corinne HUYNH-QUAN-SUU, « Étymologie du terme « gouvernance » », disponible à l'adresse : <[http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>468</sup> J. PITSEYS, préc., note 451, 214 : « le mot gouvernance fut d'abord utilisé en France, entre le XIII<sup>e</sup> siècle et le XIV<sup>e</sup> siècle, et renvoyait à l'idée de « gouvernement » entendu au sens d'art de gouverner. La gouvernance désignait l'ensemble des techniques permettant de disposer et d'entretenir le bien public. La langue française identifia progressivement cet art de gouverner à

relève d'une approche pluraliste et interactive de l'action collective<sup>470</sup>. De manière générale, sa fonction est de prendre acte de la complexité des problèmes et de la diversité des acteurs en présence<sup>471</sup>.

La problématique de la gouvernance englobe et dépasse celle de la régulation<sup>472</sup> : comme la régulation, elle suppose un mode plus souple d'action, caractérisé par la flexibilité, l'adéquation au réel, la réflexivité<sup>473</sup>, mais elle met aussi l'accent sur les formes d'exercice du pouvoir requises pour atteindre ces objectifs, à savoir l'association des différents acteurs concernés à la définition des choix collectifs<sup>474</sup>. Ainsi, la gouvernance « étend la palette de ses outils normatifs au dehors du

---

l'action administrative de l'État, jusqu'à ce que le mot refasse surface à partir des années septante dans la littérature managériale ».

<sup>469</sup> J.-P. GAUDIN, préc., note 460, p. 28.

<sup>470</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 26. Le concept renvoie à l'idée d'un « ordonnancement assoupli, décentralisé, adaptatif et souvent négocié ».

<sup>471</sup> L. PARINI, préc., note 74, à la page 19 : « Le concept de gouvernance n'a pas un contenu univoque, mais de manière générale il décrit des processus et des méthodes par lesquels des acteurs aussi divers que les institutions publiques et privées, la société civile, les acteurs du marché cherchent à résoudre les problèmes qu'engendre la confrontation d'intérêts conflictuels ».

<sup>472</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 454, aux pages 190 et 191 : « Si l'idée de régulation renvoie à une certaine fonction à remplir, à certains objectifs à atteindre, à savoir le maintien d'un équilibre d'ensemble, sa mise en œuvre concrète implique le recours à des modes nouveaux d'exercice du pouvoir ; la régulation présuppose la gouvernance, avec laquelle elle forme un couple indissociable ».

<sup>473</sup> P. MOREAU-DESFARGES, préc., note 466, p. 63. La gouvernance « associe selon des normalités infinies, droit dur (hard law), écrit, aux effets nets, et droit mou (soft law), mouvant, évolutif ».

<sup>474</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 453, 214. Comme le souligne Jacques Chevallier : « La gouvernance apparaît ainsi comme la condition d'une régulation efficace : c'est en effet en associant les intéressés à la définition des règles du jeu qu'un bon équilibre d'ensemble pourrait être atteint ; la fonction de régulation assignée à l'État postule dès lors l'inflexion des modes d'exercice du pouvoir et le passage de formes traditionnelles du gouvernement aux procédés nouveaux de gouvernance. »

champ juridique proprement dit, et s'affirme comme une sorte de méta-droit qui fait interagir des logiques qui, autrement seraient jugées irréconciliables »<sup>475</sup>. L'objectif étant « d'imposer, de provoquer ou susciter [...] les conduites ou comportements prévus dans les normes »<sup>476</sup>. Elle est donc une manière d'agir qui permet de faire converger les comportements vers un mode souhaité. Néanmoins, la gouvernance n'est pas un modèle juridique alternatif et si elle travaille le droit existant, c'est en restant sous l'empire de sa rationalité<sup>477</sup>.

La doctrine de la gouvernance tend, ainsi, à améliorer l'effectivité de la gouvernabilité dont disposent les États dans un contexte déterminé. En prenant acte de l'existence de pouvoirs multiples et d'acteurs divers, l'État agit pour coordonner leur action et s'assurer de leur collaboration<sup>478</sup>. La gouvernance semble pouvoir accompagner tous les secteurs sur lesquels l'État continue à exercer sa souveraineté, mais en laissant le soin à d'autres entités de compléter son

---

<sup>475</sup> J. PITSEYS, préc., note 451, 222.

<sup>476</sup> Gérard TIMSIT, « Sur l'engendrement du droit », (1988) *RD* 39, 56. L'auteur définit les stratégies normatives comme « les principes ou techniques utilisés dans l'élaboration des normes et par lesquels les normes se rendent plus ou moins obligatoires à leurs destinataires ».

<sup>477</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 454, à la page 207. Il est certain que « le « droit de gouvernance » ne saurait être conçu comme un modèle juridique alternatif : la gouvernance se coule dans le moule du droit existant, dont elle modifie seulement les conditions d'élaboration et la portée normative ; et elle prend aussi appui sur la rationalité juridique classique ».

<sup>478</sup> J. PITSEYS, préc., note 451, 213 : « L'action de l'État doit s'assouplir, tout en devant paradoxalement s'investir de plus en plus précisément, ponctuellement mais en profondeur, dans l'espace social. L'État est obligé de se muer en animateur et en médiateur, substituant « une action publique co-construite » avec d'autres partenaires à l'exercice du pouvoir suprême de commande. »

action<sup>479</sup>. Elle « implique une redéfinition de la nature du lien politique, c'est-à-dire du rapport entre gouvernants et gouvernés »<sup>480</sup>. Deux inflexions majeures apparaissent.

La première a trait au processus de décision dans lequel l'État n'est plus seul maître à bord, car des acteurs divers vont y être associés et il est contraint dans un cadre formel ou informel de tenir compte de leur existence et de leur participation au processus décisionnel. En fait, « l'État est en quelque sorte condamné à leur assurer une place de choix dans le processus de décision »<sup>481</sup>. La seconde, concerne l'accord des différents acteurs et les solutions consensuelles qui vont être préférées aux formules de type autoritaire.

Les décisions résultent de négociations et de compromis entre les parties impliquées où l'État accepte de discuter sur un pied d'égalité avec des partenaires en vue d'une élaboration collective de la décision<sup>482</sup>. Cette association repose sur une égalité supposée des parties prenantes, la valorisation de la négociation pour

---

<sup>479</sup> Paul AMSELEK, « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) 1 *RDJ* 275, 292 : « un processus continu d'interactions et de rapports entre les utilisateurs, les prestataires, les administrations et les autres acteurs ».

<sup>480</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 439, p. 139.

<sup>481</sup> Charles-Albert MORAND, « La contractualisation du droit dans l'état providence », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p.139, à la page 145.

<sup>482</sup> J. PITSEYS, préc., note 451, 219 : « Le droit classique impose une contrainte extérieure à l'individu. La gouvernance entend orienter de l'intérieur son comportement : susciter des réflexes souhaitables, obtenir les régularités attendues, inciter à l'adoption d'une conduite jugée « correcte ». Pour ce faire, le discours de la gouvernance glisse d'une dynamique de représentation à une dynamique d'inclusion politique ».

créer le consensus, l'attention portée aux procédures plus qu'aux sources effectives de pouvoir<sup>483</sup>.

L'État adopte un nouveau modèle évolutif qui implique « la coordination par l'adhésion volontaire à des normes, qui, parce qu'elles ne sont pas pleinement codifiées, peuvent le mieux servir comme système d'orientation à cause justement de leur nature informelle »<sup>484</sup>. Elle devient progressivement un nouveau mode de l'intervention publique avec pour but le bon fonctionnement, le maintien des équilibres et la réalisation d'objectifs dans des secteurs particuliers.

L'idée procède alors, d'un côté, d'une sociologie pragmatique des ajustements institutionnels et, de l'autre, d'une approche des conventions, normes et règles qui soulignent l'importance des accords et partenariats sur lesquels sont basées les coordinations économiques contemporaines<sup>485</sup>. Elle s'articule, ainsi, autour de quatre points, à savoir :

---

<sup>483</sup> *Id.*, 221 : « Le rétrécissement apparent de l'autorité publique, loin de l'affaiblir, lui permettrait d'infiltrer plus finement de nouveaux domaines d'action. La gouvernance ne renonce pas aux ambitions régulatrices de l'État social, mais supporte au contraire une planification douce et profonde du social, alliant principes directeurs et normes extrêmement détaillées. L'État ne disparaît pas. Il n'est pas un acteur comme les autres mais devient le lieu de coordination et d'animation de la norme ».

<sup>484</sup> Gilles PAQUET, *Gouvernance : une invitation à la subversion*, Montréal, Liber, 2005 ; Gilles PAQUET, *Le droit à l'épreuve de la gouvernance*, Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa, 2000, disponible à l'adresse : [http://gge.unb.ca/Research/GEG/OceanGov/documents/ledroit\\_lepreuve.pdf](http://gge.unb.ca/Research/GEG/OceanGov/documents/ledroit_lepreuve.pdf) (consulté le 6 juillet 2013)

<sup>485</sup> J.-P. GAUDIN, préc., note 460, p. 37.

« les flux et les réseaux comme source et condition de la richesse et du pouvoir ; la participation d'acteurs multiples, unis par un marchandage multiforme et permanent ; des normes diverses, règles du jeu, elles aussi en négociation constante ; enfin, des gardiens, des arbitres chargés de veiller à la régularité des processus. »<sup>486</sup>

Par ailleurs, si la gouvernance implique un décloisonnement entre public et privé, elle met aussi en exergue la nécessaire interdépendance entre les différents paliers (international, régional, national)<sup>487</sup>. L'interdépendance est telle que l'on ne peut plus distinguer la gouvernance nationale et internationale<sup>488</sup>. En effet :

« placés dans un contexte d'interdépendance élargie, les États sont contraints de redéfinir leurs principes d'organisation et d'action ; la « bonne gouvernance » des États dans l'ordre interne apparaît comme une condition de la bonne gouvernance mondiale »<sup>489</sup>.

---

<sup>486</sup> P. MOREAU-DESFARGES, préc., note 466, p. 53.

<sup>487</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 454, à la page 206 : « Ainsi conçue, la gouvernance constitue un modèle d'exercice du pouvoir, d'application très générale, transposable à tous les niveaux et dans toutes les sphères de l'organisation sociale. Corrélativement, la logique de la gouvernance tend à pénétrer l'ensemble du droit, aussi bien privé que public : l'idée qu'il convient d'associer les différents acteurs concernés à l'élaboration de la norme et de préférer le consensus à la contrainte est désormais communément admise ; à tous les niveaux, les producteurs de droit sont invités à se conformer aux préceptes de la gouvernance ».

<sup>488</sup> James N. ROSENAU, *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring governance in a turbulent world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.

<sup>489</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 453, 211.

En dehors des frontières nationales, les institutions internationales promeuvent la « bonne gouvernance »<sup>490</sup>. Ainsi, la Banque mondiale<sup>491</sup>, par exemple, a élaboré des indicateurs de la bonne gouvernance basés sur la mesure des éléments suivants : être à l'écoute et rendre compte ; instabilité politique et violence ; efficacité des pouvoirs publics ; fardeau réglementaire ; État de droit et maîtrise de la corruption<sup>492</sup> tandis que l'Organisation de coopération et de développement économiques<sup>493</sup> (OCDE) fonde son modèle de bonne gouvernance sur l'obligation de rendre compte, la transparence, l'efficience et l'efficacité, la réceptivité, la prospective et la primauté du droit<sup>494</sup>.

Au début des années 1990, la gouvernance est réapparue dans un monde postcommuniste, multipolaire, pour faire état de la perte de la centralité de l'État

---

<sup>490</sup> *Id.*, 210. L'auteur explique que : « Le thème de la gouvernance recouvre d'abord un projet de redéfinition du statut de l'État d'inspiration néolibérale : porté par les institutions financières internationales, ce projet de « bonne gouvernance » a alimenté un processus de réforme des institutions étatiques dans les pays en développement ; il s'est traduit aussi dans les pays développés par la redéfinition en profondeur de la place et du rôle de l'État, faisant l'objet d'un remarquable consensus politique ».

<sup>491</sup> BANQUE MONDIALE : <<http://www.banquemondiale.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>492</sup> BANQUE MONDIALE, *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*, disponible à l'adresse : <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>493</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES : <<http://www.oecd.org/fr/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>494</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, DIRECTION DE LA GOUVERNANCE PUBLIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL, *Principaux éléments de la bonne gouvernance*, disponible à l'adresse : <[http://www.oecd.org/document/48/0,2340,fr\\_2649\\_33735\\_1814576\\_1\\_1\\_1\\_1.00.html](http://www.oecd.org/document/48/0,2340,fr_2649_33735_1814576_1_1_1_1.00.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

dans l'action politique<sup>495</sup>. Elle reste substantiellement liée à l'idéologie néolibérale, à l'économie de marché et à la globalisation des activités qui s'y inscrivent<sup>496</sup>. En effet :

« à l'âge gouvernemental, l'État, gardien sévère de l'unité, est un guide idéologique, diffuseur de la foi nationale. À l'ère de la gouvernance, le politique, vidé de toute finalité, ne sert plus qu'à surveiller que le jeu social ne se déroule pas trop mal »<sup>497</sup>.

Sous-tendue par une idéologie politique qui remet en cause le dominium étatique<sup>498</sup>, la gouvernance se cristallise autour d'un conflit qui « [...] demeure dans l'essence du capitalisme et oppose une doctrine autoritaire (plus d'État) à une doctrine libérale (moins d'État) »<sup>499</sup>. Il s'agit en d'autres termes de remplacer les anciens procédés de commandement<sup>500</sup> par des mécanismes nouveaux

---

<sup>495</sup> Ali KAZANCIGIL, « La gouvernance et la souveraineté de l'État », dans Guy HELMET, Ali KAZANCIGIL et Jean-François PRUD'HOMME, (dir.), *La gouvernance, un concept et ses applications*, Paris, Karthala, 2005, p. 49, à la page 63 ; Jim WHITMAN, *The Limits of Global Governance*, Londres/New-York, Routledge, 2005, p. 16.

<sup>496</sup> Pour une approche critique, voir Alain DENEULT, *Gouvernance, le management totalitaire*, Paris, Lux, 2013 ; Guy LACHAPPELLE, "Globalization and Governance : Aspiring to a fairer globalization", (2005) 48:1 *Development* 52.

<sup>497</sup> P. MOREAU-DESFARGES, préc., note 466, p. 29 ; Pierre JACQUET, Jean PISANI-FERRY et Laurence TUBIANA, *Gouvernance mondiale*, Paris, La Documentation française, 2002.

<sup>498</sup> L. PECH, préc., note 461, à la page 52.

<sup>499</sup> Eros Roberto GRAU, « Révolution juridique sous pression de la globalisation économique ? », dans Catherine RIBOT et Jean-Louis AUTIN (dir.), *Environnements*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, p. 133, à la page 139.

<sup>500</sup> P. AMSELEK, préc., note 479, 285 : « Les commandements sont des normes éthiques dont la vocation instrumentale spécifique est d'être à suivre, à observer obligatoirement par leurs destinataires. Formuler un commandement à l'intention de X, c'est impliquer que X devra se plier à

d'intégration et de coordination plus souples. On retrouve désormais des relations de coopération, de concurrence et de conflit en remplacement de la souveraineté centralisée. La gouvernance constitue désormais "*an alternative to government, to control by the state*"<sup>501</sup> aussi bien au niveau national qu'international<sup>502</sup>.

## 2. Le droit de régulation

De nombreux auteurs ont essayé de dégager les critères distinctifs de la régulation dans le droit des États<sup>503</sup>. Ainsi, elle serait pour certains une nouvelle branche du droit qui comporterait des éléments de droit public et de droit privé. Pour d'autres, elle s'inscrit même dans le cadre d'un renouveau du phénomène juridique. On peut voir se concurrencer deux approches. Le droit de « la régulation »<sup>504</sup>, instrument

---

la règle de conduite qu'on émet ; et c'est en ce sens que cette règle de conduite sera perçue comme commandement par son destinataire ».

<sup>501</sup> Paul HIRST, "Democracy and Governance", dans Jon PIERRE (éd.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 13, à la page 13.

<sup>502</sup> J.-C. GRAZ, préc., note 107, p. 3 : « Au cours des deux dernières décennies, la notion de gouvernance s'est progressivement imposée pour appréhender de nombreux mécanismes du monde contemporain. L'emprise accrue des phénomènes diffus auxquels on associe la mondialisation y a sans aucun doute contribué, puisqu'ils dépassent l'espace de souveraineté propre à l'action de l'État. D'innombrables travaux examinent les nouvelles formes d'action collective et d'autorité internationale qui en découlent. Pour certains, le défi lancé par la mondialisation du capitalisme à la souveraineté des États est tel que nous serions en train d'assister à la fin de l'ordre interétatique inauguré par le traité de Westphalie en 1648. Pour d'autres, le changement est illusoire et les États, en l'absence de pouvoir légitime à l'échelle supranationale, restent souverains même dans le contexte de la mondialisation ».

<sup>503</sup> J.-C. JOBART, préc., note 46, 53.

<sup>504</sup> Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Définition du droit de la régulation économique », (2004) *D. Chron.* 126, 128 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les nouveaux champs de la régulation »,

de droit public, s'appliquant aux secteurs économiques ouverts à la concurrence, aurait pour fonction de maintenir dans ces secteurs un équilibre entre la protection de la libre concurrence et la réalisation d'autres objectifs<sup>505</sup>. Marie-Anne Frison-Roche voit dans ce droit de la régulation une branche du droit fondée sur l'objet de la régulation, son objectif d'équilibre et surtout l'institution d'autorités de régulation<sup>506</sup>.

En effet, depuis les années 1970, on peut constater une prolifération d'autorités administratives indépendantes<sup>507</sup> (A.A.I) qui ont pour objet la régulation de secteurs techniques<sup>508</sup>. Il s'agit d'organismes administratifs et non juridictionnels auxquels le législateur confie le soin de fixer des normes permettant de mettre en

---

(2004) 109 *RFAP* 53 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Le droit de la régulation », (2001) 7 *D.* 610 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « La régulation, objet d'une branche du droit », (2002) 110 *LPA* 3 ; Marie-Anne FRISON-ROCHE, « Les difficultés françaises face à la notion de régulation », (1998) 82 *LPA* 24.

<sup>505</sup> Jacques CHEVALLIER, « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », dans Marie-Anne FRISON-ROCHE (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po-Dalloz, 2006, p. 143, à la page 145 ; Michel GENTOT, « Les repères du droit de la régulation », (2002) 110 *LPA* 48.

<sup>506</sup> Pour une critique de l'étroitesse de cette conception de la régulation, voir Laurence BOY, « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », (2001) *D. chron.* 3031, 3036.

<sup>507</sup> Sur les fondements juridiques des autorités administratives indépendantes, voir C. CHAMPAUD, préc., note 58, 50

<sup>508</sup> Voir Danièle BRIAND-MELEDON, « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », (2007) 3 *RIDE* 345, 350 ; D. MOCKLE, préc., note 458, 147 ; G. MARCOU, préc., note 46, 351 ; M. M. SALAH, préc., note 35, à la page 285 et suiv.

œuvre une loi, ou de donner un avis sur les choix à adopter, dans un domaine déterminé et dans le cadre défini par les lois et les règlements<sup>509</sup>.

Ces autorités nouvelles ont la particularité de cumuler plusieurs types de pouvoirs, mais dont la mise en œuvre reste subordonnée au respect de certaines exigences fondamentales (principe d'impartialité, principe de transparence, principe de proportionnalité)<sup>510</sup>. Cette technique présente l'intérêt d'associer les acteurs sociaux au processus de décision et d'établir la réglementation en fonction des besoins réels du secteur en question<sup>511</sup>.

---

<sup>509</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 840 : « Instituées dans des secteurs sociaux sensibles, touchant de près aux libertés et exposés aux pressions de pouvoirs de toute nature, ces autorités sont investies d'une fonction de régulation sectorielle : leur rôle est d'encadrer le développement du secteur dont elles ont la charge, en fixant des règles du jeu et en arbitrant entre les intérêts en présence ; et cette fonction justifie le cumul à leur profit de pouvoirs juridiques habituellement dissociés (réglementation, décision, contrôle, sanction). Corrélativement, elles disposent d'un statut d'indépendance au sein des structures étatiques : il s'agit d'autorités « isolées », situées « hors appareil », et disposant d'une authentique capacité d'action autonome ; leur émancipation est obtenue par l'octroi de garanties d'indépendance organiques, résultant des conditions de désignation des membres et des règles fixées pour l'exercice de leur mandat, et fonctionnelles, résultant de l'absence de tout lien de dépendance hiérarchique ou de tutelle ».

<sup>510</sup> Sur les composantes juridiques de la régulation indépendante, voir B. DU MARAIS, préc., note 52, p. 509.

<sup>511</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 839. Comme le précise l'auteur : « il est donc nécessaire que la régulation incombe à des instances « neutres » et « objectives », non seulement dégagées de tout lien d'allégeance à l'égard des gouvernants mais aussi déconnectées du reste de l'appareil, et de ce fait capables de définir les conditions d'un « juste équilibre » entre les intérêts sociaux de toute nature, intérêts publics compris. L'autonomisation est aussi appelée par la *nature intrinsèque* de l'activité de régulation : la capacité d'arbitrage requiert une compétence technique, une indépendance d'esprit, voire une autorité morale, qui transforme « l'expert » en « sage », disposant en tant que tel de la hauteur de vues nécessaire ; mais la régulation suppose aussi une connaissance intime du secteur à réguler, des contacts étroits avec ses représentants, qui imposent un processus de rapprochement avec le milieu et le relâchement corrélatif des contraintes résultant de l'appartenance à la machine bureaucratique. »

Rompant avec le droit public traditionnel, le « droit de régulation »<sup>512</sup>, quant à lui, signale un changement de mentalité et rompt avec les mesures et techniques du droit commun<sup>513</sup>. Comme conséquence de la transformation du rôle de l'État, nous assistons également à une transformation de son droit qui prend la forme désormais d'un droit de régulation qui vient s'ajouter au droit classique, mais ayant un but différent, celui de l'harmonisation des intérêts en présence<sup>514</sup>. Gérard Timsit inscrit l'émergence du droit de régulation dans une perspective d'évolution plus large du phénomène juridique. Ainsi, « le droit de régulation constituerait en effet une nouvelle figure, un autre « corps » du droit, n'ayant plus guère à voir avec le droit réglementaire classique ; succédant au « droit général abstrait et désincarné » droit jupitérien »<sup>515</sup>.

---

<sup>512</sup> G. TIMSIT, préc., note 463, 377 : « lorsque l'État moderne est apparu, il a [...] trouvé sa traduction dans un droit qui conservait des origines historiques de son Auteur : l'État, le caractère mystique et abstrait dont celui-ci était paré. C'est ce droit qui a été le premier corps du droit : un droit abstrait général et désincarné que j'appelle le droit-réglementation. [...] Abstrait et désincarné, il ne correspond plus aux exigences de la gestion des sociétés post-modernes. Trop complexes pour être gérées aussi généralement, abstraitement et pour ainsi dire d'aussi loin, elles requièrent un autre droit – actuellement en formation – qui se caractérise, au contraire, par son adaptation au concret, son rapprochement des individus, son adéquation au contexte exact des sociétés qu'il prétend régir. Concret, individualisé, contextualité, c'est un droit que j'appelle de régulation. »

<sup>513</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 833 : « Le mouvement de déréglementation prend dans cette perspective une autre portée : il s'agirait, non plus d'un repli de la régulation juridique au profit d'autres modes de régulation sociale, mais d'un réajustement de ses modalités ; elle marquerait le basculement du droit réglementaire vers un droit nouveau de régulation ».

<sup>514</sup> *Id.*, 834 : « le « droit de régulation » se présente ainsi comme un « *droit réflexif* », caractérisé par la récursivité. Cette souplesse nouvelle rend par contrecoup plus floues les frontières du droit : la régulation suppose en effet le recours à une panoplie de moyens d'action, les uns juridiques, les autres non-juridiques : le « droit de régulation » apparaît comme un instrument de régulation parmi d'autres, qui s'inscrit dans un dispositif plus large, au sein duquel sa spécificité apparaît moins évidente ».

<sup>515</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 454, à la page 206.

Le droit étatique, confronté à deux défis à savoir, la convergence technologique et la globalisation économique, opère la régulation sociale aussi bien par des règles juridiques dures, que par des règles souples<sup>516</sup>. Ces normes peuvent être celles de l'administration : recommandations<sup>517</sup>, avis qui n'ont pas une force obligatoire en eux-mêmes,<sup>518</sup> mais ayant une « force normative »<sup>519</sup>, grâce au modèle<sup>520</sup> qu'elles proposent. Le concept de force normative, que certains élèvent au rang de paradigme<sup>521</sup>, met, ainsi, l'accent sur les fonctions de la norme<sup>522</sup>.

---

<sup>516</sup> Mustapha MEKKI, « Propos introductifs sur le droit souple », dans *Association Henri Capitant. Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1.

<sup>517</sup> P. AMSELEK, préc., note 479, 286. Les recommandations s'analysent comme « des normes éthiques dont l'observance est conçue comme souhaitable mais non pas obligatoire et est donc laissée à l'appréciation discrétionnaire des intéressés ; elles tracent des lignes de conduite réputées opportunes à emprunter, mais que les intéressés ne sont pas tenus de suivre, qui impliquent, dans leur vocation même, la possibilité de s'en détourner ».

<sup>518</sup> Philippe JESTAZ, « La sanction ou l'inconnue du droit », (1986) 26 *D.* 197, 198 : « il ne faut pas raisonner comme si toutes les règles de droit étaient des normes de comportement assorties de punition pour le cas où le sujet n'adopte pas le comportement prescrit. La plupart des normes attribuent quelques choses (un droit, une qualité, un statut, etc.) sans prescrire un comportement particulier ».

<sup>519</sup> Catherine THIBIERGE, « Conclusion. Le concept de force normative », dans Catherine THIBIERGE *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 813, à la page 813. La force normative est « une invitation à questionner l'assimilation de la force de la norme juridique à la seule force obligatoire et contraignante, la faisant passer du rang de postulat, par hypothèse indiscutable, à celui d'une assertion scientifique susceptible d'être réfutée ou amendée ».

<sup>520</sup> Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », (1990) 25 *R.I.E.J.* 125.

<sup>521</sup> André-Jean ARNAUD, « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans Catherine THIBIERGE *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 13, à la page 15 : « avec la « force normative » ainsi conçue, ce pourrait bien être, plus que d'un concept, d'un véritable paradigme qu'il s'agit. En venant malmener [...] le paradigme traditionnel d'un droit identifié à l'obligatoire et caractérisé par la contrainte étatique, celui qui nous vient d'une théorie « pure » du droit, la « force normative » se présente comme bien autre chose qu'un simple concept ».

<sup>522</sup> Isabelle HACHEZ, « Balises conceptuelles autour des notions de « source de droit », « force normative » et « soft Law » », (2010) 65 *R.I.E.J.* 1, 19 : « l'accent est mis sur les fonctions de la norme : la norme est un modèle, destinée à fournir une référence pour l'organisation des rapports sociaux. Plus précisément, la norme est un modèle pour l'action et/ou un modèle pour juger. »

Le droit se transforme en modèle<sup>523</sup> revenant peut être à son essence et se dégageant par le fait même, de sa définition étroite le limitant aux seules normativités dures classiques (lois, règlements, jurisprudences)<sup>524</sup>. Ainsi, les normes prescriptives ont tendance à diminuer pour faire place à des recommandations qu'on retrouve sous la forme de déclarations d'objectifs, de normes d'orientation, de programmes d'action<sup>525</sup>. Ces nouveaux instruments influent sur les caractères du règlement à différents niveaux : unilatéralité, normativité directe et exécution<sup>526</sup>. Ils sont à ce titre révélateurs « d'une flexibilité juridique croissante, à partir d'une norme de moins en moins prescriptive, plus

---

<sup>523</sup> Catherine THIBIERGE, « Synthèse. Le concept de force normative », dans Catherine THIBIERGE *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 741, à la page 755 : « La norme est alors dotée de la force d'un modèle qui n'est pas nécessairement obligatoire pour ses destinataires. Ce peut être la force d'un modèle d'interprétation, ou encore d'un modèle de solution ».

<sup>524</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 439, p. 128 : « On assiste à l'émergence d'une conception différente du droit, marquée par le reflux des éléments de contrainte et d'unilatéralité. Les commandements traditionnels tendent à faire place à des techniques plus souples, et relevant d'une certaine direction juridique non autoritaire des conduites [...]. Les textes indiquent des objectifs qu'il serait souhaitable d'atteindre, fixent des directives qu'il serait opportun de suivre, formulent des recommandations qu'il serait bon de respecter, mais sans pour autant leur donner force obligatoire, si norme il y a, elle n'a plus de caractère impératif et son application dépend non plus de la soumission mais de l'adhésion des destinataires. »

<sup>525</sup> Daniel MOCKLE, « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », (2003) 44:3 *C. de D.* 297, 300 ; J-B. AUBY, préc., note 53, à la page 160 et suiv.

<sup>526</sup> Pierre TRUDEL, « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », (2000) 32:2 *Sociologie et sociétés* 190, 201 : « Dans les domaines caractérisés par un certain degré de complexité et voués à des mutations fréquentes, la régulation s'exprime souvent au moyen de règles plus ou moins formelles que l'on désigne parfois sous le vocable de « droit mou » (soft law). Cette technique se caractérise par le haut niveau de discrétion laissé au débiteur de l'obligation pour atteindre des seuils ou des résultats. De plus en plus, le droit mou se manifeste par des textes énonçant des principes généraux. Dans ce type de textes, les acteurs conservent une importante marge d'appréciation à l'égard des moyens et stratégies permettant de mener aux résultats recherchés. L'État se cantonne à une supervision plus ou moins lointaine, se réservant la possibilité d'intervenir dans les situations nettement problématiques. »

procédurale et moins substantielle, correspondant plus à des principes de gestion et d'intervention »<sup>527</sup>.

L'État agit à travers des méthodes de régulation plus souples mais ayant une force d'inspiration<sup>528</sup>. On distingue alors le droit dur, résultant de texte dont la portée obligatoire et évidente, du droit de régulation, dont les méthodes peuvent s'avérer dans certains cas plus efficaces<sup>529</sup>. Le droit perd progressivement une caractéristique importante, à savoir la contrainte<sup>530</sup>. La norme juridique s'est traditionnellement définie comme un ordre de contrainte, mais comme le souligne Catherine Thibierge :

---

<sup>527</sup> Jacques COMMAILLE, « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale », dans François CHAZEL et Jacques COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 13, à la page 16.

<sup>528</sup> Catherine THIBIERGE, « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », (2003) 4 *RTD civ.* 599, 624 : « un *droit souple*, de type recommandatoire, fait de recommandations, d'avis, d'incitations conférant, juridiquement tout au moins, une grande marge d'application à ses destinataires et au juge, doté d'une force obligatoire non inhérente, mais possible, et d'une force d'influence sur les conduites, par les modèles de référence comportementaux qu'il propose. Enfin, à l'autre extrémité de l'échelle de densité normative, un *droit très souple*, de type déclaratoire porteur d'orientations politiques et d'objectifs pour les législateurs, laissant à ses destinataires une marge juridique totale, sans obligation ni sanction, donc sans aucune force obligatoire juridique, tout en revêtant une potentielle force politique d'inspiration, particulièrement des législations communautaires ou nationales. »

<sup>529</sup> *Id.*, 613 : « malgré les apparences, le droit doux, bien que non obligatoire, peut être appliqué et respecté par ses destinataires et la latitude qui leur est laissée est souvent garante d'une meilleure réception de ce droit, par adhésion ; d'autant plus d'ailleurs qu'il s'agit d'un droit négocié ou spontané. Sa texture non prescriptive, loin d'être nécessairement une faiblesse, peut-être une véritable force. » ;

<sup>530</sup> Sur le développement de la direction juridique non obligatoire des conduites, voir J. CHEVALLIER, préc., note 91, 677.

« C'est confondre la fin et les moyens du droit, c'est le définir par son moyen, la contrainte; or celle-ci n'est plus qu'un moyen parmi d'autres – certes longtemps privilégié, mais plus le seul aujourd'hui – permettant au droit de remplir sa mission d'organisation et de guidance de l'action humaine »<sup>531</sup>.

Ainsi, le droit ne se réduit plus à des normes obligatoires, sanctionnées et contraignantes<sup>532</sup>. Cette transformation constitue un passage vers un droit plus rattaché à la réalité dans lequel « se combinent des techniques autoritaires et contractuelles de formation du droit »<sup>533</sup>. Ce qui aboutit à la diversification et à la sophistication du droit. L'intervention des pouvoirs publics reste importante sauf qu'elle revêt une forme hybride combinant des aspects anciens et nouveaux du droit<sup>534</sup>.

---

<sup>531</sup> C. THIBIERGE, préc., note 528, 626 ; Catherine THIBIERGE, « Rapport de synthèse », dans *Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 141.

<sup>532</sup> Paul AMSELEK, « Autopsie de la contrainte associée aux normes juridiques », (2008) 4 *RRJ* 1847.

<sup>533</sup> C.-A. MORAND, préc., note 481, à la page 142.

<sup>534</sup> G. TIMSIT, préc., note 463, 394 : « En définitive, des deux corps du droit. Le droit/régulation apparaît peut-être comme la forme la moins rigide et la plus intelligente d'exercice du pouvoir normatif – une formes d'appropriation au coup par coup de la norme à ses conditions concrètes de mise en œuvre ».

## Section II. Le monopole de la juridicité du droit

La prédominance et l'omniprésence du droit de l'État dans sa conception moderne<sup>535</sup> a fait qu'on a longtemps méconnu l'existence d'autres formes de régulation de plus en plus actives qui se manifestent par des instruments novateurs. Nous assistons à la mise en place d'un certain relativisme par opposition à toute prétention universelle du droit<sup>536</sup>. On s'inscrit désormais dans une perspective de mixité des sources qui se traduit par une privatisation de la normativité<sup>537</sup>. On trouve désormais des mécanismes d'autorégulation reposant sur l'auto-organisation des groupes privés (1).

Certains considèrent que face à ces systèmes de régulation complexes, agissant depuis la formulation de la règle jusqu'à sa sanction<sup>538</sup>, il y a présence d'un système juridique concurrent au système étatique<sup>539</sup>. La volonté de reconnaître différents ordres normatifs placés sur un pied d'égalité avec le droit n'est pas

---

<sup>535</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 439, p. 17 : « la construction de l'État apparaît bien comme indissociable d'une modernité, dont elle est à la fois le reflet et le vecteur ».

<sup>536</sup> Pauline MAISANI et Florence WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », (1994) 27 *Droit et Société* 443, 445.

<sup>537</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 143 et 144 : « Ici aussi, il ne s'agit que d'une forme de réglementation dont l'interventionnisme est limité par des considérations de subsidiarité et d'efficacité : il vaut mieux laisser les acteurs s'auto-organiser dans les limites du droit imposé par l'État que de leur imposer, souvent à grands frais, une réglementation détaillée ».

<sup>538</sup> Alain LAQUIÈZE, « Sanction » dans Denis ALLAND et Stéphane RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/P.U.F., 2003, p. 1381.

<sup>539</sup> Thomas SCHULTZ, « eBay : un système juridique en formation ? » (2005) 22 *R.D.T.I.* 27.

neuve, même si aujourd'hui, elle s'accroît avec les phénomènes de globalisation et de dépassement des frontières. La théorie de l'internormativité semble apporter quelques éléments de réponse à cette concurrence de normes (2).

## 1. L'autorégulation par les acteurs privés

L'autorégulation s'est développée depuis longtemps dans les sphères professionnelles et n'est pas un phénomène unique au commerce électronique<sup>540</sup>. Les motifs à l'origine du recours à l'autorégulation sont nombreux<sup>541</sup>. À l'heure de la déréglementation<sup>542</sup>, la pression est mise sur les opérateurs privés pour trouver une alternative valable à la réglementation étatique traditionnelle<sup>543</sup>.

---

<sup>540</sup> Voir Nicolas DUPONT, « Le droit non professionnel d'initiative privée, quel intérêt pour les consommateurs ? » (2009) 3 *RRJ* 1201, 1204 ; Virginia HAUFLEER, *A Public role for the private sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2001, p. 8 et suiv. ; K. BENYKHLEF, préc., note 21, p. 767.

<sup>541</sup> Bertrand DU MARAIS, « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 293, à la page 295 : « Selon ses adeptes, l'autorégulation offrirait une plus grande efficacité. Tout d'abord, elle permet une bonne adéquation entre le champ de la régulation et le champ géographique du réseau. En effet, les opérateurs sont eux-mêmes transnationaux et certains maîtrisent l'accès final au grand public. Ensuite, le respect des chartes devrait être facilité par le fait qu'elles sont issues de négociations entre ceux là même qui doivent les appliquer. Enfin, leurs modes d'adoption et de révision sont plus rapides et plus souples que le processus législatif » ; Philip EIJLANDER, « Possibilities and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands - Lessons to be learned for the EU? » (2005) 9:1 *Electronic Journal of Comparative Law*, disponible à l'adresse : <<http://www.ejcl.org/91/art91-1.txt>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>542</sup> Pierre ISSALYS, préc., note 206, 83.

<sup>543</sup> Fabrizio CAFAGGI, « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation. Participation, autorégulation et régulation privée », (2004) 109 *RFAP* 23, 26.

L'autorégulation n'est pas une version tronquée de la réglementation, mais un mode de régulation avec ses propriétés et spécificités propres<sup>544</sup>. Nous en analyserons les avantages (A) et les limites (B).

## A. Les avantages de l'autorégulation

Le terme autorégulation se caractérise par son ambivalence<sup>545</sup> et se décline, dans la littérature, en plusieurs autres expressions comme droit mou, autodiscipline ou encore action volontaire<sup>546</sup>. Néanmoins, un consensus se crée, progressivement,

---

<sup>544</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 258 : « Il existe des circonstances où la présence de ces normes privées est particulièrement importante du fait de la réunion de trois critères : « la technicité de la matière ; la prédominance des pouvoirs privés économiques qui possèdent un poids évident sur la façon selon laquelle s'exercera la pratique commerciale ; la complémentarité des normalisations privées et publiques dans les économies libérales. Non seulement un État libéral n'est pas nécessairement jaloux de ses prérogatives, mais il peut être favorable aux normalisations professionnelles, singulièrement dans des secteurs économiques décisifs. Ce n'est pas un hasard si les codes de conduites et les normalisations professionnelles occupent une place importante, en droit comparé, dans les domaines bancaire et boursier, places-forte stratégiques de l'économie privée ».

<sup>545</sup> Benoit FRYDMAN, « Quel droit pour l'Internet ? », dans Étienne MONTERO (dir.), *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Éditions du jeune barreau de Bruxelles, 1997, p. 279 à la page 280. Pour l'auteur, « le terme « autorégulation » est lui-même ambivalent, dans la mesure il peut refléter au moins trois ambitions différentes : (1) la régulation spontanée par le contrat et le libre jeu des forces du marché, suivant l'image classique de la « main invisible »; (2) le contrôle des activités par les gestionnaires du réseau; (3) la prise en main de leur destin par la communauté des « internautes » ».

<sup>546</sup> Margot PRIEST, «The Privatisation of Regulation: Five models of Self-Regulation», (1998) 2 *Ottawa Law Review* 233, 239 ; Monroe E. PRICE et Stefaan G. VERHULST, *Self-Regulation and the Internet*, La Hague, Kluwer Law International, 2005 ; Monroe E. PRICE et Stefaan G. VERHULST, «In search of the self: charting the course of self-regulation on the Internet in a global environment», dans Christopher MARDSEN (éd.), *Regulating the global information society*, New York, Routledge, 2000, p 58 ; Jacques BERLEUR et Tanguy EW BANK De WESPIN, « Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, corégulation ? », dans Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUEECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 38.

sur la différenciation de l'autorégulation et de l'autoréglementation bien que les deux termes aient été utilisés comme synonymes par le passé<sup>547</sup>. En effet,

« le terme « autorégulation » doit être préféré à celui d'« autoréglementation » : ce dernier paraît plus restrictif en ce qu'il semble se référer à des règlements, c'est-à-dire à des normes générales et obligatoires alors que par « autorégulation » on vise le recours à différents types d'instruments de régulation sociale. »<sup>548</sup>

L'autorégulation est plus large que l'autoréglementation<sup>549</sup>. Elle englobe toutes « les normes volontairement développées et acceptées par ceux qui prennent part à une activité »<sup>550</sup>. L'autorégulation peut constituer un substitut à la réglementation étatique et être à l'initiative des seuls acteurs privés. Elle permet de relever les standards de l'industrie et peut être utilisée comme outil de communication<sup>551</sup>.

---

<sup>547</sup> Pierre TRUDEL, « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1988) 19:1 *R.D.U.S.* 247, 251.

<sup>548</sup> Michel COIPEL, « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », dans Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 43, à la page 68.

<sup>549</sup> Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUECK, « Enjeux à débattre » dans Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 12, à la page 12 : « L'autorégulation revêt selon nous une portée plus large et plus générique que l'autoréglementation. Elle viserait en effet l'élaboration et le respect volontaire de normes et de préceptes par ceux qui prennent part à une activité, sans autre forme de caractère obligatoire et contraignant. La difficulté à cerner cette notion est en partie due aux difficultés d'interprétation provoquées par le terme anglais « self-regulation » qui semble recouvrir aussi bien la notion de régulation que de réglementation ».

<sup>550</sup> P. TRUDEL, préc., note 547, 247.

<sup>551</sup> Bert Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Sjaak NOUWT, Corien PRINS et Maurice SCHELLEKENS, "Should Self-régulation Be the starting point?" dans Bert Jaap KOOPS, Miriam LIPS, Corien PRINS et Maurice SCHELLEKENS (éd.), *Starting Points for ICT regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2005, p. 109, à la page 123.

Dans un autre cas de figure, elle peut être imposée. L'autorité étatique invite les acteurs privés à s'imposer une autorégulation efficace, avec la menace d'un retour à une réglementation autoritaire en cas de défaut de résultats<sup>552</sup>.

L'originalité du mécanisme de l'autorégulation réside dans le fait que les professionnels d'un secteur particulier exercent eux-mêmes trois fonctions, réglementer, contrôler et sanctionner<sup>553</sup>. Ainsi, l'élaboration des normes, le contrôle du respect de ces dernières et l'adoption de sanctions sont assurés par les acteurs eux-mêmes. Elle permet à un certain nombre d'entreprises de faire adapter une forme efficace de normalisation des pratiques commerciales et met en place les formes de contrôle pour veiller à ce que la norme soit acceptée<sup>554</sup>.

L'espace transnational est un terrain propice à ce mode de régulation. C'est ainsi qu'on a vu l'émergence progressive d'un ensemble de normes matérielles privées pour le commerce électronique, la *lex electronica*<sup>555</sup>. En se référant à la *lex electronica*, les parties au contrat électronique trouvent des solutions fondées sur la pratique à des problèmes particulièrement ressentis dans la communauté

---

<sup>552</sup> *Id.*, à la page 120. Les auteurs dressent une typologie des relations entre l'autorégulation et le droit étatique.

<sup>553</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 58. Se crée ainsi « un ensemble cohérent et complet de normes incluant non seulement le prononcé de certains contenus mais aussi l'ensemble des moyens propres à leur enforcement ».

<sup>554</sup> Yun ZHAO, *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 43 ; J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 30.

<sup>555</sup> Vincent GAUTRAIS, Guy LEFEBVRE et Karim BENYEKHEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex electronica* », (1997) 5 *RDAI* 547 ; *Contra* O. CACHARD, préc., note 26, p. 11.

commerçante. Le vocable de *lex electronica* a été créé par analogisme avec la *lex mercatoria*<sup>556</sup>. En effet, l'existence d'un corpus juridique de règles à caractère privée n'a pas attendu les mutations technologiques pour exister.

Depuis le Moyen-Âge, les acteurs des échanges internationaux, principalement marchands, ont consolidé les pratiques existantes sous la forme d'un véritable corpus de normes transnationales. Ces règles émanent de la société des commerçants et prévalent dans leurs rapports privés sans référence à la loi étatique. La *lex mercatoria* est formée selon Berthold Goldman d'usages professionnellement codifiés, de montages juridiques et de clauses contractuelles notamment, et sur lesquels il faut se demander si la répétition ne les élève pas progressivement au rang d'institutions coutumières<sup>557</sup>.

Avec la *lex electronica*, Il s'agissait pour les acteurs du commerce électronique de concevoir un droit spécifique, qui répondrait aux caractéristiques du commerce électronique<sup>558</sup> moyennant un ensemble de règles prenant en considération la structure technique et le caractère décentralisé et non coordonné du

---

<sup>556</sup> Michel VIRALLY, « Un tiers-droit ? Réflexions théoriques », dans *Études offertes à Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982, p. 373, à la page 376 : « L'hypothétique formation d'un ensemble cohérent de règles transnationales – d'une *lex mercatoria* - dépend d'abord, en définitive, de l'existence d'un réseau de relations commerciales échappant, au moins partiellement, au contrôle des États. »

<sup>557</sup> Berthold GOLDMAN, « Frontières du droit et « lex mercatoria » », (1964) *Arch. phil. droit* 177, 177 ; Emmanuel PUTMAN, « L'éthique de la lex mercatoria », (2008) 12:4 *RRJ* 1855 ; Klaus Peter BERGER, *The creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye, Kluwer, 1999.

<sup>558</sup> Leon E. TRAKMAN, "From the Medieval Law Merchant to E. Merchant Law", (2003) 53 *U.T.L. J.* 265.

fonctionnement d'Internet<sup>559</sup>. La *lex electronica* comme les concepts qui lui sont apparentés tels que la « *lex informatica* »<sup>560</sup> et le « *jus communicationis* »<sup>561</sup>, illustrent, d'une part, les difficultés de la méthode traditionnelle du droit face à un nouveau phénomène, et, d'autre part, l'intervention plus ou moins tardive des États et des organisations internationales dans l'harmonisation du droit.

## **B. Les limites de l'autorégulation**

La thèse de l'autorégulation, qui a remporté beaucoup de succès par le passé, commence à montrer quelques carences. La principale concerne la légitimité des auteurs. Cette carence qui fragilise l'autorégulation, est due essentiellement aux normes élaborées par les organisations censées représenter le secteur privé, dont la composition est souvent contestée, car ils sont généralement contrôlés par des groupes de pression qui influencent la décision<sup>562</sup>.

---

<sup>559</sup> Sur le contenu de la *lex electronica*, voir V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 248 ; S. KABLAN et A. OULAI, préc., note 68, 24.

<sup>560</sup> Joel R. REIDENBERG, "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy. Rules Through Technology", (1998) 76 *Tex. Law Review* 553.

<sup>561</sup> J.-J. LAVENUE, préc., note 148.

<sup>562</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 119 : « Le défaut majeur de l'autorégulation concerne à notre sens son insuffisance réflexive, c'est-à-dire l'équilibre toujours fragile de la représentativité de tous les intérêts des destinataires des normes produites ».

En effet, ces structures pèchent par le flou qui entoure les conditions d'éligibilité des différentes catégories de membres, ainsi que les règles d'interaction entre elles. Les normes qui en résultent ne comportent pas les garanties de cohérence et de légitimité, étant donné la manière dont sont confrontés et pris en compte les intérêts dans leur ensemble<sup>563</sup>. On craint, alors, que l'autorégulation ne devienne qu'un instrument rhétorique de légitimation permettant « une appropriation de la production normative par les acteurs les plus puissants et à leur seul profit »<sup>564</sup>.

En effet, l'autorégulation est rarement neutre et le respect des intérêts des parties prenantes n'est pas toujours garanti par les processus d'élaboration et de mise en place des normes<sup>565</sup>. Il n'existe, ainsi, aucun mécanisme pour résoudre les conflits entre normes. D'autant plus, que si on laisse un processus concurrentiel jouer pour sélectionner la meilleure norme, rien ne garantit que la plus efficace survivra, comme c'est le cas pour la question des standards de fait qui a suscité un grand débat sur les règles à mettre en œuvre dans la détermination d'un standard technologique<sup>566</sup>.

---

<sup>563</sup> Marc MAESSCHALCK et Tom DEDEURWAERDERE, « Autorégulation, éthique procédure et gouvernance de la société de l'information », dans Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUEECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 75, à la page 88 ; B. J. KOOPS, M. LIPS, S. NOUWT, C. PRINS et M. SCHELLEKENS, préc., note 551, à la page 125.

<sup>564</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « Les processus de mondialisation du droit », dans Charles-Albert MORAND (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 64.

<sup>565</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 526 ; N. DUPONT, préc., note 540, 1215.

<sup>566</sup> Fabrizio CAFAGGI, « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », (2005) 1 *RIDE* 111.

Les intéressés en question, qui s'autoproclameraient responsables de la régulation, ne seraient pas nécessairement en mesure de prendre en compte les intérêts de l'ensemble des acteurs économiques et sociaux<sup>567</sup>. On pourrait même observer des captations de régulation au profit de groupes d'intérêts cherchant à exercer un pouvoir de marché<sup>568</sup>. En effet, ce que l'on peut craindre est ce que les économistes appellent la « *regulatory capture* »<sup>569</sup>. Ce phénomène peut aussi se concevoir dans un système réglementaire traditionnel, où une législation ne traduit finalement, que les intérêts d'un groupe d'acteurs<sup>570</sup>. À partir du moment où plusieurs groupes d'intérêt ont des intérêts divergents, il n'y a aucune raison que les préférences des premiers groupes installés sur un marché, souvent les plus puissants ou encore les mieux organisés, n'imposent pas leurs règles du jeu<sup>571</sup>.

---

<sup>567</sup> Judith ROCHFELD, « Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet », dans Marie-Anne FRIZON-ROCHE, (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 209, à la page 212 : « Dès lors, si cette forme de régulation se révélait à même de répondre aux premières vocations de la règle, celle d'une régulation prise pour son adaptabilité, son évolutivité et son accompagnement de la technique. Elle dévoilait également sa logique et certaines des failles de cette fabrique de la norme. De façon circonstancielle, d'une part, en tant qu'élaborée unilatéralement par les acteurs marchands, elle n'intègre que marginalement les intérêts antagonistes, ceux des utilisateurs en particulier. De façon plus structurelle, d'autre part, en tant que portée par un impératif de développement du marché, elle n'intègre que marginalement les intérêts antagonistes, ceux des utilisateurs en particulier ».

<sup>568</sup> J. BERLEUR et Y. POULLET, préc., note 153, 468.

<sup>569</sup> Jean-Jacques LAFFONT et Jean TIROLE, "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", (1991) 106:4 *Quarterly Journal of Economics* 1089 ; Michael E. LEVINE et Jennifer L. FORRENCE, "Regulatory capture, public interest, and the public agenda. Toward a synthesis", (1990) 6 *Journal of Law Economics & Organization* 167.

<sup>570</sup> Y. POULLET, préc., note 59, à la page 108 ; Y. ZHAO, préc., note 554, p. 46.

<sup>571</sup> Anne PENNEAU, « Contrat électronique et protection du cybercontractant », (2004) 96 *LPA* 3.

## 2. La théorie de l'internormativité

La modernité<sup>572</sup> se traduit dans le droit par un processus de rationalisation, illustré par un double phénomène d'autonomisation et d'unification<sup>573</sup>. Dans l'État moderne, trois éléments principaux définissent les rapports entre l'État et le droit, le monopole étatique de la production de la norme, la norme juridique, expression de la volonté générale et enfin l'intérêt général qui serait incarné par l'État. Ainsi, l'État est l'« ordre juridique total »<sup>574</sup>. La primauté du droit est un des concepts principaux du droit moderne. Ce dernier étant basé sur les postulats que l'ordre juridique interne est l'expression pure de la force absolue du droit et la Constitution, la norme juridique supérieure d'où se déduit tout le système juridique<sup>575</sup>.

---

<sup>572</sup> Sur la modernité, voir K. BENYEKHFLEF, préc., note 21, p. 19 et suiv. ; B. OPPETIT, préc., note 93, p. 3 ; Louis ASSIER-ANDRIEU, *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996, p. 31 et suiv.

<sup>573</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 91, 664 ; Stéphane HABER, « Modernité, postmodernité et surmodernité », dans Sylvie MESURE et Patrick SAVIDAN (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadrige/ P.U.F., 2006, p. 786.

<sup>574</sup> Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962, p. 393.

<sup>575</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 11. La pyramide correspondait à « une vision du monde caractérisée par l'ordre et la stabilité. Ordre politique centré sur l'État, puissance suprême dans l'ordre interne, figure souveraine dans les relations internationales; ordre juridique fondé sur la norme, commandement impératif et unilatéral, s'imposant sous la menace de la contrainte. C'était l'« ordre westphalien » qui assurait l'égalité souveraineté à l'extérieur, tandis que, à l'intérieur, prévalait le Rechtsstaat fondé sur une rigoureuse séparation des pouvoirs et un système de distribution strict et hiérarchisé des habilitations et des compétences ».

Le fondement de cet ordre juridique procède du modèle pyramidal de Kelsen, tenant sa juridicité de sa référence à une norme juridique plus élevée<sup>576</sup>. Ainsi, dans cette conception, le droit « n'est pas un complexe de normes en vigueur, les unes à côté des autres, mais une pyramide ou hiérarchie de normes qui sont superposés les unes aux autres, supérieures ou inférieures »<sup>577</sup>. Pourtant, l'équation d'identité entre le droit et l'État<sup>578</sup> ne semble plus suffire à rendre compte de l'ensemble des phénomènes normatifs<sup>579</sup>.

Le modèle pyramidal de Hans Kelsen est remis en cause<sup>580</sup>, venant directement menacer l'un des piliers de notre pensée juridique occidentale : celui selon lequel, l'État est seul susceptible de dire le droit<sup>581</sup>. Cela opère une rupture brutale avec la

---

<sup>576</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987, p. 187 : « la création d'une norme constituant toujours l'application d'une norme supérieure ».

<sup>577</sup> H. KELSEN, préc., note 574, p. 266.

<sup>578</sup> Jean CARBONNIER, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001, p. 19. L'auteur résume la situation ainsi : « le droit est *un* pour les juristes modernes, parce qu'il se confond avec l'État ».

<sup>579</sup> K. BENYEKHLEF, préc., note 21, p. 42 : « L'inadéquation du droit moderne à plusieurs facettes des réalités contemporaines, incarnées par la mondialisation ou le primat de l'économie et de l'efficacité, s'explique notamment par son incapacité à gérer la pluralité, à accepter la diversité des sources de production de la norme. De plus, la propension du droit moderne à ramener le droit au seul commandement et son refus de reconsidérer la notion de souveraineté constituent d'autres facteurs expliquant cette inadéquation ».

<sup>580</sup> André-Jean ARNAUD, « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », (1990) 75 *Le courrier du CNRS* 81, 81 et 82 : « Le temps a dévoilé les imperfections du droit « moderne » ; il a montré combien l'universalisme était un leurre, et que le règne suprême de la loi ne réglait pas tout. L'observation de la réalité juridique quotidienne a amené de nombreux juristes qui s'intéressent aux problèmes des fondements du droit, à reconnaître que tout droit est relatif, qu'il existe un pluralisme des sources du droit, et qu'un retour au pragmatisme s'impose ».

<sup>581</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994, p. 53 : « la conception de l'État comme « l'unique source du droit », selon la formule de Rudolf Von Jhering, est démentie par la remise en cause du monopole de l'État, observable de divers côtés. Remise en cause

pensée positiviste<sup>582</sup>, qui place l'État sans rival sur le terrain de la norme<sup>583</sup>. En tant qu'alternative au monisme juridique<sup>584</sup>, le pluralisme juridique<sup>585</sup> s'est ainsi particulièrement développé comme un courant doctrinal contestant les prétentions de l'État à la souveraineté juridique<sup>586</sup>. Pour la thèse pluraliste, le rapport entre ordres

---

multiforme qui atteint l'État dans ses principales figures : l'État-nation, qui exprime la souveraineté d'une communauté d'abord culturelle faite d'intérêts imbriqués et d'aspirations identiques, avec l'internationalisation croissante des sources du droit ; l'État-centre, perçu comme une forme d'organisation politique, avec la décentralisation des sources ; l'État sphère publique, résultante d'un processus de différenciation, à la fois symbolique et organique, entre l'État et la société civile, avec la privatisation des sources ».

<sup>582</sup> Sur le positivisme juridique, voir K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 22 ; Dominique LECOURT, « Positivisme », dans Dominique LECOURT (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, Paris, Quadriga/P.U.F., 1999, p. 745.

<sup>583</sup> B. OPPETIT, préc., note 93, p. 58 : « le positivisme, parce qu'il procède d'une idéologie, ne saurait s'accommoder du partage: dès l'instant où sa vocation au monopole normatif faiblit et où il admet l'existence de normes d'autre provenance tout en minorant leur valeur, sa cohérence disparaît ».

<sup>584</sup> Jean-Guy BELLEY, « Pluralisme juridique », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 300, à la page 301 : « Considérée du strict point de vue logique, la notion de pluralisme juridique peut se concevoir sans rapport nécessaire avec l'existence de l'État. À l'encontre d'une conception moniste du droit, elle suggère fondamentalement qu'il existe au sein d'une société une pluralité de cadres sociaux où se manifestent des phénomènes de droit, que cette société soit caractérisée ou non par la présence de l'État. Elle signifie que la centralisation du droit par une instance de pouvoir donnée, étatique ou autre, garde toujours un caractère relatif. Mais, dans le contexte d'émergence de la sociologie du droit, la notion de pluralisme juridique a pris un sens historique bien précis. Recourir à cette notion, c'était alors défendre la thèse d'une étatisation incomplète du droit, de l'existence du droit en dehors de l'État, de l'inaptitude de la conception dominante chez les juristes à exprimer adéquatement la réalité du droit ».

<sup>585</sup> Jean-François PERRIN, *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997, p. 39. On peut parler de pluralisme juridique, lorsqu'il existe « une pluralité de systèmes ou ordres juridiques dont les normes coexistent et agissent simultanément dans l'espace social » ; John GRIFFITHS, "What is legal pluralism", (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1 ; Marie-Bénédicte DEMBOUR, « Le pluralisme juridique une démarche parmi d'autres, et non plus innocente », (1990) 24 *R.I.E.J.* 43.

<sup>586</sup> Jacques VANDERLINDEN, « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 2 *RRJ* 573 ; Charles-Albert MORAND, « Régulation, complexité et pluralisme juridique », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 615 ; Jean-Guy BELLEY, « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 13:1 *Sociologie et Sociétés* 27 ; Roderick A. MACDONALD, « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « différentielle » », (1986) 28:1 *Sociologie et sociétés* 47.

juridiques est un rapport de « relevance » ou d'« irrelevance »<sup>587</sup> d'un ordre en fonction des « conditions mises par un autre ordre »<sup>588</sup>.

La production normative par des instances privées est soumise au cadre hiérarchique légal et leur reconnaissance éventuelle comme un ordre juridique<sup>589</sup> est conditionnée, entre autres, par l'existence d'agents ou d'appareils « reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour: 1) élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent ; 2) interpréter les règles existantes ; 3) les appliquer et les faire respecter »<sup>590</sup>. Nous adhérons aux arguments de Michel Coipel sur le fait que, par souci de clarté, il ne faudrait pas accorder à des normes non juridiques la qualité de règle de droit<sup>591</sup>.

---

<sup>587</sup> Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975, p. 106 : « l'analyse des rapports qu'entretiennent différents ordres juridiques revient à s'imposer celle de la relevance que chacun de ces ordres peut présenter pour les autres. Il est clair en effet que si un ordre juridique est irrelevant selon tel autre, cela signifie qu'il n'y a aucune relation entre eux ».

<sup>588</sup> *Id.*, p. 106.

<sup>589</sup> Michel VIRALLY, *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960, p. 139 : « Un ordre juridique ne peut être considéré comme constitué qu'à partir du moment où il englobe un nombre assez élevé de normes et ordonne des relations sociales assez fréquentes et diversifiées. Son existence est donc une question de fait et on s'épuiserait sans doute à chercher le critère permettant de déterminer à partir de quand il apparaît ».

<sup>590</sup> Guy ROCHER, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 104.

<sup>591</sup> M. COIPEL, préc., note 548, aux pages 67 et 68 : « Un : la relativisation du rôle du droit s'effectue tout aussi bien en observant qu'il n'a pas le monopole de la régulation sociale et en relevant la grande diversité des régulations non juridiques. Deux : le critère de la juridicité retenu par le pluralisme, à savoir l'existence d'un ordre juridique, se révèle fuyant voire tautologique. Trois : le pluralisme peut être vu comme un avatar subtil du panjurisme puisque les régulations non étatiques paraissent devoir être qualifiées de "juridiques" pour retenir l'attention des juristes. Quatre : la relativisation de la part prise par le droit dans la régulation sociale est incomplète car la thèse examinée semble se référer à des régulations ordonnées – sous réserve du flou artistique entourant le concept d'ordre juridique – et, dès lors, négliger le rôle considérable joué par des régulations informelles comme la morale sociale, les convenances, les règles familiales, etc. Cinq : même s'il est capital de souligner que le droit étatique n'a pas un monopole, il reste qu'il occupe une position dominante et spécifique dans la régulation sociale. Il convient donc d'éviter toute

Le droit est un mode particulier et distinct de la régulation<sup>592</sup> et se distingue par son originalité parmi les autres modes de régulation<sup>593</sup>. Il est l'expression souveraine du contrôle étatique<sup>594</sup>. Ce qui caractérise en définitive le droit, c'est le pouvoir du dernier mot<sup>595</sup>. Contrairement à tous les autres modes de régulation, il a vocation à régir l'ensemble des comportements de l'individu. Cette vocation crée la possibilité pour le droit d'édicter ou, au contraire, de ne point édicter des règles. Le droit peut renvoyer à l'autorégulation d'acteurs privés ou simplement constater que celle-ci suffit<sup>596</sup>.

---

confusion avec d'autres régulations en lui réservant le qualificatif de "juridique". En définitive, la réflexion sur le rôle des normes étatiques et sur leurs rapports avec les autres régulations gagne en clarté si on réserve le nom de "droit" aux premières et prend en compte les secondes sans exclusion ni restriction ».

<sup>592</sup> Sur l'opposition entre le monisme et le pluralisme, voir K. BENYEKHLEF, préc., note 21, p. 45 : « le pluralisme juridique s'oppose donc au monisme. Il suppose que l'État n'est pas la seule instance productrice de normes juridiques et qu'il existe alors, au sein des sociétés modernes, des ordres juridiques distincts de l'État ».

<sup>593</sup> G. ROCHER, préc., note 86, p. 136 : « ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique ».

<sup>594</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 842. Comme l'explique l'auteur, « Cette position centrale résulterait de la détention du monopole de la contrainte : sans doute les nouvelles formes de régulation juridique se caractérisent-elles, on l'a vu, par le recours à des formes plus souples de direction des conduites ; cependant, parce qu'elle reste adossée à la contrainte, à laquelle il est toujours possible de revenir, la régulation étatique n'en présenterait pas moins une spécificité irréductible » ; F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 576, p. 108 et suiv.

<sup>595</sup> A ce propos, voir Jean DABIN, *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1969, p. 34. L'auteur précise que : « La règle juridique est obligatoire parce que l'État, par ses organes qualifiés, l'aura érigée en loi d'État, de façon explicite ou implicite ».

<sup>596</sup> A. LAJOIE, préc., note 1, 109. Dans cette conception classique, « Les règles qui sont émises par d'autres institutions sociales qui ne tirent pas leur autorité de l'État constituent alors des normes sociales et non du droit proprement dit. C'est donc le caractère universellement obligatoire, à l'intérieur d'une société donnée, de règles que l'État peut imposer unilatéralement en tant qu'organe désigné comme légitime à cette fin par les membres de cette société, qui spécifie le droit dans cette optique ».

Cette originalité n'exclut pas de constater que le droit entre en dialogue et en interaction avec les modes de régulation privés. Cette interaction est mise en lumière par la théorie de l'internormativité<sup>597</sup>. Cette dernière apporte dans ce sens des éléments de compréhension<sup>598</sup> de l'intérêt des échanges et de la collaboration entre ensembles normatifs, dans une dynamique de régulation plus que de réglementation.

Cette interaction, d'intensité variable, est illustrée par des échanges constants entre les règles juridiques et les normes non juridiques, qualifiés de « dialogue internormatif »<sup>599</sup> ou encore de « jeu internormatif »<sup>600</sup>, et tendant à une conceptualisation des rapports entre le droit et les normes privées. Comme le souligne Jacques Chevallier :

---

<sup>597</sup> Guy ROCHER, « Les « phénomènes d'« internormativité » : faits et obstacles », dans Jean-Guy BELLEY (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 25, à la page 28. La notion « fait référence à la dynamique des contacts entre systèmes normatifs, aux rapports de pouvoirs et aux modalités d'influence ou d'interaction qui peuvent être observés entre deux ou plusieurs systèmes normatifs » ; K. BENYEKHEF, préc., note 21, à la p. 796 et suiv. ; B. DE SOUSA SANTOS, préc., note 79, 382.

<sup>598</sup> G. ROCHER, préc., note 597, à la page 26 : « le concept d'internormativité nous situe dans la perspective pluraliste de la normativité. Il postule la coexistence d'ordres ou systèmes normatifs différenciés, parallèles, complémentaires ou antagonistes »

<sup>599</sup> Jean-Guy BELLEY, « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle », dans Andrée LAJOIE, Roderick A. MACDONALD, Richard JANDA et Guy ROCHER, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 57, à la page 64.

<sup>600</sup> K. BENYEKHEF, préc., note 21, p. 828.

« il s'agira dès lors « d'ordonner le multiple » par des procédés visant à réaliser la mise en cohérence et à assurer la compatibilité de normes de provenances diverses. On parlera ainsi d'« inter-légalité » ou d'« inter-normativité » pour caractériser ces processus de communication et d'échange entre « espaces juridiques » différents, « ordres juridiques » distincts ». <sup>601</sup>

Le développement de phénomènes d'internormativité s'opère d'une part entre systèmes juridiques au sens classique du terme, étatiques, supra et infra étatiques, et d'autre part entre ceux-ci et des systèmes normatifs émergents, comme dans les relations commerciales mondiales <sup>602</sup>. Ce qui émerge, suite à ces transformations est :

« un ensemble flou dans lequel les deux droits [le droit impératif de l'État et le « droit librement créé par les individus dans l'espace d'autonomie qui leur est garanti »] s'interpénètrent et dans lequel des techniques autoritaires et contractuelles de formation du droit se combinent » <sup>603</sup>.

Ce phénomène dynamique de contacts entre systèmes normatifs différents qui entrent en interaction ou en interinfluence met à mal les catégorisations étanches et les répartitions exclusives de pouvoirs et de responsabilités. Il ne s'agit pas de dire

---

<sup>601</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 843.

<sup>602</sup> Jean CARBONNIER, *Sociologie juridique*, Paris, P.U.F., 1978, p. 317. Selon le doyen Jean Carbonnier : « entre le droit et les autres systèmes normatifs, des rapports se nouent et se dénouent, des mouvements, des conjonctions, des conflits se produisent; ce sont là des phénomènes autonomes [...] les phénomènes d'internormativité »

<sup>603</sup> C.-A. MORAND, préc., note 481, aux pages 142 et 143.

que des espaces normatifs émergents remplaceraient les systèmes juridiques classiques, mais plutôt de prendre acte de l'importance que prennent au XXI<sup>ème</sup> siècle certains ensembles ou phénomènes normatifs hors de l'État<sup>604</sup>.

---

<sup>604</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 202.

## Chapitre II. La normativité adaptée

La complexité croissante du monde ainsi que des relations juridiques et normatives fait que l'État n'est pas en mesure d'appréhender l'ensemble des phénomènes nécessitant un encadrement normatif. Le déroulement, de manière croissante, de transactions privées au-dessus des repères que sont les frontières des États plutôt qu'en leur sein, fait qu'il devient plus difficile de se représenter les États comme les acteurs normatifs principaux au niveau mondial<sup>605</sup>. En effet :

« la compréhension du cadre juridique d'une activité ne peut découler uniquement d'une vision linéaire du phénomène juridique. Il faut envisager les autres normes, celles qui ne sont pas considérées comme juridiques par la plupart des juristes, mais qui ont un effet normatif incontestable »<sup>606</sup>.

Les capacités institutionnelles de contrôle, de stabilisation et de régulation des activités sont devenues de plus en plus éclatées<sup>607</sup>. Nous assistons une adaptation des modes d'élaboration de la norme (Section I). L'État reste présent à travers une expression normative plurielle, symptomatique d'un droit postmoderne qui, loin de

---

<sup>605</sup> Hélène RUIZ-FABRI, « Immatérialité, territorialité et État », (1999) 43 *Arch. phil. droit* 187.

<sup>606</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYKHELF et S. HEIN, préc., note 44, p. 3-1.

<sup>607</sup> B. REMICHE, préc., note 199, à la page 254 ; M. DELMAS-MARTY, préc., note 196, p. 81 ; Jean-François DAGUZAN, « Vers une mutation du rôle de l'État : mondialisation et technologie », (2002) 2758 *Problèmes économiques* 20.

consacrer le déclin de l'État, lui permet d'adapter son contrôle de la norme d'origine privée (Section II).

## **Section I. L'adaptation des modes d'élaboration de la norme**

Actuellement, les réseaux structurés<sup>608</sup> qu'alimentent les différents flux nés de l'activité des acteurs qui opèrent à l'échelle mondiale, ignorent les frontières qui délimitent les territoires<sup>609</sup>. De nouveaux réseaux de pouvoir ont émergé, résultant de formes d'action collective qui ne sont plus limitées à l'État-nation, mais qui le dépassent et le fragmentent. Ainsi, « au-delà de l'État »<sup>610</sup> sont apparues des organisations internationales plus aptes à appréhender la globalisation du commerce électronique que l'Internet permet. Elles fixent désormais des principes communs à intégrer ou déjà intégrés dans les législations des États et qu'au-delà soient prévus des mécanismes de coopération avec le secteur privé. Ces organisations internationales ont un rôle accru dans l'harmonisation internationale (1).

---

<sup>608</sup> A ce propos, voir la trilogie : Manuel CASTELLS, *L'ère de l'information. Vol. 1 : La société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998 ; Manuel CASTELLS, *L'ère de l'information. Vol. 2 : Le pouvoir de l'identité*, Paris, Fayard, 1999 ; Manuel CASTELLS, *L'ère de l'information. Vol. 3 : Fin de millénaire*, Paris, Fayard, 1999 ; voir aussi F. STALDER, préc., note 17, p. 167 et suiv.

<sup>609</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 12 . Pour ces auteurs : « les espaces se déterritorialisent, les frontières deviennent poreuses et réversibles, les séparations se brouillent, les distances se contractent ou s'allongent à volonté ».

<sup>610</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 836.

Aussi, un mode nouveau de fonctionnement pour la tradition juridique apparaît. C'est le transfert des responsabilités traditionnellement relevant de l'État, vers des acteurs qui assurent une mission de régulation. Aucun acteur ne pouvant donc à lui seul réguler le commerce électronique global, la corégulation<sup>611</sup> serait alors, le moyen d'assurer la cogestion des initiatives, par un dialogue permanent entre les acteurs privés et les États. Ainsi, entre l'autorégulation et l'application de lois pouvant présenter des lacunes provisoires, la corégulation semble attrayante (2).

## **1. L'harmonisation internationale**

Si l'harmonisation internationale doit évoluer pour répondre aux nouveaux défis du commerce électronique, ce dernier n'a pas entraîné de bouleversement majeur. Les problèmes de l'encadrement juridique posés par l'internationalisation du commerce ne sont pas nouveaux. Les droits étatiques ont depuis longtemps été mis en compétition dans le cadre d'échanges internationaux. Le bouleversement, s'il avait lieu, tiendrait à un phénomène plus vaste, dont le commerce électronique ne constitue qu'un aspect parmi tant d'autres. Il tiendrait à l'internationalisation des relations entre personnes privées. Nous analyserons les enjeux de l'harmonisation (A) avant d'aborder la technique de la modélisation (B).

---

<sup>611</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 147 : « La raison d'être du modèle de la co-régulation procède d'un côté de considérations éthiques sur la réflexivité sociale et, de l'autre, de soucis d'efficacité pratique (capacité à atteindre les buts que la loi s'est fixée) et d'efficience (coûts nécessaires pour atteindre ces buts) ».

## A. Les enjeux de l'harmonisation

Le consentement de l'État est un principe essentiel de la mesure de l'obligation internationale. Le droit international privé<sup>612</sup> est, ainsi, plus un droit de coordination que de subordination. En effet, l'absence de hiérarchie incarne une représentation relative de la normativité, qui interprète les relations interétatiques comme étant le fondement de la normativité internationale<sup>613</sup>. L'accord international y trouve, donc, une place prépondérante puisque constituant le terrain sur lequel se rencontrent les intérêts des États, et qui définit le contenu de la légalité dans leurs rapports mutuels<sup>614</sup>.

Le développement de règles matérielles pour le commerce électronique global peut être envisagé par l'adoption de conventions internationales en la matière qui prennent la forme de « traités lois ou traités normatifs *qui* ont pour objet de poser des règles de droit du fait du contenu identique de la volonté commune des états signataires »<sup>615</sup>. Ce droit, qui occupe la première place dans la hiérarchie

---

<sup>612</sup> P. COURBE, préc., note 281, p. 7 : « Le droit international privé est couramment défini comme étant cette partie du droit qui regroupe l'ensemble des normes applicables aux personnes privées – physiques ou morales – impliquées dans des relations juridiques internationales ».

<sup>613</sup> De manière générale, voir Claude EMANUELLI, *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011 ; Marie Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2007 ; Henri BATTIFOL et Paul LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

<sup>614</sup> Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997 ; Pierre MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », (1979) 11 *Rev. Crit. DIP* 1.

<sup>615</sup> François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000, p. 148.

normative, constitue souvent la solution privilégiée pour mettre fin aux incompatibilités pouvant exister entre diverses lois nationales<sup>616</sup>.

Bien que séduisante, cette approche présente toutefois quelques difficultés. La complexité et la lenteur maintes fois constatées des mécanismes d'adoption des conventions internationales, suffit à tempérer l'enthousiasme que suscite cette approche. Cette technique demeure émaillée de nombreux problèmes techniques comme la question des réserves, les exceptions prévues, le champ d'application limité et le nombre insuffisant de ratifications pour l'entrée en vigueur du texte<sup>617</sup>.

Les conventions internationales sont censées permettre d'avoir des règles communes à tous les États en établissant des principes juridiques uniformes, mais l'expérience démontre les carences de cette solution pour deux raisons. D'une part, les États, pour stimuler leur développement économique, évitent d'adhérer à des conventions plus restrictives que leurs législations nationales, limitant ainsi leur efficacité. Ce qui signifie en pratique, que les délégations nationales cherchent à rallier les autres aux solutions de leur propre législation. Par conséquent, il en

---

<sup>616</sup> Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p. 55, à la page 69 : « le droit international privé classique [dispose] un cadre juridique apte à appréhender les problèmes nouveaux que suscite le développement des nouvelles technologies de l'information ».

<sup>617</sup> L. E. GILLIES, préc., note 132, p. 11 ; Jérôme HUET, « Le droit applicable dans les réseaux numériques », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p. 71.

résulte une suite de marchandages conduisant en réalité, non pas à l'adoption d'une solution autonome, mais à un compromis reflétant la diversité des positions.

D'autre part, la capacité de s'accorder sur des normes précises est limitée, car les différents droits, fruits de traditions historiques et philosophiques différentes, reflètent des conceptions parfois contradictoires et démontrent l'existence de divergences au niveau des règles applicables. L'exemple des divergences entre l'Europe et les États-Unis en matière de liberté d'expression<sup>618</sup>, par exemple, démontre les difficultés de parvenir à des accords opératoires sur les normes à mettre en vigueur au plan mondial.

Il est difficile de concevoir l'émergence d'un droit mondial qui réaliserait la synthèse de tous les systèmes juridiques. À défaut de celle-ci, on se trouve devant un défi majeur, celui de l'harmonisation<sup>619</sup> ; c'est-à-dire rapprocher les systèmes juridiques sans supprimer les différences qu'ils comportent. Ainsi, si l'harmonisation demeure difficile à réaliser juridiquement, elle peut être beaucoup

---

<sup>618</sup> Voir Élisabeth ZOLLER (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008.

<sup>619</sup> Innocent Fetze KAMDEM, « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », (2009) 43:3 *RJT* 609, 617. Ainsi, « l'harmonisation est un moyen qui sert à établir les grandes lignes d'un cadre juridique (unité législative de premier degré) en laissant aux différentes parties prenantes à l'intégration le soin de compléter l'ossature commune par des dispositions qui correspondent mieux à leurs valeurs, à leurs préférences ou à leur niveau de développement. »

plus acceptable politiquement que l'unification<sup>620</sup> ou encore l'uniformisation<sup>621</sup>. En effet :

« l'harmonisation supprime certes les divergences, mais elle favorise l'existence de spécificités législatives ou réglementaires nationales. Ce faisant, elle laisserait aux autorités nationales certains aspects du droit qui, parfois, constituent des pierres d'achoppement lors d'une entreprise d'intégration juridique. En ce qu'elle exige un niveau d'unité législative ou réglementaire inférieur aux standards de l'unification et de l'uniformisation, l'harmonisation serait ainsi plus aisément réalisable »<sup>622</sup>.

Le rapprochement des législations met en lumière un certain nombre d'enjeux sous-jacents de pouvoirs. En effet, le mouvement n'a pas exactement la même signification suivant qu'il s'agit de promouvoir le système juridique d'un seul État, en général économiquement le plus puissant, ou de rechercher une synthèse entre les traditions juridiques nationales différentes<sup>623</sup>. La coexistence de systèmes juridiques connaît, ainsi, trois possibilités de mode de relation.

---

<sup>620</sup> *Id.*, 618. L'auteur précise que : « l'unification consiste à instaurer, dans une matière juridique donnée, une réglementation détaillée et identique en tous points pour tous les États membres tout en leur laissant le choix de la modalité de mise en œuvre des normes communes ».

<sup>621</sup> *Id.*, 619. L'uniformisation « postule que, pour une matière précise, soit minutieusement élaboré un cadre normatif (unité de second degré) contenu dans un instrument unique auquel les parties prenantes adhèrent sans pouvoir y déroger ni sur le fond, ni sur la forme. Concrètement, l'uniformisation suppose par exemple que les États impliqués dans une intégration se dotent d'un corps de normes uniformes et détaillées contenu dans un instrument unique ».

<sup>622</sup> *Id.*, 621.

<sup>623</sup> Mireille DELMAS-MARTY, *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006, p. 49. Comme l'explique l'auteure : « c'est sans doute dans l'entre-deux, entre l'impossible isolement et l'impossible codification, qu'il faut situer le mouvement d'harmonisation. A la différence des entrecroisements qui se limitent à des coordinations horizontales entre

La première possibilité est l'autonomie complète des systèmes qui s'ignorent les uns les autres. La deuxième est celle d'une unité, qui passe par la fusion ou l'intégration des systèmes juridiques dans un système global. La troisième possibilité est de considérer une voie médiane, celle d'un « pluralisme ordonné », qui accepte la pluralité des systèmes et l'existence de « processus d'interaction »<sup>624</sup> entre eux, sans basculer dans une unification globale. Il s'agit là de la question centrale et même de l'ambiguïté du droit au niveau mondial qui oscille tantôt sur des stratégies de subordination, mettant en place un système d'ordre hégémonique à caractère économique, tantôt, sur des stratégies de coordination, traduisant peut-être la naissance d'un droit commun de conception pluraliste<sup>625</sup>.

---

différents ensembles juridiques, l'harmonisation instaure une relation de type vertical, impliquant une hiérarchie entre le haut (le niveau international, régional ou mondial) et le bas ».

<sup>624</sup> *Id.*, p. 37 ; Mireille DELMAS-MARTY, « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », (2006) 14 *D.* 951. Selon Mireille Delmas-Marty, les processus d'interaction entre les différents systèmes vont de la coordination par entrecroisements à l'unification par hybridation, en passant par l'harmonisation par rapprochement.

<sup>625</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 844. Comme le souligne l'auteur : « c'est en effet moins par un processus d'« unification » à travers la convergence des droits nationaux, que par un processus d'« harmonisation » visant à rendre les différences compatibles, que ce droit commun émerge progressivement ; et les principes directeurs constitueraient un vecteur privilégié de cette harmonisation. »

## B. La technique de la modélisation

Il est important de souligner que la technique de la modélisation<sup>626</sup> est sans aucun doute le vecteur le plus puissant de l'harmonisation du droit du commerce électronique. Nous assistons à un rapprochement entre les systèmes nationaux autour de modèles internationaux. Généralement, la norme est positive et contraignante. La modélisation modifie l'approche de la fonction normative en introduisant une nouvelle fonction qui se substitue à la précédente transformant la norme en un modèle à suivre ou une norme de référence<sup>627</sup>.

L'absence de contrainte constitue donc une caractéristique majeure de la norme modèle, qui peut être considérée comme une norme potentielle, ou une norme en devenir. Les instruments de la modélisation relèvent en majorité du droit international non obligatoire ; ce qu'il est commun d'appeler la *soft law*<sup>628</sup>. Ce

---

<sup>626</sup> Philippe KAHN, « La modélisation au service de la fonction normative de la CNUDCI : la modélisation comme instrument », (2003) 252 *LPA* 59, 59 : « La modélisation, si elle est effectivement un moyen efficace de parvenir à une certaine harmonisation, voire à une unification de droits divergents, a des origines plus modestes et des objectifs plus pratiques que ceux actuellement présentés. En effet, les modèles ont été utilisés de tout temps pour faciliter à différents intervenants sur la scène juridique la mise en droit de leurs problèmes. Ils ont pris dans la période actuelle, en raison de l'évolution très rapide des techniques et de l'étendue des échanges internationaux, une place très importante dans la juridicité des relations économiques ».

<sup>627</sup> Éric LOQUIN, « Les rapports avec la *lex mercatoria* », (2003) 252 *LPA* 53, 55 : « La règle modélisée occupe une place à part dans la hiérarchie des règles de droit. Les règles impératives s'imposent aux parties, les règles supplétives s'appliquent dès lors qu'elles ne sont pas écartées par la volonté contraire des parties. La norme modélisée a besoin d'être l'objet d'un accord de volonté des parties pour être effective. Pourtant ces normes ne sont pas le pur produit de la rencontre des volontés et du rapport de force contractuel. Leur contenu est extérieur aux parties qui ne manifestent qu'une volonté d'adhésion. »

<sup>628</sup> U. DRAETTA, préc., note 280, p. 31. Pour une définition de la *soft law* : « par ce terme, on se réfère aux normes non contraignantes, mais non pas sans importance pour le droit, qui proposent

« droit mou »<sup>629</sup> possède des caractéristiques juridiques propres : il est non obligatoire, sinon par l'adhésion volontaire des États ou par le biais de la volonté des parties au contrat<sup>630</sup>. Les textes modèles contribuent à structurer les démarches des acteurs qui, dans leurs champs respectifs d'intervention, vont mettre en place des normes en se référant aux modèles les plus connus<sup>631</sup>.

Une telle approche traduit une complexité juridique croissante, car cette conception implique davantage une superposition de normes internationales et nationales qu'une simple substitution des unes aux autres. Elle change la logique du droit international qui voit dans le consensus des États souverains, à travers la ratification des conventions, la seule source de normativité. La modélisation réintroduit une hiérarchie, mais une hiérarchie souple qui préserve la possibilité pour chaque État ou chaque opérateur privé de ne pas appliquer ces principes<sup>632</sup>.

---

des solutions, également basées sur la pratique, à des problèmes particulièrement ressentis dans la communauté internationale, surtout en fonction de l'exigence de certitude du droit. L'efficacité juridique de la soft law doit être déterminée justement dans la fonction auxiliaire d'orientation qu'elle peut exercer en faveur des personnes privées dans leurs rapports commerciaux, que ce soit pour combler des lacunes normatives, ou pour interpréter des normes contraignantes. »

<sup>629</sup> Mireille DELMAS-MARTY, « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? Introduction aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 209.

<sup>630</sup> I. HACHEZ, préc., note 522, 38 ; Isabelle DUPLESSIS, « Le vertige de la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », (2007) *R.Q.D.I.* 245.

<sup>631</sup> P. TRUDEL, préc., note 146, à la page 247.

<sup>632</sup> Arlette MARTIN-SERF, « La modélisation des instruments juridiques », dans Éric LOQUIN et Catherine KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p.179, à la page 180.

Ces modèles proposent des principes considérés comme un compromis suffisamment acceptable pour inspirer les législations des États aussi bien de tradition anglo-saxonne que de culture romano-germanique. Leur influence a permis de dégager une série de principes de régulation du commerce électronique qui se trouvent sous une forme plus ou moins harmonisés dans différents ordres juridiques, mais aussi dans différents outils de régulation d'origine privée<sup>633</sup>.

## 2. La corégulation

La remise en cause de la distinction entre le secteur public et le secteur privé implique un déplacement conceptuel sur la distinction entre le marché et l'État et donc l'opposition entre l'autorégulation et la réglementation<sup>634</sup>. C'est la méthode de la corégulation<sup>635</sup> qui est interpellée à cet égard comme solution possible à cette complexité<sup>636</sup>. De manière générale, la corégulation « s'analyse comme un lieu d'échange, de négociation entre les « parties prenantes » et les titulaires de la

---

<sup>633</sup> Josef DREXL, « Mondialisation et société de l'information : le commerce électronique et la protection des consommateurs », (2002) 1 *RIDE* 405, 416.

<sup>634</sup> M. MASSCHALCK et T. DEDEURWAERDERE, préc., note 563, à la page 91.

<sup>635</sup> P. TRUDEL, préc., note 22, à la page 97.

<sup>636</sup> Christian PAUL, *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Paris, La Documentation française, 2001, p. 15 : « [...] l'Internet pose au droit des problèmes nouveaux et multiples. Ils ne peuvent être entièrement résolus à l'échelle nationale, voire même à l'échelle européenne. L'Internet nécessite de repenser la manière produire le droit ».

contrainte légitime et où se comparent les bonnes pratiques, afin de les ériger en recommandations »<sup>637</sup>.

Il n'existe pas encore de définition arrêtée de la corégulation. Pourtant, bien que les interprétations divergent selon les expériences pratiques, les pays et les cultures, les réflexions amorcées sur la corégulation font ressortir sa nature, à savoir, une méthode<sup>638</sup> et non une source normative (A). La corégulation a acquis un caractère mondial lorsqu'elle a été adoptée au niveau international par des organisations au nombre desquelles on compte l'OCDE<sup>639</sup> ou l'Union européenne. Deux principales approches de la corégulation se côtoient (B).

---

<sup>637</sup> B. DU MARAIS, préc., note 541, à la page 296.

<sup>638</sup> Timothy R. FENOULHET, « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information », (2002) 38 *LPA* 9.

<sup>639</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Un monde sans frontières : réaliser le potentiel du commerce électronique global*, Conférence interministérielle d'Ottawa, 7-9 novembre 1998, disponible à l'adresse : <<http://www.ottawaoecdconférence.org/french/information/summary.html>> (consulté le 6 juillet 2013) [Conférence d'Ottawa]. La conférence interministérielle d'Ottawa a appelé de ses vœux un « effective mix » d'interventions publiques et privées pour réguler le commerce électronique global.

## A. La méthode de la corégulation

La corégulation n'est pas un instrument réglementaire, tel qu'une loi ou un code de conduite<sup>640</sup>. La notion de corégulation serait « la traduction du concept de gouvernance dans les termes des théories de la régulation »<sup>641</sup>. Les autorités publiques, en s'appuyant sur les régulations privées atteindraient plus facilement leur objectif, dans la mesure où celles-ci sont en mesure d'utiliser des modes de contrainte propres au secteur et peuvent, plus facilement qu'une régulation publique réaliser les objectifs de la régulation<sup>642</sup>.

Censée transcender la distinction entre le droit public et le droit privé, la méthode de la corégulation « est essentiellement un processus ouvert visant à fédérer les différents acteurs dans un lieu de dialogue. Un tel dialogue devrait permettre l'émergence de relais entre les valeurs à préserver et les réalités vécues par les usagers »<sup>643</sup>. La méthode de la corégulation permet « de proposer des approches de régulation procurant à la fois une protection appropriée aux protagonistes, tout en

---

<sup>640</sup> C. PAUL, préc., note 636, p. 91 : La corégulation « n'est pas une instance de contrôle et ne produit pas de droit ».

<sup>641</sup> Ludovic HENNEBEL et Gregory LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », dans Thomas BERNIS et *al.*, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147, à la page 150.

<sup>642</sup> J. BERLEUR, préc., note 158, 76.

<sup>643</sup> P. TRUDEL, préc., note 22, à la page 94.

se modelant sur les usages et les contextes concrets dans lesquels se déroulent les activités »<sup>644</sup>.

Le rapport de la mission parlementaire française présidée par le député Christian Paul avait mis l'accent sur la nécessité de relier l'autorégulation privée à la régulation publique, et plus précisément les acteurs économiques et sociaux, aux pouvoirs démocratiques traditionnels. Ainsi :

« Si les institutions démocratiques veulent remplir leur rôle sans se trouver court-circuitées par la réalité, elles doivent être capables de traiter les questions posées avec la rapidité et la pertinence nécessaires. Elles doivent le faire en écoutant davantage, en collaborant mieux avec l'ensemble des acteurs et des parties prenantes au débat. Elles doivent savoir se focaliser sur les sujets dont les enjeux sont essentiels et où leur intervention est décisive, et laisser différentes formes -pas uniquement marchandes- d'autorégulation s'exercer là où elles suffisent à répondre aux attentes sociales. Il s'agit donc, non pas de définir une nouvelle forme de régulation, mais de trouver une méthode adaptée aux temps nouveaux »<sup>645</sup>.

L'idée consiste à adjoindre à la puissance publique, des acteurs privés et des mécanismes librement consentis. La méthode permet de combiner des instruments de réglementation ou des instruments économiques et des instruments d'autorégulation ou volontaristes. Il s'agit donc d'un modèle plus souple et plus

---

<sup>644</sup> P. TRUDEL, préc., note 92, à la page 160.

<sup>645</sup> C. PAUL, préc., note 636, p. 14.

participatif pour l'élaboration des normes faisant appel à la coopération entre les pouvoirs publics et les acteurs privés<sup>646</sup>. La méthode implique alors un nouveau partage des responsabilités entre acteurs publics et privés qui s'inscrit dans « une architecture plurielle du système de régulation lequel assure à la fois la légitimité des divers acteurs impliqués, mais qui tient également compte de leur capacité à assumer le rôle auquel ils prétendent »<sup>647</sup>.

Les autorités publiques demeurent présentes dans une configuration « au sein de laquelle le poids des normes d'origine étatique, de même que leur capacité à influencer effectivement les comportements, est tributaire de la synergie qui s'établit avec les autres sources de régulation »<sup>648</sup>. Les États adoptent une stratégie normative qui « vise à susciter, conforter, coordonner ou compléter des régulations extérieures, généralement d'ordre privé »<sup>649</sup>. L'autorité publique peut enfin « consolider »<sup>650</sup> les outils d'autorégulation mis en place par le secteur privés s'ils réalisent leurs objectifs de régulation.

---

<sup>646</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 142 : « L'idée force de la co-régulation repose donc dans l'échange d'information et la coopération ».

<sup>647</sup> Alain LAPOINTE et Corinne GENDRON, *Vers un nouveau partage des pouvoirs de régulation*, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable, Université du Québec à Montréal, 2003, disponible à l'adresse : <http://www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/articles/lapointegendronregulation.pdf> (consulté le 6 juillet 2013), p. 4.

<sup>648</sup> P. TRUDEL, préc., note 526, 208.

<sup>649</sup> Benoît FRYDMAN, « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans Thomas BERNS *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1, à la page 45.

<sup>650</sup> Yves POULLET, « Les aspects juridiques des systèmes d'information », (2006) 10:3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm> (consulté le 6 juillet 2013), p. 7.

## B. Les approches de la corégulation

La corégulation n'est pas toujours le résultat d'une stratégie réfléchie. Il s'agit d'un phénomène multiforme dont le spectre se polarise autour de deux situations. Ainsi, l'approche « *bottom-up* »<sup>651</sup>, désigne le processus par lequel des mécanismes d'autorégulation du marché développés spontanément par celui-ci se trouvent à un moment donné consacrés, pris en compte par les autorités publiques<sup>652</sup>. On privilégie tout d'abord l'autorégulation et si elle n'atteint pas les objectifs souhaités, elle est remplacée par une réglementation étatique. Il s'agit alors d'un :

« mécanisme plus relâché d'encadrement de l'autorégulation, dans lequel l'État exercerait essentiellement une fonction de surveillance : l'autorégulation n'est pas ici initiée ou déléguée par l'État, mais spontanée et simplement encadrée par des autorités de surveillance qui n'interviennent que si les résultats de l'autorégulation sont réellement insatisfaisants »<sup>653</sup>.

---

<sup>651</sup> Jay P. KESAN et Andres A. GALLO, "Optimizing regulation of electronic commerce", (2003) *Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper n° LE02-001*, disponible à l'adresse : [http://www.researchgate.net/publication/228231552\\_Optimizing\\_Regulation\\_of\\_Electronic\\_Commerce/file/79e41510298ba875ef.pdf](http://www.researchgate.net/publication/228231552_Optimizing_Regulation_of_Electronic_Commerce/file/79e41510298ba875ef.pdf) (consulté le 6 juillet 2013), p. 38.

<sup>652</sup> Y. POULLET, préc., note 180, à la page 180.

<sup>653</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 144.

L'effet de l'autorégulation est alors renforcé par la menace de l'adoption de règles généralement plus contraignantes. Si les acteurs privés ne coopèrent pas avec les acteurs publics à la fois pour appliquer les règles de droit, mais aussi pour en assurer préventivement le respect, l'État doit intervenir pour protéger l'intérêt général.

D'autre part, l'approche « *top down* »<sup>654</sup> considère que les objectifs essentiels ainsi que les mécanismes fondamentaux de mise en œuvre de ces objectifs et de leur contrôle doivent être réglementés par les autorités publiques et donc autant que possible par le législateur<sup>655</sup>. Seule l'Union européenne a développé, à l'échelle supranationale, un cadre prédéterminé pour la corégulation, dans le cadre de l'*Accord interinstitutionnel* : « *Mieux légiférer* »<sup>656</sup>. Cet accord plaide clairement pour la reconnaissance de la corégulation comme complément au droit<sup>657</sup>.

---

<sup>654</sup> J. P. KESAN et A. A. GALLO, préc., note 651, p. 41.

<sup>655</sup> Y. POULLET, préc., note 180, à la page 180.

<sup>656</sup> PARLEMENT, CONSEIL ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel* : « *Mieux légiférer* », 16 décembre 2003, Journal officiel n° C 321 du 31/12/2003, p. 0001-0005, disponible à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/c\\_321/c\\_32120031231fr00010005.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/c_321/c_32120031231fr00010005.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>657</sup> *Id.*, article 18 : « On entend par corégulation le mécanisme par lequel un acte législatif communautaire confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées reconnues dans le domaine (notamment les opérateurs économiques, les partenaires sociaux, les organisations non gouvernementales ou les associations). Un tel mécanisme peut être utilisé sur la base de critères définis dans l'acte législatif pour assurer l'adaptation de la législation aux problèmes et aux secteurs concernés, alléger le travail législatif en se concentrant sur les aspects essentiels, et profiter de l'expérience des parties concernées ».

Ce texte impose un cadre à l'autorégulation et « confère la réalisation des objectifs définis par l'autorité législative aux parties concernées, reconnues dans le domaine »<sup>658</sup>. Il est à noter que si cette configuration, de type « auto régulation contrôlée »<sup>659</sup>, semble prendre place au sein de l'Union européenne, la régulation au niveau mondial n'implique pas nécessairement ce type de rapports ni l'institution d'instances de concertation entre acteurs publics et privés<sup>660</sup>.

Au centre de l'approche européenne figure l'équilibre indispensable entre l'existence d'objectifs politiques clairs et précis et leur mise en œuvre souple et efficace. Cette approche se résume en deux éléments principaux. En premier lieu, la définition des objectifs politiques par les pouvoirs publics. Ces objectifs sont ensuite traduits en règles ou lignes directrices par les parties intéressées qui insistent sur les résultats souhaités. Ces règles sont alors encadrées par un instrument législatif<sup>661</sup>. En second lieu, la mise en œuvre et le contrôle sont assumés, soit par les parties intéressées elles-mêmes à travers un organisme établi à cet effet, soit par un organisme indépendant de type partenariat public-privé. Le

---

<sup>658</sup> Y. POULLET, préc., note 180, aux pages 180 et 181. Yves Poulet définissant cette forme de co-régulation dans les termes suivants : « un texte législatif ou gouvernemental prévoit l'existence de mécanismes de co-régulation et encourage les acteurs du secteur privé concerné à transposer par autorégulation les objectifs que ce texte à lui-même définit ».

<sup>659</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 67.

<sup>660</sup> Jean Bernard AUBY, *La globalisation. Le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003, p. 69 : « Ce qui prévaut en vérité dans ces cas où la régulation non étatique occupe une place significative, c'est plutôt un schéma de « corégulation », dans lequel la régulation privée et la régulation étatique - ou celle qu'assurent des organisations internationales publiques - se complètent, se relaient. »

<sup>661</sup> S. KABLAN et A. OULAI, préc., note 68, 37 et 38.

choix des moyens pour arriver aux résultats escomptés demeure cependant du ressort des acteurs privés.

## **Section II. L'adaptation du contrôle des États**

Si l'on accepte que les transactions internationales entre professionnels puissent être régies par les normes privées, elles sont généralement perçues comme insuffisantes, pour générer la confiance des consommateurs. Ainsi, si les États se laissent supplanter dans leur capacité à dire le droit dans certains marchés fermés, l'ouverture du marché électronique au plus grand nombre fait que désormais, la confiance dans le commerce électronique global ne peut se passer d'un contrôle des normes privées par les États.

Dans un secteur où le pragmatisme et l'efficacité guident les comportements, les États doivent veiller à ce que le développement des normes privées dépasse le caractère purement utilitariste<sup>662</sup>. Les acteurs privés restent « en deçà de l'État »<sup>663</sup>. Les normes privées, non juridiques, n'ont alors leur place dans la régulation du commerce électronique global que si elles participent à une meilleure sécurité

---

<sup>662</sup> André-Jean ARNAUD, « La régulation par le droit en contexte globalisé », dans Jacques COMMAILLE et Bruno JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 147.

<sup>663</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 439, p. 115.

juridique et sont considérées comme valides. Ainsi, les États contrôlent la validité des normes privées (1).

Les acteurs publics et privés interagissent de manière à ce que les régulateurs privés ne se trouvent pas dans une situation d'ignorance ou de défiance envers les États. Des boucles étranges de la loi et de la régulation privée apparaissent. Le modèle de coopération se base sur la régulation comme vecteur d'acclimatation de la loi auprès des acteurs du secteur qui vient soutenir l'application effective de la loi. Ainsi, les États, non seulement ne font pas obstacle au développement de normes privées, mais contrôlent de manière active leur champ d'application (2).

## **1. Le contrôle de la validité des normes privées**

Si la recherche des critères de juridicité des normes d'origine privée reste hasardeuse, elles peuvent être considérées comme valides par les États si elles respectent certains critères de validité qui tournent autour de trois points : tout d'abord, la question de la légitimité des auteurs de la norme, ensuite la conformité du contenu de ces normes ainsi édictées aux réglementations publiques de référence et enfin, l'effectivité de ces normes, à savoir la garantie de leur respect. On peut, ainsi, distinguer trois critères cumulatifs pour s'assurer de la validité des normes privées du commerce électronique en s'inspirant des réflexions des professeurs François Ost et Michel Van de Kerchove sur la validité des ordres

juridiques<sup>664</sup>. Le critère de légitimité (A), le critère de conformité (B) et enfin le critère d'effectivité (C).

## **A. Le critère de légitimité**

Le critère de légitimité renvoie à l'analyse des auteurs et du contenu de la norme<sup>665</sup>. Le critère répond à la question de la possibilité pour le droit d'accepter une norme élaborée par des acteurs privés, en dehors d'une délégation claire par les normes étatiques<sup>666</sup>. Il convient de souligner à cet effet, que la délégation à des organismes professionnels le soin de réglementer leur secteur d'activité n'est nullement récente. Ce phénomène traduit l'émergence d'un système corporatif, dans lequel l'État s'efface derrière les professions organisées, en leur transférant sa puissance de contrainte juridique qui peut se faire par différents moyens informels.

---

<sup>664</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 576, p. 270 et suiv. Les auteurs développent ces critères relativement à la validité d'un ordre juridique. Seul le raisonnement est retenu. Les auteurs y distinguent trois critères d'analyse de la norme juridique : le critère formel (la « légalité »), le critère axiologique (la « légitimité ») et le critère empirique (« l'effectivité »).

<sup>665</sup> Y. POULLET, préc., note 59, à la page 93 ; Yves POULLET, « Vers la confiance : vues de Bruxelles, un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 133, à la page 168.

<sup>666</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 62.

La régulation juridique tend ainsi à se segmenter du fait de l'exigence de l'adaptation de la norme au concret<sup>667</sup>.

La légitimité des auteurs dépend de l'expertise des auteurs de la norme et du caractère représentatif de ces derniers. Ainsi, cette légitimité « repose sur le mode ouvert et participatif de leur élaboration et la représentativité des associations qui en sont à l'origine »<sup>668</sup>. Les normes d'autorégulation peuvent, ainsi, être adoptées au sein d'une fédération d'entreprises ou d'une corporation avec consultation externe. La représentativité des associations professionnelles est tributaire du pouvoir dont elles disposent et du degré d'organisation du secteur d'activité. Elles doivent veiller à ce que tous leurs adhérents respectent leurs normes et que ce respect soit une condition pour être membre de l'association. La légitimité dépend alors du pouvoir de l'association et du degré d'organisation du secteur concerné.

Quant au contenu des normes, la légitimité de la norme privée dépend du consensus dont elle est entourée lors de son élaboration. La norme privée doit être conforme à l'intérêt général en ce sens qu'elle ne doit pas profiter aux seuls auteurs de la norme au détriment de ses destinataires ou des tiers concernés. La norme privée ne peut être admise qu'à la condition de concilier à la fois les intérêts du développement d'un secteur économique et la préservation nécessaire des droits

---

<sup>667</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 838 : « L'auto-organisation des groupes professionnels est un phénomène ancien : il s'agit d'encadrer l'activité des membres de la profession [...] ; l'État utilise ces groupes comme relais, en officialisant les réglementations qu'ils édictent ».

<sup>668</sup> Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUECK, « Synthèse des débats », dans Jacques BERLEUR, Christophe LAZARO et Robert QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 153, à la page 165.

des usagers. Enfin, elle doit faire l'objet d'évaluations et de révisions périodiques afin de s'assurer qu'elle ne se détourne pas de l'objectif pour lequel elle a initialement été élaborée. La rédaction doit être claire et sans ambiguïté dans le sens que les destinataires puissent en comprendre aisément la portée. Pierre Issalys soutient que :

« l'instrument choisi bénéficiera d'une légitimation optimale lorsqu'on pourra démontrer qu'il concilie mieux qu'aucun autre, compte tenu de la matière à traiter, les exigences respectives de la maîtrise politique, de la compétence technique, de l'économie de moyens, de la qualité de l'espace public et de l'équité »<sup>669</sup> .

La légitimité des normes privées serait alors fondée sur les sources dont elles émanent, les formes selon lesquelles elles sont exprimées et enfin les domaines qu'elles visent à réguler. L'ouverture aux représentants de la société civile confère certainement une légitimité supplémentaire au processus et renforce sa crédibilité. Ainsi, la norme privée peut être considérée comme légitime si elle permet l'expression et la prise en considération des intérêts multiples des différents acteurs concernés par les opérations en cause. Cette participation doit couvrir aussi bien la participation à l'élaboration de la norme, que le contrôle et l'évaluation du système mis en place.

---

<sup>669</sup> Pierre ISSALYS, préc., note 206, 89.

## B. Le critère de conformité

La conformité de la norme privée suppose que son contenu ne déroge pas une norme supérieure<sup>670</sup>. La norme d'origine non étatique doit notamment respecter l'ordre public étatique et ne pas constituer un abus de droit<sup>671</sup>. Le critère de conformité analyse la conformité de la norme privée vis-à-vis des textes réglementaires, mais au-delà, à l'égard des valeurs de société. Les autorités nationales ou supranationales peuvent mettre en place des autorités ou organismes chargés de contrôler les normes privées « en vérifiant leur conformité aux grands principes juridiques – dans leur contenu comme dans leur processus de production – et de donner ensuite leur approbation »<sup>672</sup>.

On peut prendre pour exemple l'*Accord interinstitutionnel « Mieux légiférer »* qui promeut la reconnaissance de l'autorégulation et de la corégulation, mais en imposant des balises, consacrant le critère de la conformité :

---

<sup>670</sup> Y. POULLET, préc., note 180, à la page 172.

<sup>671</sup> Y. POULLET, préc., note 132, p. 185.

<sup>672</sup> M. COIPEL, préc., note 548, à la page 76.

« La Commission veille à ce que le recours aux mécanismes de corégulation et d'autorégulation soit toujours conforme au droit communautaire et qu'il respecte des critères de transparence (publicité des accords notamment) et de représentativité des parties impliquées. Il doit en outre représenter une valeur ajoutée pour l'intérêt général. Ces mécanismes ne sont pas applicables si les droits fondamentaux ou des choix politiques importants sont en jeu, ou dans les situations où les règles doivent être appliquées uniformément dans tous les États membres. Ils doivent assurer une régulation rapide et flexible qui n'affecte pas les principes de concurrence, ni l'unicité du marché intérieur. »<sup>673</sup>

Les normes privées sont, non pas un substitut à la réglementation nationale, mais une régulation complémentaire rapide et flexible. En effet, « c'est à ce niveau que s'inscrit la marge de manœuvre de l'autorégulation »<sup>674</sup>. L'autorité publique fixe les objectifs généraux de politique publique à atteindre, et ce dans le respect des principes de nécessité et de proportionnalité et les acteurs privés sont chargés d'élaborer avec l'État ou eux-mêmes les normes qui permettront d'atteindre ces objectifs.

---

<sup>673</sup> *Accord interinstitutionnel* : « Mieux légiférer », préc., note 656, article 17.

<sup>674</sup> J. BERLEUR, C. LAZARO et R. QUECK, préc., note 668, à la page 166.

## C. Le critère d'effectivité

Le troisième critère, celui de l'effectivité, renvoie au respect de la norme dans les faits<sup>675</sup>. Rappelons que l'effectivité du droit repose sur la capacité de s'imposer justement à celui qui ne souhaite pas la respecter de sa propre volonté<sup>676</sup>. À cet égard, il convient de rappeler que l'effectivité se distingue de l'efficacité<sup>677</sup>, en ce sens que cette dernière est un bilan des coûts et des bénéfices tirés d'une législation, alors que l'effectivité fait référence à l'ensemble des principes juridiques de la norme.

L'effectivité est la qualité d'une norme à être véritablement appliquée, soit parce qu'elle est suivie spontanément par les personnes, soit parce que celles-ci subissent un rappel à l'ordre lorsqu'elles la méconnaissent. Il demeure que cette notion est complexe et l'engouement dont elle jouit aujourd'hui ne contribue pas à en clarifier les enjeux. Ainsi, la notion sociologique d'« effet » est plus large et englobe tous les aspects de la norme : effets prévus et imprévus, parmi les effets prévus, certains sont désirés et d'autres non, voire indifférents, effets directs ou

---

<sup>675</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 313 : « En général, l'effectivité constitue une analyse a posteriori, rétrospective, constatatoire des effets d'une norme : l'évaluation de l'effectivité consiste à comparer les conduites réelles des destinataires d'une norme au modèle de comportement que celle-ci prévoit » ; C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 247.

<sup>676</sup> M. COIPEL, préc., note 548, à la page 51 ; Christophe MINCKE, « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », (1998) 40 *R.I.E.J.* 115, 126.

<sup>677</sup> François RANGEON, « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans Danièle LOCHAK (dir.), *Les usages du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 126, à la page 131 : « l'efficacité mesure un résultat en fonction d'un objectif et dans des conditions données ».

indirects, immédiats ou non, effets juridiques, sociaux, économiques, psychologiques, etc.

L'analyse sociologique distingue les effets concrets ou symboliques<sup>678</sup> pour situer l'action des normes « sur les comportements observables des acteurs sociaux »<sup>679</sup>. Cette analyse permet d'aller au-delà de la mesure de « la proportion d'individus qui se conforment ou ne se conforment pas à une norme juridique »<sup>680</sup>. L'effectivité est à ce titre plus large et englobe l'efficacité :

« L'évaluation de l'effectivité d'une norme ne peut évacuer de son champ d'analyse une interrogation sur les effets qui en sont attendus et sur sa capacité à réaliser les objectifs en vertu desquels elle a été adoptée : l'interrogation relative à l'efficacité d'une norme juridique est indissociable de son effectivité. Dans cette perspective plus englobante, l'efficacité d'une norme juridique apparaît donc comme un aspect de son effectivité.»<sup>681</sup>

---

<sup>678</sup> Valérie DEMERS, *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996, p. 71 et 72 : « les effets symboliques désignent les effets qu'une norme juridique suscite non pas directement au niveau des conduites, des comportements, mais plutôt au niveau des représentations, des opinions, des attitudes mentales »

<sup>679</sup> *Id.*, p. 68.

<sup>680</sup> *Id.*, p. 2.

<sup>681</sup> *Id.*, p. 83.

L'effectivité se distingue, enfin, de la notion d'efficience<sup>682</sup>, laquelle est une notion économique basée sur une analyse comparative des résultats de la norme juridique avec les ressources, les moyens humains et financiers mis en œuvre pour les atteindre. Une norme est alors dite efficiente, si elle obtient au moindre coût le résultat voulu. L'efficience comporte un sens particulier spécifique aux sciences économiques, dans la mesure où elle caractérise une répartition des ressources dans la société de manière à obtenir la valeur la plus élevée. L'appréciation de l'incidence économique des règles de droit a pris à l'époque contemporaine une importance croissante non seulement pour les économistes mais également pour les juristes à travers le mouvement de l'analyse économique du droit<sup>683</sup>.

Sur le plan formel, nombreuses sont les normes privées qui apparaissent, comme ayant un caractère uniquement indicatif, du fait de leur nature recommandataire et de la subordination de leur force obligatoire à l'adhésion des destinataires<sup>684</sup>. Pourtant, même si les critères d'effectivité des normes sont susceptibles d'évoluer

---

<sup>682</sup> C. MINCKE, préc., note 676, 134 : « L'origine du concept d'efficience est économique et fait référence à une balance coût-bénéfice. Le critère considéré est celui de la rentabilité de l'action qui est menée ».

<sup>683</sup> Ejan MACKAAY et Stéphane ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Montréal, Thémis et Dalloz, 2008, p. 59.

<sup>684</sup> Pierre LASCOUMES, « Effectivité », dans André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 217, à la page 219 : « la norme indicative ou prescriptive peut être connue et reçue, sa violation n'en est par pour autant automatiquement sanctionnée ».

dans le temps<sup>685</sup>, l'effectivité ne dépend pas de la juridicité des normes<sup>686</sup>, mais plutôt de l'adhésion qu'elle suscite de la part des destinataires qui s'acquiert généralement de manière progressive<sup>687</sup>.

L'adhésion des destinataires est fonction, d'un côté, de la transparence de la norme et de l'information sur son existence et, de l'autre côté, des modes de contrôle de son respect et des sanctions prévues dans le cas contraire<sup>688</sup>. L'effectivité implique que la norme soit connue, mais qu'en outre le prononcé de la norme soit entouré de mesures telles que les destinataires de cette norme soient incités à la respecter et dans le cas contraire soient sanctionnés de manière appropriée, non excessive et dissuasive<sup>689</sup>.

---

<sup>685</sup> V. DEMERS, préc., note 678, p. 82 : « l'effectivité d'une norme est un phénomène susceptible de varier dans le temps. Dans cette optique, seule une étude qui s'intéressera aux effets de la norme à moyen et long terme pourra donner l'heure juste quant à son effectivité réelle et pourra permettre de cerner le déplacement des motifs en vertu desquels les gens prennent en compte le droit. »

<sup>686</sup> *Id.*, p. 3. L'auteure précise : « en fait, tel que conçu jusqu'à maintenant, le concept d'effectivité ne tient aucunement compte de la diversité et de la spécificité des normes qui coexistent au sein du système juridique, autant de facteurs qui rendent nécessaire une approche différenciée du concept d'effectivité. Élaborées en utilisant comme référent la norme impérative, les études d'effectivité se sont basées sur une conception beaucoup trop étroite de la règle de droit. En effet, l'absence de caractère contraignant qui caractérise de nombreux types de normes montre bien que le concept d'effectivité ne permet pas une analyse de l'effectivité de ces normes, et commande, par conséquent, que l'on élargisse davantage le prisme à travers lequel s'interprète cette notion. »

<sup>687</sup> *Id.*, p. 79 : « l'effectivité réduite d'une norme dans les premiers temps de sa mise en vigueur pourra mener graduellement, par un processus d'accoutumance progressive, à une effectivité plus accrue ».

<sup>688</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 67.

<sup>689</sup> *Id.*, 63.

Les procédures d'identification du manquement à ces normes doivent être équitables. Le procédé doit être transparent, proportionnel et consistant, car « l'absence de formalisme qui accompagne le plus souvent les nouvelles formes de régulation des conflits peut aboutir à méconnaître certains droits fondamentaux »<sup>690</sup>. Enfin, la sanction doit avoir du sens, être proportionnelle et constituer une contrainte suffisante pour les opérateurs qui la transgressent<sup>691</sup>.

## **2. Le contrôle du champ d'application des normes privées**

Les problématiques du commerce électronique exigent une intervention des États censés garantir à leurs citoyens des *minima* incompressibles de sécurité et une sauvegarde de leurs droits fondamentaux<sup>692</sup>. Dans cette optique, les États protègent les cyberconsommateurs par des lois régulatrices<sup>693</sup> dans le sens qu'un cyberconsommateur mieux protégé aura confiance et donc participera davantage

---

<sup>690</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 80.

<sup>691</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 131 : « le respect d'une norme par ses destinataires est fonction, d'un côté, de son effectivité instrumentale, c'est-à-dire en substance de sa capacité à contraindre et, de l'autre, de son effectivité symbolique, concept qui couvre notamment la capacité d'une norme à convaincre les destinataires des bien-fondés du commandement qu'elle incorpore. »

<sup>692</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 521 : « La réglementation étatique doit subsister. Il importe seulement d'en concevoir différemment le rôle, en ayant conscience de ses limites et de son interaction nécessaire avec d'autres modes de régulation. En d'autres termes utiliser la voie réglementaire, dans les secteurs où cela a un sens, pour tracer un cadre dont le contenu précis se dessine au fur et à mesure de l'interaction entre le droit prétorien et tous les autres modes de régulation. »

<sup>693</sup> J. ROCHFELD, préc., note 567, à la page 219.

au développement du commerce électronique. La loi recueille et renforce certains des buts de la régulation et se teinte de certaines de ses caractéristiques. Elle devient, à l'instar de la régulation, instrumentale ; c'est à dire guidée par un impératif d'efficacité pour favoriser aussi bien le fonctionnement désentravé du secteur et son développement que la protection des consommateurs et l'instauration de la confiance dans le commerce électronique<sup>694</sup>.

La considération de la défense des intérêts des consommateurs et le nombre croissant des transactions électroniques a conduit à l'élaboration de nombreuses lois protectrices des consommateurs qui poursuivent d'une certaine manière le développement du marché électronique par la promotion de l'idée parajuridique de confiance<sup>695</sup> dans le commerce électronique. Il ne s'agit plus seulement pour la loi « de régir les rapports de forces entre les parties, mais d'asseoir des buts économiques qui passent par ces garanties »<sup>696</sup>.

Par ailleurs, une régulation privée que l'on pourrait qualifier de légale<sup>697</sup>, se teintant alors des caractéristiques de la loi poursuit le même objectif. L'État va

---

<sup>694</sup> J. BERLEUR et Y. POULLET, préc., note 153, 470 et 471 : « Que la loi ait une fonction rassurante est indéniable. Elle crée un cadre de référence clair, soumet les acteurs à des prescrits qui garantiront la sécurité, la loyauté et la bonne fin des opérations ».

<sup>695</sup> V. L. BENABOU, préc., note 427, à la page 69.

<sup>696</sup> J. ROCHFELD, préc., note 567, à la page 209.

<sup>697</sup> *Id.*, à la page 219.

progressivement intégrer les acteurs du commerce électronique dans la mise en vigueur de la norme juridique.<sup>698</sup> Apparaît alors un modèle de régulation qui :

« repose sur les valeurs juridiques plus communément partagées par l'ensemble des internautes. Le succès de ce modèle est fortement lié au développement de l'Internet marchand. [...] L'intérêt premier de ce modèle est d'assurer la confiance des acteurs et la sécurité du réseau. Dans ces conditions, les règles de conduite se présentent comme un processus d'explicitation de valeurs de sécurité et de confiance, entretenant dès lors un lien étroit avec l'activité normative des États en faveur du commerce électronique. »<sup>699</sup>

La spécificité du commerce électronique, notamment à destination des consommateurs marquée par la difficile mise en cohérence des buts poursuivis par la régulation, fait qu'apparaissent désormais des boucles étranges<sup>700</sup> de la loi et de la régulation, révélatrices d'un passage éventuel de la pyramide au réseau<sup>701</sup> et à une horizontalisation des rapports<sup>702</sup>. La théorie du réseau<sup>703</sup> a vocation à rendre

---

<sup>698</sup> Henry FARRELL, "Regulating Information Flows: States, Private Actors and E-Commerce", (2006) *CLPE Research Paper n° 01-4*, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=885376](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885376)> (consulté le 6 juillet 2013)

<sup>699</sup> P. AMBLARD, préc., note 34, p. 17.

<sup>700</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 221, 8. Le concept de boucle étrange permet « de rendre compte à la fois de la permanence du modèle hiérarchique comme horizon d'attente et la constance avec laquelle cette attente se trouve déjouée par une multitude de phénomènes de « bouclage » ou de « récursivité » ».

<sup>701</sup> Pour une analyse juridique du réseau, voir Bénédicte SIBRA, « La notion de réseau : questions pour une réflexion juridique », (2004) 3 *RRJ* 1671 ; Antoine BAILLEUX, « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau », (2005) 55 *R.I.E.J.* 91.

<sup>702</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 841 : « L'existence de foyers multiples de régulation ne signifie pas la fin de tout principe d'ordre : des relations s'établissent en effet nécessairement entre les différentes instances de régulation, dans la mesure même où leur champ d'intervention se recouvre ou tout au moins se recoupe partiellement ; le pluralisme est un *pluralisme ordonné*. Si l'on retrouve dans l'agencement

compte des relations entre la règle juridique et les diverses régulations sociales dans ces rapports de type horizontal<sup>704</sup>. En effet, le modèle du réseau<sup>705</sup>, du fait de sa faible organisation, donne une structure à une pluralité d'éléments divergents qui deviennent, de ce fait, cohérents. Sa structuration tend à concilier des modes de procéder et d'agir qui ont été construits sous forme d'oppositions binaires: le pluralisme et le corporatisme, l'autonormativité et l'hétéronormativité, le commandement et la persuasion, le public et le privé<sup>706</sup>.

---

de cet ordre certains aspects qui évoquent le modèle vertical traditionnel, sa construction ne s'inspire pas moins d'une logique différente, de type horizontal ».

<sup>703</sup> M. CASTELLS, préc., note 608, p. 525 : « les réseaux constituent la nouvelle morphologie sociale de nos sociétés, et la diffusion de la mise en réseau détermine largement les processus de production, d'expérience, de pouvoir et de culture ».

<sup>704</sup> Voir P. TRUDEL, préc., note 22, à la page 98 : « les règles de droit sont de plus en plus exprimées comme une composante d'un réseau dans lequel elles ne constituent qu'un relais ».

<sup>705</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 24 : « Le réseau constitue une « trame » ou une « structure », composée d'« éléments » ou de « points », souvent qualifiés de « nœuds » ou de « sommets », reliés entre eux par des « liens » ou « liaisons », assurant leur « interconnexion » ou leur « interaction » et dont les variations obéissent à certaines « règles de fonctionnement ». De manière négative, par ailleurs, on souligne généralement que, à la différence sans doute de la structure d'un système, et certainement d'une structure pyramidale, arborescente ou hiérarchique, dans un réseau, aucun point n'est privilégié par rapport à un autre, aucun n'est univoquement subordonné à tel ou tel ».

<sup>706</sup> *Id.*, p. 14. Prenant acte du nombre devenu trop grand des anomalies que connaît le modèle explicatif François Ost et Michel Van de Kerchove considèrent que « de la crise du modèle pyramidal, émerge progressivement un paradigme concurrent, celui du droit en réseau, sans que disparaissent pour autant des résidus importants du premier, ce qui ne manque pas de complexifier encore la situation. Avec le réseau, l'État cesse d'être le foyer unique de la souveraineté (celle-ci ne se déploie pas seulement à d'autres échelles, entre pouvoirs publics infra et supra-étatiques, elle se redistribue également entre de puissants pouvoirs privés) ; la volonté du législateur cesse d'être reçue comme un dogme (on ne l'admet plus que sous conditions, au terme de procédures complexes d'évaluation tant en amont qu'en aval de l'édiction de la loi) ; les frontières du fait et du droit se brouillent ; les pouvoirs interagissent (les juges deviennent co-auteurs de la loi et les subdélégations du pouvoir normatif, en principe interdites, se multiplient) ; les systèmes juridiques (et, plus largement, les systèmes normatifs) s'enchevêtrent ; la connaissance du droit, qui revendiquait hier sa pureté méthodologique (monodisciplinarité) se décline aujourd'hui sur le mode interdisciplinaire et résulte plus de l'expérience contextualisée (learning process) que d'axiomes a priori ».

Le réseau permet « d'abolir au moins en partie les grandes dichotomies sur la base desquelles le droit moderne s'est construit »<sup>707</sup>. Le modèle du réseau vise, alors, à encadrer les rapports entre réseaux juridiques et ensembles normatifs simultanément applicables, de manière souple, évolutive, récursive et faiblement hiérarchisée<sup>708</sup>. Le défi étant de penser et d'ordonner le multiple sans pour autant le réduire à l'unité ou l'abandonner à la dispersion<sup>709</sup>.

Le droit moderne ne disparaît pas dans le modèle du réseau, il convient de bien le souligner. En effet, « des pans entiers de l'univers juridique s'articulent encore aujourd'hui dans la logique linéaire de la pensée hiérarchique »<sup>710</sup>. Cette hybridation de la loi et de la régulation reste alors dans bien de ses aspects coulée dans les rationalités juridiques classiques. La régulation est d'ailleurs parcellaire et inachevée. Mais, parce que située aux frontières du droit public et du droit privé, la régulation en réseau permet une ampleur de vue que seul permet le décloisonnement des champs<sup>711</sup>.

---

<sup>707</sup> Charles-Albert MORAND, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 205.

<sup>708</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 576, p. 183 ; J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 199.

<sup>709</sup> François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988, p. 135.

<sup>710</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 84, p. 20.

<sup>711</sup> J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 22 : «The concept of « mesh regulation » is used in the literature to identify new solutions to problems caused by transactions in cyberspace. It is argued that the needs for real-time remedies for users/citizens pushes both self-regulation and state to collaborate in the development and administration of rules.»

## Conclusion de la première partie

Chaque avancée technologique donne lieu avec régularité, aux mêmes interrogations liées au bienfondé de l'application des règles juridiques classiques. L'inflation législative et réglementaire que connaissent les pays occidentaux ne règle pas les difficultés d'encadrement normatif, et peut parfois même les compliquer. La complexification du monde actuel et la vitesse des changements, nous montrent les limites de l'État, devant la demande toujours croissante de normes<sup>712</sup>.

Les États interviennent pour créer un cadre de confiance pour les consommateurs et de sécurité juridique nécessaire pour le développement du commerce électronique global<sup>713</sup> et transfèrent une partie de la responsabilité d'offrir des outils de régulation aux acteurs privés<sup>714</sup>. Ils cherchent, ainsi, à assurer la concrétisation des avantages économiques considérables pouvant découler du commerce électronique global sans compromettre la réalisation des objectifs de protection de leurs citoyens.

---

<sup>712</sup> P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 3-2.

<sup>713</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 80 : « En somme, le paradoxe qui naît d'une déréglementation annoncée conduisant en réalité à développer un processus de régulation qui ne supprime pas pour autant les formes traditionnelles de réglementation ».

<sup>714</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 829 : « La régulation implique aussi une *conception nouvelle de l'État* Indissociable de la crise de l'État providence, la régulation implique que l'on passe d'un « État producteur », assurant la gestion directe d'activités économiques, à un « État régulateur », qui ne se substitue plus aux agents économiques, mais se borne à leur imposer certaines règles du jeu et s'efforce d'harmoniser leurs actions ».

Si la détermination privée de la norme semble remettre en cause le monopole normatif des États nationaux, leur soutien lui est indispensable<sup>715</sup>. L'opportunité du recours à des normes privées doit être déterminée justement dans la fonction auxiliaire d'orientation qu'elle peut exercer en faveur des personnes privées dans leurs rapports commerciaux, que ce soit pour combler des lacunes normatives, ou pour interpréter des normes contraignantes.

Si les États subissent la concurrence de régulations privées, ils conservent toujours le pouvoir d'agir sur ces régulations, qui doivent nécessairement tenir compte de la position des États<sup>716</sup> et ne peuvent intervenir dans un vide juridique. La régression de la puissance juridique de l'État, outre qu'elle est d'une ampleur variable selon les domaines et selon les États considérés, n'a pas nécessairement pour résultat la disparition de ses fonctions régulatrices<sup>717</sup>.

---

<sup>715</sup> D. MARTIN, J-L. METZGER et P. PIERRE, préc., note 102, p.137 : « L'espace international est aujourd'hui peuplé d'une multitude d'acteurs transnationaux qui montrent que l'État-nation traditionnel n'est plus le seul détenteur de l'intérêt général, qu'il doit se défendre contre des ennemis diffus, et qu'il devient nécessairement plus stratège, perdant une partie de son pouvoir et devant désormais investir les réseaux transnationaux en jouant de son influence. Mais, contrairement aux théories de la gouvernance mondiale, l'État-nation garde le plus souvent un pouvoir de décision en dernière instance, tout particulièrement à l'intérieur des limites des espaces politico-administratifs, ou face aux revendications de nature infranationale ».

<sup>716</sup> Michael GEIST, "CyberLaw 2.0", (2003) 44 *Boston College L. Rev.* 323, 357 : « In this emerging cyberlaw framework, government plays the central regulatory role, much as it does for most offline activities. »

<sup>717</sup> R. DESCOINGS, préc., note 55, 6 : L'État se doit de « fournir des règles pour organiser des comportements, pour ordonner des espaces, pour faire coexister les intérêts légitimes de personnes concernées dans tel ou tel secteur à telle ou telle échelle ».

## SECONDE PARTIE : LA RÉALISATION DE LA RÉGULATION DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL

La nature du commerce électronique global invite au développement d'initiatives privées visant à renforcer le sentiment de confiance dans les transactions en ligne. Le développement de normes par les opérateurs privés peut être considéré comme une réponse à la mobilité accélérée des relations commerciales en ligne, grâce à leur affranchissement partiel de la notion de territoire, plus précisément en raison de la projection transfrontalière de ces normes<sup>718</sup>. Cette privatisation se retrouve également au niveau de la résolution des conflits<sup>719</sup> pouvant résulter de ces relations commerciales. L'incompatibilité entre, d'un côté, ubiquité, porosité des frontières, difficultés d'identification géographique des parties et, de l'autre côté, ancrage territorial et nécessité de rencontre physique a favorisé l'essor de modes extrajudiciaires de résolution en ligne des conflits.

---

<sup>718</sup> Henry H. PERRITT, "Towards a Hybrid Regulatory Scheme for the Internet", (2001) *U. Chi. Legal F.* 215, 221 : "private regulation represents one interesting solution to jurisdictional problems presented by the internet's indifference to geography boundaries that historically have determined adjudicatory and prescriptive jurisdiction. It may be more efficient; it may promote compliance; it may adapt better to changing technologies and business practices."

<sup>719</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Opposition résultant d'une divergence d'opinions ou d'intérêts entre des parties ».

Cette régulation d'origine privée ne constitue pas un système cohérent, mais plutôt des initiatives hétéroclites quant à leur source, quant à leur contenu, quant à leur champ d'application, quant à leur statut contraignant ou non et enfin quant aux procédures de mise en œuvre et de suivi. Ainsi, pour que ces mécanismes de régulation privés fonctionnent sur le plan global, un minimum de normes communes ou de principes harmonisés, directement ou indirectement, appuyés par les États au niveau international, sont indispensables.

Des organisations internationales élaborent des instruments normatifs qui s'adressent aussi bien aux États qu'aux acteurs privés du commerce électronique, de manière à assurer un rapprochement des droits étatiques et une harmonisation des normes contenues dans les outils de régulation privés<sup>720</sup>. L'originalité de cette harmonisation est de mêler une pluralité de méthodes, doublée d'une pluralité de vecteurs normatifs. Elle peut alors résulter d'un processus contraignant, comme d'une démarche volontaire<sup>721</sup>. En fait, le phénomène reste difficile à décrire, car il traduit un ensemble de mouvements, les uns émanant d'engagements internationaux traditionnels, les autres issus de modèles<sup>722</sup>.

---

<sup>720</sup> É. A. CAPRIOLI et R. SORIEUL, préc., note 305, 330.

<sup>721</sup> C. PRINS, préc., note 59, à la page 182.

<sup>722</sup> U. DRAETTA, préc., note 280, p. 198 : « Il y a lieu d'observer, à l'instar de tous les cas d'espèce à caractère global, même pour Internet et pour le commerce électronique, que la méthode de droit international privé tend à être partiellement dépassée par la création des règles matérielles de droit international des affaires [...] toutefois, ces règles ne se forment, [...] qu'à l'égard des aspects tout compte fait limités, qui sont étroitement liés aux particularités du moyen électronique utilisé et qui, de surcroît, sont loin d'être consolidées, s'agissant plutôt d'un *jus in stadio nascendi*. »

La réalisation de la régulation du commerce électronique global ressemble à un vaste chantier en construction. Il s'agit d'un processus en cours et donc mouvant, ce qui rend difficile la tâche de l'exégète. Nous verrons, néanmoins, que ce processus est dynamique et s'opère en amont et en aval. La régulation s'opère en amont dans la production d'une normativité applicable aux relations commerciales transfrontalières se déroulant en ligne (Titre I) et en aval dans la résolution en ligne des conflits pouvant résulter de ces relations commerciales (Titre II).

## TITRE I. LA RÉGULATION EN AMONT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL

L'absence d'harmonisation au sein des législations nationales, appelées à se côtoyer au sein du cyberspace, constitue l'une des principales sources d'insécurité et donc de méfiance. Ainsi, de nouveaux projets d'harmonisation sont régulièrement lancés, au sein d'organisations internationales et supranationales, grâce aux gouvernements des États membres qui financent ces institutions et qui en attendent un résultat concret. La question a été, pour ces organisations, de savoir comment adapter aux enjeux technologiques les normes juridiques classiques<sup>723</sup>. Nous analyserons le mouvement d'internationalisation des normes matérielles<sup>724</sup> applicables aux relations commerciales en ligne transfrontalières (Chapitre I).

De manière concomitante, les acteurs économiques exercent leur influence dans le processus de production de la normativité, par des mécanismes destinés à promouvoir la confiance. La régulation en amont du commerce électronique global

---

<sup>723</sup> Voir P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHLEF et S. HEIN, préc., note 44, p. cnc -5 et 6 : « Plusieurs gouvernements ont perçu la dimension mondiale de cette problématique et reconnaissent la nécessité de collaborer en vue de dégager, dans divers domaines, les grands principes qui présideront à l'élaboration des règles devant encadrer les multiples activités susceptibles de prendre place dans le cyberspace. Toutefois, de telles démarches devront se dérouler en s'éloignant des paradigmes étroitement positivistes qui caractérisent trop souvent les approches de ces instances. »

<sup>724</sup> P. COURBE, préc., note 281, p. 77. Dans cette méthode directe de solution des conflits de lois : « La règle de droit international privé n'est pas une règle de conflit : c'est une règle substantielle. C'est-à-dire qu'elle régit, au fond, la relation privée internationale, qu'elle résout elle-même le problème de droit international privé posé. »

s'opère, ainsi, par le recours à des garanties<sup>725</sup> applicables aux relations commerciales en ligne transfrontalières. Ces instruments, proposés par les acteurs privés, sont généralement qualifiés de garanties complémentaires,<sup>726</sup> car elles viennent se superposer au droit étatique<sup>727</sup>. Nous analyserons la régulation par le recours à ces garanties complémentaires (Chapitre II).

---

<sup>725</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Engagement pris par une personne envers une autre personne de satisfaire une obligation ».

<sup>726</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 93.

<sup>727</sup> P. TRUDEL, préc., note 526, 206 : « le droit étatique s'inscrit fréquemment dans une démarche de régulation dont il ne constitue que l'une des composantes ; il énonce des principes, formule des objectifs, prescrit des critères, mais laisse de plus en plus de place à d'autres ensembles de normes afin d'assurer son actualisation. »

## Chapitre I. Les normes matérielles internationales

Les normes matérielles internationales applicables aux relations commerciales en ligne transfrontalières sont à l'initiative principalement de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international<sup>728</sup> (ci-après « CNUDCI »). Cet organisme, rattaché aux Nations Unies, a pour mission de faciliter les échanges commerciaux internationaux et plus particulièrement à l'intégration de l'informatique et de l'électronique dans le commerce international<sup>729</sup>.

En effet, si parmi les préoccupations de la CNUDCI, on peut citer les problèmes juridiques de l'information en général, dans le domaine du commerce électronique, son influence est notable à travers l'élaboration d'un véritable droit matériel international pour le commerce électronique (Section I). Nous retrouvons ensuite l'OCDE, forum unique de rencontre, qui permet aux États membres d'arrêter des positions communes sur de nombreux sujets d'intérêt mondial traduites dans des lignes directrices (Section II).

Entre ces institutions globales et les États-nations, l'Union européenne, de par son caractère supranational<sup>730</sup>, constitue un relais de cette régulation et sa normativité,

---

<sup>728</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL : <<http://www.uncitral.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>729</sup> Alan DAVIDSON, *The Law of electronic commerce*, Melbourne, Cambridge University Press, 2009, p. 331.

<sup>730</sup> Jean-Luc MATHIEU, *L'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2005, p. 5.

une étape vers un droit mondial du commerce électronique<sup>731</sup>. En effet, l'Union européenne cherche à définir un droit européen de plus en plus harmonisé pour le commerce électronique, mais aussi à imposer les normes européennes, au-delà des pays membres, donnant naissance à des formes révolutionnaires de coopération interétatique. Nous aborderons les normes matérielles régionales à travers l'exemple de l'Union européenne (Section III).

## **Section I. Le droit matériel de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international**

La CNUDCI a été créée par la Résolution 2205 (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies. Généralement, les travaux de cette organisation constituent une base pour l'édification du consensus international. Elle a acquis progressivement une place de premier plan par la grande variété des textes qu'elle a pu adopter ou faire adopter ; variété qui tient aussi bien aux domaines très divers dans lesquels ces textes sont intervenus, qu'à la forme qu'ils ont pu revêtir.

Cette institution a pour mandat d'instaurer l'harmonisation et l'unification

---

<sup>731</sup> Sur la portée globale du modèle européen, voir Valérie Laure BENABOU, « Faut-il une harmonisation minimale du droit », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 177, à la page 181 : « Ainsi, l'harmonisation communautaire peut-elle constituer un système alternatif à la logique américaine, porteuse d'une idéologie propre, susceptible d'essaimer, de se transmettre au delà de la sphère européenne, par extension concentrique. »

progressive du droit du commerce international<sup>732</sup>. Pour atteindre ces objectifs, la CNUDCI dispose de divers outils d'interventions, tels que : les conventions, les règlements, les recommandations, les lois types, les guides, et parmi ceux-ci, il faut distinguer les guides juridiques, les guides législatifs, les guides pour l'incorporation des lois types et enfin les clauses et les règles uniformes<sup>733</sup>.

Malgré la diversité de ces instruments, ils tendent tous à remédier au mieux à la disparité entre les diverses législations nationales régissant le commerce international<sup>734</sup>. La CNUDCI, estimant prématurée l'élaboration d'instruments juridiquement contraignants dans un domaine en constante évolution comme le commerce électronique, a d'abord choisi l'instrument souple et non coercitif qu'est la loi type<sup>735</sup>. Ainsi, en réaction au manque d'efficacité des mécanismes d'adoption des traités, il y a une tendance croissante à aborder les problèmes du commerce

---

<sup>732</sup> Créée en 1966, la CNUDCI est un organe subsidiaire de l'Assemblée générale des Nations Unies chargé d'encourager l'harmonisation et l'unification progressives du droit commercial international. Sur la création de la CNUDCI, voir <http://www.uncitral.org/uncitral/fr/about/origin.html> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>733</sup> Sur les instruments de la CNUDCI, voir P. KAHN, préc., note 626, 60.

<sup>734</sup> Herbert KRONKE, "From International Uniform Conventions to Model Laws – From Guides to Principles: The Choice of Approach", dans Louis PERRET et Alain François BISSON (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 285 ; Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Les méthodes de la C.N.U.D.C.I., le choix de l'instrument », (2003) 252 *LPA* 43 ; Jacques RAYNARD, « De la particularité de certaines sources internationales : l'exemple des lois types de la CNUDCI », (1998) *RTD civ.* 1015.

<sup>735</sup> Selon la définition de la CNUDCI : « Une loi type est un modèle de texte proposé aux législateurs nationaux pour examen en vue de son incorporation éventuelle dans le droit interne. Une Convention est un instrument contraignant en vertu du droit international pour les États et autres entités habilitées à conclure des Traités, qui choisissent d'y devenir parties. En règle générale, il ne peut être dérogé aux dispositions d'une convention que si celle-ci autorise la formulation de réserves. », disponible à l'adresse : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral\\_texts\\_faq.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/uncitral_texts_faq.html) (consulté le 6 juillet 2013) sous la rubrique « quelle différence y a-t-il entre une loi type et une convention ? ».

électronique, non plus seulement avec des projets de conventions internationales, dont le processus de ratification est souvent long, mais aussi avec la publication de documents modèles.

La *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*<sup>736</sup> (ci-après « *Loi type sur le commerce électronique* ») abordée dans le paragraphe (1) et la *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation*<sup>737</sup> (ci-après « *Loi type sur les signatures électroniques* ») abordée dans le paragraphe (2), peuvent être considérées comme les principales sources juridiques internationales pour le commerce électronique<sup>738</sup>. Ensuite, la CNUDCI a élaboré un instrument plus formel, la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*<sup>739</sup> qui n'a pas connu le succès escompté (3).

---

<sup>736</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, (avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998), Nations Unies, 1999, disponible à l'adresse : <[http://www.cnudci.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451\\_Ebook.pdf](http://www.cnudci.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013) [Loi type sur le commerce électronique].

<sup>737</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001*, Nations Unies, 2002, disponible à l'adresse : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013) [Loi type sur les signatures électroniques].

<sup>738</sup> J. DREXL, préc., note 633, 414 et suiv. ; Éric A. CAPRIOLI, « Aperçus sur le droit du commerce électronique international », disponible à l'adresse : <<http://www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique-et-internet/68-aperçu-droit-commerce-electronique>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>739</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Nations Unies, 2007, disponible à l'adresse : <[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

## **1. La Loi type sur le commerce électronique**

L'élaboration d'une loi type pour l'Internet marchand est le fruit des réflexions sur la manière de réguler les modèles commerciaux engendrés par la nouvelle économie<sup>740</sup>. La CNUDCI a élaboré ce modèle de législation internationale pour le commerce électronique afin de servir de modèle aux États pour l'évaluation et la modernisation de certains aspects de leur législation et de leurs pratiques en matière de technique informatique<sup>741</sup>.

Ainsi, la contribution de cette Loi type au processus d'adaptation du droit aux nouvelles techniques de la communication s'avère décisive, car mettant à la disposition des États, un instrument simple et suffisamment souple pour surmonter les difficultés internes relatives aux conditions formelles traditionnelles<sup>742</sup>. Celle-ci comporte dix-sept articles et est accompagnée d'un guide d'incorporation appelé *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*.

---

<sup>740</sup> N. COX, préc., note 60, 82 : “Traditionally, the formation of legal norms for conducting trade was by States, subject to certain principles accepted by the international community. But this has proven inadequate for the control of electronic commerce, because this can be said to be truly international, having no physical presence. The new environment has necessitated an increased degree of international co-ordination, if not co-operation. Unlike the evolutionary development of the *lex mercatoria*, the advent of electronic communications has resulted in the enforced adoption of international norms, such as the UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce”.

<sup>741</sup> U. DRAETTA, préc., note 280, p. 31 ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 542.

<sup>742</sup> F. F. WANG, préc., note 288, p. 111.

Ce guide se propose d'éclairer les législateurs qui seraient amenés à mettre en œuvre la Loi type et de les aider dans son utilisation. Ce guide représente bien plus qu'une simple « note explicative » à l'instar de celles qui sont rédigées par le secrétariat de la CNUDCI pour chacune des conventions internationales issues des travaux de la Commission. En effet, certains points non réglés dans le texte de la *Loi type sur le commerce électronique* font l'objet de références dans le guide publié en même temps que le texte initial. Le guide est, ainsi, un complément indispensable au texte initial<sup>743</sup>.

Par ailleurs, on peut se questionner si cette Loi type s'applique exclusivement aux aspects internationaux du commerce électronique et dans l'affirmative, si ses dispositions s'appliquent aux seules activités commerciales. L'article premier de la *Loi type sur le commerce électronique* détermine le champ d'application de cette dernière. Selon cet article, le champ d'application n'est pas limité aux relations commerciales internationales, mais se rapporte également aux activités commerciales de droit interne<sup>744</sup>. Par cette démarche, la CNUDCI innove, puisque pour la première fois, elle propose un instrument qui ne concerne pas un type déterminé d'acte juridique, mais s'occupe davantage des conséquences juridiques

---

<sup>743</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 736, *Guide pour l'incorporation dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique*, par. 1 : « Durant l'élaboration de la Loi type, il a été présumé que le projet de Loi type serait accompagné d'un tel guide. Il a été décidé, par exemple, de ne pas régler un certain nombre de points dans le texte du projet, mais de s'y référer dans le guide afin d'aider les États Membres à appliquer la Loi type au moment venu. »

<sup>744</sup> *Id.*, l'article 1 prévoit que : « La présente loi s'applique à toute information, de quelque nature qu'elle soit, prenant la forme d'un message de données utilisé dans le contexte d'activités commerciales. »

liées à l'utilisation de nouvelles techniques de communication<sup>745</sup> qui servent aussi bien, les besoins du commerce international, que ceux du commerce interne<sup>746</sup>.

On peut aussi citer deux autres limitations au champ d'application de la Loi type. La première se rapporte au droit de la consommation prévue, pour éviter toute la difficulté liée à la définition internationale de la notion de consommateur<sup>747</sup>. En effet, il serait difficile de trouver un consensus général dans une organisation telle que la CNUDCI, qui regroupe des États ayant des niveaux de développement très variés<sup>748</sup>. Quant à la seconde limitation, elle est relative à une série de formulations qui touchent à la commercialité des opérations régies par la Loi type. La CNUDCI a étendu largement la notion de commercialité,<sup>749</sup> mais sans aller jusqu'à établir

---

<sup>745</sup> Éric A. CAPRIOLI, *Droit international de l'économie numérique*, Paris, Litec, 2007, p. 83.

<sup>746</sup> Il est à noter que la CNUDCI a prévu une autre formulation de l'article premier pour satisfaire les exigences des États qui souhaitent limiter le champ d'application de cette loi aux seules activités internationales. *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 736, article 1 : « La présente loi s'applique à un message de données tel qu'il est défini au paragraphe 1 de l'article 2 lorsque ce message se rattache au commerce international. »

<sup>747</sup> *Id.*, l'article 1 prévoit que : « La présente loi ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur. »

<sup>748</sup> *Id.*, Guide pour l'incorporation de la Loi type dans le droit interne de la Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique. Le Guide justifie ce choix à son paragraphe 27 en ces termes : « Certains pays ont adopté des lois particulières relatives à la protection du consommateur qui régissent certains aspects de l'utilisation des systèmes d'information. S'agissant de cette législation destinée à protéger les consommateurs, on a pensé, comme cela avait été fait pour les instruments précédents de la CNUDCI (par exemple la Loi type de la CNUDCI sur les virements internationaux), qu'il conviendrait d'indiquer dans la Loi type qu'elle avait été rédigée sans que soit accordée une attention particulière aux questions qui pourraient se poser dans le contexte de la protection des consommateurs. On a pensé, en même temps, qu'il n'y avait aucune raison d'exclure du champ d'application de la Loi type, au moyen d'une disposition générale, les situations dans lesquelles les consommateurs seraient impliqués, d'autant plus que les dispositions de la Loi type pourraient être jugées appropriées pour assurer la protection du consommateur, en fonction de la législation adoptée dans chaque État. »

<sup>749</sup> *Id.*, article 1 : « Le terme « activités commerciales » devrait être interprété au sens large, comme désignant toute relation d'ordre commercial, qu'elle soit contractuelle ou non contractuelle. Les

des règles en droit civil ou en droit administratif.

Enfin, une dernière question a été traitée à cet égard lors des travaux à savoir, l'effet de l'application de la *Loi type sur le commerce électronique* sur les techniques les plus anciennes, telles que la télécopie et le télex. Ainsi, l'article 2 (a) définit la notion centrale de « message de données »<sup>750</sup> sur laquelle reposent toutes les autres dispositions de la Loi type. Cette disposition a pour but d'englober, sous l'appellation « message de données », toutes les techniques (y compris les techniques futures comprises dans l'expression « moyens analogues ») qui aident à la dématérialisation de messages qui étaient jusqu'alors apposés sur des documents papier.

Pour l'élaboration de cette Loi type, les rédacteurs se sont référés aux situations juridiques connues dans le monde des documents papier, pour pouvoir imaginer comment de telles situations pourraient être transposées, reproduites ou imitées dans un environnement dématérialisé. Les dispositions de la Loi type se sont, donc, constituées sur la base d'un inventaire des fonctions assurées, par exemple

---

relations d'ordre commercial comprennent, sans s'y limiter, les transactions suivantes : fourniture ou échange de marchandises ou de services; accord de distribution; représentation commerciale; affacturage; crédit-bail; construction d'usines; services consultatifs; ingénierie; licence; investissement; financement; opération bancaire; assurance; accord d'exploitation ou concession; coentreprise et autres formes de coopération industrielle ou commerciale; transport de marchandises ou de voyageurs par voie aérienne ou maritime, par chemin de fer ou par route. »

<sup>750</sup> *Id.*, Article 2 (a) : « Le terme « message de données » désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex et la télécopie. »

par l'écrit, la signature ou l'original dans les relations commerciales traditionnelles.

La *Loi type sur le commerce électronique* se fonde sur plusieurs principes tels que, les principes de non-discrimination, de neutralité technologique et d'équivalence fonctionnelle. En ce qui concerne le premier principe, l'article 5 de la Loi type édicte la règle générale selon laquelle l'efficacité et la valeur juridique ne peuvent être déniées à une information au seul motif qu'elle n'existe pas sur support papier<sup>751</sup>. Les législateurs, afin d'adapter leur législation, ne devraient pas poser des exigences plus contraignantes pour instaurer la reconnaissance des écrits sous forme électronique que celle posées pour les actes analogues sur support matériel.

Pour compléter cet article, une nouvelle disposition concernant l'incorporation par référence a été ajoutée en 1998<sup>752</sup>. L'article 9 prévoit, enfin, que les dispositions internes en matière de preuve ne peuvent nier la valeur probatoire d'un « message de données », du seul fait qu'il est sous cette forme ou lorsqu'il s'agit d'une

---

<sup>751</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 736, l'article 5 prévoit que : « L'effet juridique, la validité ou la force exécutoire d'une information ne sont pas remises en cause au seul motif que cette information est sous forme de messages de données. »

<sup>752</sup> *Id.*, l'article 5 bis (tel qu'adopté par la Commission à sa trente et unième session, en juin 1998) prévoit que : « l'information n'est pas privée de ses effets juridiques, de sa validité ou de sa force exécutoire au seul motif qu'elle n'est pas incorporée dans le message de données supposé produire ces effets juridiques, mais qu'il y est uniquement fait référence. » ; Sur l'incorporation par référence, voir P. THIEFFRY, préc., note 315, p.148.

situation où ce message est la meilleure preuve que puisse fournir la partie à qui elle incombe<sup>753</sup>.

Ensuite, l'une des conséquences de la recherche de la neutralité technologique<sup>754</sup> a été l'usage d'une terminologie nouvelle qui permet d'éviter de privilégier une quelconque technique de transmission et de conservation par rapport à une autre. Les rédacteurs de la Loi type ont cherché une formulation de règles neutres, susceptibles de s'appliquer, indépendamment de la technique et du support utilisés, à la communication et à l'archivage de tous types d'information.

La neutralité technologique ne peut être assurée que par l'adoption de définitions techniques favorables au développement de technologies concurrentielles. Dans un contexte de marché ouvert, il est rarement souhaitable de choisir exclusivement une technologie particulière pour assurer un objectif légal. Une

---

<sup>753</sup> *Id.*, l'article 9 prévoit que : « Aucune règle d'administration de la preuve ne peut être invoquée dans une procédure légale contre l'admissibilité d'un message de données produit comme preuve : a) Au motif qu'il s'agit d'un message de données ; ou b) S'il s'agit de la meilleure preuve que celui qui la présente peut raisonnablement escompter obtenir, au motif que le message n'est pas sous sa forme originale. 2. L'information prenant la forme d'un message de données se voit dûment accorder force probante. Cette force probante s'apprécie eu égard à la fiabilité du mode de création, de conservation ou de communication du message, la fiabilité du mode de préservation de l'intégrité de l'information, à la manière dont l'expéditeur a été identifié et à toute autre considération pertinente. »

<sup>754</sup> Sur le concept de neutralité technologique, voir Vincent GAUTRAIS, *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Thémis, 2012 ; V. GAUTRAIS, préc., note 402.

telle stratégie crée une situation monopolistique s'accordant mal avec le principe de libre concurrence et son corollaire le progrès<sup>755</sup>.

En ce qui concerne le principe de l'équivalence fonctionnelle, la Loi type adopte cette approche pour les conditions formelles de la forme écrite, de la signature et du document original. Le message de données, bénéficiant de l'équivalence fonctionnelle, doit ainsi être réputé satisfaire à l'exigence d'un écrit « si l'information qu'il contient est accessible pour être consultée ultérieurement »<sup>756</sup> et Il satisfait à l'existence d'un original si les prescriptions de l'article 8 sont respectées<sup>757</sup>. En ce qui concerne la signature, la Loi type prévoit que si la loi exige l'apposition d'une signature, cette condition, visant un message sous forme électronique, serait considérée comme remplie dès lors qu'une méthode suffisamment fiable est utilisée pour identifier la personne signataire et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le message de données<sup>758</sup>.

---

<sup>755</sup> P. THIEFFRY, préc., note 315, p. 147 ; É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 82.

<sup>756</sup> *Loi type sur le commerce électronique*, préc., note 736, article 6 par. 1.

<sup>757</sup> *Id.*, l'article 8 prévoit que : « 1. Lorsque la loi exige qu'une information soit présentée ou conservée sous sa forme originale, un message de données satisfait à cette exigence : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive en tant que message de données ou autre ; et b) Si, lorsqu'il est exigé qu'une information soit présentée, cette information peut être montrée à la personne à laquelle elle doit être présentée. 2. Le paragraphe 1 s'applique que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences si l'information n'est pas présentée ou conservée sous sa forme originale. 3. Aux fins de l'alinéa a du paragraphe 1 : a) L'intégrité de l'information s'apprécie en déterminant si celle-ci est restée complète et n'a pas été altérée, exception faite de l'ajout de tout endossement et de toute modification intervenant dans le cours normal de la communication, de la conservation et de l'exposition ; et b) Le niveau de fiabilité requis s'apprécie au regard de l'objet pour lequel l'information a été créée et à la lumière de toutes les circonstances y relatives. »

<sup>758</sup> *Id.*, l'article 7 prévoit que : « Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données : a) Si une méthode est utilisée pour identifier la personne en question et pour indiquer qu'elle approuve l'information contenue dans le

Il est certain que cette mention des fonctions remplies par la signature et l'indication de ce qui peut être considéré comme une méthode fiable laissent, du fait de leur généralité, plusieurs questions en suspens. Il ne pouvait en être autrement, car la *Loi type sur le commerce électronique* s'est contentée de poser des principes généraux dans le domaine du commerce électronique, en se gardant bien d'intervenir sur des questions techniques en imposant ou même en recommandant l'utilisation d'une méthode unique d'authentification<sup>759</sup>.

Il faut reconnaître à cette Loi type le mérite d'avoir été une étape importante dans le processus d'adaptation du droit aux nouvelles technologies, en offrant un outil de référence et une piste de réflexion. Elle contribue, ainsi, à la création d'un modèle transnational pour le commerce électronique, car bien que « la CNUDCI ne dispose pas d'un pouvoir supranational, les Lois types non obligatoires visent une harmonisation par persuasion qui n'est pas forcément inefficace »<sup>760</sup>. La CNUDCI a pris le parti de proposer des règles générales, laissant le soin au législateur de définir le sens précis qu'il convient de donner à ces notions. La voie de l'harmonisation a donc été retenue. Ainsi, les États gardent la latitude d'adopter le modèle législatif partiellement, de manière à pouvoir prendre en compte les lois nationales et les contextes existants.

---

message de données. b) Si la fiabilité de cette méthode est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris de tout accord en la matière. »

<sup>759</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 83.

<sup>760</sup> J. DREXL, préc., note 633, 415.

## **2. La Loi type sur les signatures électroniques**

La *Loi type sur le commerce électronique* ne comportant aucune précision concernant la fiabilité de la méthode utilisée pour identifier le signataire, la CNUDCI a adopté la *Loi type sur les signatures électroniques* le 5 juillet 2001. Elle se compose de douze articles et d'un guide. Les dispositions de cette Loi type s'appliquent aux activités commerciales au sens large, mais ne se substituent pas aux règles protectrices des consommateurs<sup>761</sup>. La signature électronique est définie à l'article 2 (a). La définition<sup>762</sup> met clairement en exergue cette double fonctionnalité de la signature électronique qui est l'identification du signataire et la manifestation de son consentement<sup>763</sup>.

La *Loi type sur les signatures électroniques* reprend les principes de non-discrimination, de neutralité technologique et d'égalité de traitement pour les techniques de signature. La fiabilité de la signature électronique dépend de l'existence de conditions énumérées par l'article 6 qui prévoit qu'une signature est

---

<sup>761</sup> L'article 1 de la *Loi type sur les signatures électroniques*, préc., note 737, dispose que : « La présente Loi s'applique lorsque des signatures électroniques sont utilisées dans le contexte d'activités commerciales. Elle ne se substitue à aucune règle de droit visant à protéger le consommateur ».

<sup>762</sup> *Id.*, l'article 2 (a) prévoit que : « Le terme « signature électronique » désigne des données sous forme électronique contenues dans un message de données ou jointes ou logiquement associées audit message, pouvant être utilisées pour identifier le signataire dans le cadre du message de données et indiquer qu'il approuve l'information qui y est contenue ».

<sup>763</sup> Renaud SORIEUL, « La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 403, à la page 409.

considérée fiable si les données afférentes à sa création sont liées exclusivement au signataire et sous son contrôle exclusif et si toute modification ultérieure est décelable<sup>764</sup>. Ainsi, cette Loi type prévoit des critères en vue de la reconnaissance juridique des signatures électroniques, quelle que soit la technologie employée<sup>765</sup>.

Aucune des dispositions énoncées dans la *Loi type sur les signatures électroniques* ne doit conduire à l'exclusion, la restriction ou la privation d'effet juridique d'une technique de création de signatures électroniques dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière<sup>766</sup>.

---

<sup>764</sup> L'article 6 de la *Loi type sur les signatures électroniques*, préc., note 737, prévoit que : « 1. Lorsque la loi exige la signature d'une certaine personne, cette exigence est satisfaite dans le cas d'un message de données s'il est fait usage d'une signature électronique dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel le message de données a été créé ou communiqué, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière. 2. Le paragraphe 1 s'applique, que l'exigence qui y est visée ait la forme d'une obligation ou que la loi prévoie simplement certaines conséquences en l'absence de signature. 3. Une signature électronique est considérée fiable en ce qu'elle satisfait à l'exigence indiquée au paragraphe 1 si : a) Les données afférentes à la création de signature sont, dans le contexte dans lequel elles sont utilisées, liées exclusivement au signataire ; b) Les données afférentes à la création de signature étaient, au moment de la signature, sous le contrôle exclusif du signataire ; c) Toute modification apportée à la signature électronique après le moment de la signature est décelable ; et d) Dans le cas où l'exigence légale de signature a pour but de garantir l'intégrité de l'information à laquelle elle se rapporte, toute modification apportée à cette information après le moment de la signature est décelable ».

<sup>765</sup> Sur les formes de la signature électronique, voir F. F. WANG, préc., note 288, p. 79 et 80 : « Electronic signatures can take many forms and can be created by many different technologies. Currently the forms of electronic signatures include, but are not limited to, password or personal identification number (PIN); email signatures; smart card; biometrics; scanned signature and digital signatures ».

<sup>766</sup> L'article 3 de la *Loi type sur les signatures électroniques*, préc., note 737, prévoit que : « Aucune disposition de la présente Loi, à l'exception de l'article 5, n'est appliquée de manière à exclure, restreindre ou priver d'effets juridiques une quelconque méthode de création de signature ».

Un autre principe a été renforcé par cette Loi type, et plus particulièrement dans son article 12, la reconnaissance des signatures et des certificats électroniques étrangers<sup>767</sup>. La Loi type établit le principe fondamental qui affirme que le lieu d'origine ne doit pas en lui-même être un facteur permettant de déterminer si, et dans quelle mesure, des certificats ou des signatures électroniques étrangers peuvent produire légalement des effets dans un État qui adopte ce texte<sup>768</sup>.

Le second volet de la *Loi type sur les signatures électroniques*, relatif aux règles de conduite, ne traite pas en détails des questions de responsabilité incombant aux différentes parties. En revanche, le même texte précise les critères visant à évaluer la conduite de ces parties<sup>769</sup>. Pour ce qui est du signataire<sup>770</sup>, le texte affirme le principe que celui-ci doit prendre des dispositions raisonnables à l'égard de toute donnée et de tout dispositif, grâce auxquels, il crée des signatures électroniques pour éviter toute utilisation non autorisée de ces données<sup>771</sup>.

---

électronique satisfaisant aux exigences mentionnées au paragraphe 1 de l'article 6 ou autrement satisfaisant aux exigences de la loi applicable. »

<sup>767</sup> R. SORIEUL, préc., note 765, à la page 411.

<sup>768</sup> L'article 12 par. 1 de la *Loi type sur les signatures électroniques*, préc., note 737, prévoit que : « 1. Pour déterminer si, ou dans quelle mesure, un certificat ou une signature électronique produit légalement ses effets, il n'est pas tenu compte : a) Du lieu dans lequel le certificat est émis ou la signature électronique créée ou utilisée ; ou b) Du lieu dans lequel l'émetteur ou le signataire a son établissement. »

<sup>769</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 88.

<sup>770</sup> *Loi type sur les signatures électroniques*, préc., note 737. L'article 2 (d) dispose que : « Le terme « signataire » désigne une personne qui détient des données afférentes à la création de signature et qui agit soit pour son propre compte, soit pour celui de la personne qu'elle représente ».

<sup>771</sup> *Id.*, l'article 8 de prévoit que : « 1. Lorsque des données afférentes à la création de signature peuvent être utilisées pour créer une signature ayant des effets juridiques, chaque signataire : a)

Lorsqu'un certificat<sup>772</sup> est utilisé pour étayer la signature électronique, le prestataire de services de certification<sup>773</sup> doit utiliser des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables, et agir en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant sa politique et ses pratiques. En outre, ce dernier doit prendre des dispositions raisonnables pour garantir l'exactitude et le caractère complet des déclarations contenues dans le certificat<sup>774</sup>.

---

Prend des dispositions raisonnables pour éviter toute utilisation non autorisée de ses données afférentes à la création de signature ; b) Sans retard injustifié, utilise les moyens fournis par le prestataire de services de certification conformément à l'article 9 de la présente Loi ou fait d'une autre manière des efforts raisonnables pour aviser toute personne dont il peut raisonnablement penser qu'elle se fie à la signature électronique ou qu'elle fournit des services visant à étayer la signature électronique si : i) Il sait que les données afférentes à la création de signature ont été compromises ; ou ii) Il estime, au regard des circonstances connues de lui, qu'il y a un risque important que les données afférentes à la création de signature aient été compromises ; c) Prend, lorsqu'un certificat est utilisé pour étayer la signature électronique, des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou devant figurer dans le certificat sont exactes et complètes. 2. Un signataire assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1. »

<sup>772</sup> *Id.*, article 2 (b) : « Le terme « certificat » désigne un message de données ou un autre enregistrement confirmant le lien entre un signataire et des données afférentes à la création de signature. »

<sup>773</sup> *Id.*, article 2 (e) : « Le terme « prestataire de services de certification » désigne une personne qui émet des certificats et peut fournir d'autres services liés aux signatures électroniques. »

<sup>774</sup> *Id.*, l'article 9 prévoit que : « 1. Lorsqu'un prestataire de services de certification fournit des services visant à étayer une signature électronique qui peut être utilisée pour produire des effets juridiques en tant que signature, ce prestataire : a) Agit en conformité avec les déclarations qu'il fait concernant ses politiques et pratiques ; b) Prend des dispositions raisonnables pour assurer que toutes les déclarations essentielles qu'il fait concernant le certificat durant tout son cycle de vie ou figurant dans le certificat sont exactes et complètes ; c) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer à partir de ce certificat : i) L'identité du prestataire de services de certification ; ii) Si le signataire identifié dans le certificat avait, au moment de l'émission de ce dernier, le contrôle des données afférentes à la création de signature ; iii) Si les données afférentes à la création de signature étaient valides au moment ou avant le moment de l'émission du certificat ; d) Fournit à toute partie se fiant au certificat des moyens raisonnablement accessibles de déterminer, s'il y a lieu, à partir de ce certificat ou de toute autre manière : i) La méthode utilisée pour identifier le signataire ; ii) Toute restriction quant aux fins ou à la valeur pour lesquelles les données afférentes à la création de signature ou le certificat peuvent être utilisés ; iii) Si les données afférentes à la création de signature sont valides et n'ont pas été compromises ; iv) Toute restriction quant à l'étendue de la responsabilité stipulée par le prestataire de services de certification ; v) S'il existe des moyens pour le signataire d'adresser une notification conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 8 de la présente Loi ; vi) La disponibilité d'un service de révocation en temps utile ; e) Lorsque des services sont fournis au titre du sous-

### ***3. La Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux***

Quelques années après les deux Lois types, la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux* a été adoptée le 23 novembre 2005 au cours de la 53<sup>ème</sup> réunion plénière de l'Assemblée générale des Nations Unies par la résolution A/60/21. Elle vise à renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité commerciale<sup>775</sup> et s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents<sup>776</sup>.

Cette Convention s'articule avec les instruments internationaux en vigueur, permettant, ainsi, de rendre leur révision inutile. Ce texte se fonde sur les principes de la *Loi type sur le commerce électronique* et de la *Loi type sur les signatures*

---

alinéa v) de l'alinéa d), donne au signataire le moyen d'adresser une notification conformément à l'alinéa b) du paragraphe 1 de l'article 8 de la présente Loi et, lorsque des services sont fournis au titre du sous-alinéa vi) de l'alinéa d), offre un service de révocation en temps utile ; f) Utilise des systèmes, des procédures et des ressources humaines fiables pour la prestation de ses services. 2. Un prestataire de services de certification assume les conséquences juridiques de tout manquement aux exigences visées au paragraphe 1. »

<sup>775</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 93 ; voir également F. F. WANG, préc., note 288, p. 85.

<sup>776</sup> L'article 1 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, préc., note 739, prévoit que : « 1. La présente Convention s'applique à l'utilisation de communications électroniques en rapport avec la formation ou l'exécution d'un contrat entre des parties ayant leur établissement dans des États différents. 2. Il n'est pas tenu compte du fait que les parties ont leur établissement dans des États différents lorsque ce fait ne ressort ni du contrat, ni de transactions effectuées entre les parties, ni de renseignements donnés par elles à un moment quelconque avant la conclusion ou lors de la conclusion du contrat. 3. Ni la nationalité des parties, ni le caractère civil ou commercial des parties ou du contrat ne sont pris en considération pour l'application de la présente Convention. »

*électroniques*<sup>777</sup>. La Convention prévoit notamment, aux articles 8 et 9, les conditions de forme et de fond nécessaires à la conclusion des contrats par le biais de communications électroniques. La convention entérine, ainsi, la validité et la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat se présentant sous forme de communication électronique<sup>778</sup>. Elle n'exige pas qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous quelque forme particulière que ce soit<sup>779</sup>.

Les conditions posées au début de l'article 9 sont assez peu contraignantes. La seule condition, posée par l'article 9 paragraphe 2, est que l'information que ce

---

<sup>777</sup> A. DAVIDSON, préc., note 729, p. 334 : «The convention complements and builds upon both the Model Law on electronic Commerce and the Model Law on Electronic Signatures».

<sup>778</sup> L'article 8 de la *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, préc., note 739, prévoit que : « 1. La validité ou la force exécutoire d'une communication ou d'un contrat ne peuvent être contestées au seul motif que cette communication ou ce contrat est sous forme de communication électronique. 2. Aucune disposition de la présente Convention n'oblige une partie à utiliser ou à accepter des communications électroniques, mais le fait qu'elle y consent peut être déduit de son comportement. »

<sup>779</sup> *Id.*, l'article 9 dispose que : « 1. Aucune disposition de la présente Convention n'exige qu'une communication ou un contrat soit établi ou constaté sous une forme particulière. 2. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit sous forme écrite, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un écrit, une communication électronique satisfait à cette exigence si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement. 3. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit signé par une partie, ou prévoit des conséquences en l'absence d'une signature, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique: a) Si une méthode est utilisée pour identifier la partie et pour indiquer la volonté de cette partie concernant l'information contenue dans la communication électronique; et b) Si la méthode utilisée est: i) Soit une méthode dont la fiabilité est suffisante au regard de l'objet pour lequel la communication électronique a été créée ou transmise, compte tenu de toutes les circonstances, y compris toute convention en la matière; ii) Soit une méthode dont il est démontré dans les faits qu'elle a, par elle-même ou avec d'autres preuves, rempli les fonctions visées à l'alinéa a ci-dessus. 4. Lorsque la loi exige qu'une communication ou un contrat soit disponible ou conservé sous sa forme originale, ou prévoit des conséquences juridiques en l'absence d'un original, cette exigence est satisfaite dans le cas d'une communication électronique : a) S'il existe une garantie fiable quant à l'intégrité de l'information qu'elle contient à compter du moment où elle a été créée pour la première fois sous sa forme définitive, en tant que communication électronique ou autre ; et b) Si, lorsqu'il est exigé que l'information qu'elle contient soit disponible, cette information peut être présentée à la personne à laquelle elle doit être rendue disponible ».

contrat contient soit accessible pour être consultée ultérieurement. Ces conditions se renforcent au fur et à mesure, car elles exigent que soient garantis l'identité de celui dont émane le message, l'intégrité du contenu de celui-ci et le lien entre l'identifiant et le contenu du message. Le contrat doit être signé et conservé sous forme originale. Enfin, on doit utiliser une méthode pour l'identification des parties et garantir l'intégrité de l'information.

Cette Convention est venue pour éliminer les obstacles juridiques au commerce électronique pouvant découler des traités internationaux relatifs au commerce déjà existants, et de régler certaines questions touchant les contrats électroniques<sup>780</sup>. Elle ne permet pas les réserves<sup>781</sup> et ne s'applique à « aucun document ou instrument transférable donnant le droit au porteur ou au bénéficiaire de demander la livraison de marchandises ou le paiement d'une somme d'argent »<sup>782</sup>. Peu de pays l'ont signée ou ratifiée à ce jour<sup>783</sup>.

---

<sup>780</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 91 et 92 : « Le Choix opéré par la CNUDCI quant à la forme juridique que doit revêtir le nouveau texte est intéressant. En effet, il a été décidé d'abandonner la technique de la loi type au profit de la technique des traités. Une convention internationale est un instrument contraignant lorsque le pays l'a ratifié ou y a adhéré. Il s'agit dans les deux cas d'un texte de nature législative, mais leurs objectifs et leurs techniques diffèrent. »

<sup>781</sup> *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, préc., note 739, l'article 22 dispose que : « Aucune réserve ne peut être faite en vertu de la présente Convention. »

<sup>782</sup> *Id.*, article 2.

<sup>783</sup> Les pays qui sont signataires de la Convention sont : l'Arabie saoudite (12 novembre 2007), la Chine (6 juillet 2006), la Colombie (27 septembre 2007), la Fédération de Russie (25 avril 2007), le Honduras (15 janvier 2008), la République islamique d'Iran (26 septembre 2007), Liban (22 mai 2006), Madagascar (19 septembre 2006), le Monténégro (27 septembre 2007), Panama (25 septembre 2007), le Paraguay (26 mars 2007), les Philippines (25 septembre 2007), la République centrafricaine (27 février 2006), la République de Corée (15 janvier 2008), le Sénégal (7 avril 2006), la Sierra Leone (21 septembre 2006), Singapour (6 juillet 2006), Sri Lanka (6 juillet

## Section II. Les lignes directrices de l'Organisation de coopération et de développement économiques

L'OCDE a le rôle de coordonner les mesures réglementaires au niveau mondial et de promouvoir l'autorégulation des cercles privés concernés. Suivant l'approche selon laquelle aucune disposition stipulée par ladite organisation n'est obligatoire, elle s'attache depuis longtemps, à promouvoir la coopération dans le domaine de l'économie et du commerce mondial, en édictant à l'intention des États et des acteurs privés, des principes et normes non contraignants.

Ces principes peuvent être formulés dans des lignes directrices qui revêtent la forme de Recommandations du Conseil de l'OCDE. Ces lignes directrices sont généralement élaborées par un groupe d'experts gouvernementaux et prévoient des démarches et des étapes que les pays doivent suivre pour adapter leur législation. Relativement au commerce électronique, nous retrouvons les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*<sup>784</sup> (1) et les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*<sup>785</sup> (2).

---

2006). Les pays qui sont parties à la Convention sont : le Honduras (15 juin 2010), la République Dominicaine (2 août 2012) et Singapour (7 juillet 2010). La liste est disponible à l'adresse : [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=X18&chapter=10&lang=fr](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=X18&chapter=10&lang=fr) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>784</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, 23 septembre 1980, disponible à l'adresse :

## **1. Les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel***

Le traitement automatique de l'information, permettant de transmettre de vastes quantités de données en quelques secondes à travers les frontières nationales, est un problème ancien et a précédé l'avènement du réseau Internet. Ces mêmes questions ont été soulevées au sujet de la collecte, de la mémorisation, du traitement et de la diffusion des données personnelles dans les années 1970 et 1980<sup>786</sup>. L'OCDE s'est intéressée, dès cette époque, à la question de la protection de la vie privée sous l'angle des données à caractère personnel. À cet effet, l'OCDE a adopté les *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel* en 1980.

Le texte concentre son attention sur la protection des données personnelles qui circulent au-delà des frontières. Les Lignes directrices préconisent, à cet effet, un ensemble de principes technologiquement neutres et s'adressant aussi bien au

---

<<http://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/lignesdirectricesdelocdesurlaprotectiondelaviepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaracterepersonnel.htm>> (consulté le 6 juillet 2013) [*Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*].

<sup>785</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, 9 décembre 1999, C(99)184/FINAL, disponible à l'adresse :

<<http://www.oecd.org/fr/internet/consommateurs/34023530.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013) [*Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*].

<sup>786</sup> Voir Karim BENYEKHLEF, *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Thémis, 1992.

secteur public que privé<sup>787</sup>. Ces principes fondamentaux sont : la limitation en matière de collecte<sup>788</sup>, la qualité des données<sup>789</sup>, la spécification des finalités<sup>790</sup>, la limitation de l'utilisation<sup>791</sup>, la garantie de sécurité<sup>792</sup>, la transparence<sup>793</sup>, la participation individuelle<sup>794</sup> et la responsabilité<sup>795</sup>.

---

<sup>787</sup> Cynthia CHASSIGNEUX, « La protection des informations à caractère personnel », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 257, à la page 267.

<sup>788</sup> *Lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, préc., note 784, par. 7 : « Il conviendrait d'assigner des limites à la collecte de données de caractère personnel et toute donnée de ce type devrait être obtenue par des moyens licites et loyaux et, le cas échéant, après en avoir informé la personne concernée ou avec son consentement ». En effet cette disposition tend à renforcer le principe de loyauté ».

<sup>789</sup> *Id.*, le par. 8 prévoit que : « Les données de caractère personnel devraient être pertinentes par rapport aux finalités en vue desquelles elles doivent être utilisées et, dans la mesure où ces finalités l'exigent, elles devraient être exactes, complètes et tenues à jour ».

<sup>790</sup> *Id.*, le par. 9 prévoit que : « Les finalités en vue desquelles les données de caractère personnel sont collectées devraient être déterminées au plus tard au moment de la collecte des données et lesdites données ne devraient être utilisées par la suite que pour atteindre ces finalités ou d'autres qui ne soient pas incompatibles avec les précédentes et qui seraient déterminées dès lors qu'elles seraient modifiées ».

<sup>791</sup> *Id.*, le par. 10 prévoit que : « Les données de caractère personnel ne devraient pas être divulguées, ni fournies ni utilisées à des fins autres que celles spécifiées conformément au paragraphe 9, si ce n'est pas : a) avec le consentement de la personne concernée ; ou b) lorsqu'une règle de droit le permet. »

<sup>792</sup> *Id.*, le par. 11 prévoit que : « Il conviendrait de protéger les données de caractère personnel, grâce à des garanties de sécurité raisonnables, contre des risques tels que la perte des données ou leur accès, destruction, utilisation, ou divulgation non autorisés. »

<sup>793</sup> *Id.*, le par. 12 prévoit que : « Il conviendrait d'assurer, d'une façon générale, la transparence des progrès, pratiques et politiques, ayant trait aux données de caractère personnel. Il devrait être possible de se procurer aisément les moyens de déterminer l'existence et la nature des données de caractère personnel, et les finalités principales de leur utilisation, de même que l'identité du maître du fichier et le siège habituel de ses activités. »

<sup>794</sup> *Id.*, le par. 13 prévoit que : « Toute personne physique devrait avoir le droit :

- a) d'obtenir du maître d'un fichier, ou par d'autres voies, confirmation du fait que le maître du fichier détient ou non des données la concernant ;
- b) de se faire communiquer les données la concernant ;
- i) dans un délai raisonnable ;
- ii) moyennant, éventuellement, une redevance modérée ;
- iii) selon des modalités raisonnables ; et
- iv) sous une forme qui lui soit aisément intelligible ;

En définissant les principes essentiels applicables dans ce domaine, ces Lignes directrices jouent un rôle important en aidant les États, les entreprises et les représentants des consommateurs, à protéger la vie privée et les données personnelles, tout en évitant des restrictions inutiles aux flux transfrontières de données, en ligne ou hors ligne<sup>796</sup>. L'idée étant que les utilisateurs doivent, face aux intrusions dans leur vie privée, disposer de garanties particulières sur la collecte et le traitement d'informations les concernant mais sans qu'il y ait d'entraves au transfert des données.

Elles traduisent toujours le consensus international sur les orientations générales concernant le recueil et la gestion d'informations de caractère personnel. Leur influence s'est répandue dans le monde car rien n'empêche qu'elles soient applicables aux pays non membres de l'OCDE. Malgré leur caractère de recommandation, ces lignes directrices ont une forte conséquence sur l'élaboration des législations nationales de protection des données personnelles<sup>797</sup>.

---

c) d'être informée des raisons pour lesquelles une demande quelle aurait présentée conformément aux alinéas (a) et (b) est rejetée et de pouvoir contester un tel rejet ; et  
d) de contester les données la concernant et, si la contestation est fondée, de les faire effacer, rectifier, compléter ou corriger. »

<sup>795</sup> *Id.*, le par. 14 prévoit que : « Tout maître de fichier devrait être responsable du respect des mesures donnant effet aux principes énoncés ci-dessus. »

<sup>796</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 111.

<sup>797</sup> Ana VICENTE, « La convergence de la sécurité informationnelle et la protection des données à caractère personnel : Vers une nouvelle approche juridique », (2004) 9:1 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_114.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_114.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 16 : « bien que ces dernières ne soient qu'une simple recommandation, ces principes exercent une énorme influence sur la rédaction subséquente de documents légaux internationaux et nationaux portant sur la protection des données personnelles. De plus, elles peuvent servir de base à une législation dans les pays qui n'en sont pas encore dotés. »

Les travaux de l'OCDE sur la question des données personnelles se sont, d'ailleurs, poursuivis à travers les années. Nous pourrions citer, à ce titre, la *Déclaration sur les flux transfrontières de données*<sup>798</sup> adoptée le 11 avril 1985, la *Déclaration des ministres relative à la protection de la vie privée sur les réseaux mondiaux*<sup>799</sup> du 8 octobre 1998 et la *Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée*<sup>800</sup> du 12 juin 2007.

## **2. Les Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique**

L'OCDE s'intéresse activement au commerce électronique avec comme ambition de susciter la confiance, de développer l'infrastructure, d'améliorer l'accès et de mettre en place un cadre réglementaire approprié pour la protection des cyberconsommateurs au niveau mondial. L'organisation a un double objectif :

---

<sup>798</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Déclaration sur les flux transfrontières de données*, 11 avril 1985, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/fr/internet/ieconomie/declarationsurlesfluxtransfrontieresdedonnees.htm> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>799</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Déclaration des Ministres relative à la protection de la vie privée sur les réseaux mondiaux*, 8 octobre 1998, disponible à l'adresse : <http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=109&Lang=fr&Book=False> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>800</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée*, 12 juin 2007, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/fr/internet/ieconomie/38876531.pdf> (consulté le 6 juillet 2013).

inciter les pays membres à veiller à ce que leurs règles de protection des consommateurs soient compatibles avec le développement d'un cadre pour le commerce électronique et développer des orientations pour les cyberconsommateurs, les gouvernements et les cybercommerçants ciblées sur les éléments clés, susceptibles de contribuer à construire et étayer la confiance nécessaire au développement du commerce électronique.

*Les Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique* ont, ainsi, été adoptées le 9 décembre 1999. Le Conseil de l'OCDE a incité les pays membres à appliquer ces lignes directrices annexées à la Recommandation et à les faire connaître en particulier aux entreprises impliquées dans le commerce électronique et aux organismes de protection des consommateurs<sup>801</sup>. Ces lignes directrices, qui sont seulement applicables aux transactions entre les entreprises et les consommateurs<sup>802</sup>, trouvent leur source dans les mécanismes de protection prévus par des lois à l'intention des consommateurs engagés dans des modes plus traditionnels de commerce. En effet, la raison d'être de ces lignes directrices est d'offrir aux consommateurs qui font des transactions en ligne, une protection transparente et efficace, d'un niveau au

---

<sup>801</sup> *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, préc., note 785, troisième partie.

<sup>802</sup> *Id.*, la première partie prévoit que : « Les présentes Lignes directrices ne s'appliquent qu'au commerce électronique entre entreprises et consommateurs et non aux transactions d'entreprise à entreprise. »

moins équivalent à celui de la protection qui leur est assurée dans les autres formes de transactions<sup>803</sup>.

En se basant sur le *Plan d'action de l'OCDE pour le commerce électronique* mis en place à la Conférence d'Ottawa<sup>804</sup>, ces Lignes directrices déterminent les caractéristiques fondamentales de la protection du cyberconsommateur pour qu'elle soit efficace. Ces dernières sont considérées comme « un document de grande haleine constituant un point de départ important pour l'élaboration d'instruments juridiques visant à discipliner la totalité du phénomène du commerce électronique »<sup>805</sup>. Elles promeuvent l'autorégulation pour rapprocher les législations nationales et comme complément à la législation, ce qui en fait un instrument très efficace dans les situations transnationales<sup>806</sup>. La voie retenue est celle de la coresponsabilité, ce qui signifie « le respect par les acteurs économiques concernés de principes ou de normes régissant leur comportement commercial »<sup>807</sup>.

Les lignes directrices proclament le consensus international sur les caractéristiques de base d'une approche mondiale efficace de la protection du consommateur dans

---

<sup>803</sup> *Id.*, le par. I de la deuxième partie prévoit que : « Les consommateurs qui prennent part au commerce électronique devraient bénéficier d'une protection transparente et efficace d'un niveau au moins équivalent à celui de la protection assurée dans d'autres formes de commerce ».

<sup>804</sup> Conférence d'Ottawa, préc., note 639.

<sup>805</sup> U. DRAETTA, préc., note 280, p. 110.

<sup>806</sup> J. DREXL, préc., note 633, 418.

<sup>807</sup> T. R. FENOULHET, préc., note 638, 14.

le cadre des transactions *B2C* en ligne. Elles mettent notamment l'accent sur la loyauté des pratiques en matière de commerce, de publicité et de marketing<sup>808</sup> ; la communication d'informations claires sur l'identité de l'entreprise présente sur le marché électronique, sur les biens et services qu'elle offre, ainsi que sur les modalités et les conditions des transactions<sup>809</sup> ; l'utilisation d'un processus de confirmation transparent<sup>810</sup> ; la mise à disposition de mécanismes de paiement sûrs<sup>811</sup> ; l'accès à des voies de règlement des conflits et de recours justes et rapides, sans coût, ni charges indues<sup>812</sup> ; la protection de la vie privée<sup>813</sup> et l'éducation des consommateurs et des entreprises<sup>814</sup>.

Enfin, nous pourrions citer les *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières, frauduleuses et trompeuses*<sup>815</sup>. Le Conseil de l'OCDE a adopté en 2003 ce texte qui traite d'un

---

<sup>808</sup> *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, préc., note 785, par. II de la deuxième partie.

<sup>809</sup> *Id.*, par. III de la deuxième partie.

<sup>810</sup> *Id.*, par. IV de la deuxième partie.

<sup>811</sup> *Id.*, par. V de la deuxième partie.

<sup>812</sup> *Id.*, par. VI de la deuxième partie.

<sup>813</sup> *Id.*, par. VII de la deuxième partie.

<sup>814</sup> *Id.*, par. VIII de la deuxième partie.

<sup>815</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*, 11 juin 2003, disponible à l'adresse : <<http://www.oecd.org/internet/consumer/2956464.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013) [Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses].

ensemble de pratiques transfrontalières frauduleuses<sup>816</sup>. Il met en exergue le rôle de coordination de l'action des gouvernements par l'OCDE et son objectif majeur, qui est la prévention contre les problèmes transfrontaliers<sup>817</sup>. Cette prévention, mais également le souci de protection, se manifestent par plusieurs dispositions spécifiques, prévues par ces lignes directrices comme les procédures de notification et l'échange d'information simplifié, l'assistance en matière d'enquêtes et certaines questions relatives au pouvoir des organismes de contrôle en matière de protection de consommateurs.

### **Section III. Les normes matérielles régionales : l'exemple européen**

Au niveau régional, l'Union européenne constitue un exemple privilégié permettant d'examiner les tentatives de dépassement des problématiques de

---

<sup>816</sup> *Id.*, par. I. B. : « Aux fins des présentes Lignes directrices, l'expression « pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses » désigne les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses qui causent un préjudice réel aux consommateurs, ou qui constituent une menace immédiate d'un tel préjudice pour les consommateurs si on ne les empêche pas, notamment :

1. Toute pratique consistant à donner des informations inexactes, et notamment des informations susceptibles d'induire en erreur, qui porte atteinte de façon significative aux intérêts économiques de consommateurs abusés.
2. Toute pratique consistant à ne pas livrer des produits ou ne pas fournir des services aux consommateurs après que ceux-ci les ont payés.
3. Toute pratique consistant à débiter les comptes financiers, téléphoniques ou autres des consommateurs sans leur autorisation. »

<sup>817</sup> *Id.*, par. I. A. : « Les présentes Lignes directrices sont destinées à favoriser la coopération internationale dans la lutte contre les pratiques commerciales frauduleuses et trompeuses. Elles reflètent l'engagement pris par les pays Membres d'apporter des améliorations à leurs systèmes de contrôle et à leur législation pour accroître leur efficacité dans la lutte contre ces pratiques, tout en reconnaissant que la coopération relative à des cas particuliers respectera le cadre juridique existant. »

rapprochement des législations<sup>818</sup>. Cette organisation préfigure un nouveau modèle d'organisation des pouvoirs illustrant l'application de la doctrine de la gouvernance<sup>819</sup> dont elle constitue un terrain d'observation privilégié<sup>820</sup>. Dans ce laboratoire, on crée un droit commun fondé sur deux systèmes distincts, la *Common Law* anglaise et le droit écrit d'origine romano-germanique. Ce droit en formation, élaboré au sein de l'Union européenne, pourrait, par sa démarche progressive, anticiper le droit mondial<sup>821</sup>.

L'harmonisation européenne est le fruit d'un processus de négociation d'États souverains, de visions et de traditions juridiques parfois très différentes<sup>822</sup>. Système politique original, l'exemple européen nous semble pertinent par la richesse et la diversité des normes relatives aux relations commerciales en ligne transfrontalières qui vont des règlements et directives, aux simples recommandations pour assurer cette harmonisation (1), jusqu'à des formes

---

<sup>818</sup> F. OST et M. VAN DE KERCHOVE, préc., note 221, 24 : « Le modèle européen s'inscrit malaisément dans l'ordonnement hiérarchique des pouvoirs, de même qu'il ne relève guère des techniques réglementaires classiques ».

<sup>819</sup> Anne ISLA, « Pour une économie institutionnelle et organisationnelle du droit : la gouvernance dans l'Union européenne », (2003) 54 *Droit et société* 377.

<sup>820</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 454, 210 : « Avec la construction européenne, l'hypothèse de l'établissement d'une gouvernance régionale, se superposant au modèle traditionnel de gouvernement étatique et se vidant progressivement de sa substance, semble prendre corps. L'Union européenne et en effet caractérisée par un style décisionnel original, qui répond en tous points au modèle de gouvernance. »

<sup>821</sup> Sur la montée du droit européen d'Internet, voir Y. POULLET, préc., note 650.

<sup>822</sup> Sur l'harmonisation minimale européenne, voir J. DREXL, préc., note 633, 429.

novatrices de coopération au niveau extracommunautaire comme le mécanisme de la « Sphère de sécurité » (2).

## **1. L'harmonisation européenne : état des lieux**

Au niveau régional, l'Union européenne essaye de substituer aux rapports de force entre États-nations rivaux, un gouvernement par des normes communément admises. La législation européenne fonctionne selon le principe de subsidiarité<sup>823</sup>. Le niveau de prise de décision est décentralisé au niveau des États membres, lorsque la décision prise à ce niveau peut produire les effets escomptés. C'est seulement dans le cas contraire que la décision est prise au niveau européen protégeant ainsi les États membres contre les risques de centralisme excessif.

Le contenu de la régulation européenne du commerce électronique est axé sur la promotion de la confiance<sup>824</sup>. Les textes européens permettent de définir un cadre dans lequel les transactions électroniques pourront se développer en toute confiance. Il s'agit en effet d'assurer un juste équilibre entre les principes fondamentaux du commerce électronique (A), les dispositions protectrices du

---

<sup>823</sup> Y. POULLET, préc., note 180, à la page 175.

<sup>824</sup> Lucien RAPP, « Observations sur l'initiative communautaire en matière de commerce électronique », dans Annie BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *L'Union européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 33, à la page 46.

consommateur (B) et la protection des données personnelles (C) tout en permettant le développement des transactions électroniques transfrontalières dans le marché européen<sup>825</sup>.

## A. Les principes fondamentaux du commerce électronique

Deux directives principales mettent en place les principes fondamentaux<sup>826</sup> du commerce électronique européen : la *Directive 1999/93/CE du Parlement Européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*<sup>827</sup> (ci-après « Directive 1999/93/CE ») et la *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*<sup>828</sup> (ci-après

---

<sup>825</sup> Linda SENDEN, “Soft law, self-regulation and co-regulation in european law: Where Do They Meet?”, (2005) 9:1 *Electronic Journal of Comparative Law* 1, disponible à l’adresse : <<http://www.ejcl.org/>> (consulté le 6 juillet 2013)

<sup>826</sup> Y. POULLET, préc., note 665, à la page 139.

<sup>827</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Journal officiel n° L 13 du 19/01/2000, p. 0012-0020, disponible à l’adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:fr:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013) [Directive 1999/93/CE].

<sup>828</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016, disponible à l’adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:fr:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013) [Directive 2000/31/CE].

« Directive 2000/31/CE »), qu'on appelle communément « Directive sur le commerce électronique »<sup>829</sup>.

Premier texte adopté en la matière par l'Union européenne, la *Directive 1999/93/CE* avait pour objectif de faire tomber les obstacles à l'utilisation des communications électroniques et au commerce électronique<sup>830</sup>. Cette Directive a permis la facilitation de la signature électronique en contribuant à la reconnaissance de sa valeur légale, tout en fournissant un cadre légal pour les signatures électroniques et des services de certification dans le but d'assurer le bon fonctionnement du marché européen<sup>831</sup>. Le champ d'application de la *Directive 1999/93/CE*, défini à l'article 1<sup>er</sup> alinéa 2, est limité au seul cadre contractuel général.

---

<sup>829</sup> Georges DECOCQ, « Directive sur le commerce électronique », (2000) 8 *Comm. com. électr.* 22 ; Luc GRYNBAUM, « La directive commerce électronique ou l'inquiétant retour à l'individualisme juridique », (2001) 7 *Comm. com. électr.* 9.

<sup>830</sup> *Directive 1999/93/CE*, préc., note 827, le 4<sup>ème</sup> Considérant prévoit que : « les communications et le commerce électroniques nécessitent des "signatures électroniques" et des services connexes permettant d'authentifier les données; toute divergence dans les règles relatives à la reconnaissance juridique des signatures électroniques et à l'accréditation des "prestataires de service de certification" dans les États membres risque de constituer un sérieux obstacle à l'utilisation des communications électroniques et au commerce électronique; par ailleurs, l'établissement d'un cadre communautaire clair concernant les conditions applicables aux signatures électroniques contribuera à renforcer la confiance dans les nouvelles technologies et à en favoriser l'acceptation générale; la diversité des législations des États membres ne saurait entraver la libre circulation des marchandises et des services dans le marché intérieur. »

<sup>831</sup> *Id.*, article 1. « L'objectif de la présente directive est de faciliter l'utilisation des signatures électroniques et de contribuer à leur reconnaissance juridique. Elle institue un cadre juridique pour les signatures électroniques et certains services de certification afin de garantir le bon fonctionnement du marché intérieur. Elle ne couvre pas les aspects liés à la conclusion et à la validité des contrats ou d'autres obligations légales lorsque des exigences d'ordre formel sont prescrites par la législation nationale ou communautaire; elle ne porte pas non plus atteinte aux règles et limites régissant l'utilisation de documents qui figurent dans la législation nationale ou communautaire. »

La signature électronique est définie comme une « donnée sous forme électronique, qui est jointe ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification »<sup>832</sup>. Cette définition générale comprend aussi bien le concept de signature par voie électronique, que tout autre procédé d'authentification. La *Directive 1999/93/CE*, en consacrant la reconnaissance de la validité de la signature électronique au même titre que la signature sur papier<sup>833</sup>, a joué un rôle important dans l'établissement de la sécurité et la confiance dans les communications en ligne en Europe<sup>834</sup>.

Le texte européen majeur consacré au commerce électronique est la *Directive 2000/31/CE*. À travers cette Directive, l'Union Européenne détermine un cadre normatif général<sup>835</sup>. La Directive traite d'un ensemble de points importants notamment : la loi applicable, les informations qui doivent être fournies par les prestataires et le processus de conclusion des contrats électroniques. Elle s'adresse

---

<sup>832</sup> *Id.*, article 2 par. 1.

<sup>833</sup> *Id.*, article 5.

<sup>834</sup> Yves POULLET et Mireille ANTOINE, « Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique », dans Charlotte VIER (dir.), *L'internet et le droit : droit français, européen et comparé de l'internet*, Paris, Victoires, 2001, p. 443, à la page 447 ; Sylvain MARTIN et Arnaud TESSALONIKOS, « La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 mars 2000 », (2000) *Gaz. Pal.* 4 ; Mathias M. SIEMS, "The EU directive on electronic signatures: a worldwide model or a fruitless attempt to regulate the future?", (2002) 16 *International Review of Law, Computers & Technology* 7.

<sup>835</sup> *Directive 2000/31/CE*, préc., note 828, 7<sup>ème</sup> considérant. Ainsi, les rédacteurs communautaires estiment que : « pour garantir la sécurité juridique et la confiance du consommateur, il y a lieu que la présente Directive établisse un cadre général clair pour couvrir certains aspects juridiques du commerce électronique dans le marché intérieur ».

à « toutes personne physique agissant à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale »<sup>836</sup>.

L'article premier rappelle l'objectif de la Directive, qui est d'assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres<sup>837</sup>.

La Directive crée un cadre juridique<sup>838</sup> commun incitant les États à supprimer toutes les mesures législatives ou réglementaires entravant la libre circulation des services par voie électronique. Ces derniers doivent, ainsi, intégrer dans leurs législations nationales un certain nombre de dispositions réglementant ces services afin d'harmoniser la protection des destinataires à l'intérieur du marché européen<sup>839</sup>.

---

<sup>836</sup> *Id.*, article 2 (e).

<sup>837</sup> *Directive 2000/31/CE*, préc., note 828, l'article 1 prévoit que : « La présente directive a pour objectif de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur en assurant la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres ».

<sup>838</sup> *Id.*, 8<sup>ème</sup> Considérant : « L'objectif de la présente directive est de créer un cadre juridique pour assurer la libre circulation des services de la société de l'information entre les États membres et non d'harmoniser le domaine du droit pénal en tant que tel ».

<sup>839</sup> Sur la question, voir F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 384 ; Danielle CHARLES-LE BIHAN, « La protection du consommateur dans un marché unique du commerce électronique », dans Annie BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 43, à la page 51. Marc FALLON, et Johan MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », (2002) 91:3 *Rev. crit. DIP* 444.

## B. La protection du consommateur

L'émergence d'un droit européen fortement consumériste a favorisé la prolifération des lois de police de protection du consommateur<sup>840</sup>. La première série de textes communautaires a vu le jour en 1997. La *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*<sup>841</sup> (ci-après « *Directive 97/7/CE* ») s'applique au contrat de commerce électronique impliquant un consommateur<sup>842</sup>. Elle concerne :

« tout contrat concernant des biens ou services conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestations de service à distance organisé par le fournisseur, qui pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même »<sup>843</sup>.

---

<sup>840</sup> Voir F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 364.

<sup>841</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, p. 0019-0027, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013) [Directive 97/7/CE].

<sup>842</sup> *Id.*, selon l'article 2, cette Directive s'applique à « tout contrat concernant des biens ou services conclus entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d'un système de vente ou de prestation de service à distance organisée par le fournisseur, qui pour ce contrat, utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance jusqu'à la conclusion du contrat, y compris la conclusion du contrat elle-même ».

<sup>843</sup> *Id.*, article 2. par. 1.

Cette Directive vise à mettre en place un certain nombre de règles communes en matière de protection du consommateur à l'échelle européenne. Principale innovation, elle introduit un droit de rétractation de sept jours après la réception des biens commandés par le consommateur ou, pour les services, à compter du jour de la conclusion du contrat<sup>844</sup>. Le droit de rétractation apparaît comme un droit destiné à protéger son bénéficiaire contre sa propre faiblesse, en lui accordant un délai de rétractation a posteriori de la formation du contrat<sup>845</sup>. Ce qui justifie cette protection, c'est l'élément subjectif de la situation contractuelle. Le droit de rétractation vise ainsi à protéger le consentement du consommateur du comportement du professionnel et de rétablir l'équilibre contractuel<sup>846</sup>.

En outre, l'article 8 de la Directive invite les États membres à veiller à ce que des mesures appropriées soient prises pour que le consommateur puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la directive et, en cas d'utilisation frauduleuse, soit recredité des sommes versées en paiement ou se les voit restituées<sup>847</sup>.

---

<sup>844</sup> *Id.*, l'article 6. par. 1 prévoit que : « Pour tout contrat à distance, le consommateur dispose d'un délai d'au moins sept jours ouvrables pour se rétracter sans pénalités et sans indication du motif. Les seuls frais qui peuvent être imputés au consommateur en raison de l'exercice de son droit de rétractation sont les frais directs de renvoi des marchandises. »

<sup>845</sup> J. DREXL, préc., note 633, 436.

<sup>846</sup> F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 362 ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 322.

<sup>847</sup> *Directive 97/7/CE*, préc., note 841, article 8 : « Les États membres veillent à ce que des mesures appropriées existent pour que le consommateur :

La question de la sécurité des paiements électroniques a, ensuite, fait l'objet d'une Recommandation de la Commission. Il s'agit de la *Recommandation 97/489/CE de la Commission Européenne du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire*<sup>848</sup>. Cette Recommandation « comprend quatre thèmes principaux : champ d'application et définitions, transparence des conditions applicables aux opérations ; obligations et responsabilités des parties ; notification et règlement des différends »<sup>849</sup>.

Enfin, l'Union européenne s'est définitivement placée du côté du consommateur en lui offrant plus de moyens juridiques face au vendeur dans la *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs*<sup>850</sup> (ci-après « *Directive 2011/83/UE* »). Cette directive a

---

- puisse demander l'annulation d'un paiement en cas d'utilisation frauduleuse de sa carte de paiement dans le cadre de contrats à distance couverts par la présente directive,  
- en cas d'utilisation frauduleuse, soit recrédité des sommes versées en paiement ou se les voie restituées. »

<sup>848</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 97/489/CE de la Commission du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire*, Journal officiel n° L 208 du 2/08/1997, p. 0052-0058, disponible à l'adresse : <[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997H0489&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997H0489&model=guichett)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>849</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 325.

<sup>850</sup> PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, Journal officiel n° L 304 du 22/11/2011, p. 0064-0088, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:FR:PDF>> (consulté le 6 juillet 2013) [Directive 2011/83/UE].

été adoptée après un processus de consultation qui a débuté en octobre 2008. Les États membres disposent jusqu'à la fin de l'année 2013 pour l'introduire dans leurs droits nationaux.

La *Directive 2011/83/UE* vise à protéger les consommateurs en matière de contrats de vente de biens et de contrats de services. Elle s'applique, ainsi, à tout contrat, que celui-ci soit conclu en magasin, par l'entremise d'un marchand itinérant ou à distance. Elle oblige les marchands à indiquer, préalablement à la transaction, leur adresse et les principales caractéristiques du produit<sup>851</sup>. Elle prévoit également que le commerçant doit indiquer le prix total des biens ou services, incluant les frais supplémentaires de transport applicables. Il doit également mentionner au consommateur que ce dernier dispose du droit de résilier le contrat s'il y a lieu. Enfin, il doit rappeler au consommateur l'existence de la garantie légale. De plus, le marchand fournit, une fois la vente conclue, un exemplaire du contrat, lequel doit reprendre toutes les informations précontractuelles obligatoires<sup>852</sup>.

---

<sup>851</sup> *Id.*, l'article 6 prévoit que : « 1. Avant que le consommateur ne soit lié par un contrat distance ou hors établissement ou par une offre du même type, le professionnel lui fournit, sous une forme claire et compréhensible, les informations suivantes : a) les principales caractéristiques du bien ou du service, dans la mesure appropriée au support de communication utilisé et au bien ou service concerné ; b) l'identité du professionnel, par exemple son nom commercial ; c) l'adresse géographique où le professionnel est établi ainsi que le numéro de téléphone du professionnel, son numéro de télécopieur et son adresse électronique, lorsqu'ils sont disponibles, pour permettre au consommateur de le contacter rapidement et de communiquer avec lui efficacement et, le cas échéant, l'adresse géographique et l'identité du professionnel pour le compte duquel il agit ».

<sup>852</sup> *Id.*, l'article 7 par. 2 prévoit que : « 2. Le professionnel fournit au consommateur une copie du contrat signé ou la confirmation du contrat sur papier ou, moyennant accord du consommateur, sur un autre support durable, y compris, le cas échéant, la confirmation de l'accord exprès préalable et de la reconnaissance par le consommateur conformément à l'article 16, point m). »

D'autre part, la Directive prévoit le droit pour le consommateur de résilier le contrat et fixe un délai de livraison maximal de trente jours. En cas de dépassement de ce délai, le consommateur peut donner au commerçant un délai supplémentaire adapté aux circonstances pour livrer le bien. Si le marchand ne s'exécute pas, il doit rembourser le consommateur<sup>853</sup>. Autre point important, le délai de rétractation passe à 14 jours<sup>854</sup>. Ces ajouts sont censés harmoniser la procédure d'achat et ainsi augmenter la confiance du consommateur européen.

---

<sup>853</sup> *Id.*, l'article 18 prévoit que : « 1. Sauf si les parties en disposent autrement concernant le moment de la livraison, le professionnel livre les biens en transférant la possession physique ou le contrôle au consommateur sans retard injustifié, mais au plus tard trente jours après la conclusion du contrat. 2. En cas de manquement du professionnel à l'obligation de livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur lui enjoint d'effectuer la livraison dans un délai supplémentaire adapté aux circonstances. Si le professionnel n'a pas effectué la livraison dans ledit délai supplémentaire, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat. Le premier alinéa n'est pas applicable aux contrats de vente lorsque le professionnel a refusé de livrer le bien ou lorsque la livraison dans le délai de livraison convenu est essentielle compte tenu de toutes les circonstances qui entourent la conclusion du contrat ou lorsque le consommateur informe le professionnel, avant la conclusion du contrat, que la livraison à une date précise ou au plus tard à une date déterminée est essentielle. Dans ces cas, si le professionnel n'effectue pas la livraison du bien au moment convenu avec le consommateur ou dans les délais prévus au paragraphe 1, le consommateur a le droit de mettre fin au contrat immédiatement. 3. Lorsqu'il est mis fin au contrat, le professionnel rembourse, sans retard excessif, toute somme payée en application du contrat. »

<sup>854</sup> *Id.*, l'article 14 prévoit que : « 1. À moins que le professionnel ne propose de récupérer lui-même ces biens, le consommateur renvoie ou rend les biens au professionnel ou à une personne habilitée par ce dernier à recevoir les biens, sans retard excessif et, en tout état de cause, au plus tard quatorze jours suivant la communication de sa décision de se rétracter du contrat au professionnel conformément à l'article 11. Ce délai est respecté si le consommateur renvoie les biens avant l'expiration du délai de quatorze jours. Le consommateur supporte uniquement les coûts directs engendrés par le renvoi des biens, sauf si le professionnel accepte de les prendre à sa charge ou s'il a omis d'informer le consommateur qu'il doit les prendre en charge. En ce qui concerne les contrats hors établissement, lorsque les biens ont été livrés au domicile du consommateur au moment de la conclusion du contrat, le professionnel récupère les biens à ses frais s'ils ne peuvent pas être renvoyés normalement par la poste en raison de leur nature. »

## C. La protection des données personnelles

Il existe aussi d'autres textes européens qui s'appliquent au commerce électronique, notamment en ce qui concerne la protection des données personnelles ; question à laquelle s'est intéressé très tôt le législateur européen. En effet, dès le 28 janvier 1981, le Conseil de l'Europe a élaboré la *Convention n° 108 pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*<sup>855</sup> (ci-après « *Convention 108* »). Elle vise à concilier le respect de la vie privée et la libre circulation de l'information. Elle s'inscrit dans une optique de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Quinze ans après la *Convention 108* du Conseil de l'Europe, la Commission européenne a adopté une importante directive, la *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*<sup>856</sup> (ci-après « *Directive 95/46/CE* »).

---

<sup>855</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Strasbourg, 28 janvier 1981, disponible à l'adresse : <<http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/108.htm>> (consulté le 6 juillet 2013) [Convention 108].

<sup>856</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995, p. 0031-0050, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013) [Directive 95/46/CE].

Cette Directive vise à harmoniser les lois sur la protection de la vie privée des États membres<sup>857</sup>. Elle oblige tous les États membres à adopter une loi sur la protection des données personnelles<sup>858</sup> ou à réviser leurs lois existantes pour se conformer à cette dernière. Elle a pour objectif d'assurer, par l'harmonisation accrue en matière de protection des données, une libre circulation de ces données au sein de l'Union européenne, tout en maintenant une marge de manœuvre pour les États membres<sup>859</sup>.

La directive retient dans son article 4 le critère de la localisation de l'établissement du responsable du traitement. Si le responsable n'a pas d'établissement sur le territoire communautaire, les États membres pourront encore se référer à la localisation des moyens de traitement pour appliquer leur propre loi<sup>860</sup>. Elle fixe

---

<sup>857</sup> F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 279 ; F. F. WANG, préc., note 288, p. 105.

<sup>858</sup> *Directive 95/46/CE*, préc., note 856, article 2 (a) : « "données à caractère personnel" : toute information concernant une personne physique identifiée ou identifiable (personne concernée) ; est réputée identifiable une personne qui peut être identifiée, directement ou indirectement, notamment par référence à un numéro d'identification ou à plusieurs éléments spécifiques, propres à son identité physique, physiologique, psychique, économique, culturelle ou sociale. »

<sup>859</sup> Jean FRAYSSINET, « La protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet ? », dans Georges CHATILLON (dir.), *le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 435, à la page 437.

<sup>860</sup> *Directive 95/46/CE*, préc., note 856, l'article 4 prévoit que : « 1. Chaque État membre applique les dispositions nationales qu'il arrête en vertu de la présente directive aux traitements de données à caractère personnel lorsque: a) le traitement est effectué dans le cadre des activités d'un établissement du responsable du traitement sur le territoire de l'État membre; si un même responsable du traitement est établi sur le territoire de plusieurs États membres, il doit prendre les mesures nécessaires pour assurer le respect, par chacun de ses établissements, des obligations prévues par le droit national applicable; b) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de l'État membre mais en un lieu où sa loi nationale s'applique en vertu du droit international public; c) le responsable du traitement n'est pas établi sur le territoire de la Communauté et recourt, à des fins de traitement de données à caractère personnel, à des moyens, automatisés ou non, situés sur le territoire dudit État membre, sauf si ces moyens ne sont utilisés qu'à des fins de transit sur le territoire de la Communauté. »

des conditions de traitement des données à caractère personnel et crée des obligations de déclaration et de sécurité pour les responsables de traitement<sup>861</sup>. Elle soumet le traitement d'informations nominatives au respect du principe de loyauté et de finalité<sup>862</sup>.

La Directive pose le principe fondamental du consentement à toute collecte de données personnelles, tout en prévoyant différentes dérogations relatives à l'exécution d'une obligation<sup>863</sup>. Elle met aussi une obligation de sécurité à la charge de l'exploitant qui doit assurer son fichier contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite<sup>864</sup>. Un traitement est

---

<sup>861</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 116 ; Jean FRAYSSINET, « L'Union européenne et la protection des données personnelles circulant sur l'Internet », dans Annie BLANDIN-OBERNESSER (dir.), *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 123, à la page 126.

<sup>862</sup> *Directive 95/46/CE*, préc., note 856, l'article 6 par. 1 prévoit que : « 1. Les États membres prévoient que les données à caractère personnel doivent être : a) traitées loyalement et licitement ; b) collectées pour des finalités déterminées, explicites et légitimes, et ne pas être traitées ultérieurement de manière incompatible avec ces finalités ».

<sup>863</sup> *Id.*, l'article 7 prévoit que : « Les États membres prévoient que le traitement de données à caractère personnel ne peut être effectué que si : a) la personne concernée a indubitablement donné son consentement ou b) il est nécessaire à l'exécution d'un contrat auquel la personne concernée est partie ou à l'exécution de mesures précontractuelles prises à la demande de celle-ci ou c) il est nécessaire au respect d'une obligation légale à laquelle le responsable du traitement est soumis ou d) il est nécessaire à la sauvegarde de l'intérêt vital de la personne concernée ou e) il est nécessaire à l'exécution d'une mission d'intérêt public ou relevant de l'exercice de l'autorité publique, dont est investi le responsable du traitement ou le tiers auquel les données sont communiquées ou f) il est nécessaire à la réalisation de l'intérêt légitime poursuivi par le responsable du traitement ou par le ou les tiers auxquels les données sont communiquées, à condition que ne prévalent pas l'intérêt ou les droits et libertés fondamentaux de la personne concernée, qui appellent une protection au titre de l'article 1er paragraphe 1. »

<sup>864</sup> *Id.*, l'article 17 prévoit que : « 1. Les États membres prévoient que le responsable du traitement doit mettre en oeuvre les mesures techniques et d'organisation appropriées pour protéger les

considéré comme licite si la collecte des données est loyale et adéquate au regard des finalités du traitement de données qui doivent être exactes, complètes et conservées sous une forme permettant l'identification des personnes concernées.

L'article 14 de la Directive prévoit que les États doivent reconnaître le droit pour la personne concernée de s'opposer gratuitement et sur demande au traitement des données la concernant à des fins commerciales, et également de s'opposer à toute utilisation ou communication de ces données à des tiers<sup>865</sup>. Enfin, La Directive prévoit « comment le droit étatique peut articuler normes publiques et normes

---

données à caractère personnel contre la destruction accidentelle ou illicite, la perte accidentelle, l'altération, la diffusion ou l'accès non autorisés, notamment lorsque le traitement comporte des transmissions de données dans un réseau, ainsi que contre toute autre forme de traitement illicite. Ces mesures doivent assurer, compte tenu de l'état de l'art et des coûts liés à leur mise en oeuvre, un niveau de sécurité approprié au regard des risques présentés par le traitement et de la nature des données à protéger. 2. Les États membres prévoient que le responsable du traitement, lorsque le traitement est effectué pour son compte, doit choisir un sous-traitant qui apporte des garanties suffisantes au regard des mesures de sécurité technique et d'organisation relatives aux traitements à effectuer et qu'il doit veiller au respect de ces mesures. 3. La réalisation de traitements en sous-traitance doit être régie par un contrat ou un acte juridique qui lie le sous-traitant au responsable du traitement et qui prévoit notamment que : - le sous-traitant n'agit que sur la seule instruction du responsable du traitement, - les obligations visées au paragraphe 1, telles que définies par la législation de l'État membre dans lequel le sous-traitant est établi, incombent également à celui-ci. 4. Aux fins de la conservation des preuves, les éléments du contrat ou de l'acte juridique relatifs à la protection des données et les exigences portant sur les mesures visées au paragraphe 1 sont consignés par écrit ou sous une autre forme équivalente ».

<sup>865</sup> *Id.*, l'article 14 prévoit que : « Les États membres reconnaissent à la personne concernée le droit : a) au moins dans les cas visés à l'article 7 points e) et f), de s'opposer à tout moment, pour des raisons prépondérantes et légitimes tenant à sa situation particulière, à ce que des données la concernant fassent l'objet d'un traitement, sauf en cas de disposition contraire du droit national. En cas d'opposition justifiée, le traitement mis en oeuvre par le responsable du traitement ne peut plus porter sur ces données ; b) de s'opposer, sur demande et gratuitement, au traitement des données à caractère personnel la concernant envisagé par le responsable du traitement à des fins de prospection ou d'être informée avant que des données à caractère personnel ne soient pour la première fois communiquées à des tiers ou utilisées pour le compte de tiers à des fins de prospection et de se voir expressément offrir le droit de s'opposer, gratuitement, à ladite communication ou utilisation. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour garantir que les personnes concernées ont connaissance de l'existence du droit visé au point b) premier alinéa ».

privées et promouvoir ainsi l'adoption de ces dernières »<sup>866</sup>. Ainsi, dans son article 27, la Directive encourage le recours aux codes de conduite destinés à contribuer, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales<sup>867</sup>.

Cette Directive a été complétée par d'autres contenant des dispositions éparées sur la protection de la vie privée, notamment : *la Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 relative au traitement des données à caractère personnel et à la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*<sup>868</sup> et *la Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications électroniques*<sup>869</sup> qui l'a remplacée.

---

<sup>866</sup> Y. POULLET, préc., note 65, 64.

<sup>867</sup> Directive 95/46/CE, préc., note 856, l'article 27 prévoit que : « 1. Les États membres et la Commission encouragent l'élaboration de codes de conduite destinés à contribuer, en fonction de la spécificité des secteurs, à la bonne application des dispositions nationales prises par les États membres en application de la présente directive. »

<sup>868</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*, Journal officiel n° L 024 du 30/01/1998, p. 0001-0008, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0066:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>869</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*, Journal officiel n° L 201 du 31/07/2002, p. 0037-0047, disponible à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=fr](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=fr) (consulté le 6 juillet 2013).

Plus récemment, pour mettre à jour la *Directive 95/46/CE* et s'adapter aux bouleversements liés à la généralisation d'Internet, l'Union européenne a décidé de remplacer les règles disparates de protection de données personnelles actuellement en vigueur dans les pays de l'Union par un Règlement européen afin de rendre aux internautes le contrôle de leurs données. La *Proposition de Règlement du parlement européen et du conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*<sup>870</sup> (ci-après « *Proposition de Règlement général sur la protection des données* ») va vers un renforcement de la protection des données.

Cet ambitieux projet de réforme européen vise à mieux contrôler la manipulation et la conservation des données par les entreprises, et à fournir plus de droits aux utilisateurs sur ces données personnelles, au cœur des modèles économiques des géants d'Internet. La nouveauté est l'introduction de la notion « d'oubli numérique »<sup>871</sup>, et celle de « consentement explicite »<sup>872</sup> à toute forme

---

<sup>870</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, COM(2012) 11 final, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:FR:PDF> (consulté le 6 juillet 2013) [*Proposition de Règlement général sur la protection des données*].

<sup>871</sup> *Id.*, le projet d'article 17 confère « un droit à l'oubli numérique et à l'effacement. Il développe et précise le droit d'effacement prévu à l'article 12, point b), de la directive 95/46/CE et fixe les conditions du droit à l'oubli numérique, notamment l'obligation qui est faite au responsable du traitement ayant rendu publiques des données à caractère personnel d'informer les tiers de la demande de la personne concernée d'effacer tout lien vers ces données ou les copies ou reproductions qui en ont été faites. Il intègre aussi le droit de limiter le traitement dans certains cas, en évitant le terme équivoque de « verrouillage » ».

d'exploitation commerciale des données personnelles. Enfin, le projet de Règlement prévoit la coopération accrue entre les autorités de contrôle et la Commission européenne<sup>873</sup> et la création du Comité européen de la protection des données<sup>874</sup>.

Ailleurs dans le monde, la question de la protection des données personnelles a attiré l'attention de l'APEC. En 2002, le Sous-groupe de données personnelles, l'*APEC Data Privacy Sub-Group*, a alors été établi à l'initiative de l'Australie et des États-Unis<sup>875</sup>. L'APEC a adopté en 2004 un cadre de la protection de la vie privée, le « *Privacy Framework* »<sup>876</sup>. Ce cadre fonctionne sur une base de

---

<sup>872</sup> *Id.*, le projet d'article 4 : « Dans la définition du consentement, le qualificatif «explicite» est ajouté à la liste des critères afin d'éviter tout parallélisme prêtant à confusion avec le consentement «indubitable» et de disposer d'une définition unique et cohérente du consentement, garantissant que la personne concernée donne son consentement en toute connaissance de cause. »

<sup>873</sup> *Id.*, le projet d'article 46 : « fait obligation aux États membres de mettre en place une ou plusieurs autorités de contrôle, ainsi que le requérait l'article 28, paragraphe 1, de la directive 95/46/CE, et d'élargir la mission de celles-ci à la coopération entre elles et avec la Commission. »

<sup>874</sup> *Id.*, le projet d'article 64 : « institue le comité européen de la protection des données, composé des directeurs des autorités de contrôle de tous les États membres et du contrôleur européen à la protection des données. Le comité européen de la protection des données remplace le groupe de protection des personnes à l'égard du traitement des données à caractère personnel créé par l'article 29 de la directive 95/46/CE. L'article 65 précise que la Commission n'est pas membre de ce comité, mais a le droit de participer à ses activités et de s'y faire représenter. »

<sup>875</sup> Sur les travaux de l'APEC en matière de commerce électronique, voir A. DAVIDSON, préc., note 729, p. 338 ; voir également F. F. WANG, préc., note 288, p. 111.

<sup>876</sup> COOPÉRATION ÉCONOMIQUE DE LA ZONE ASIE-PACIFIQUE, *Privacy framework*, 2004, disponible à l'adresse : <<http://www.apec.org/Glossary.aspx>> (consulté le 6 juillet 2013) : «The privacy framework explores new ways of information sharing and cooperation across agencies and authorities to enable transfers of personal information across borders. The Framework reaffirms the importance of protecting confidential information in growing e-commerce and trans-boundary trade in the region, provides specific examples of privacy situations and focuses its attention on practical and consistent information privacy protection within this context».

volontariat et contient neuf principes<sup>877</sup>. Ces principes ont dans les grandes lignes les mêmes objectifs<sup>878</sup> que les *Lignes directrices de l'OCDE régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*.

## 2. Le mécanisme de la « Sphère de sécurité »

L'exigence d'une protection adéquate des données personnelles afin de faire des transferts de données vers des pays tiers est prescrite dans le paragraphe 6 de l'article 25 de la *Directive 95/46/CE*. Les données à caractère personnel ne peuvent être transférées que vers un pays tiers qui « assure un niveau de protection adéquat »<sup>879</sup> des droits et libertés des personnes. Les pays considérés comme ayant

---

<sup>877</sup> *Id.* : “There are 9 APEC information privacy principles : 1) Preventing harm 2) Notice 3) Collection Limitation 4) Uses of Personal Information 5) Choice 6) Integrity of Personal Information 7) Security safeguards 8) Access and Correction 9) Accountability”.

<sup>878</sup> *Id.* : “8- Finally, this Framework on information privacy protection was developed in recognition of the importance of :

- Developing appropriate privacy protections for personal information, particularly from the harmful consequences of unwanted intrusions and the misuse of personal information;
- Recognizing the free flow of information as being essential for both developed and developing market economies to sustain economic and social growth;
- Enabling global organizations that collect, access, use or process data in APEC member economies to develop and implement uniform approaches within their organizations for global access to and use of personal information;
- Enabling enforcement agencies to fulfill their mandate to protect information privacy; and,
- Advancing international mechanisms to promote and enforce information privacy and to maintain the continuity of information flows among APEC economies and with their trading partners”.

<sup>879</sup> L'article 25 par. 6 de la *Directive 95/46/CE*, préc., note 856, prévoit que : « 6. La Commission peut constater, conformément à la procédure prévue à l'article 31 paragraphe 2, qu'un pays tiers assure un niveau de protection adéquat au sens du paragraphe 2 du présent article, en raison de sa législation interne ou de ses engagements internationaux, souscrits notamment à l'issue des

une protection adéquate sont d'abord les pays membres de l'Union européenne, ensuite les pays de l'Espace économique européen et enfin les pays ayant fait l'objet d'une reconnaissance de protection adéquate par la Commission européenne.

Le Parlement européen et le Conseil ont donné le pouvoir à la Commission européenne de décider qu'un pays tiers offre un niveau de protection adéquat en raison de sa législation interne ou des engagements pris au niveau international. La Commission a donc effectué une approche au cas par cas et a approuvé plusieurs États proposant un niveau de protection adéquat. Les pays tiers, sont reconnus ayant une protection adéquate soit parce qu'ils sont dotés d'une législation nationale protectrice des données personnelles approuvée, équivalente à celle de l'Europe, soit parce qu'ils ont pris des engagements au niveau international d'assurer les mêmes obligations et de garantir les mêmes droits aux personnes concernées<sup>880</sup>.

Des difficultés sont apparues principalement entre l'Europe et les États-Unis dont le système de protection des données repose en grande partie sur l'autorégulation par les acteurs économiques eux-mêmes. Cependant, pleinement consciente qu'il est difficile de se passer d'un partenaire commercial comme les États-Unis, la

---

négociations visées au paragraphe 5, en vue de la protection de la vie privée et des libertés et droits fondamentaux des personnes. »

<sup>880</sup> J. FRAYSSINET, préc., note 861, à la page 130 ; J. DREXL, préc., note 633, 439.

Commission a engagé, dès 1998, des négociations avec le gouvernement fédéral des États-Unis pour aboutir en juillet 2000<sup>881</sup>, aux accords de la « Sphère de sécurité »<sup>882</sup> ou *Safe Harbor*.

Les principes retenus sont l'aboutissement d'un consensus entre l'approche européenne, privilégiant un contrôle effectué par des autorités administratives, et l'approche des États-Unis centrée sur l'autorégulation. Le dispositif de la « Sphère de sécurité » repose sur une démarche volontaire d'entreprises établies aux États-Unis, qui s'autocertifient comme adhérant à une série de principes de protection des données personnelles et de protection de la vie privée<sup>883</sup>. L'adhésion de ces entreprises aux principes leur impose un certain nombre de règles qui reprennent, dans les grandes lignes, celles posées par la *Directive 95/46/CE*.

En acceptant ces principes, les entreprises adhérentes souscrivent à un certain nombre d'engagements. Elles s'engagent, ainsi, à informer les personnes visées par la collecte de données des finalités de celle-ci et de celles des traitements

---

<sup>881</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Décision de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique*, Journal officiel n° L 215 du 25/08/2000, p. 0007 – 0047, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0520:FR:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>882</sup> Jean FRAYSSINET, « Le transfert et la protection des données personnelles en provenance de l'Union européenne vers les États-Unis : l'accord dit "sphère de sécurité" (ou *safe harbor*) », (2001) *Comm. com. électr.* 12.

<sup>883</sup> Pour une appréciation critique, voir C. FÉRAL-SCHUHL, préc., note 161, p. 97 ; F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 302 ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 461.

subséquents, et offrir à ces personnes une faculté d'opposition à un usage des données incompatible avec les finalités prévues, notamment après transfert à des tiers ; à ne collecter des données sensibles qu'avec le consentement exprès des personnes concernées ; à permettre l'exercice d'un droit d'accès et de rectification ; à ne céder des données personnelles qu'à d'autres entreprises adhérentes et enfin, à garantir la sécurité du traitement et l'intégrité des données enregistrées.

Les principes de la « Sphère de sécurité » prévoient l'intervention de la *Federal Trade Commission*<sup>884</sup> (*FTC*), qui sans avoir les mêmes fonctions que les autorités européennes de protection des données, est chargée de veiller à l'effectivité des normes retenues. La *FTC* dresse, ainsi, une liste des entreprises qui adhèrent aux règles de protection des données,<sup>885</sup> mais ces dernières y adhèrent sur la base du volontariat. L'entreprise peut décider librement d'adhérer ou non à ces principes. La portée de l'accord dépend donc principalement du comportement de ces entreprises<sup>886</sup>.

Ainsi, on ne peut pas dire que cette technique protectrice soit négligeable, mais elle garde un caractère incertain. Il faudrait que le statut de ces principes soit

---

<sup>884</sup> FEDERAL TRADE COMMISSION : <<http://www.ftc.gov>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>885</sup> La liste des entreprises ayant notifié leur adhésion aux principes est disponible à l'adresse : <<https://safeharbor.export.gov/list.aspx>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>886</sup> Sur les raisons de la désaffection des entreprises américaines pour le mécanisme du *safe harbor*, voir Raymond T. NIMMER, "Internationally interactive law. Perspectives on trans-border data control from the U.S", dans Maria Véronica PÉREZ-ASINARI et Pablo PALAZZI (éd.), *Défis du droit à la protection de la vie privée. Perspectives du droit européen et nord-américain*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p 415, à la page 431.

clarifié de manière à obtenir un engagement ferme et non réversible de la part des entreprises adhérentes. Les autorités nationales de contrôle européennes conservent, néanmoins, la possibilité d'ordonner la suspension du flux de données lorsque la *FTC* constate une violation des principes ou en cas de défaillance de celle-ci à prendre les mesures nécessaires pour sanctionner la violation des principes.

Bien que sur un certain nombre de points, les principes de la *Directive 95/46/CE* sont moins bien respectés dans le cadre du mécanisme de la « Sphère de sécurité », cette approche démontre que les autorités publiques sont à la recherche de nouvelles manière de coopérer entre elles, mais également avec les acteurs privés. Ces arrangements hybrides jettent un pont entre les systèmes juridiques de manière novatrice et implique une action combinée de l'autorégulation et de la régulation publique dans le développement de ces arrangements. Il est à signaler que les questions relatives au transfert des données des passagers<sup>887</sup> (en anglais *Passenger Name Record, PNR*) sont toujours en cours de négociation, avec de nouveaux problèmes émergeant sans cesse, malgré maints accords obtenus et signés au fil du temps<sup>888</sup>.

---

<sup>887</sup> C. FÉRAL-SCHUHL, préc., note 161, p. 99 : « Connues sous la dénomination de Passenger Name Record (PNR), ces données indiquent l'itinéraire suivi par le passager, le nom des personnes avec lesquelles il a effectué une réservation, les coordonnées de celles chez qui il séjournera aux États-Unis, les réservations d'hôtels éventuelles, ou encore les services demandés à bord : repas (végétarien, casher, etc.), prestations de santé (problèmes de diabète, etc.). »

<sup>888</sup> Sur ce point, voir Maria Véronica PÉREZ-ASINARI, "International aspects of personal Data protection Quo vadis EU?", dans Maria Véronica PÉREZ-ASINARI et Pablo PALAZZI (éd.), *Défis du droit à la protection de la vie privée. Perspectives du droit européen et nord-américain*,

## Chapitre II. Les garanties complémentaires

Les différents acteurs qui tentent de tirer profit des formidables potentialités du commerce électronique s'accommodent très mal du sentiment d'insécurité inhérent au type de médium puisqu'il constitue un frein à l'expansion de leurs activités. Ainsi, sous l'impulsion des milieux professionnels, des efforts ont été entrepris pour apporter plus de sécurité et de confiance dans les relations entre les parties à la vente électronique. Les sites de commerce électronique offrent de plus en plus des garanties complémentaires susceptibles d'accroître le niveau de confiance de l'utilisateur potentiel.

Les garanties offertes restent extrêmement variables. Il en est de même du degré de précision et de l'effectivité de la mise en œuvre de ces dernières. Ces garanties, qui peuvent être issues de la corégulation ou de l'autorégulation, sont des instruments principalement utilisés afin de compléter les mesures législatives. Les garanties relatives aux pratiques commerciales (Section I), les garanties relatives à la sécurité des transactions (Section II) et les garanties relatives à la protection des données personnelles (Section III), s'inscrivent dans cette démarche de promotion de la confiance.

---

Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 381, à la page 391 ; F. DEHOUSSE, T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, préc., note 32, p. 303 et suiv.

## Section I. Les garanties relatives aux pratiques commerciales

Nous retrouvons tout d'abord parmi les garanties relatives aux pratiques commerciales, un mécanisme original appelé code de conduite<sup>889</sup>. Ensuite, la pratique de la certification<sup>890</sup>, ou plus particulièrement, en matière de commerce électronique, labellisation, est étroitement liée à celle des codes de conduite, car tous les deux ont des objectifs communs, qui sont l'instauration de la confiance et la garantie de la transparence, ainsi que le respect par les sites *Web* de normes prédéfinies.

Enfin, les contrats types se distinguent généralement des codes de conduite par une portée plus appliquée, qui n'est pas toujours très facile à déterminer<sup>891</sup>. Ils revêtent pourtant, en pratique, une importance manifeste et leur précoce prolifération dans différents domaines en témoigne<sup>892</sup>. Nous retiendrons donc, principalement ces trois instruments, qui nous semblent les plus représentatifs des initiatives normatives des opérateurs privés du commerce électronique, de manière à garantir

---

<sup>889</sup> Isabelle DESBARATS, « De la normalisation en matière sociale », (2003) 140 *LPA* 4, 4 : De manière générale, le code de conduite contient « un ensemble de règles et de principes généraux en matière de bonnes pratiques de gestion sociale, environnementale et de transparence de l'information. »

<sup>890</sup> Alain COURET, Jacques IGALENS et Hervé PENAN, *La Certification*, Paris, P.U.F, 1995, p. 9 : « la certification est une procédure par laquelle une tierce partie donne une assurance écrite qu'un produit, un service, un système qualité, un organisme est conforme à des exigences spécifiées ».

<sup>891</sup> David W. SLAWSON, «New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms», (1984-1985) 46 *U. Pitt. L. Rev.* 21, 31.

<sup>892</sup> Jacques LEAUTE, « Les contrats-types », (1953) *RTD civ.* 429.

des pratiques commerciales loyales : les codes de conduite (1), les labels (2) et les contrats types (3).

## 1. Les codes de conduite

Manifestation la plus visible de l'évolution des normes privées dans la régulation sur Internet, le code de conduite a déjà quelques années derrière lui<sup>893</sup>. Les codes ont plusieurs caractéristiques, qui sont l'hétérogénéité et la diversité de leurs créateurs en termes de taille, de secteur d'activité ou encore de localisation géographique. À cet égard, on peut trouver ces instruments dans pratiquement tous les domaines : la gestion de l'environnement, les conditions de travail, la diffusion d'informations, la concurrence, la fiscalité, la corruption, les sciences et la technologie, la protection des consommateurs, etc<sup>894</sup>.

De manière générale, le code de conduite a pour objectif « de sécréter de l'autodiscipline par une conscience claire des intérêts communs »<sup>895</sup>. Présenté dans la littérature, indistinctement, sous une multitude d'appellations (charte,

---

<sup>893</sup> Un des premiers codes de conduite sur internet, la *Netiquette*, a été publié par l'*ISOC* en janvier 1989, *Netiquette* : < <http://www.albion.com/netiquette/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>894</sup> Voir Gérard FARJAT, « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 151 ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141 ; 2001, p. 528 ; V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 275.

<sup>895</sup> P. MOREAU-DESFARGES, préc., note 466, p. 64.

instrument volontaire, recommandation, etc.)<sup>896</sup>, cet instrument permet d'organiser une activité par des règles communes. Il procède de la nécessité d'encourager les acteurs économiques à assumer une plus grande responsabilité dans leurs activités par « l'élaboration et le respect, par les acteurs eux-mêmes, de règles qu'ils ont formulées [...] et dont ils assurent eux-mêmes l'application »<sup>897</sup>.

Le code de conduite incite généralement au respect des termes, à savoir : objet du contrat ; identification du vendeur ; rappel des dispositions concernant les données personnelles ; rappel des principes de propriété intellectuelle ; loi applicable et tribunal compétent<sup>898</sup>. Philippe Amblard énumère ses caractéristiques lorsqu'il porte sur la régulation des activités en ligne :

---

<sup>896</sup> Geneviève KOUBI, « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit », dans Jean CLAM et Gilles MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 165 ; Samuel MERCIER, « Les chartes et codes éthiques - Quel contenu pour quelle utilité ? », (2000) 2 *Cah. jur. fisc. exp.* 295 ; Gilles GROLLEAU, Naoufel MZOUGHFI et Lucie THIÉBAUT, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l'environnement », (2004) 1 *RIDE* 461.

<sup>897</sup> B. DU MARAIS, préc., note 541, à la page 295.

<sup>898</sup> Isabelle DESBARATS, « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regard sur une pratique en expansion », (2003) 9 *La semaine juridique* 112, 113 ; Vanina BORROMEI et Jean-Marie FURT, « L'évolution de la réglementation de la qualité : une contribution à la théorie du droit souple », (2006) 123 *LPA* 6, 7.

« Très formel. Il adopte la présentation des textes législatifs ou réglementaires. Le code fixe la régulation de l'activité en ligne, de la manière la plus exhaustive possible. Ses dispositions sont concises et impératives. Outre sa nature impérative, ce qui caractérise le code est la prévision de la globalité de la régulation de l'activité. »<sup>899</sup>

Caractérisé par son élaboration spontanée et évolutive, le code de conduite n'est pas directement contraignant. Ainsi plusieurs codes se considèrent sur le plan formel, seulement comme des documents à caractère exclusivement incitatif, en raison de leur contenu recommandataire et la subordination de leur caractère contraignant à leur adhésion<sup>900</sup>. Cependant, ils permettent de démontrer la bonne volonté des responsables du site de respecter les dispositions de la loi et aussi gagner la confiance des utilisateurs.

En effet, un code de conduite bien rédigé et correctement documenté peut réaliser des objectifs d'intérêt public<sup>901</sup> et susciter la confiance des internautes. Il s'articule généralement autour des éléments suivants :

---

<sup>899</sup> P. AMBLARD, préc., note 34, p. 110.

<sup>900</sup> Christian JUBAULT, « Les codes de conduite privés », dans Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, *Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 27.

<sup>901</sup> F. CAFAGGI, préc., note 543, 26.

« Une indication de la portée précisant à qui ou quoi il s'applique et les personnes visées ; les objectifs c'est-à-dire les résultats espérés ; les règles - ce qui est permis et interdit - ; les plaintes, la procédure de résolution des conflits et les sanctions ; l'administration du code ; la publicité du code et les rapports périodiques sur son application ; la surveillance, la révision et les modifications. »<sup>902</sup>

Bien que ce soit surtout les opérateurs privés qui ont favorisé le développement des codes de conduite, afin de s'autoréguler dans leurs activités en ligne, les pouvoirs publics s'approprient désormais également cet instrument<sup>903</sup>. Ainsi, le *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*<sup>904</sup> fut entériné par les ministres fédéraux, provinciaux et territoriaux responsables des questions de consommation en janvier 2004.

Le Code a établi un cadre de bonnes pratiques commerciales pour les commerçants qui exercent des activités commerciales en ligne avec des consommateurs et traite des points suivants : dispositions relatives à l'information ; langue de communication ; conclusion et exécution de contrats ; protection des renseignements personnels en ligne ; sécurité des paiements et des renseignements

---

<sup>902</sup> Pierre TRUDEL, « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : éléments de méthode », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 287, à la page 302.

<sup>903</sup> D. MOCKLE, préc., note 48, 197.

<sup>904</sup> INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, disponible à l'adresse : <[http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003\\_fr.pdf/\\$FILE/EcommPrinciples2003\\_fr.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_fr.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

personnels ; traitement des plaintes et règlement des différends ; courriel non sollicité ; communications destinées aux enfants.

Nous pourrions aussi penser aux *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*<sup>905</sup> qui prévoient huit principes à respecter portant sur les points suivants : disposition relative à l'information ; établissement du contrat ; protection des renseignements personnels ; sécurité des paiements ; recours ; responsabilité ; courrier électronique commercial non sollicité et sensibilisation des consommateurs.

L'État peut enfin imposer un cadre juridique ou des lignes directrices pour atteindre l'objectif de régulation du code privé. Nous pourrions citer, à ce titre, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires*<sup>906</sup> et *Les codes volontaires : Guide d'élaboration et d'utilisation*<sup>907</sup> du Bureau de la consommation d'Industrie Canada, *Models of self-regulation: An overview of models in business and the*

---

<sup>905</sup> INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, disponible à l'adresse : <[http://strategis.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/h\\_ca01194f.html](http://strategis.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/h_ca01194f.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>906</sup> INDUSTRIE CANADA, LE BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires*, disponible à l'adresse : <[http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/\\$FILE/evaluf.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/$FILE/evaluf.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>907</sup> INDUSTRIE CANADA, LE BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Les codes volontaires: Guide d'élaboration et d'utilisation*, disponible à l'adresse : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/ca00963.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

*professions*<sup>908</sup> du *National Consumer Council* de Grande-Bretagne et enfin les *Guidelines for developing effective voluntary industry codes of conduct*<sup>909</sup> esquissés par l'*Australian Competition and Consumer Commission*.

## 2. Les labels

La certification de qualité représente l'un des développements les plus importants des comportements économiques des dernières décennies<sup>910</sup>. Alors qu'auparavant, la qualité et la conformité des produits et services reposaient largement sur la réputation des commerçants, il est aujourd'hui nécessaire d'obtenir la garantie de cette qualité. L'internaute, ne pouvant s'assurer du comportement éthique des sites, a besoin de donner sa confiance à un sigle, un sceau, qui, indiqué sur les sites auxquels il s'intéresse, garantira cette qualité attendue<sup>911</sup>. D'un point de vue

---

<sup>908</sup> NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Models of self-regulation, An overview of models in business and the professions*, disponible à l'adresse : [http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc\\_models\\_self\\_regulation.pdf](http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc_models_self_regulation.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>909</sup> AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Guidelines for developing effective voluntary industry codes of conduct*, disponible à l'adresse : <http://transition.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=658186&nodeId=8c401ba4a594710cd4cb4bcd45c13340&fn=Guidelines%20for%20developing%20effective%20voluntary%20industry%20codes%20of%20conduct.pdf> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>910</sup> Jean-Marie PONTIER, « La certification, outil de la modernité normative », (1996) *D.* 355 ; Sophie LAVALLÉE et Geneviève PARENT, « Qu'y a-t-il derrière l'étiquette « bio »? Une étude de l'encadrement juridique de l'agriculture et de la certification biologiques au Canada », (2005) 50:89 *R.D. McGill* 89.

<sup>911</sup> Louise MARTEL et René ST-GERMAIN, « La certification de conformité des sites Web », (2002) 27 *Gestion* 91.

pratique, le label est « une image, un logo, un signe de reconnaissance qu'un marchand appose sur son site pour rassurer ses clients [...] »<sup>912</sup>. La labellisation prend des formes diverses (A) et fait appel à un nouvel acteur : le cyberconsommateur (B).

## **A. Les formes de la labellisation**

L'activité de labellisation des sites de commerce électronique s'inscrit dans la lignée de la certification de produits et de services. Le label est utilisé comme argument de commercialisation pour se distinguer de la concurrence qui n'affiche pas ce label. Il permet alors de donner une meilleure visibilité à un site et d'éclairer l'internaute sur les pratiques que celui-ci applique dans ses relations avec ses clients<sup>913</sup>. Pour le commerce électronique, l'objet de la labellisation peut être très variable<sup>914</sup>, par exemple : le respect de la vie privée, les pratiques publicitaires, certains aspects de transparence des activités commerciales, l'utilisation de certaines clauses contractuelles, le respect de certaines pratiques

---

<sup>912</sup> Vincent GAUTRAIS, « La certification de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur » (1999) 3 *Ubiquité* 91, 91.

<sup>913</sup> Y. POULLET et M. ANTOINE, préc., note 834, à la p. 458.

<sup>914</sup> Serge PARISIEN, « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 177, à la page 185.

commerciales, les mesures de sécurité informatique adoptées, la prise en charge de litiges ou leur soumission à des modes spécifiques de règlement des différends.

Il existe deux formes de labellisation de valeurs inégales : la labellisation interne et la labellisation externe<sup>915</sup>. La première se distingue de la seconde par l'absence de recours à un tiers indépendant. Elle consiste « à marquer ses propres services d'un niveau de qualité par un engagement à respecter certains critères, sans toutefois que le respect de ces critères fasse l'objet d'un contrôle préalable et périodique par un organisme tiers indépendant »<sup>916</sup>. Concrètement, le cybercommerçant s'engage à respecter certaines règles, afin d'assurer au consommateur un meilleur niveau de confiance par rapport à l'achat en ligne.

Dans le deuxième cas de figure et à la demande du cybercommerçant, des organismes de certification indépendants vont procéder à la vérification de la conformité ou de la qualité du service à certaines caractéristiques prédéfinies<sup>917</sup>. La demande de la part du candidat doit comporter un certain nombre de renseignements, notamment quant à la portée recherchée de la certification. Ainsi, volontairement et afin d'obtenir la certification de leurs activités, les entreprises

---

<sup>915</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 201.

<sup>916</sup> Mireille ANTOINE, Didier GOBERT et Anne SALAÜN, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance », dans Étienne MONTERO, (dir.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3, à la page 14.

<sup>917</sup> S. PARISIEN, préc., note 914, à la page 186.

s'engagent juridiquement à respecter des règles de conduite imposées par l'organe certificateur<sup>918</sup>.

Les autorités de certification externe peuvent offrir deux types de services qui sont : l'autodéclaration et l'autodéclaration avec validation. Dans le cadre de l'autodéclaration, le certifié peut, soit confirmer par écrit le respect des normes du certifiant, soit procéder aux modifications pour se conformer aux normes exigées. En ce qui concerne l'autodéclaration avec validation, l'autorité de certification applique un processus de validation de conformité du site *Web* aux normes prescrites<sup>919</sup>.

Pour émettre un avis favorable, l'organisme certifiant se procure toutes les informations nécessaires, pour se faire un avis sur le degré de la conformité du site *Web* aux normes établies<sup>920</sup>. Ainsi, l'autodéclaration avec validation nécessite un contrôle *à priori* des critères par un tiers, mais aussi des contrôles périodiques *a posteriori*<sup>921</sup>. En cas d'accord favorable de l'autorité de certification, l'exploitant

---

<sup>918</sup> Voir P. TRUDEL, F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, préc., note 44, p. 3-47.

<sup>919</sup> M. ANTOINE, D. GOBERT et A. SALAÜN, préc., note 916, à la page 16.

<sup>920</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 562.

<sup>921</sup> Y. POULLET et M. ANTOINE, préc., note 834, à la page 458 : « Elle consiste à faire contrôler préalablement et périodiquement par un organisme tiers indépendant le respect effectif d'un ensemble de critères prédéfinis. Le résultat de ce contrôle peut s'exprimer par l'affichage du rapport effectué par un vérificateur indépendant et/ou d'un label ».

du site sera autorisé à apposer sur son site un sceau indiquant aux usagers qu'il s'agit d'un site certifié<sup>922</sup>.

Ce mécanisme garantit le partage de risques, car une fois que le site est certifié, le commerçant électronique transfère une partie du risque qui est assuré par l'organisation qui octroie la certification. Il est essentiel que l'organe qui délivre le label précise exactement la teneur de ces contrôles afin de déterminer les obligations auxquelles il s'engage ainsi que les exigences et conditions qui couvrent le label. À ce titre, la responsabilité du labellisateur pourrait être mise en cause par un client non satisfait du site labellisé.

## **B. Le cyberconsommateur : nouvel acteur de la labellisation**

Depuis leur apparition, les labels de qualité ont été développés par divers intervenants incluant les associations de consommateurs, les gouvernements et les commerçants<sup>923</sup>. Le problème posé est qu'avec le temps, de plus en plus de labels sont apparus introduisant une confusion grandissante aussi bien chez les vendeurs,

---

<sup>922</sup> Vincent GAUTRAIS, « Labellisation des sites sur Internet et protection des consommateurs : vision comparée », (2001) *Contrats-Concurrence-Consommation* 4, 5.

<sup>923</sup> Pour une classification des labels selon leur champ d'application, voir T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 558.

que chez les acheteurs<sup>924</sup>. Ces labels fonctionnent mondialement et à un moment, trop de labels ne permettent plus aux utilisateurs de savoir ce que représente chacun d'eux et surtout d'avoir confiance en l'un d'entre eux<sup>925</sup> ; chaque organisme, public ou privé, émettant son sceau de certification en fonction de ses propres normes et standards sans contrôle de ces émetteurs de sceaux<sup>926</sup>.

Face à ce phénomène, les initiatives les plus notables visant à trouver une plateforme commune pour les labels, restent le projet *eConfidence*<sup>927</sup> du Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) et le *Global Trustmark Alliance*<sup>928</sup> (GTA), un label à portée mondiale pour les consommateurs, à l'initiative d'un réseau constitué du *Better Business Bureau*<sup>929</sup> (BBB),

---

<sup>924</sup> Graf-Peter CALLIESS, "Transnational consumer law: co-regulation of B2C-e-commerce", (2007) 3:3 *CLPE Research Paper*, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=988612](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=988612)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 6 ; V. GAUTRAIS, préc., note 912, 93. L'auteur utilise l'expression imagée le label est un loup pour le label ; S. PARISIEN, préc., note 914, à la page 189.

<sup>925</sup> Nadine FRASELLE et Marie-Paule KESTEMONT, « Le marketing éthique : vecteur de responsabilité pour les entreprises et pour les consommateurs – Les codes de conduite et les labels ne sont-ils que des faire-valoir ? », (2004) 1:2 *Revue européenne de droit de la consommation* 271.

<sup>926</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 922, 6.

<sup>927</sup> BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *eConfidence Project*, 22 octobre 2001, disponible à l'adresse : <[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/e-commerce/e-conf\\_working\\_annexe.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/e-commerce/e-conf_working_annexe.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>928</sup> Sur le *Global Trustmark Alliance*, Colin RULE, *Online Dispute Resolution for Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and other Commercial Conflicts*, San Fransisco, Jossey-Bass, 2002, p. 114 ; G.-P. CALLIESS, préc., note 924, p. 33.

<sup>929</sup> BETTER BUSINESS BUREAU : <<http://www.bbb.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

d'Eurochambres<sup>930</sup> et de la *Federation of Direct Marketers*<sup>931</sup> (FEDMA). Ces initiatives n'ont pas abouti à des résultats tangibles dans l'ensemble.

La divulgation d'informations concernant l'expérience réelle d'achat des consommateurs<sup>932</sup> constitue, alors, une piste intéressante, en faisant intervenir un nouvel acteur de la labellisation : le cyberconsommateur. En effet, son rôle est loin d'être passif<sup>933</sup>. Ainsi, un acheteur peut, avant d'acheter, effectuer une recherche pour savoir si d'autres ont été satisfaits lors de leurs transactions avec un marchand spécifique. Il peut vérifier sa réputation en ligne<sup>934</sup>. Le partage d'informations sur les expériences réelles d'achats faits par de vrais consommateurs constitue désormais un critère majeur pour l'instauration de la confiance<sup>935</sup>.

---

<sup>930</sup> EUROCHAMBRES : <<http://www.eurochambres.eu/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>931</sup> FEDERATION OF DIRECT MARKETERS : <<http://www.fedma.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>932</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 342 : « Dans le contexte du commerce électronique, de nombreux acteurs de la régulation insistent sur l'importance du *naming and shaming*, c'est-à-dire la publication en ligne d'évaluations et d'expériences personnelles concernant des activités commerciales sur Internet ».

<sup>933</sup> P. TRUDEL, préc., note 526, 191 et 192 : « l'individu a la possibilité de fréquenter des lieux crédibles ou de prendre le risque de fréquenter des sites offrant peu ou pas de garanties de fiabilité. Il peut commercer avec une entreprise qui adhère à des normes élevées de rigueur ou prendre la chance de contracter avec un aventurier ; il se voit imputer une plus grande part de responsabilité dans le déroulement des interactions auxquelles il accepte de prendre part ».

<sup>934</sup> G.-P. CALLIESS, préc., note 924, p. 4.

<sup>935</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 105.

Par exemple, la plateforme de mise en relation *eBay*<sup>936</sup> a mis en place des mécanismes en ligne de rétroaction permettant de noter un vendeur est ainsi d'établir sa réputation. Chaque contractant-acheteur ou contractant-vendeur est invité au terme de la relation contractuelle à donner une note à son partenaire en fonction de la conformité du bien livré, de la ponctualité de la livraison et du paiement du prix par l'acheteur. Ainsi, chaque vendeur possède « une évaluation »<sup>937</sup> de ses comportements passés par les acheteurs sur le site.

Le système d'évaluation des vendeurs sur le site *eBay* constitue un moyen d'information qualitatif pour l'acheteur potentiel. Ce mécanisme permet d'actualiser et de synthétiser les informations relatives aux comportements passés d'un vendeur dans le cadre des activités commerciales sur le site. Il est donc possible avant de s'engager contractuellement avec un utilisateur du site de consulter la note que les autres utilisateurs lui ont donnée et d'éviter ainsi certains cocontractants à risque<sup>938</sup>.

---

<sup>936</sup> *eBay* : <[www.ebay.com/](http://www.ebay.com/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>937</sup> « Chaque membre *eBay* possède un Profil d'évaluation composé d'informations de base le concernant et d'évaluations laissées par ses interlocuteurs. La confiance accordée à un membre peut dépendre largement des commentaires exprimés par ses précédents acheteurs ou vendeurs. Les acheteurs peuvent évaluer les vendeurs en leur laissant une évaluation positive, négative ou neutre pour chaque transaction, évaluation qui s'accompagne d'un bref commentaire. Les vendeurs peuvent évaluer les acheteurs en leur laissant une évaluation positive pour chaque transaction. Evaluations détaillées : Un acheteur peut également évaluer le vendeur en fonction de critères supplémentaires tels que : la conformité de l'objet à la description de l'annonce, la communication, le délai de livraison, les frais de livraison et d'expédition. »  
disponible à l'adresse : <<http://pages.ebay.fr/services/forum/feedback.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>938</sup> T. DE COSTER, préc., note 407, à la page 133 : « Les évaluations concernant un utilisateur sont enregistrées dans son profil. Elles comprennent un score (positif, négatif ou neutre) et un commentaire laissé par chaque utilisateur qui a formulé une évaluation à son endroit à la suite

La plupart des vendeurs du site sont des vendeurs réguliers, voire professionnels, qui tirent l'essentiel de leurs revenus de la vente d'objets via ce site de mise en relation<sup>939</sup>. Si le vendeur souhaite continuer à vendre régulièrement sur ce site, il doit tenter de garder la meilleure évaluation possible de ses relations commerciales. Cette évaluation constitue, à l'encontre d'un nombre important de vendeurs, un moyen de pression les encourageant à accepter et à exécuter un accord avec l'acheteur, à la condition que son évaluation ne soit pas pénalisée par cette transaction conflictuelle.

Autre possibilité offerte au cyberconsommateur, il peut aider à localiser les points noirs du réseau, qu'il est appelé à dénoncer sur le site *econsumer.gov*<sup>940</sup>. Il est pour l'instant à l'état de projet-pilote. Ce site conçu à l'intention des cyberconsommateurs leur permet de porter plainte lorsqu'ils sont victimes de fraude ou de pratiques déloyales. Il est le fruit de la collaboration de membres du Réseau international de contrôle de la commercialisation (RICC), rebaptisé, en 2002, Réseau international de contrôle et de protection des consommateurs<sup>941</sup> (RICPC), un nom qui reflète mieux sa mission.

---

d'une transaction terminée entre les deux parties. Tous les membres enregistrés peuvent consulter les évaluations sur les autres utilisateurs. »

<sup>939</sup> Sur la question de la responsabilité des plateformes de mise en relation, voir Fabrice DE PATOUL, « La responsabilité des intermédiaires sur internet : les plates-formes de mise en relation, les forums et les blogs », (2007) 27 *R.D.T.I.* 85, 86.

<sup>940</sup> *econsumer* : <<http://www.econsumer.gov/>> (consulté le 6 juillet 2013)

<sup>941</sup> RÉSEAU INTERNATIONAL DE CONTRÔLE ET DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS : <<https://icpen.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

Ce réseau informel regroupe des instances de contrôles responsables du respect de la législation en matière de protection des consommateurs. C'est la *FTC* qui administre la base de données *econsumer.gov*, recueillant les plaintes des cyberconsommateurs. Les agences de protection des consommateurs des pays participants au RICPC, dont le Bureau de la concurrence<sup>942</sup> canadien, peuvent y puiser les plaintes concernant des entreprises de leur pays.

### **3. Les contrats types**

Les contrats types sont des modèles pour les transactions commerciales en ligne concernant des biens ou des prestations de service. Ils garantissent, notamment, le respect minimal de la réglementation constituant ainsi une base de négociation entre les parties. Ils sont adaptables à chaque démarche commerciale et à chaque produit ou service commercialisable<sup>943</sup>. Les contrats types se distinguent des conditions générales, qui viennent codifier les usages d'une profession. Ils donnent souvent l'occasion à leurs rédacteurs d'introduire des innovations. Le contrat type n'est

---

<sup>942</sup> INDUSTRIE CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/Accueil>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>943</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 276.

donc pas nécessairement un reflet de la pratique, mais peut aussi être à l'initiative d'une institution ou d'une organisation professionnelle<sup>944</sup>.

Afin d'assurer la protection du cocontractant, le contrat type comporte plusieurs clarifications dans son inventaire qui permettent d'identifier les éléments le plus souvent traités dans un contrat. Ils couvrent, par exemple, les caractéristiques du produit ou service, les modalités de livraison ou d'exécution, le prix et moyens de paiement, le droit de rétractation, les garanties et la preuve de la transaction<sup>945</sup>. Ils sont généralement conçus selon quatre approches complémentaires : une partie « clauses-types » qui adapte les règles de droit applicables ; une partie « commentaires », qui se présente comme un guide pratique de l'application des clauses ; une partie « précautions à prendre » qui attire l'attention sur certains points délicats et enfin une partie « questions/réponses ».

Le champ d'application du contrat type est limité. Il ne peut régir que les domaines qui portent sur les droits supplétifs. Néanmoins, il est important de noter que le contrat type est un reflet des pratiques contractuelles recommandées par les associations, ainsi que les groupements qui l'élaborent. À cet effet, en tant qu'instrument visant à faire adopter des pratiques commerciales loyales, le contrat

---

<sup>944</sup> Par exemple, CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Contrat-type de commerce électronique*, dernière mise à jour au 27 mars 2012, disponible à l'adresse : <<http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/telecharger?lien=sites%2Fwww.etudes.cci-paris-idf.fr%2Ffiles%2Fupload%2Fdossiers%2Fcommerce-electronique-contrat-type-1203.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>945</sup> Cyril CHABERT, « Contrat type de commerce électronique, ce fameux droit de rétractation », (2006) 3 *Comm. com. électr.* 47.

type présente un intérêt particulier par sa dimension de modèle dans un milieu ouvert comme Internet à condition que le modèle proposé soit fréquemment repris.

Le contrat type le plus utilisé reste l'Échange de documents informatisé<sup>946</sup> (EDI) qui permet « l'échange par voie électronique, de données structurées en messages normalisés, entre systèmes informatiques et sans intervention humaine »<sup>947</sup>. Il s'agit d'un échange de données informatisées qui repose sur l'utilisation, convenue entre les parties, d'une langue informatique normalisée et se limite aux réseaux fermés entre des participants identifiés et agréés<sup>948</sup>. Leur développement a permis de faciliter l'échange d'informations en assurant la stabilité et l'uniformité des règles.

## **Section II. Les garanties relatives à l'intégrité de la transaction**

La sécurité technique est un préalable et une condition *sine qua non* de l'intégrité des transactions électroniques. Employée pour la protection des secrets militaires ou diplomatiques, la cryptographie<sup>949</sup> a longtemps été monopolisée par les

---

<sup>946</sup> Vincent GAUTRAIS, « Les relations entre les partenaires », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 167, à la page 167 ; Jean-Guy RENS et Gil TOCCO, *Le cybercommerce au Québec*, St-Hyacinthe, Isabelle Quentin éditeur, 2001, p. 17.

<sup>947</sup> Michel JACCARD, *La conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI)*, Berne, Éditions Staempli, 1996, p. 70.

<sup>948</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 162.

<sup>949</sup> Cynthia CHASSIGNEUX, « La protection des données personnelles en France », (2001) 6:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_159.htm](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_159.htm)>

gouvernements. Mais à l'ère des réseaux numériques, de la décentralisation et de la mondialisation, elle s'est largement démocratisée pour devenir un élément important dans le but d'une meilleure protection des acteurs du commerce électronique<sup>950</sup>.

La certification de signature électronique peut recevoir diverses applications et être utilisée aussi bien au stade de la formation du contrat électronique que de son exécution. Par ailleurs, entre les commerçants et les consommateurs, on retrouve un certain nombre de compagnies et d'institutions financières jouant les intermédiaires et proposant plusieurs méthodes de sécurisation du paiement électronique<sup>951</sup>. Les procédés cryptographiques servent, ainsi, à la certification de la signature électronique (1) et à la sécurisation du paiement électronique (2).

---

(consulté le 6 juillet 2013) : « la cryptographie, ou chiffrement, peut se définir comme étant un ensemble de techniques qui permettent de protéger des informations grâce à un code secret. Il s'agit d'une méthode qui permet de chiffrer et, par la suite, de déchiffrer l'information transmise par le biais d'une clé soit privée soit publique, empêchant ainsi les personnes non autorisées à accéder au message ».

<sup>950</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 119.

<sup>951</sup> Pour une analyse du paiement sur Internet, voir C. FÉRAL-SCHUHL, préc., note 161, p. 361 ; Cathie-Rosalie JOLY, *Le paiement en ligne : sécurisation juridique et technique*, Paris, Hermès sciences publications, 2005 ; Benjamin FARRAGI, *Commerce électronique et moyens de paiement*, Paris, Dunod, 2000.

## 1. La certification de la signature électronique

L'objectif recherché de la signature électronique consiste à établir la réalité de l'intégrité du message de données, ainsi que la non-répudiation de celui-ci par son auteur. Mais il s'agit également de garantir l'identification des parties et de prouver leur adhésion aux termes du contrat proposé ; éléments qui se traduisent, dans les échanges électroniques, par une exigence en termes d'authentification, à la fois des parties signataires et du contenu de l'acte<sup>952</sup>. Ainsi, le dispositif de création de la signature électronique requiert l'utilisation de la technologie de la cryptographie<sup>953</sup>. Il existe essentiellement deux techniques de cryptographie, la cryptographie à « clé symétrique » et la cryptographie à « clés asymétriques »<sup>954</sup>.

Le système de clé symétrique, comme son nom l'indique, suppose qu'un émetteur et un récepteur détiennent la même clé. Cette dernière étant connue et utilisée pour mettre en œuvre une vérification de la signature électronique apposée et composée avec le document chiffré. Dans ce système, une même clé est utilisée pour le chiffrement et le déchiffrement des messages ; l'émetteur et le destinataire du

---

<sup>952</sup> Sur les fonctions de la signature électronique, voir Maurice H. M. SCHELLEKENS, *Electronic Signatures Authentication Technology from a Legal Perspective*, La Hague, T.M.C. Asser Press, 2004, p. 59 et suiv.

<sup>953</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 300 ; Y. POULLET et M. ANTOINE, préc., note 834, à la page 446 ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 360

<sup>954</sup> INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Politique cadre en matière de cryptographie aux fins du commerce électronique : Pour une économie et une société de l'information au Canada*, février 1998, disponible à l'adresse : [http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/vwapj/cryptographie.pdf/\\$file/cryptographie.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/vwapj/cryptographie.pdf/$file/cryptographie.pdf) (consulté le 6 juillet 2013), p. 4 et suiv.

message utilisant la même clé, le premier pour transformer le message en texte chiffré, le second pour le retransformer en texte clair ; ce qui suppose que les deux personnes échangent les clés pour pouvoir échanger des messages<sup>955</sup>.

Dans le deuxième cas, il s'agit d'un système de paire de clés : privée et publique.

Dans ce système,

« l'expéditeur d'un message utilise sa clé privée, qui doit rester confidentielle, pour signer et chiffrer le contenu de son document. De son côté, le destinataire utilisera la clé publique de l'expéditeur. Cette clé peut être librement divulguée. Ainsi, le destinataire pourra décoder la signature et le contenu du message envoyé »<sup>956</sup>.

Ces deux clés sont des séquences de chiffres, qui sont générées en même temps par un algorithme mathématique. Les deux clés sont liées mathématiquement. Le document est chiffré par une clé privée, tandis que le déchiffrement s'opère par une clé publique. La connaissance de celle-ci ne permet d'ailleurs pas de déterminer la première clé. La clé privée reste sous le contrôle exclusif de son titulaire et peut être protégée par un code secret ou un mot de passe.

Le document ainsi que sa version chiffrée sont alors adressés au destinataire. Si ce dernier avec la clé publique réussit à déchiffrer le document, il peut avoir

---

<sup>955</sup> Yves BRULARD et Pascal FERNANDEZ, « Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une "souris" ? (2<sup>e</sup> partie et fin) », (2001) 214 *LPA* 4.

<sup>956</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 949.

l'assurance que l'auteur du document est bien l'émetteur, celui titulaire de la clé secrète, complémentaire de la clé de déchiffrement utilisée. La clé privée s'apparente donc à la signature numérique de la personne. Chaque intéressé possède une clé privée, connue de lui seul, à laquelle est associée une clé publique accessible à tous.

L'une de ces clés est utilisée pour créer une signature numérique transformant des données en une forme inintelligible constituant une chaîne alphanumérique, l'autre clé sert à vérifier la signature et à décrypter le message pour le restituer en sa forme initiale. La fonction de chacune de ces clés est unique, par conséquent, la clé de cryptage ne peut être utilisée pour décrypter et inversement. En pratique, il est impossible de déterminer la clé privée à partir de la clé publique de l'auteur.

La fiabilité du système diffère en l'absence ou en la présence d'un certificat électronique. Pour l'authentification de la signature électronique, il est nécessaire d'avoir recours à une autorité de confiance appelée autorité de certification, ou encore prestataire de services de certification électronique, qui atteste du lien entre la clé publique de l'entité et celle de l'émetteur. Les contrats de certification de la signature électronique permettent de garantir l'identité de l'auteur du message et de sa signature numérique. Dans les faits, cette autorité de certification délivre un document appelé certificat. Il s'agit d'instruments de régulation, à la frontière de la

régulation technique et de la régulation juridique qui assurent la diffusion et la généralisation des normes adoptées par les organismes de normalisation<sup>957</sup>.

Concrètement, le demandeur adresse une demande de certificat au prestataire de service de certification électronique contenant des informations relatives à son identité. Le prestataire compose un message de données à partir des informations fournies et vérifiées. Il chiffre ce message de données avec sa clé privée et obtient une signature pour le demandeur. Il adresse alors le message de données et la signature au demandeur. Le certificat peut alors être utilisé par le signataire et être adressé avec le document. Il est délivré pour une durée précise et est étroitement lié à une signature et non pas à un document signé<sup>958</sup>.

## **2. La sécurisation du paiement électronique**

Malgré les nombreuses tentatives de création de nouveaux instruments de paiement pour Internet, peu ont survécu à ce jour, par manque de généralisation et de standardisation<sup>959</sup>. Force est de constater que les instruments traditionnels,

---

<sup>957</sup> Hubert BITAN, « La signature électronique : comment la technique répond-t-elle aux exigences de la loi ? », (2000) 301 *Gaz. Pal.* 10.

<sup>958</sup> F. F. WANG, préc., note 288, p. 94.

<sup>959</sup> Pour une typologie des moyens de paiement sur Internet, voir T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 311 et suiv. ; Étienne WÉRY, *Paiements et monnaie électroniques : droits européen, français et belge*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007, p. 38 et suiv. ; Michel ESPAGNON, « Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : évolution ou révolution du droit

adaptés au réseau Internet, sont aujourd'hui fréquemment utilisés. Le paiement par carte bancaire est le mode de règlement le plus répandu sur le réseau en raison de sa facilité d'usage et de sa rapidité. Pourtant, les cybercontractants craignent une utilisation frauduleuse du numéro de carte bancaire transmis en ligne. Leurs réticences peuvent être regroupées en deux points : d'une part, l'insécurité, réelle ou supposée d'Internet, les dissuade de communiquer les données relatives à leur carte de crédit, d'autre part, le paiement anticipé préalable à la réception du bien, exigé fréquemment, n'est pas de nature à les rassurer<sup>960</sup>.

En effet, les risques de l'utilisation de la carte ne sont pas minimes lorsque le paiement électronique est effectué par indication du numéro apparent. L'indication du numéro à seize chiffres et de la date d'expiration figurant sur la carte bancaire est une pratique courante sur Internet pour l'exécution de l'obligation de paiement, découlant d'un contrat électronique. L'utilisation seule du numéro apparent a pour conséquence d'affaiblir la sécurité de ce mode de paiement, en permettant aisément son utilisation frauduleuse par l'interception de cette information<sup>961</sup>.

---

des moyens de paiement », (1999) *JCP ed. G* 787 ; Sandrine MUNOZ, « Quelques interrogations sur le paiement électronique », (2000) 171 *LPA* 3.

<sup>960</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 199 et 200 : « les parties à une transaction électronique sont généralement amenées à ne pas s'exécuter simultanément et la partie qui remplit la première ses obligations –le paiement par l'acheteur, en principe– craindra naturellement que l'autre partie ne remplisse pas les siennes ».

<sup>961</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 312.

C'est pourquoi la sécurisation d'un instrument de paiement comme la carte bancaire est indispensable pour instaurer la confiance des intervenants et contribuer à l'essor du commerce électronique<sup>962</sup>. L'impératif de sécurisation exige que le moyen de paiement doit permettre au vendeur de vérifier que l'utilisateur est bel est bien le propriétaire du compte à débiter et au client, d'une part de vérifier l'identité du vendeur, et d'autre part, d'avoir l'assurance que ses données bancaires ne peuvent être utilisées par une tierce personne et à l'ensemble des acteurs, de garantir l'intégrité des données transmises<sup>963</sup>.

Les sites de commerce électronique, les prestataires de service et les banques utilisent aujourd'hui essentiellement le protocole *Transport Layer Security (TLS)*, une variante plus sécurisée de *Secure Sockets Layer*<sup>964</sup> (*SSL*). Ce protocole permet à l'internaute d'authentifier le serveur du site marchand et de crypter les données sensibles telles que son numéro de carte bancaire avant de les envoyer<sup>965</sup>. Intégré dans les logiciels de navigation, le protocole *TLS* présente plusieurs avantages pratiques tels que son coût réduit, sa simplicité d'utilisation, l'assurance d'authentifier le vendeur et la sécurisation des transmissions sur le réseau par le moyen du cryptage. Quand ce système est utilisé, l'*URL* de l'adresse permettant de

---

<sup>962</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 165.

<sup>963</sup> Sur les caractéristiques essentielles d'un mécanisme de paiement électronique sûr, voir Pierre-Paul LEMYRE, « Le paiement électronique », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 228, à la page 243.

<sup>964</sup> *Secure Sockets Layer* : <<http://www.ssl.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>965</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 319.

localiser physiquement un fichier ou une ressource d'un site prend alors un « s » et devient « https:// ». Ce système, qui utilise la cryptographie à clé publique et privée, assure la fonction de confidentialité et d'intégrité des numéros de carte transmis<sup>966</sup>.

Les systèmes peuvent aussi combiner le chiffrement du canal de communication avec l'usage d'une signature électronique dans le but de protéger le commerçant contre les contestations abusives de la part des clients et également d'assurer à ces derniers qu'ils sont connectés sur le site d'un commerçant identifié<sup>967</sup>. Les deux principaux réseaux internationaux de cartes bancaires ont pu mettre au point une technique de certification permettant d'authentifier le porteur de la carte. Les grands opérateurs de cartes de paiement ont, ainsi, développé des solutions de remplacement connues sous le nom de « *Verified by Visa* »<sup>968</sup> pour la société Visa et celui de « *MasterCard SecureCode* »<sup>969</sup> pour le réseau Mastercard basés sur le protocole « *3D Secure* »<sup>970</sup>.

---

<sup>966</sup> Sur le fonctionnement du protocole *SSL*, voir Marc LACOURSIÈRE et Édith VÉZINA, « La sécurité des opérations bancaires par Internet », (2007) 41:1 *RJT* 89, 108.

<sup>967</sup> G.-P. CALLIESS, préc., note 924, p. 15.

<sup>968</sup> *Verified by Visa (VbV) Service* : <<http://www.visa.ca/merchant/products-and-services/vbv/index.jsp>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>969</sup> *MasterCard SecureCode* : <<http://www.mastercard.ca/securecode.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>970</sup> Pour une définition du protocole *3D Secure*, *Securepay*, voir : <<http://www.securepay.com.au/products-services/3d-secure/>> (consulté le 6 juillet 2013) : “3D Secure is an online service designed to make online shopping transactions safer by authenticating a cardholder’s identity at the time of purchase. This service is known as Verified by Visa and MasterCard SecureCode. A transaction using Verified by Visa/SecureCode will redirect cardholders to the website of their card issuing bank. The cardholder may then be requested by

Ce système de sécurité se matérialise en pratique lorsque l'acheteur saisit le numéro de sa carte bancaire et voit une clef apparaître en bas de son écran pour indiquer que les informations seront cryptées. Commence alors un processus qui ne dure que quelques secondes. Les informations sont envoyées à la banque qui vérifiera si la carte n'est pas perdue ou volée ou n'a pas fait l'objet d'une opposition et si le compte bancaire de l'acheteur est créditeur. Le titulaire de la carte devra entrer un mot de passe pour être authentifié. Le système interroge en parallèle la banque du commerçant pour savoir si elle accepte le paiement. Une fois le paiement accepté, un reçu électronique est adressé au serveur du commerçant. La banque émettrice de la carte bancaire procède à la certification de l'identité de son client et en fournit la preuve au marchand. Le commerçant a donc la garantie du paiement et peut opérer en toute sécurité.

Pour le paiement sans carte bancaire, nous pourrions citer le service de paiement par courriel *Paypal*<sup>971</sup>, filiale d'*eBay*, qui permet d'effectuer des paiements sans se servir d'une carte bancaire. Le développement rapide de ce nouveau service est dû à l'usage de cette solution par les sites de vente en ligne comme alternative aux moyens de paiement traditionnels. En effet, ses utilisateurs peuvent envoyer de l'argent via Internet sans passer par une banque, de manière sécurisée<sup>972</sup>.

---

their bank to enter a password to be authenticated. If a customer is not registered with 3D Secure then they are still able to make a purchase from you web site.”

<sup>971</sup> *Paypal* : <<https://www.paypal.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>972</sup> T. DE COSTER, préc., note 407, à la page 134.

Ce système donne la possibilité de régler des achats auprès d'un commerçant en ligne, mais aussi de faire par courriel des transferts d'argent instantanés vers des particuliers. L'opération est simple : s'inscrire gratuitement sur le site de *Paypal*, puis approvisionner ensuite son compte depuis un compte bancaire, avant de faire ses paiements par courriel chez n'importe quel commerçant en ligne ayant adopté cette solution de paiement. Une fois son compte alimenté, l'émetteur indique l'adresse électronique du destinataire auquel il souhaite envoyer un paiement, en précisant le montant. Le destinataire peut alors percevoir la somme sur son compte ouvert sur le même site sécurisé.

### **Section III. Les garanties relatives à la protection des données personnelles**

L'acheteur qui contracte par voie électronique, tout comme l'internaute qui visite un site *Web*, laissent des empreintes informatiques, visibles ou invisibles, des informations nominatives dont il est indispensable de maîtriser les conditions de collecte, de stockage et de traitement. L'essor du commerce électronique est, en partie, tributaire de la confiance des internautes en l'efficacité des mesures de protection de leurs données personnelles.

L'exploitation des données personnelles des internautes est l'un des principaux enjeux de l'économie numérique. Le développement des technologies de

l'information et des télécommunications rend de plus en plus possible l'accumulation de quantités importantes de ces données. En effet, Internet a bouleversé radicalement la société par le rassemblement, le traitement, l'utilisation ou la diffusion facile des données personnelles qui deviennent de ce fait accessibles à tous<sup>973</sup>. L'enjeu est aujourd'hui particulièrement préoccupant du fait du développement d'un marché des données personnelles<sup>974</sup>(1).

Les cyberconsommateurs doivent donc disposer des garanties particulières sur la collecte et le traitement des renseignements recueillis dans le cadre d'une transaction commerciale à condition que ces garanties n'influencent pas le développement du commerce électronique. Afin de protéger ses données personnelles, on trouve toujours un lien permettant à l'utilisateur d'avoir accès à la politique de confidentialité à laquelle l'exploitant du site s'est assujéti (2).

## **1. Le marché des données personnelles**

Les modèles d'affaires du commerce électronique sont basés sur la fidélisation du client pour lui offrir un service sur mesure<sup>975</sup>. L'établissement de profils de

---

<sup>973</sup> Voir, C. CHASSIGNEUX, préc., note 787, à la p. 260.

<sup>974</sup> Arnaud BELLEIL, *e-Privacy. Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, Paris, Dunod, 2001.

<sup>975</sup> J. FRAYSSINET, préc., note 861, à la page 124 : « Les fournisseurs de services sur l'internet souhaitent collecter systématiquement des données personnelles pour connaître les utilisateurs,

consommation<sup>976</sup> se réalise, par exemple, par la collecte de données sur les forums de discussion et par l'exploitation des messages électroniques ainsi que des formulaires d'inscription par lesquels l'internaute est invité à donner un certain nombre d'informations le concernant, tant au sujet de ses habitudes que de son identité<sup>977</sup>. L'utilisation de fichiers, ainsi constitués à partir de données collectées auprès des internautes, a permis aux publicitaires d'améliorer à moindre coût les techniques de ciblage.

Le problème est que les données personnelles sont exposées tant à des captations par des tiers qu'à des exploitations abusives de la part du responsable de la collecte<sup>978</sup>. Ces données peuvent être collectées en clair, mais également de manière invisible<sup>979</sup> par les *cookies*<sup>980</sup> et les *sniffers*<sup>981</sup>. En réalité, très souvent les

---

améliorer leurs produits, fournir des informations et des services personnalisés et ciblés (méthode du *one to one*), faire un marketing nouveau, démarcher, fidéliser ».

<sup>976</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 51.

<sup>977</sup> Laure MARINO ET Romain PERRAY, « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », dans Judith ROCHFELD (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso éditions, 2010, p. 55, à la page 55 : « Du fichage au profilage (*profiling*), en passant par l'analyse statistique en masse (*datamining*), on dessine le profil de l'internaute pour l'envoi de publicités ciblées. La collecte des informations personnelles se généralise et leur circulation s'amplifie. »

<sup>978</sup> Yves DESWARTE et Sébastien GAMBS, « Protection de la vie privée : principes et technologies », dans Daniel LE MÉTAYER (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109, à la page 129. Les auteurs préconisent la minimisation des données personnelles à savoir : « [...] ne divulguer que les informations qui sont réellement nécessaires pour remplir l'objectif prévu pour la transaction, et seulement aux parties qui en ont besoin ».

<sup>979</sup> Voir à ce propos, Jean-Marc DINANT, « Les traitements invisibles sur Internet », dans Étienne MONTERO (dir.), *Droit des technologies de l'information : Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 271 ; Lilian EDWARDS, « Consumer Privacy, On-Line Business and the Internet : Looking for Privacy in all the Wrong Places », (2003) 11:3 *Int. J. Law Info. Tech.* 226.

sites sont organisés pour que le particulier soit contraint d'accepter systématiquement les *cookies* s'il veut accéder au site en question<sup>982</sup>. Des logiciels de retraçage, témoins, pixels invisibles, espions, sont des moyens couramment utilisés pour suivre nos activités en ligne<sup>983</sup> ; ce qui représente un véritable défi pour les législations nationales de protection des renseignements personnels<sup>984</sup>.

La problématique de la collecte des données personnelles s'est profondément modifiée ces dernières années. D'une part, l'informatique et Internet se sont diffusés à tel point que les menaces d'atteintes à la vie privée n'émanent plus seulement des grands systèmes qui fichent les internautes, mais ce sont les

---

<sup>980</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 44 : « les cookies permettent d'établir aisément un profil d'utilisateur en suivant les mouvements de celui-ci sur les diverses pages d'un site web ou sur celles de sites partenaires » ; T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 419.

<sup>981</sup> L. MARINO et R. PERRAY, préc., note 977, à la page 62 : « Certaines personnes peu scrupuleuses ont ainsi recours à des « aspirateurs » (*sniffers*) qui passent dans les forums de discussion, les blogs ou les sites de réseaux sociaux pour happer les adresses électroniques (lesquelles seront revendues pour l'envoi de *spams*, ces courriels indésirables). »

<sup>982</sup> P-P. LEMYRE, préc., note 28, à la page 30 ; Loïc LEROUGE, « L'utilisation licite des cookies en droit commercial (2<sup>ème</sup> partie) », (2005) *Gaz. Pal.* 48 ;

<sup>983</sup> L'UNION DES CONSOMMATEURS, *Le commerce d'informations personnelles profite-t-il au consommateur ?*, Rapport final du projet de recherche présenté au Commissariat à la protection de la vie privée, Juin 2007, disponible à l'adresse : <<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/telecom/06-informations-personnelles-f-F.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013), p. 32 ; C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 31 et suiv. ; J. FRAYSSINET, préc., note 859, à la page 438 ; Marie-Pierre FENOLL-TROUSSEAU et Gérard HASS, *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000, p. 135.

<sup>984</sup> Par exemple au Canada, nous retrouvons la *Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, disponible à l'adresse : <<http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/p-8.6/index.html>> (consulté le 6 juillet 2013). Cette Loi édicte les règles de base concernant la manière dont les acteurs du secteur privé peuvent recueillir, utiliser et communiquer des renseignements personnels dans le cadre d'activités commerciales. Au niveau provincial (Québec), mentionnons la *Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., c. P-39.1, disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P\\_39\\_1/P39\\_1.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_39_1/P39_1.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

internauts eux-mêmes qui, en naviguant, laissent en permanence des traces qui les identifient. D'autre part, la nature des données personnelles qui sont susceptibles d'être traitées s'est considérablement diversifiée. Récemment, le secteur commercial s'est investi dans l'exploitation des *Big Data*<sup>985</sup> (volumes massifs de données) pour vendre, fidéliser et prévoir les tendances par l'analyse de tous types de données : messages sur les sites des médias, des réseaux sociaux, images numériques et vidéos publiées sur Internet, transactions en ligne, géolocalisation, etc.

Les cybercommerçants apprennent quoi faire de toute la masse d'informations disponibles, c'est-à-dire recueillir et analyser dans le détail tous nos comportements, malgré la masse d'informations que cela représente<sup>986</sup>. Le développement du « *Web 2.0* »<sup>987</sup> et la multiplication des utilisateurs de nouveaux services met en lumière cette accumulation de données personnelles par les géants d'Internet, connus sous l'acronyme *GAF*<sup>988</sup>, qui détiennent une énorme quantité

---

<sup>985</sup> Sur l'exploitation des *Big Data*, voir Nate SILVER, *The Signal and the Noise: Why So Many Predictions Fail — but Some Don't*, New York, The Penguin press HC, 2012 ; Viktor Mayer-SCHONBERGER et Kenneth CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston, Eamon Dolan/HMH, 2013.

<sup>986</sup> Andrew MCAFEE and Erik BRYNJOLFSSON, "Big Data: The Management Revolution", (2012) *Harvard Business Review*, disponible à l'adresse : <<http://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution/ar>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>987</sup> Pierre TRUDEL, « La régulation du web 2.0 », (2008) 32 *R.D.T.I.* 283 ; Tim O'REILLY, "What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software", 2005, disponible à l'adresse : <<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>> (consulté le 6 juillet 2013) ; David FAYON, *Web 2.0 et au-delà : nouveaux internautes : du surfeur à l'acteur*, Paris, Economica, 2008.

<sup>988</sup> *GAF* est l'acronyme de : *Google* : <<http://www.google.com/>> (consulté le 6 juillet 2013), *Apple* : <<http://www.apple.com/>> (consulté le 6 juillet 2013), *Facebook* :

de données sur leurs utilisateurs considérées désormais comme le « pétrole du numérique »<sup>989</sup>.

## 2. Les politiques de confidentialité

Appelée également charte ou guide sur la vie privée, la politique de confidentialité est un document qui détaille les engagements des cycommerçants en matière de traitement des données personnelles collectées auprès de leurs clients<sup>990</sup>. Elle peut se définir comme :

« un outil permettant à un gestionnaire d'environnement électronique d'informer les internautes de ses engagements quant au traitement des renseignements, personnels ou autres, qui seront collectés, directement ou indirectement, sur son site Web »<sup>991</sup>.

---

<<https://www.facebook.com/>> (consulté le 6 juillet 2013), *Amazon* : <<http://www.amazon.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>989</sup> Sur l'importance de la valeur économique des *Big data*, voir Pierre COLLIN et Nicolas COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, janvier 2013, disponible à l'adresse : <[http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique\\_2013.pdf](http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 49.

<sup>990</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 787, à la page 279.

<sup>991</sup> Cynthia CHASSIGNEUX, « Guide pour l'élaboration d'une politique de confidentialité », Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique,

Pour élaborer une politique de confidentialité, certaines règles doivent être prises en considération et ce, que la collecte se fasse auprès de la personne concernée ou d'un tiers, dans le monde physique ou virtuel<sup>992</sup>. Elle devrait non seulement utiliser un langage simple, direct et sans ambiguïté c'est-à-dire clair<sup>993</sup>, mais aussi contenir des informations pertinentes au regard de l'activité considérée, être concises et bien structurées de façon à rendre l'information accessible depuis la page principale du site, à défaut de l'être sur toutes les pages<sup>994</sup>.

Le commerçant électronique devrait y expliquer un ensemble des points à savoir : l'engagement en matière de données personnelles ; les informations collectées ; l'utilisation faite des informations ; le partage éventuel des informations ; l'utilisation des fichiers témoins et leur finalité ; l'existence d'un droit d'opposition à la diffusion de leurs renseignements et la manière de l'exercer ; l'existence d'un droit d'accès, de modification et de radiation de leurs renseignements et la manière de les exercer ; la sécurité du site *Web* ; les mentions

---

2008, disponible à l'adresse : <[http://www.chairelrwilson.ca/documents/guide\\_pol\\_conf.pdf](http://www.chairelrwilson.ca/documents/guide_pol_conf.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>992</sup> *Id.*, p. 8 : « Dès lors le gestionnaire se doit de répondre, entre autres, aux questions suivantes : quels sont les renseignements personnels nécessaires pour obtenir un service ou un bien ? Quelles sont les raisons pour lesquelles leur collecte est requise ? Qui y aura accès ? Quelle est la sécurité qui sera mise en place pour en assurer la confidentialité ? Comment les personnes concernées pourront exercer leurs droits et auprès de qui ? Quelle est la législation applicable, quels sont les moyens de recours en cas de manquement ? »

<sup>993</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Qualité de ce qui est sans ambiguïté et facile à comprendre. »

<sup>994</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 181 ; Corey A. CIOCCHETTI, "E-Commerce and Information Privacy: Privacy Policies as Personal Information Protectors", (2007) 44:1 *American Business Law Journal* 55.

légales à l'effet que le site est assujéti à une législation nationale particulière, et le recours éventuel à un standard technique<sup>995</sup> tel que le *Platform for Privacy Preferences Project*<sup>996</sup> (*P3P*)

Certains opérateurs prennent l'initiative d'obtenir un certificat attestant du respect d'un certain niveau d'exigence en matière de traitement des données personnelles<sup>997</sup>. L'opérateur, candidat à la certification, adhère à un contrat appelé « contrat de licence », dans lequel il détaille à l'organisme certificateur, la chaîne de traitement de l'information collectée sur son site. Il s'engage à révéler aux usagers du site ses pratiques de collecte et de traitement des données, qui doivent respecter les principes énoncés dans le contrat de licence<sup>998</sup>.

La mise en place d'une politique de confidentialité n'exonère pas les sites marchands de leurs obligations légales. L'élaboration de politiques se fait non seulement sur une base volontaire, mais aussi sans réel modèle. En effet, chaque commerçant électronique édicte sa propre politique selon ses besoins et prétentions<sup>999</sup>. Nous retrouvons plusieurs organisations veillant à la protection des

---

<sup>995</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 787, à la p. 280.

<sup>996</sup> W3C, *Platform for Privacy Preferences Project* : <<http://www.w3.org/P3P/>> (consulté le 6 juillet 2013). Sur le *P3P*, voir C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 227.

<sup>997</sup> Voir par exemple, *TRUSTe* : <<http://www.truste.org/>> (consulté le 6 juillet 2013). Un commerçant électronique peut, s'il respecte certaines règles de protection de la vie privée, recevoir une certification de *TRUSTe* qu'il pourra faire figurer sur son site web.

<sup>998</sup> C. CHASSIGNEUX, préc., note 787, à la page 281.

<sup>999</sup> *Id.*, à la page 258.

données personnelles des internautes. Nous pourrions citer l'*Electronic Frontier Foundation*<sup>1000</sup> (EFF) à travers « les 12 conseils de l'EFF pour protéger votre vie privée en ligne »<sup>1001</sup> ou encore plus généralement l'*Electronic Privacy Information Center*<sup>1002</sup> (EPIC) et le *Computer Professionals for Social Responsibility*<sup>1003</sup> (CPSR).

---

<sup>1000</sup> ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION : <<http://www.eff.org>> (consulté le 6 juillet 2013). Ce site est l'un des plus riches en informations concernant la défense de la vie privée sur Internet.

<sup>1001</sup> ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, « Les 12 conseils de l'EFF pour protéger votre vie privée en ligne », disponible à l'adresse : <[http://www.bugbrother.com/eff/eff\\_privacy\\_top\\_12.html](http://www.bugbrother.com/eff/eff_privacy_top_12.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1002</sup> ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER : <<http://www.epic.org>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1003</sup> COMPUTER PROFESSIONALS FOR SOCIAL RESPONSABILITY : <[cpsr.org](http://cpsr.org)> (consulté le 6 juillet 2013).

## TITRE II. LA RÉGULATION EN AVAL DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE GLOBAL

Le changement d'échelle spatiale du commerce électronique conduit à une augmentation du nombre d'utilisateurs des sites de commerce électronique ; ce qui provoque mécaniquement une augmentation des conflits. Les conflits peuvent résulter, d'un côté de l'usage d'Internet comme dans le cas des noms de domaine et de l'autre, des relations commerciales transfrontalières nouées sur Internet<sup>1004</sup>. Ces dernières comportent de nombreux risques pouvant engendrer des conflits entre les parties impliquées.

Étant donné le faible montant des litiges en cause en matière de commerce électronique, une nouvelle tendance se dégage, visant à supprimer les obstacles à la mise en place de mécanismes de résolution en ligne des conflits appropriés, rapides et efficaces<sup>1005</sup>. L'expression modes alternatifs<sup>1006</sup> de résolution des conflits

---

<sup>1004</sup> Lan Q. HANG, "Online dispute resolution systems: the future of cyberspace law", (2001) 41 *Santa Clara L. Rev.* 837, 854.

<sup>1005</sup> Isabelle DE LAMBERTERIE, « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 631, à la page 641.

<sup>1006</sup> André-Jean ARNAUD et Jean Pierre BONAFE-SCHMITT, « Alternatif (Droit) – alternative (Justice) », dans André-Jean ARNAUD (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 11.

en ligne (ci-après « MARCEL ») sera employée, comme une acception francophone de l'expression *Online Dispute Resolution*<sup>1007</sup> (ODR).

La manifestation la plus spectaculaire de la modernisation du rôle des acteurs dans la résolution en ligne des conflits est l'apparition de l'automatisation informatique<sup>1008</sup>.

Les MARCEL ne sont pas réductibles à de simples variantes des modes alternatifs de règlement des conflits (ci-après « MARC ») classiques<sup>1009</sup>. La résolution en ligne des conflits est influencée par l'utilisation des nouvelles technologies de l'information qui en modifient la nature et le fonctionnement<sup>1010</sup> (Chapitre I).

---

<sup>1007</sup> Julia HÖRNLE, "Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond - Keeping Costs Low or Standards High?", (2012) *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n° 122/2012*, disponible à l'adresse :

<[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154214)> (consulté le 6 juillet 2013), p. 2 : "ODR is dispute resolution outside the courts, based on information and communications technology and in particular, based on the power of computers to efficiently process enormous amounts of data, store and organise such data and communicate it across the internet on a global basis and with speed."

<sup>1008</sup> Ethan KATSH et Janet RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001, p. 2 ; Fred GALVES, "Virtual Justice as Reality: Making the Resolution of E-Commerce Disputes More Convenient, Legitimate, Efficient and Secure", (2009) *U. Illinois. J. L. Tech. & Pol'y* 1, 7.

<sup>1009</sup> Sur les modes alternatifs de résolution des conflits, voir Éric CAMOUS, « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? » (2003) *Gaz. Pal.* 5, 14 ; Joëlle THIBAUT, *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000, p. 50 ; Oscar G. CHASE, "ADR and the culture of litigation. The example of the United States of America", dans Loïc CADIET, Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 135, à la page 139.

<sup>1010</sup> Sur la question, voir Karim BENYEKHEF et Nicolas W. VERMEYS, "ODR and the courts", dans Mohamed S. ABDEL WAHAB et Ethan KATSH, *Online Dispute Resolution: theory and practice*, La Hague, Eleven International Publishing, 2012, p. 295 ; C. RULE, préc., note 928, p. 44.

Le domaine de la résolution extrajudiciaire des conflits est une activité économique de prestations de service et cette intervention reste soumise au respect de normes procédurales<sup>1011</sup>. Si les textes internationaux classiques sur l'arbitrage international connaissent quelques difficultés dans leur application au contexte en ligne<sup>1012</sup>, divers acteurs élaborent désormais des principes procéduraux spécifiques à la résolution en ligne des conflits aussi bien de portée globale que régionale. Les MARCEL relèvent de la justice privée et ne sauraient s'affranchir de standards et de principes procéduraux fondamentaux (Chapitre II).

---

<sup>1011</sup> Pablo CORTÉS, *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londres et New York, Routledge, 2011, p. 79.

<sup>1012</sup> Thomas SCHULTZ, *Information Technology and Arbitration. A Practitioner's guide*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 2006, p. 107.

## Chapitre I. La résolution en ligne des conflits

La résolution en ligne des conflits se constitue en objet d'étude et soulève par hypothèse des questions inédites<sup>1013</sup>. Elle est, dès le début, appréhendée par divers acteurs : juristes, informaticiens, universitaires et entrepreneurs. Une approche interdisciplinaire a été adoptée en la matière, car les contraintes inhérentes aux MARCEL imposent une coopération, pour appréhender leur nature hybride, fruit du croisement entre les technologies de l'information et les MARC<sup>1014</sup>. La conduite en ligne des procédures extrajudiciaires entraîne l'apparition de nouveaux acteurs, comme le quatrième acteur<sup>1015</sup>, métaphore désignant le rôle direct de la technologie dans le déroulement de la procédure ou encore un cinquième acteur créant et fournissant la technologie utilisée dans le cadre de la procédure<sup>1016</sup>.

---

<sup>1013</sup> Georges H. FRIEDMAN, "Alternative dispute resolution and emerging online technologies: Challenges and Opportunities", (1997) 19 *Hasting Comm. & Ent. L. J.* 695, 711.

<sup>1014</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 21 ; Ethan KATSH, "Online Dispute Resolution: the Next Phase", (2002) 7:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1015</sup> Ethan KATSH, "Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", (2006) 10:3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_65.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_65.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013) : "The "fourth party" metaphor alludes to a use of technology that, like a mediator, can play different roles and have a different impact in different contexts. In negotiation, the "fourth party" can provide some of the value often found in mediation, by assisting the parties to identify common interests and by helping them to generate mutually acceptable solutions. In other contexts, where there is a mediator or arbitrator, the "fourth party" can alter the role(s) of a third party since the third party will increasingly be interacting with an electronic ally as well as with the disputants".

<sup>1016</sup> Julia HÖRNLE, *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, p. 86 ; Thomas SCHULTZ, Dimitris PROTOPSALTOU et Nadia MAGNENAT-THALMANN, "Taking the fourth party further? Considering a shared virtual workspace for arbitration", (2006) 15:2 *Information & Communications Technology Law* 157.

L'informatique et les technologies de l'information deviennent lentement un quatrième acteur à la discussion, venant en aide aux arbitres et aux médiateurs dans la gestion et la communication des informations. Nous procéderons d'abord à l'analyse de l'intérêt de la résolution en ligne des conflits (Section I). La logique d'efficacité et d'allègement des coûts ayant contribué au développement de nombreuses initiatives de résolution en ligne des conflits, nous esquisserons un portrait des expériences les plus représentatives en la matière (Section II).

### **Section I. L'intérêt de la résolution en ligne des conflits**

Quand les inévitables conflits, naissant des relations commerciales en ligne transfrontalières, surgissent, le recours à des tribunaux fondé sur le principe de territorialité peut devenir inopérant en pratique, avec le risque pour chaque cybercommerçant, d'être attiré devant une juridiction totalement étrangère et pour chaque cyberconsommateur le risque d'ineffectivité des règles protectrices nationales<sup>1017</sup>. L'activité commerciale sur Internet se globalise plus vite que les structures judiciaires. Et c'est bien là le fond du problème qui confère tout leur intérêt aux MARCEL<sup>1018</sup>. Ainsi :

---

<sup>1017</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 323.

<sup>1018</sup> Horatia MUIR WATT, « Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation) », (2008) 3 *Rev. arb.* 389, 406.

« Les transactions en ligne sont sans frontières et ont besoin d'un système de résolution des litiges également sans frontières, parce que l'absence d'un cadre neutre et prévisible peut causer du tort non seulement aux individus privés de protection, mais également à l'économie dans son ensemble, parce que n'encourageant pas les transactions en ligne »<sup>1019</sup>

Les cybercommerçants souhaitent désormais éviter au maximum le recours à la justice étatique en cas de conflit avec un acheteur. Ces recours s'avèrent en effet souvent coûteux, en termes financiers, mais ont également un impact sur leur image de marque. Dans le même temps, les consommateurs sont souvent réticents à s'engager dans une procédure judiciaire dont ils ne maîtrisent ni le résultat ni les délais. Les MARCEL offrent aux parties la possibilité de choisir la procédure de résolution du conflit en fonction de leurs objectifs et prétentions (1).

L'efficacité de la justice étatique souffre souvent de la faiblesse de l'enjeu financier des litiges électroniques, notamment en matière de contrats conclus avec des consommateurs. Dès lors, le recours aux tribunaux pour des conflits relatifs à des transactions commerciales électroniques transfrontalières peut bientôt sembler inopérant, considérant que des personnes n'agiront pas pour protéger leurs droits et pose ainsi une problématique souvent débattue, celle de l'accès à la justice (2).

---

<sup>1019</sup> Philippe MIREZE, « Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) – Où en est la résolution des litiges en ligne ? », (2002) 2 *RDAL* 167, 168.

## 1. Le choix de la procédure

Les phases de négociation et de médiation se révèlent généralement efficaces dans le règlement de la majorité des différends avant qu'ils ne donnent lieu à un arbitrage ou à un procès<sup>1020</sup>. Il s'agit souvent plus de faire preuve de créativité, pour élaborer une proposition d'accord satisfaisant les intérêts des deux parties. Les termes de « modes consensuels » sont entendus dans les présents travaux comme recouvrant l'ensemble des procédures de négociation en ligne, de médiation en ligne et les formes similaires.

Ainsi, contrairement à une procédure judiciaire classique qui prend fin avec le prononcé d'une décision judiciaire revêtant l'autorité de la chose jugée, les modes consensuels de règlement des conflits désignent des processus qui conduisent à un résultat en lui-même incertain. Il s'agit de modes de règlement qui reposent sur la volonté, sur l'accord des parties, plutôt que sur l'intervention d'un tiers qui

---

<sup>1020</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 567. Les auteurs précisent le déroulement du processus de résolution alternative des litiges. Ils écrivent : « Généralement, un processus complet d'ADR revêt quatre facettes, qui ne sont pas obligatoirement liées les unes avec les autres :

- la négociation. Les parties entament une discussion dans laquelle elles défendent chacune des intérêts opposés et tentent de les concilier;

- la médiation. Les parties soumettent leur contentieux à un tiers, dont la présence et la neutralité permettent de dégager les points d'accord, et les zones de désaccord qui font ensuite l'objet de discussions bilatérales et/ou multilatérales, au cours desquelles le médiateur tente de stimuler une solution négociée. Le médiateur ne peut en aucun cas imposer, ni même proposer, une solution ;

- la conciliation. Cette phase suit généralement la médiation : le conciliateur - qui peut être le médiateur ou une autre personne - va proposer, mais non imposer, ce qui lui apparaît comme une solution raisonnable et tenter d'obtenir l'accord des parties sur celle-ci ;

- l'arbitrage. Un tiers neutre va trancher le conflit à la demande conjointe des parties. L'arbitre impose sa décision aux parties, mais il est généralement sans pouvoir pour en assurer la mise en œuvre forcée et le suivi. Habituellement, les États disposent de procédures judiciaires d'exequatur qui aboutissent à donner à la décision arbitrale une valeur contraignante aussi forte qu'un jugement, ce qui permet ensuite l'utilisation de la contrainte pour en assurer l'exécution. »

imposerait sa solution aux parties en conflit. Ces modes consensuels ne sont pas une alternative à la justice étatique, mais plutôt à la justice contentieuse (A).

Les intérêts fondamentaux des parties ne peuvent pas toujours être rapprochés. Il est important que le recours à l'arbitrage en ligne soit disponible et accessible pour les conflits ne pouvant pas donner lieu à un tel compromis<sup>1021</sup>. L'intérêt de cette procédure décisionnelle est notamment la possibilité d'obtenir *in fine* une exécution forcée en l'absence de volonté de transiger de l'autre partie. L'arbitrage en ligne s'apparente plus à une justice conventionnelle et privée<sup>1022</sup> et serait une véritable alternative à la justice étatique (B).

## **A. Les modes consensuels**

Le premier mode consensuel que nous aborderons est la négociation en ligne. Cette dernière se différencie de la négociation classique par le fait qu'il s'agit nécessairement d'une négociation à distance. Elle intervient souvent lors d'un stade précoce du conflit par comparaison aux autres MARCEL, en raison de l'accessibilité aisée à la procédure de négociation<sup>1023</sup>, partie intégrante d'une vente

---

<sup>1021</sup> T. SCHULTZ, préc., note 1012, p. 8.

<sup>1022</sup> Roger PERROT, « L'arbitrage, une autre justice ? » (2003) 197 *LPA* 32 ; Isabelle DESBARATS, « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits? (contribution à la définition du terme "alternatif") », (2001) 105 *LPA* 16.

en ligne. Cette communication entre les parties est facilitée par les moyens informatiques de plus en plus performants aujourd'hui à leur disposition<sup>1024</sup>.

La négociation en ligne peut être automatisée ou assistée<sup>1025</sup>. Une procédure de négociation automatisée est une procédure dans laquelle les parties utilisent exclusivement un logiciel de négociation qui leur permet de trouver un accord plus rapidement. Ces procédures sont souvent des procédures de négociation dites « à l'aveugle » où chaque partie propose un montant indemnitaire chiffré sans avoir connaissance de la proposition de la partie adverse, jusqu'à ce qu'un écart moyen prédéfini soit atteint. La négociation automatisée repose sur la recherche d'une transaction extrajudiciaire par offres chiffrées, successives et comparées<sup>1026</sup>.

Les offres sont faites à un ordinateur avec lequel on communique sur un site *Web* et non pas à la partie adverse. La procédure est divisée en rounds de négociation. Pour chaque round, l'ordinateur effectue une comparaison arithmétique entre les deux offres. Si elles sont suffisamment proches l'une de l'autre, l'ordinateur calcule la moyenne entre les deux et le conflit est réglé par une transaction extrajudiciaire

---

<sup>1023</sup> K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 66. La négociation est : « un échange de vues et de propositions dans le cadre d'un différend opposant des parties soucieuses d'en arriver à un règlement à l'amiable. Contrairement à la médiation ou à l'arbitrage, la négociation n'implique pas l'intervention d'une tierce partie. Il revient entièrement aux parties, qu'oppose un conflit, d'y trouver une solution mutuellement acceptable. »

<sup>1024</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 38.

<sup>1025</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 81 ; Cléa IAVARONE-TURCOTTE, « Et s'il était possible d'obtenir justice en ligne ? » (2012) 17:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.crdp.umontreal.ca/docs/articles\\_314.pdf](http://www.crdp.umontreal.ca/docs/articles_314.pdf)>, p. 3.

<sup>1026</sup> P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 52.

à concurrence de cette somme moyenne. Si les deux offres sont trop éloignées l'une de l'autre, les parties passent au prochain round. Les offres de chacune des parties ne sont, en principe, pas communiquées à l'autre partie<sup>1027</sup>.

La négociation assistée est une deuxième forme d'automatisation de la procédure. Les parties remplissent un formulaire en ligne sophistiqué ou répondent à différentes questions posées sur la partie du programme de négociation apparaissant sur l'écran de leur ordinateur<sup>1028</sup>. Cette phase permet de préciser un certain nombre d'informations factuelles, mais aussi les motivations, objectifs et points de désaccord. Les parties sont guidées et aidées par l'interface *Web*, qui contribue à la rationalisation des échanges entre les parties.

Le programme traite les différentes informations données par les parties dans leurs réponses à choix unique ou multiple, afin de classer leur affaire dans une catégorie préétablie de conflits types. Les différentes étapes de la procédure permettent de clarifier progressivement chaque question, d'évaluer jusqu'à quel point les parties sont convaincues de leur droit concernant chaque point de différend. Cela permet au tiers-neutre, ici le logiciel, de déterminer quelles concessions seraient acceptables pour chacune des parties<sup>1029</sup>.

---

<sup>1027</sup> K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 123 ; C. RULE, préc., note 928, p. 57.

<sup>1028</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 184.

<sup>1029</sup> Pablo CORTÉS, "The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism", juillet 2007, disponible à l'adresse : [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=998865](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998865), p. 8. (consulté le 6 juillet 2013).

Selon les réponses des parties, il leur ait proposé des solutions types devant correspondre aux caractéristiques de leur espèce. L'innovation majeure des programmes informatiques complexes de négociation à plusieurs variables<sup>1030</sup>, serait, qu'outre de mener à un compromis dégagé par les parties, il pourrait proposer des combinaisons auxquelles les parties n'auraient peut-être pas pensé elles-mêmes. Le processus de négociation est confidentiel et entièrement volontaire ; les parties pouvant généralement se retirer à toutes étapes de la procédure.

Le deuxième mode consensuel, la médiation<sup>1031</sup> est un processus de négociation qui est structuré et influencé par le tiers médiateur<sup>1032</sup>. Le médiateur va identifier les points d'achoppement, puis confronter les différents points de vue pour tenter de trouver une solution acceptable par chacune des parties<sup>1033</sup>. Le plus grand intérêt de la médiation est sans doute la possibilité pour les parties d'exploiter des variétés de solutions qu'un raisonnement juridique interdirait. L'objectif du médiateur est la

---

<sup>1030</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 58.

<sup>1031</sup> K. BENYEKHELF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 67. Selon les auteurs, la médiation est « un processus selon lequel deux personnes acceptent de soumettre leur différend à un tiers neutre, le médiateur, qui tente, par le recours à différentes méthodes et techniques, de guider les parties vers un règlement à l'amiable ».

<sup>1032</sup> Charles JARROSSON, « Médiation et droit des contrats », dans Loïc CADIET, Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 33, à la page 42 ; O. CACHARD, préc., note 26, p. 424.

<sup>1033</sup> Sur la culture de négociation qui gouverne la médiation, voir Yves CHAPUT, « Médiation et contentieux des affaires », dans Loïc CADIET, Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 93, à la page 95.

conclusion d'une solution négociée obtenue de manière impartiale et si possible, suffisamment équilibrée pour que chacune des parties en accepte le principe et en exécute volontairement les stipulations<sup>1034</sup>. La médiation se rapproche de la conciliation avec une seule différence, que le médiateur ne se contente pas de mener un dialogue entre les parties, mais il propose des solutions<sup>1035</sup>.

La médiation en ligne se distingue de la médiation classique par le recours à des outils qui offrent un nouvel éventail de voies de communication aux parties<sup>1036</sup>. Le traitement de l'information par l'informatique a permis l'apparition de logiciels assistant le médiateur dans son activité, qui viennent s'ajouter à l'ensemble des nouvelles voies de communication comme le courriel, les formulaires électroniques, les outils de recherche et d'archivage électronique ou la visioconférence<sup>1037</sup>.

Mais, le médiateur en ligne n'a pas le pouvoir de rendre une décision contraignante. Après avoir confronté les points de vue des parties, identifié avec

---

<sup>1034</sup> Burkhard HESS, « Médiation et contentieux de la consommation », dans Loïc CADIET, Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 69, à la page 77.

<sup>1035</sup> Nabil N. ANTAKI, *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998, p. 83 : « le médiateur est un conciliateur du type interventionniste qui se permet de poser des questions directives, de critiquer les positions, d'émettre des opinions, de faire des suggestions et d'utiliser sa capacité de persuasion pour pousser, sinon forcer les parties à réduire l'écart qui les sépare jusqu'à aboutir à un accord. Il prend plus d'initiatives que le conciliateur type. »

<sup>1036</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 79 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 185 ; P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 145.

<sup>1037</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 28 ; P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 157.

elles les points de désaccord et pris en compte les intérêts de chacune d'elles, le médiateur va proposer une solution sans l'imposer. L'accord des parties consiste seulement à accepter de participer à la médiation, mais finalement décident pendant le processus si elles en arrivent à un arrangement, et à quelles conditions<sup>1038</sup>.

La faculté des parties de mettre fin à la médiation à tout moment de la procédure est un principe fondamental de la médiation en général, procédure par essence fondée sur la volonté des parties. Le même constat vaut pour les procédures de négociation. Comme procédures préliminaires, les modes consensuels filtrent les conflits pouvant être résolus par un compromis raisonnable. Leur objectif est de rapprocher les intérêts respectifs des parties de manière à ce que la solution satisfasse les intérêts de chacun ; cela fait que bien des conflits ne peuvent être résolus de cette façon<sup>1039</sup>.

---

<sup>1038</sup> François JACQUOT et Barbara WEITZEL, « Le règlement des litiges », dans Daniel POULIN, Éric LABBÉ, François JACQUOT et Jean-François BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 309, à la page 315.

<sup>1039</sup> Joseph W. GOODMAN, “The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites”, (2003) 2 *Duke Law & Technology Review* 1 ou disponible à l'adresse : <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=dltr> (consulté le 6 juillet 2013).

## B. L'arbitrage en ligne

De l'antiquité à la révolution, l'arbitrage a connu un véritable développement, une métamorphose considérable<sup>1040</sup>. Traditionnellement, les différends entre opérateurs du commerce international sont résolus par l'arbitrage<sup>1041</sup>. De par son expansion, en particulier dans le commerce international, et de par son organisation de plus en plus sophistiquée, due essentiellement à la multiplication des centres et des institutions d'arbitrage, il a cessé d'être un mode exceptionnel de règlement des conflits<sup>1042</sup>.

Quant à sa qualification, l'arbitrage a fait l'objet de plusieurs divergences doctrinales entre la théorie juridictionnelle (la mission juridictionnelle de l'arbitre s'accomplit par une sentence par laquelle l'arbitre tranche le litige) et la théorie contractuelle (la sentence arbitrale tire du compromis toute sa substance et possède comme celui-ci le caractère du contrat, qui n'est valable que sous certaines

---

<sup>1040</sup> Charles JARROSSON, *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987, p. 28 ; Gary B. BORN, *International Commercial Arbitration*, La Hague, Kluwer Law International, 2009, p. 7.

<sup>1041</sup> Fady NAMMOUR, *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006 ; Philippe FOUCHARD, Emmanuel GAILLARD et Berthold GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996 ; Alan REDFERN et Martin HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.

<sup>1042</sup> R. PERROT, préc., note 1022, 33. L'auteur précise que : « L'économie se mondialise plus vite que les structures judiciaires. Et c'est bien là le fond du problème qui confère toute son importance à l'arbitrage. Pour cette raison, on revient fatalement aux bonnes vieilles recettes des temps les plus reculés ou les états n'existaient pas et ou, pour suppléer l'absence de toute justice nationale rendue au nom d'un souverain, on avait recours aux soins d'un arbitre reconnue pour sa sagesse et son autorité ».

conditions, tenant à l'arbitrabilité des litiges et à la capacité des parties de compromettre)<sup>1043</sup>. Le professeur Roger Perrot parle de « cette institution en équilibre instable, avec un pied dans le contrat par sa source, et un autre dans la justice par ses résultats, cette nature mixte de l'arbitrage a longtemps suscité un bon nombre de controverses »<sup>1044</sup>.

L'arbitrage possède un caractère mixte. Le fondement contractuel permet de distinguer l'arbitrage de la justice étatique, alors que le fondement juridictionnel permet de le distinguer des modes non juridictionnels de règlement des conflits. Les parties expriment leur volonté sur le principe de l'arbitrage. Mais une fois ce principe acquis, leur volonté ne s'exprime pas dans la décision. L'arbitre est un tiers indépendant et impartial<sup>1045</sup> qui rend une véritable décision appelée sentence arbitrale<sup>1046</sup>. Il se distingue néanmoins du juge, car il lui manque néanmoins l'*imperium*<sup>1047</sup>, c'est-à-dire le pouvoir de conférer à sa décision la force exécutoire.

---

<sup>1043</sup> Pour des développements doctrinaux sur la question, voir Alexandre DITCHEV, « Le « contrat d'arbitrage ». Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer », (1981) *Rev. arb.* 395, 396 ; Berthold GOLDMAN, « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », (1981) *Rev. arb.* 469, 473.

<sup>1044</sup> R. PERROT, préc., note 1022, 32.

<sup>1045</sup> V.V. VEEDER, « L'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », dans Loic CADIET, Thomas CLAY et Emmanuel JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 219, à la page 228.

<sup>1046</sup> Xavier LINANT DE BELLEFONDS et Alain HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Paris, P.U.F., 2003, p. 2 et 3. L'arbitrage « consistant à recourir à une ou plusieurs personnes privées choisies par les parties pour obtenir une décision impérative, appelée sentence arbitrale ».

<sup>1047</sup> Charles JARROSSON, « Réflexions sur l'imperium », dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 245, à la page 246 : « L'imperium : au sens large, ensemble de prérogatives appartenant à l'État, liées à sa souveraineté, exercées dans les limites de son territoire, et concernant ses pouvoirs de commandement ou de contrainte et de juridiction. »

On distingue l'arbitrage institutionnel de l'arbitrage ad hoc<sup>1048</sup>. L'arbitrage institutionnel se déroule sous l'égide d'une institution spécialisée dans l'arbitrage. L'arbitrage ad hoc est celui qui, à l'inverse, n'est pas confié à une institution d'arbitrage. Il se développe sans aucune structure préexistante et n'implique que les parties et les arbitres. Ce qui fait que ces derniers bénéficient d'une grande liberté dans l'organisation de leur arbitrage, et celui-ci a pour avantage majeur, son adaptabilité aux exigences particulières de chaque espèce<sup>1049</sup>.

L'arbitrage électronique se caractérise par l'organisation à distance de la procédure arbitrale, de la saisine du tribunal au prononcé de la sentence, grâce à l'utilisation des nouvelles technologies de l'information<sup>1050</sup>. En ligne, un arbitrage se déroule globalement de la même manière qu'il le ferait hors ligne : les parties communiquent avec l'arbitre ou entre elles, soumettent des preuves ou argumentent par courriers électroniques, forum de discussions ou vidéoconférences<sup>1051</sup>.

---

<sup>1048</sup> Voir F. JACQUOT et B. WEITZEL, préc., note 1038, à la page 317 ; Pierre LALIVE, « Avantages et inconvénients de l'arbitrage "ad hoc" », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 301.

<sup>1049</sup> Julian M. LEW, Loukas A. MISTELIS et Stefan M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Hague, Kluwer Law International, 2003, p. 31.

<sup>1050</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 186.

<sup>1051</sup> Hong-lin YU et Motassem NASIR, "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework", (2003) 20 *Journal of arbitration* 455, 459 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 318.

Les parties n'auraient pas à se déplacer dans un tribunal d'arbitrage situé dans un pays lointain, la procédure peut être accélérée dans la mesure où les documents et les preuves peuvent être échangés presque instantanément par courrier électronique ou par des moyens électroniques interactifs. En effet, avec Internet, le service proposé va acquérir une autre dimension, tant sur le plan, de l'effectivité (coût, rapidité, traces des échanges, etc.), que du rayonnement géographique<sup>1052</sup>.

Le champ des conflits susceptibles d'être soumis à un arbitrage entièrement électronique est ainsi très large et excède les seuls différends nés de l'exécution ou de l'interprétation de contrats de commerce électronique<sup>1053</sup>. De même, tous les litiges ne sont pas arbitrables<sup>1054</sup>. Les différends du commerce électronique n'ont pas tous vocation exclusive à être réglés en ligne. La saisine des tribunaux canaliserait une grande partie du contentieux en la matière<sup>1055</sup>.

---

<sup>1052</sup> Fabien GÉLINAS, « Le point sur l'ODR: du concept à la réalité commerciale », dans *La technologie au service du règlement des différends commerciaux, Supplément spécial - Bulletin de la Cour Internationale d'arbitrage de la CCI*, 2004, p. 7, à la page 17 ; K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 109.

<sup>1053</sup> Karim BENYEKHEF, « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans Pierre-Claude LAFOND (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 89, à la page 109.

<sup>1054</sup> Sur l'arbitrabilité, voir J. M. LEW, L. A. MISTELIS et S. M. KRÖLL, préc., note 1049, p. 187 ; Patrice LEVELL, « L'arbitrabilité », (1992) *Rev. arb.* 213.

<sup>1055</sup> Vera ARCANGELI, *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1999, p. 366.

## 2. L'accès à la justice

Éviter le recours à la justice étatique est profitable pour les cybercommerçants désireux d'entretenir un rapport mûr et mutuellement salubre, réduire l'incertitude commerciale et préserver des relations à long terme valables qui pourraient être compromises par un conflit à court terme<sup>1056</sup>. Les modes alternatifs ne sont généralement pas perçus comme étant des moyens légitimes de résolution des conflits de consommation<sup>1057</sup>. Il est, néanmoins, certain que les MARCEL n'ont pas la prétention de se substituer à un règlement judiciaire<sup>1058</sup>. Il ne s'agit pas d'une voie concurrente au recours à la justice étatique, mais d'une méthode souple visant à vider le conflit de sa substance, et non à déterminer la responsabilité au sens juridique du terme<sup>1059</sup>.

---

<sup>1056</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 76.

<sup>1057</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 89 ; O. CACHARD, préc., note 26, p. 407.

<sup>1058</sup> Sur la complémentarité MARCEL/règlement judiciaire, voir J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 185 : "Self-regulation and state legislation and dispute resolution institutions do not exist independently of each other. Contrary to the initial expectations, in the early promotion of on-line dispute resolution, self-regulation has not taken over the resolution of on-line disputes. Neither has state institutions offered sufficient (or efficient) remedies in all on-line disputes. They both attempt to offer *fora* and remedies for on-line disputes with only limited success".

<sup>1059</sup> E. KATSH et J. RIFKIN, préc., note 1008, p. 25 et 26. Ils écrivent à propos des modes alternatifs de résolution des conflits : « We still employ trials, and even encourage them, when the goal is to protect someone's rights, clarify a point of law, or set a standard for public behaviour. Sometimes plaintiffs want to go to trial when the outcome they seek is a finding in which one party wins and the other loses. In addition, if revenge or destroying the other party is a goal, courts and trials will continue to be attractive. ADR grows because rights and revenge are not the focus of most disputes. Many disputes involve misunderstandings, accidents or other situations where getting the problem resolved quickly is more important than placing blame. Disputes may involve parties who might see some possibility of working together in the future, and even be more valuable than getting compensation. Frequently getting something resolved quickly is important because taking too much time will cost more than the value of whatever is involved in the dispute. In the internet environment and in information-related industries, these factors are likely to be even

À côté de la justice étatique qui possède à la fois la *juridictio* et l'*imperium*, ces modes ne sont pas destinées à la supplanter, mais à la compléter<sup>1060</sup>. Le but n'est alors pas de remettre en cause le recours à la justice étatique, mais de créer un autre type de relation entre les parties pour trouver une solution au conflit qui les oppose<sup>1061</sup>. En marge du juge étatique, il est apparu opportun d'élargir l'éventail des possibilités, pour que les acteurs du commerce électronique aient le choix du mode de règlement des conflits le plus approprié<sup>1062</sup>.

La voie traditionnelle ou judiciaire est reconnue comme dispendieuse, longue, tortueuse, surtout dans un litige international où la simple détermination du tribunal compétent devient délicate. Tel que le souligne le professeur Karim Benyekhlef :

---

more important. Where the value of information declines quickly over time, litigation becomes an even less desirable option ».

<sup>1060</sup> X. LINANT DE BELLEFONDS et A. HOLLANDE, préc., note 1046, p. 5. Les auteurs rappellent que : « Le juge étatique est seul détenteur de l'impérium, pouvoir délégué par la puissance publique de mettre la formule exécutoire dans ses décisions, tandis que la sentence de l'arbitre reste subordonnée dans son exécution à la bonne volonté des parties en présence ou à l'exequatur du juge étatique qui lui confère force exécutoire. »

<sup>1061</sup> Notons à ce propos l'apparition d'organes proposant le recours à des modes non-contentieux de résolution pour les petits litiges au sein même du système judiciaire, voir, par exemple, la création en Colombie Britannique de *The Civil Resolution Tribunal*, *Civil Resolution Tribunal Act*, Bill 44-2012, disponible à l'adresse : <[http://www.leg.bc.ca/39th4th/1st\\_read/gov44-1.htm](http://www.leg.bc.ca/39th4th/1st_read/gov44-1.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1062</sup> I. DE LAMBERTERIE, préc., note 1005, à la page 635 ; C. IAVARONE-TURCOTTE, préc., note 1025, p. 7.

« En effet, à qui fera-t-on croire qu'un consommateur intentera une action devant un tribunal, que ce dernier soit local ou a fortiori étranger, pour une transaction électronique de 100\$ qui a mal tourné? La même observation peut être formulée à l'endroit d'une petite ou moyenne entreprise qui, nouant une transaction sur Internet avec une partie étrangère, se voit, pour une raison ou une autre, flouée. Cela ne signifie pas, bien évidemment, que les travaux sur les conflits de juridictions dans le cyberspace soient inutiles. Bien au contraire, ils nous permettront de saisir toutes les dimensions de la transaction électronique, et, surtout d'affiner et d'adapter l'analyse juridique au médium numérique. D'autant qu'il faut reconnaître le caractère central au plan juridique de la question du conflit de juridictions dans le contexte des environnements électroniques. »<sup>1063</sup>

Tous ces obstacles peuvent être disproportionnés par rapport au faible enjeu des litiges courants de consommation<sup>1064</sup>. La question de l'accessibilité se pose lorsqu'il y a une disproportion, entre le montant du litige et le montant des frais encourus<sup>1065</sup>. Les MARCEL sont sans doute plus avantageux pour les consommateurs. En cas de différend, le consommateur aura la possibilité d'avoir recours à un mécanisme simple et rapide spécialement conçu pour l'environnement Internet<sup>1066</sup>. Pour le professeur Fabien Gélinas :

---

<sup>1063</sup> K. BENYEKHFLEF, préc., note 371, à la page 141.

<sup>1064</sup> I. DE LAMBERTERIE, préc., note 1005, à la page 638.

<sup>1065</sup> K. BENYEKHFLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 106.

<sup>1066</sup> Voir Mohamed S. ABDEL WAHAB, "The Global Information Society and Online dispute resolution: A New Dawn for dispute resolution", (2004) 21:2 *J. Int. Arb.* 143, 144 et 145 ; Henry H. PERRITT, "Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR", (2000) 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 675, 676 ; Ethan KATSH, "Dispute resolution in Cyberspace", (1996) 28 *Conn. Law Rev.* 953, 955 ;

« C'est la raison principale de l'adoption si rapide de l'ODR par ceux qui étaient principalement concernés par le commerce électronique et Internet [...] L'ODR a été vu comme une sorte de justice faite spécialement pour un espace nouveau en quête de confiance et de sécurité juridique. On supposait dans ce contexte, qu'en créant une sorte d'espace formalisé virtuel pour un tribunal, dont l'accès serait strictement contrôlé, ou des protocoles concernant la présentation et le traitement de l'information seraient suivis, la technologie pourrait reproduire et adapter les aspects rituels de la justice tout en garantissant que rien d'essentiel ne serait perdu. »<sup>1067</sup>

Les modèles financiers mis en place dans le cadre des MARCEL, tentent de satisfaire cette exigence d'accessibilité qui sous-tend une proportionnalité du coût, par rapport au montant et à la nature du litige et au délai nécessaire à l'obtention d'une solution<sup>1068</sup>. Les MARCEL, étant considérés comme le « seul moyen de recours économiquement accessible et donc le seul lieu de justice réellement ouvert »<sup>1069</sup>. Ces modes veulent, ainsi, donner aux consommateurs la possibilité de participer au processus de résolution des litiges au lieu de le subir. Leurs vertus d'efficacité, de rapidité et d'accessibilité contribueraient, par elles-mêmes, à la préservation des droits subjectifs des consommateurs<sup>1070</sup>. Dans le cas d'opérations portant sur de gros volumes et de faibles montants, les cyberconsommateurs n'exerceraient probablement pas les droits qu'ils pourraient avoir, étant donné que le coût de la démarche serait disproportionné par rapport à la valeur de l'achat<sup>1071</sup>.

---

<sup>1067</sup> F. GELINAS, préc., note 1052, à la p. 17.

<sup>1068</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 82 ; K. BENYEKHFLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 109.

<sup>1069</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 6.

<sup>1070</sup> Sur la résolution en ligne des conflits comme accès à la justice, *Id.*, p. 257.

## Section II. L'expérience de la résolution en ligne des conflits

Les MARCEL constituent le prolongement contentieux des opérations sur le marché électronique. Ils apparaissent par nature être adaptés au règlement d'au moins une partie des conflits émergeant de la multiplicité des relations sur la toile mondiale. Il y a néanmoins, une distorsion pratique entre la potentialité d'une participation massive à la résolution en ligne des conflits, qui ne se retrouve que dans les quelques modèles à succès, et la participation globale qui demeure modeste d'un point de vue général.

Deux modèles de centres de résolution en ligne des conflits se détachent : un premier modèle classique qui offre un mode de résolution en particulier, un deuxième modèle dans lequel l'offre prend la forme d'un processus en escalier, où l'échec d'une procédure entraîne le déclenchement d'une procédure subséquente de nature différente<sup>1072</sup>. Le monde a connu un certain nombre d'expériences de résolution en ligne des conflits. Les unes sont encore en vigueur tandis que certaines ont cessé d'exister. Nous aborderons les projets précurseurs, bien que disparus aujourd'hui, les plus importants (1). Nous verrons ensuite quelle est la pratique actuelle de la résolution en ligne des conflits (2)

---

<sup>1071</sup> P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 17.

<sup>1072</sup> T. VERBIEST et É. WÉRY, préc., note 141, p. 567.

## 1. Les projets précurseurs

Les premières expériences de centres de résolution en ligne des conflits ont été initiées en 1996 et 1997 aux États-Unis et au Canada dans le cadre de projets universitaires. Nous retiendrons deux projets expérimentaux importants, le *Virtual Magistrate* (A) et le CyberTribunal (B). Bien qu'il n'ait traité que les différends entre particuliers mis en relation à travers la plate-forme *eBay*, le centre *SquareTrade*<sup>1073</sup> a aussi représenté une initiative réussie en devenant le premier centre de résolution en ligne des conflits à grande échelle<sup>1074</sup> (C).

### A. Le *Virtual Magistrate*

La première expérience de résolution en ligne des conflits débute en 1996 sous le nom de *The Virtual Magistrate Project*. Ce centre bénéficiait de l'appui de *l'American Arbitration Association*<sup>1075</sup> (AAA). L'idée de départ était de susciter, de par ses faibles coûts, l'engouement des usagers et de créer ainsi une pratique portant tant sur le contenu décisionnel que sur la procédure à suivre<sup>1076</sup>. La

---

<sup>1073</sup> K. BENYEKHLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 126.

<sup>1074</sup> T. SCHULTZ, préc., note 538, 28.

<sup>1075</sup> AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION : <[www.adr.org/](http://www.adr.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1076</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 279.

procédure d'arbitrage devant le *Virtual Magistrate* se déroulait de manière électronique. Le demandeur déposait une plainte sous forme de formulaire : description des parties en cause, du dommage et de sa nature, de la demande du plaignant, etc. Le *Virtual Magistrate* s'engageait à donner une réponse dans les 72 heures à compter de la saisine, à condition que les parties aient donné leur accord à la procédure.

Il n'existait pas de règles de procédures précises, le *Virtual Magistrate* devait simplement conduire la procédure de façon équitable et rendre la sentence dans le délai imparti. Les décisions des arbitres étaient prises en considérant l'information disponible, l'éthique du réseau, le contrat, mais pas automatiquement le droit applicable à une juridiction donnée, eu égard au caractère global d'Internet. Les arbitres devaient aussi tenir compte des prétentions des parties quant aux principes applicables et à la solution envisagée. La notification de la sentence se faisait par courrier électronique<sup>1077</sup>.

L'expérience du *Virtual Magistrate* est importante, car elle fut la première à utiliser Internet pour résoudre des litiges dans une procédure très simplifiée, mais sa réussite reste limitée, en raison de son champ d'application restreint et de la difficulté de faire exécuter les sentences en cas de mauvaise volonté du défendeur.

Il n'a d'ailleurs rendu qu'une seule sentence, qui a été à ce titre, très critiquée, car

---

<sup>1077</sup> Vincent TILMAN, « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution », (1999) 2 *Ubiquité* 47, 52 ; A. MONCAYO VON HASE, préc., note 173, à la page 611.

elle a été rendue par défaut<sup>1078</sup>. Les professeurs Benyekhlef et Gélinas attribuent cet échec: « à l'absence d'une convention préalable à l'arbitrage et à la technologie somme toute primitive du projet, puisqu'il s'agissait essentiellement d'échanges de courriers électroniques non sécurisés »<sup>1079</sup>. Cette première expérience a tout de même inspiré d'autres projets plus aboutis, notamment celui du Cybertribunal.

## B. Le Cybertribunal

La deuxième expérience fut canadienne. Il s'agit du Cybertribunal<sup>1080</sup>, créé au sein du Centre de recherche en droit public<sup>1081</sup> (CRDP) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal. Le champ d'application du Cybertribunal était plus large que celui du *Virtual Magistrate*, Ce projet visait à vérifier l'hypothèse selon laquelle il était possible de résoudre en ligne des conflits pouvant survenir à la suite de l'utilisation d'Internet, en intervenant aussi bien au niveau de la prévention que de la résolution des conflits<sup>1082</sup>.

---

<sup>1078</sup> Y. ZHAO, préc., note 554, p. 153 ; Frank A. CONA, “Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution”, (1997) 45 *The Buffalo L. Rev.* 975.

<sup>1079</sup> K. BENYEKHFLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 118.

<sup>1080</sup> Sur la naissance du Cybertribunal, K. BENYEKHFLEF, préc., note 1053, à la page 96.

<sup>1081</sup> CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC : <<http://www.crdp.umontreal.ca/fr/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1082</sup> Vincent GAUTRAIS, Karim BENYEKHFLEF et Pierre TRUDEL, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du "CyberTribunal" », (1998) 4 *D.I.T.* 46, 47.

Le Cybertribunal centrait son action, à la fois sur la médiation et sur l'arbitrage. Il offrait un choix aux parties impliquées de recourir à l'un ou l'autre, ou encore, en cas d'échec du premier, au second à titre supplétif. Une autre originalité était la gratuité des deux procédures, mais contrairement aux arbitrages et aux médiations classiques, les parties n'avaient pas le pouvoir de choisir l'arbitre ou le médiateur. En revanche, elles pouvaient le refuser sur la base de son absence d'indépendance et d'impartialité. Enfin, les deux procédures mises en place découlaient de l'existence ou non d'une convention d'arbitrage signée<sup>1083</sup>.

L'expérience a eu le mérite de créer un précédent dans sa volonté de mettre en place des mécanismes de résolutions des conflits combinant arbitrage et médiation. L'expérience s'est achevée avec succès en décembre 1999, puisqu'elle a permis la résolution, par la médiation de plusieurs conflits. Enfin, le Cybertribunal a été remplacé par *eResolution* qui a également dû arrêter son activité suite à la perte de son droit de médiation dans le cadre des conflits relatifs aux noms de domaine<sup>1084</sup>.

Le centre *eResolution* a proposé entre 2000 et 2001 une procédure de résolution des conflits relative aux noms de domaines accréditée par l'*ICANN*<sup>1085</sup>. La publication de la totalité des décisions *UDRP* a permis aux détenteurs de marques

---

<sup>1083</sup> V. GAUTRAIS, préc., note 68, p. 280 ; V. TILMAN, préc., note 1077, 53 ; Y. ZHAO, préc., note 554, p. 167.

<sup>1084</sup> K. BENYEKHFLEF, préc., note 1053, à la page 99 ; J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 170 et suiv.

<sup>1085</sup> Voir K. BENYEKHFLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 145 et suiv.

de remarquer que le taux de réussite des demandeurs, titulaires d'une marque, était substantiellement plus élevé chez certains organes agréés par l'*ICANN* (notamment le centre OMPI et le *NAF*), que chez *eResolution*<sup>1086</sup>.

Cette différence peut s'expliquer par une interprétation plus large des textes sous l'égide de l'OMPI et du *NAF*, alors que les décideurs d'*eResolution* s'en tenaient plus à la lettre et l'esprit du texte. Ce *forum shopping*<sup>1087</sup> au détriment de l'ancien *eResolution* a mis en lumière l'importance de la concurrence entre les organes de résolution des conflits relatifs aux noms de domaine. La formule adoptée accorde au demandeur le privilège de choisir l'organe auquel il entend s'adresser, et ce, sans que cela fasse l'objet d'un contrôle<sup>1088</sup>.

### **C. Le centre *SquareTrade***

Les centres de résolution en ligne des conflits, intégrés à une plateforme de mise en relation, sont une forme de régulation qualifiée de « régulation par place de marché »<sup>1089</sup>. Le Centre *SquareTrade*<sup>1090</sup>, qui était intégré à la plateforme *eBay*, a

---

<sup>1086</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 213.

<sup>1087</sup> *Id.*, p. 207.

<sup>1088</sup> Michael GEIST, "Fair.Com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP", (2002) 27:3 *Brooklyn Journal of International Law* 903 ; J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 190.

<sup>1089</sup> T. SCHULTZ, préc., note 538, 35.

probablement résolu plus de conflits en moins d'une décennie que tout autre mode de règlement des différends dans l'histoire. Les utilisateurs d'*eBay* proviennent de la majorité des pays existants sur le globe. Ce constat quantitatif conduit à qualifier ce centre de premier centre de résolution de différends à grande échelle.

*Square Trade* fonctionnait selon un système de proposition de différentes solutions standards aux parties, en fonction de leurs réponses à un ensemble de questions préalables. C'est l'exemple le plus connu de négociation assistée. Une première phase de négociation assistée désengorgeait considérablement le secrétariat du centre. Elle était gratuite pour les parties dans sa phase de négociation directe assistée et la société *eBay* s'acquittait des coûts de la procédure. Le coût était minime grâce à l'amortissement de la technologie peu coûteuse par le nombre de conflits déjà traités<sup>1091</sup>.

Le centre avait institué une procédure en escalier en deux étapes, une procédure de négociation automatisée, puis une procédure de médiation en ligne, le cas échéant<sup>1092</sup>. Si les parties ne parvenaient pas à conclure un accord, elles pouvaient encore demander l'assistance d'un médiateur pour des honoraires très modestes. Le

---

<sup>1090</sup> Sur la genèse de *SquareTrade*, voir C. RULE, préc., note 928, p. 102.

<sup>1091</sup> Y. ZHAO, préc., note 554, p. 163.

<sup>1092</sup> J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 159 et suiv.

médiateur travaillait avec les parties et en cas d'échec, il leur proposait une solution non contraignante (sorte de procédure d'évaluation par un expert)<sup>1093</sup>.

## **2. La pratique actuelle**

Le cyberconsommateur veut disposer d'un moyen de recours aisé, rapide, efficace et peu coûteux au cas où le produit n'est pas livré ou non conforme ou bien encore, lorsque les services d'après-vente sont défaillants. Face à une situation d'incertitude juridique, la pratique actuelle de la résolution des conflits apparaît comme un moyen de réintroduire la confiance dans l'acte d'achat transfrontalier. Nous esquisserons un portrait de quelques centres de résolution en ligne des conflits (A) pour nous intéresser, ensuite, à la pratique de la résolution des conflits par l'intervention des prestataires de paiement qui fait son chemin (B).

### **A. Les centres de résolution en ligne des conflits**

Aux États-Unis, nous retrouvons la société *Cybersettle*<sup>1094</sup>. Soutenue par l'AAA, cette entreprise propose exclusivement une procédure automatisée de négociation

---

<sup>1093</sup> K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 136.

<sup>1094</sup> *Cybersettle* : <[www.cybersettle.com](http://www.cybersettle.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

à l'aveugle à des cabinets d'avocats ou à des sociétés d'assurance<sup>1095</sup>. Une offre de services de négociation automatisée pour les litiges *BtoC* d'ordre pécuniaire est disponible 24h/24. La partie qui souhaite transiger doit remplir un formulaire et avancer une somme de 15 dollars. Si l'autre partie consent à participer au processus, elle est invitée à faire une proposition de règlement confidentielle que le demandeur ne peut connaître.

Le demandeur ne peut, en effet, consulter l'offre de l'autre partie, mais peut seulement voir qu'elle a accepté de transiger et qu'elle a soumis une offre. Si les deux sommes avancées par les deux parties sont trop éloignées, le professionnel est invité à revoir son offre à la hausse ou à la baisse puis à la communiquer à l'avocat du consommateur et ainsi aboutir à une transaction. Les parties reçoivent un message leur indiquant que leur affaire a été réglée pour une somme se situant à mi-chemin entre les deux offres<sup>1096</sup>.

En Europe, *Electronic Consumer Dispute Resolution*<sup>1097</sup> (*ECODIR*), propose une plate-forme électronique destinée aux consommateurs européens afin de régler leurs éventuels conflits avec des cybermarchands. Le champ de compétence du site est limité aux litiges impliquant au moins un consommateur et relatifs à une transaction effectuée en ligne. *ECODIR* s'est vu assigner un objectif de résolution

---

<sup>1095</sup> F. F. WANG, préc., note 288, p. 157.

<sup>1096</sup> Sur le fonctionnement de Cybersettle, voir C. RULE, préc., note 928, p. 142.

<sup>1097</sup> ELECTRONIC CONSUMER DISPUTE RESOLUTION : <[www.ecodir.org](http://www.ecodir.org)> (consulté le 6 juillet 2013).

de litiges de consommation par la voie de la médiation en ligne. L'arbitrage en ligne a été écarté d'office, car la piste de l'arbitrage était apparue inadéquate à cause de ses coûts<sup>1098</sup>.

La procédure *ECODIR* se déroule globalement de la manière suivante : le cyberconsommateur lésé adresse une réclamation. Il est invité à remplir un formulaire en ligne visant à l'identifier et à donner une description du problème rencontré. Il doit ensuite formuler une proposition de solution. Ces informations sont enregistrées sur le site et *ECODIR* adresse au professionnel concerné une notification par courrier électronique pour l'informer qu'une plainte a été introduite à son encontre via la plate forme.

Le cybervendeur a la possibilité d'activer un lien hypertexte inclus dans le courrier électronique de la notification et sera conduit directement à la page dédiée au litige. Il prend connaissance de la plainte et de la proposition de règlement. Il peut alors l'accepter, la refuser ou formuler une contre-proposition. Si un accord est trouvé, le secrétariat d'*ECODIR* envoie un courrier électronique aux deux parties reprenant les termes de l'accord et les invitant à y adhérer de manière solennelle. Enfin, si à l'échéance de la période de négociation, aucun règlement n'a pu être trouvé, l'*ECODIR* invite les parties à solliciter la désignation d'un médiateur<sup>1099</sup>.

---

<sup>1098</sup> K. BENYEKHLEF, préc., note 1053, à la page 103 ; J. P. MIFSUD BONNICI, préc., note 175, p. 163 et suiv.

<sup>1099</sup> Sur le fonctionnement d'*ECODIR*, voir K. BENYEKHLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 128.

Enfin, citons le *BBB*, un organisme original, qui fonctionne comme une agence de protection des consommateurs, tout en étant une émanation des entreprises qui y adhèrent<sup>1100</sup>. Pour le commerce électronique, le *BBB* a mis en place le système *BBB-Online*<sup>1101</sup>. Il s'agit d'un système articulant code de conduite, labellisation de sites et recours aux MARCEL<sup>1102</sup>. Ainsi, le code de conduite *BBB Code of Online Business Practices*<sup>1103</sup> s'articule avec un système de label, le *BBB Accredited Business Seal for the Web*<sup>1104</sup> et un mécanisme de résolution des conflits, le *BBB Online Complaint Forum*<sup>1105</sup> relié à ce label de qualité<sup>1106</sup>.

---

<sup>1100</sup> Voir C. CHASSIGNEUX, préc., note 426, p. 220.

<sup>1101</sup> *BBBOnLine* : <<http://www.bbbonline.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1102</sup> F. F. WANG, préc., note 288, p. 120 : “ODR service can be provided by any of two means. The first method would be that seal program service providers could purchase or produce user-friendly ODR software and appoint qualified assisted negociators, mediators and arbitrators. The second method would be that seal program service providers could form partnerships with independent ODR service providers and publish the agreement that seal accredited privacy-policy disputes would be resolved by their ODR partner”.

<sup>1103</sup> *BBB Code of Online Business Practices* : <<http://www.newyork.bbb.org/bbb-code-of-online-business-practices/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1104</sup> *BBB Accredited Business Seal for the Web* : <<http://www.bbb.org/us/bbb-online-business/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1105</sup> *BBB Online Complaint Forum* : <<https://www.bbb.org/file-a-complaint/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1106</sup> Sur le fonctionnement du mécanisme, voir J. P. KESAN et A. A. GALLO, préc., note 651, p. 117.

## B. L'intervention des prestataires de services de paiement

Certains prestataires de services de paiement ont imaginé des techniques de prévention et de résolution des conflits tout à fait originales. Le mécanisme du tiers dépositaire de confiance (*escrow account* en anglais) est, ainsi, utilisé en matière de commerce électronique afin de laisser le temps à l'acheteur de vérifier la conformité de l'objet livré<sup>1107</sup>. Il s'agit d'un système dans lequel l'acheteur envoie l'argent à un tiers dépositaire, qui paiera le commerçant passé un certain délai, sauf si l'acheteur a fait savoir entre temps son désaccord après réception de la prestation. Le tiers dépositaire retourne au consommateur son paiement en cas d'insatisfaction. Le contrat de dépôt s'achève à l'arrivée du terme des relations contractuelles des parties déposantes. La société de dépôt fait fonction de tierce partie sécurisante, en gérant le compte par lequel transite l'argent<sup>1108</sup>.

Un exemple connu en la matière est le site *escrow.com*<sup>1109</sup>, qui permet au vendeur de vérifier le paiement à priori et d'éviter les impayés et au consommateur de bénéficier d'un délai de vérification de la conformité de l'objet acheté. Cet intermédiaire facture un peu moins de 1 % de la valeur de la transaction commerciale<sup>1110</sup>. On pourrait enfin penser à la technique du « fonds de

---

<sup>1107</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 255.

<sup>1108</sup> T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 366.

<sup>1109</sup> Escrow : <[escrow.com](http://escrow.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

jugement »<sup>1111</sup>. Une somme en numéraire est constituée par anticipation par les deux parties, ou uniquement par la partie commerçante dans le cas d'un litige de consommation. Une fois la décision rendue, la somme d'argent correspondant à la répartition prévue est retranchée de ce fonds.

Enfin, le remboursement versé au consommateur par la société de carte de crédit, la rétrofacturation, permet également de régler de nombreux conflits<sup>1112</sup>. La L.p.c du Québec encadre ce mécanisme, qui s'applique en cas de défaut par le commerçant de rembourser le consommateur et si le consommateur avait effectué son paiement au moyen d'une carte de crédit. Le consommateur peut ainsi exiger de l'émetteur de la carte de crédit avec laquelle il a payé l'achat, qu'il procède à l'annulation du paiement au commerçant. Il doit s'adresser à son émetteur de carte de crédit, dans les 60 jours à compter du défaut, pour demander que lui soit reversé tout montant qu'il a payé<sup>1113</sup>.

---

<sup>1110</sup> G.-P. CALLIESS, préc., note 924, p. 17.

<sup>1111</sup> C. RULE, préc., note 928, p. 110 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 538.

<sup>1112</sup> Sur la rétrofacturation par carte de crédit, voir J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 38 ; Y. ZHAO, préc., note 554, p. 164 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 370.

<sup>1113</sup> Articles 54.14 à 54.16 de la L.p.c.

## **Chapitre II. Les normes procédurales internationales**

Deux mouvements parallèles constituent les deux facettes de la réalité de l'encadrement procédural de la résolution des conflits naissants de relations commerciales en ligne transfrontalières. D'un côté, les normes procédurales internationales régissant l'arbitrage en ligne sont les mêmes que les principes du droit processuel classique contenus dans les principaux textes internationaux sur l'arbitrage. Les instruments juridiques internationaux utilisés pour promouvoir et faciliter l'arbitrage commercial international traditionnel sont applicables à l'arbitrage électronique et aux caractéristiques sous-jacentes des transactions effectuées sur Internet avec quelques adaptations nécessaires<sup>1114</sup>.

De l'autre côté, de nouvelles tentatives d'harmonisation des procédures de résolution en ligne des conflits leur sont spécifiques. Cet ensemble juridique n'est pas étanche par rapport aux catégories classiques et s'y superpose et les recoupe à de maintes reprises. Ainsi, l'internationalisation des normes procédurales résulte de l'application des principaux textes internationaux sur l'arbitrage au contexte électronique (Section I) et parallèlement, de la création de principes procéduraux spécifiques à la résolution en ligne des conflits (Section II).

---

<sup>1114</sup> P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 107.

## Section I. L'application des principaux textes internationaux sur l'arbitrage au contexte électronique

De nos jours, nous constatons une reconnaissance planétaire de la notion d'arbitrage, grâce à l'adoption de lois inspirées de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international*<sup>1115</sup>, et surtout grâce à l'adhésion de nombreux pays à la *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*<sup>1116</sup> (ci-après « *Convention de New York* ») . Il faut dire qu'aucune convention postérieure à la *Convention de New York* n'a eu autant d'influence. En effet, celle-ci est représentée comme une étape importante marquant le panorama de l'arbitrage commercial international<sup>1117</sup>. Cette Convention reste à ce jour le principal traité multilatéral sur l'arbitrage international. Son objet est la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales<sup>1118</sup>, mais à travers les conditions de reconnaissance des sentences

---

<sup>1115</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006*, Nations Unies, 2008, disponible à l'adresse : <[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013) [Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international].

<sup>1116</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Nations Unies, 1958, disponible à l'adresse : <[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_f.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013) [Convention de New York].

<sup>1117</sup> Frédéric-Edouard KLEIN, « La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », (1961) 57 *Revue Suisse de Jurisprudence* 229.

<sup>1118</sup> L'article 1 par. 1 de la *Convention de New York* prévoit que : « la présente convention s'applique à la reconnaissance et à l'exécution des sentences d'arbitrages rendues sur le territoire d'un État autre que celui où la reconnaissance et l'exécution des sentences sont demandées, et issues de différends entre personnes physiques ou morales. Elle s'applique également aux sentences

étrangères qu'elle pose, elle a jeté les bases du droit moderne de l'arbitrage international<sup>1119</sup>.

Pourtant, bien que ces textes internationaux sur l'arbitrage soient, dans une certaine mesure, préparés à l'utilisation des technologies de l'information pour mener à bien les procédures d'arbitrage, ils reposent encore sur certaines caractéristiques essentielles qui sous-tendent la procédure traditionnelle. Ainsi, la convention d'arbitrage électronique soulève quelques questions. Peut-elle être électronique et délocalisée, sans méconnaître les exigences légales ou conventionnelles ? Nous aborderons d'abord la convention d'arbitrage électronique (1). Certains autres enjeux juridiques propres à l'arbitrage électronique découlent du caractère juridictionnel de l'arbitrage, qui s'achève par une sentence revêtue de l'autorité de la chose jugée. Nous verrons ensuite les limites de la sentence électronique et de son exécution (2).

---

arbitrales qui ne sont pas considérés comme sentences nationales dans l'État où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées ».

<sup>1119</sup> Fali S. NARIMAN, « La contribution de la Convention à la mondialisation de l'arbitrage commercial international », dans *Journée de la Convention de New York. L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York. Expérience et perspectives*, New York, Nations Unies, 1999, p. 11 ou disponible à l'adresse : [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing\\_Arbitration\\_Awards\\_F.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_F.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

## 1. La convention d'arbitrage électronique

La base de la juridiction de l'arbitre est l'accord des parties de soumettre le conflit à l'arbitrage. En principe, l'arbitrage classique est fondé sur la volonté des parties. La convention d'arbitrage<sup>1120</sup> est la pièce maîtresse de l'arbitrage commercial international, qui permet de prouver que les parties sont d'accord pour soumettre leur litige à ce mode de règlement<sup>1121</sup>. Les enjeux propres à la convention d'arbitrage électronique tournent, essentiellement, autour des notions d'écrit et de consentement. Le changement de nature de l'écrit avec l'apparition de l'écrit électronique pose certaines difficultés au regard du formalisme du droit de l'arbitrage (A). Enfin, la convention d'arbitrage peut être convenue avec un consommateur, à condition de se conformer à la législation protectrice existante. Il est dès lors nécessaire de s'interroger sur les enjeux du consentement à la convention d'arbitrage électronique (B).

---

<sup>1120</sup> Sur la convention d'arbitrage, voir T. SHULTZ, préc., note 19, p. 394 ; Nathalie COIPEL-CORDONNIER, *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999, p. 314.

<sup>1121</sup> *Convention de New York*, article 2 par. 1 : « 1. Chacun des Etats contractants reconnaît la convention écrite par laquelle les parties s'obligent à soumettre à un arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel, portant sur une question susceptible d'être réglée par voie d'arbitrage. » ; aussi, selon l'article 7 par. 1 de la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* : « 1. Une "convention d'arbitrage" est une convention par laquelle les parties décident de soumettre à l'arbitrage tous les différends ou certains des différends qui se sont élevés ou pourraient s'élever entre elles au sujet d'un rapport de droit déterminé, contractuel ou non contractuel. Une convention d'arbitrage peut prendre la forme d'une clause compromissoire dans un contrat ou d'une convention séparée ».

## A. La convention d'arbitrage électronique et la nécessité de l'écrit

Si la *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international* définit de manière extensive l'écrit et consacre de manière claire la satisfaction par une communication électronique de l'exigence de la forme écrite<sup>1122</sup>, la *Convention de New York* semble constituer un obstacle à la reconnaissance d'une convention d'arbitrage sur un support électronique<sup>1123</sup>. Ce texte international retient une définition restrictive de la convention d'arbitrage. Le texte précise : « On entend par «convention écrite» une clause compromissoire insérée dans un contrat, ou un compromis, signés par les parties ou contenus dans un échange de lettres ou de télégrammes. »<sup>1124</sup>

Difficile en effet de trouver à l'époque un autre moyen de communication présentant les caractères d'intangibilité, de durabilité et de facilité de preuve<sup>1125</sup>.

L'exigence initiale de l'écrit avait pour but d'éviter que l'une des parties ignore

---

<sup>1122</sup> Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international, article 7 par. 4 : « 4) Une communication électronique satisfait à l'exigence de forme écrite imposée pour la convention d'arbitrage si l'information qu'elle contient est accessible pour être consultée ultérieurement; le terme "communication électronique" désigne toute communication que les parties effectuent au moyen de messages de données; le terme "message de données" désigne l'information créée, envoyée, reçue ou conservée par des moyens électroniques, magnétiques ou optiques ou des moyens analogues, notamment, mais non exclusivement, l'échange de données informatisées (EDI), la messagerie électronique, le télégraphe, le télex ou la télécopie. »

<sup>1123</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 124. « [...] il apparaît que la Convention de New York de 1958 constitue un obstacle insurmontable quant à l'utilisation de messages électroniques. Des solutions ont été recherchées par la doctrine qui reste partagée sur le sujet » ; Y. ZHAO, préc., note 554, p. 219 ; A. MONCAYO VON HASE, préc., note 173, à la p. 603.

<sup>1124</sup> Article 2 par. 2 de *Convention de New York*.

<sup>1125</sup> Jérôme HUET et Stéfania VALMACHINO, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », (2000) 1 *Gaz. Pal. Numéro spécial* 5.

l'existence d'une convention ou d'une clause d'arbitrage, étant donné qu'elles font souvent partie des conditions générales d'un contrat introduites par l'une des parties par avance<sup>1126</sup>. Une lecture souple est préconisée :

« En ce qui concerne la Convention de New York, la voie de l'interprétation souple est recommandée afin de permettre le rattachement à la notion d'écrit des textes dématérialisés, sans pour autant remettre sur le métier une convention internationale devenue quasi universelle »<sup>1127</sup>.

L'objectif de la *Convention de New York* était apparemment d'adopter une norme commune uniforme pour valider les conventions sur le plan de la forme, à savoir que l'accord entre les parties se doit d'être clair ou plus précisément le résultat d'une volonté exprimée (qu'elle soit donc simultanée dans une convention écrite signée par les parties ou différée du fait d'un échange de documents tels que des télégrammes). Au moment de la signature de cette convention, les États n'ont pas envisagé l'hypothèse où cet accord pouvait être échangé de manière électronique, mais il avait malgré tout été fait mention des moyens et des techniques fréquents à l'époque (ex. : courrier postal, télégramme).

---

<sup>1126</sup> Maurice H.M. SCHELLEKENS, « Les collèges d'arbitrage et le commerce électronique », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 619, à la p. 625.

<sup>1127</sup> K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 95.

## B. Le consentement à la convention d'arbitrage électronique

La *Convention de New York* a été conçue, à l'origine, pour recouvrir les affaires civiles et commerciales. On ne fait donc pas de distinction dans la Convention entre une convention d'arbitrage établie dans le cadre de relations commerciales entre commerçants et une autre établie entre des entreprises et des consommateurs. Néanmoins, La *Convention de New York* permet aux États contractants de faire une réserve de commercialité<sup>1128</sup>. le champ d'application de la Convention peut être réduit par les États contractants du fait que la Convention leur permet – lors de la signature, de la ratification ou de l'acceptation de la Convention – d'émettre des réserves afin de n'appliquer la Convention qu'aux seuls différends résultant de relations contractuelles ou non contractuelles considérées comme commerciales, aux termes de la législation nationale de l'État<sup>1129</sup>.

En règle générale, le recours à l'arbitrage peut survenir de deux manières : soit préventivement, par le jeu d'une clause compromissoire dans un contrat, soit une fois le litige né, par la décision des parties de s'en remettre à une procédure

---

<sup>1128</sup> A. MONCAYO VON HASE, préc., note 173, à la page 604.

<sup>1129</sup> L'article 1 par. 3 de la *Convention de new York* prévoit que : « Au moment de signer ou de ratifier la présente Convention, d'y adhérer ou de faire la notification d'extension prévue à l'article X, tout État pourra, sur la base de la réciprocité, déclarer qu'il appliquera la Convention à la reconnaissance et à l'exécution des seules sentences rendues sur le territoire d'un autre Etat contractant. Il pourra également déclarer qu'il appliquera la Convention uniquement aux différends issus de rapports de droit, contractuels ou non contractuels, qui sont considérés comme commerciaux par sa loi nationale. »

juridictionnelle<sup>1130</sup>. La clause compromissoire doit être dès lors distinguée du compromis. La clause compromissoire est prévue par des parties dans un contrat. Les parties à un contrat électronique peuvent avoir prévu dans la convention les unissant, une clause compromissoire destinée à faire arbitrer le litige. Le compromis, pour sa part, est signé par les parties à un conflit qui est déjà né. Le critère essentiel de distinction est donc la réalisation du conflit, dont les deux conventions d'arbitrage ont pour objet de prévoir la résolution<sup>1131</sup>.

Aujourd'hui, la référence à une clause compromissoire prévue dans des conditions générales accessibles par le biais d'un lien hypertexte est courante en matière de contrats électroniques. Les principales difficultés relatives au fond tiennent à l'acceptation de cette clause par le moyen de conditions générales ou de liens hypertextes<sup>1132</sup>. L'incorporation par référence<sup>1133</sup> est le fait d'incorporer des clauses au contrat par la voie de liens hypertextes. Les clauses en question n'appartiennent pas à la partie lisible du contrat. L'acceptation de la convention d'arbitrage électronique stipulée dans un contrat-cadre se fait en cliquant sur une icône. Ce

---

<sup>1130</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 118.

<sup>1131</sup> Stéphanie RAYMOND-BOUGIE, *L'arbitrage des différends en droit de la consommation : Une nouvelle approche*, Cowansville, Yvon Blais, 2005, p. 47 ; F. JACQUOT et B. WEITZEL, préc., note 1038, à la p. 316.

<sup>1132</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 155.

<sup>1133</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 129 : « La clause d'arbitrage par référence peut être définie de la façon suivante : c'est une disposition particulière d'un contrat (ou insérée dans le corps du contrat), par laquelle les parties contractantes se réfèrent à un document extérieur (à consulter) et entendent conférer à ce dernier des effets juridiques identiques au contrat signé » ; T. SHULTZ, préc., note 19, p. 399.

mode d'acceptation permet aux professionnels de rendre opposables des conditions générales de vente, et ce en invoquant leur incorporation par référence.

Dans les situations dans lesquelles l'une des parties à la clause compromissoire est un consommateur, le renoncement à la justice étatique et le choix d'un arbitrage obligatoire, qui par la même rend incompétent les tribunaux, ont fait craindre une éviction trop radicale des règles nationales protectrices. Deux courants n'ont cessé d'alimenter une controverse qui semble toujours d'actualité, entre les tenants de la clause compromissoire, et ceux qui ne l'admettent qu'à regret, voire la rejettent<sup>1134</sup>. Ces deux tendances ont alors abouti à un équilibre au sein duquel la validité de la clause compromissoire n'a été réduite qu'à l'essentiel de la matière économique<sup>1135</sup>.

Le 13 juillet 2007, la Cour suprême du Canada a rendu un arrêt d'importance capitale sur cette question dans l'arrêt *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*<sup>1136</sup>. Au nombre des questions soulevées figuraient la compétence du tribunal du lieu de conclusion du contrat ou celle de l'arbitre et la validité de la clause compromissoire dans le contrat de consommation en ligne. La Cour suprême a décidé que l'arbitrage obligatoire était un mode de règlement des conflits acceptable en matière de consommation. Il n'y a donc aucune exclusion à

---

<sup>1134</sup> Sur la question, voir K. BENYKHELEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 85 ; T. SHULTZ, préc., note 19, p. 406.

<sup>1135</sup> S. RAYMOND-BOUGIE, préc., note 1131, p. 7 ; V. ARCANGELI, préc., note 1055, p. 327 ; Philippe DELEBECQUE, « Arbitrage et droit de la consommation », (2002) 104 *Droit et patrimoine* 46.

<sup>1136</sup> *Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

priori de l'arbitrage en raison de la nature particulière d'une règle<sup>1137</sup>. L'arbitrage ne peut être exclu qu'en raison de la volonté claire du Législateur. Ainsi, en décembre 2006, la *L.p.c* a été modifiée pour interdire les clauses d'arbitrage obligatoire<sup>1138</sup>. Les consommateurs restent libres, quand un litige se présente, d'accepter l'offre du commerçant de le soumettre à l'arbitrage<sup>1139</sup>.

## 2. La sentence électronique et son exécution

Il est approprié de relever quelques difficultés susceptibles de porter atteinte à l'effectivité de l'exécution des sentences arbitrales électroniques<sup>1140</sup>. Ces difficultés tiennent principalement à la dématérialisation de la sentence et à l'*exequatur* de

---

<sup>1137</sup> La décision a été très critiquée au Québec, voir notamment Pierre-Claude LAFOND, « L'arrêt Dell Computer et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la marre de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37:2 *R.G.D.* 357 ; Mistral GOUDEAU, « À propos de l'affaire Dell : l'ordre public incompris », (2007) 37:2 *R.G.D.* 379 ; Vincent GAUTRAIS, « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell computer : dommage! », (2007) 37:2 *R.G.D.* 407 ; Philippa LAWSON et Cintia Rosa DE LIMA, "Browse-Wrap Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs et Dumoulin", (2007) 37:2 *R.G.D.* 445.

<sup>1138</sup> Le nouvel article 11.1 de la *L.p.c*, mentionne que : « Est interdite la stipulation ayant pour effet soit d'imposer au consommateur l'obligation de soumettre un litige éventuel à l'arbitrage, soit de restreindre son droit d'ester en justice, notamment en lui interdisant d'exercer un recours collectif, soit de le priver du droit d'être membre d'un groupe visé par un tel recours. Le consommateur peut, s'il survient un litige après la conclusion du contrat, convenir alors de soumettre ce litige à l'arbitrage ».

<sup>1139</sup> Luc THIBAUDEAU, « L'entrée en vigueur des dispositions du Projet de loi 48 modifiant la Loi sur la protection du consommateur et les hyperliens », 2007, disponible à l'adresse : <<http://www.lavery.ca/publications/nos-publications/fiche-juridique/l-entree-en-vigueur-des-dispositions-du-projet-de-loi-48-modifiant-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-et-les-hyperliens/?newLang=fr#.UcxD0tgXcmU>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1140</sup> Sur la sentence arbitrale, voir J. M. LEW, L. A. MISTELIS et S. M. KRÖLL, préc., note 1049, p. 627.

cette sentence<sup>1141</sup>. La difficulté tire sa source de la confrontation entre la réalité et les textes. L'absence d'un écrit en tant que document comptable pourrait constituer en pratique un obstacle à l'exécution, fût-elle volontaire, de la sentence arbitrale<sup>1142</sup>. L'article 31 paragraphe 1 de *la Loi type de la CNUDCI* impose que la sentence soit « rendue par écrit et signée par le ou les arbitres ». Quant à la *Convention de New York*, elle ne renferme pas expressément pareille exigence. Cependant, l'exécution oblige le contractant à produire la sentence sous sa forme originale ou une copie authentique<sup>1143</sup>.

Enfin, à l'instar de toute procédure judiciaire ou d'arbitrage, en matière de commerce électronique, si le jugement prononcé n'est pas respecté de manière spontanée par la partie condamnée, on aura recours à son exécution forcée. Une sentence arbitrale n'est pas directement exécutable, elle doit obtenir l'*exequatur*. La procédure d'*exequatur* n'est pas précisée par la *Convention de New York* et reste du domaine de compétence de chaque État contractant même si la elle ne doit pas être plus rigoureuse que celle des sentences nationales, tel que cela ressort de l'article III<sup>1144</sup>.

---

<sup>1141</sup> M. H. M. SCHELLEKENS, préc., note 1126, à la page 626.

<sup>1142</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 154 ; T. SCHULTZ, préc., note 19, p. 420.

<sup>1143</sup> L'article 4 paragraphe 1 de la *Convention de New York* dispose que : « Pour obtenir la reconnaissance et l'exécution visées à l'article précédent, la partie qui demande la reconnaissance et l'exécution doit fournir, en même temps que la demande : a) L'original dûment authentifié de la sentence ou une copie de cet original réunissant les conditions requises pour son authenticité ; b) L'original de la convention visée à l'article II, ou une copie réunissant les conditions requises pour son authenticité ».

<sup>1144</sup> L'article III de la *Convention de New York* prévoit que : « Chacun des Etats contractants reconnaîtra l'autorité d'une sentence arbitrale et accordera l'exécution de cette sentence

La sentence arbitrale n'a en elle-même aucune force exécutoire. L'État est le bras séculier qui donnera à la sentence arbitrale tout son poids<sup>1145</sup>. L'arbitrage en tant que procédure alternative, sollicite la communauté internationale des États pour jouir de son efficacité<sup>1146</sup>. Chaque État souverain a le monopole des procédés de contrainte sur son territoire. À ce moment, l'ordre juridique requis posera ses conditions pour donner effet à la sentence sur son territoire<sup>1147</sup>. Le juge chargé de l'*exequatur* peut encore faire obstacle à l'application de la solution en relevant que l'objet du différend ne saurait être réglé par l'arbitrage ou que l'exécution de la sentence porterait atteinte à l'ordre public international de l'État où elle est demandée.

Absence de formalisme, délocalisation de l'arbitrage, réserve de commercialité et non-production d'un justificatif écrit, autant d'obstacles dont il convient d'apprécier l'impact sur l'efficacité de la sentence électronique. Ils constituent autant d'obstacles à la reconnaissance et à l'*exequatur* de cette sentence<sup>1148</sup>. Cependant,

---

conformément aux règles de procédure suivies dans le territoire où la sentence est invoquée, aux conditions établies dans les articles suivants. Il ne sera pas imposé, pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales auxquelles s'applique la présente Convention, de conditions sensiblement plus rigoureuses, ni de frais de justice sensiblement plus élevés, que ceux qui sont imposés pour la reconnaissance ou l'exécution des sentences arbitrales nationales. »

<sup>1145</sup> J. M. LEW, L. A. MISTELIS et S. M. KRÖLL, préc., note 1049, p. 687 ; F. JACQUOT et B. WEITZEL, préc., note 1038, à la page 319.

<sup>1146</sup> Philippe FOUCHARD, « Où va l'arbitrage international ? », (1989) 34 *R.D. McGill* 442.

<sup>1147</sup> Voir T. SCHULTZ, préc., note 1012, p. 119 ; Christiane FÉRAL-SCHUHL, « La mise en application des décisions de justice », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 539, à la page 540.

<sup>1148</sup> É. A. CAPRIOLI, préc., note 745, p. 155 ; Y. ZHAO, préc., note 554, p. 221 ; K. BENYEKHFLEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 97 ; A. MONCAYO VON HASE, préc., note 173, à la page 607.

pour les surmonter, des perspectives d'avenir sont envisageables. Le régime d'arbitrage exécutoire sous condition, par lequel le cybercommerçant accepte à l'avance d'arbitrer les litiges en ligne à la demande du consommateur, semble intéressant<sup>1149</sup>. Il s'agit d'aménager une option d'arbitrage en faveur de l'internaute<sup>1150</sup>. L'arbitrage unilatéralement contraignant se caractérise par l'effet non obligatoire pour le cyberconsommateur des sentences prononcées par cyberarbitre<sup>1151</sup>. La sentence prononcée dans l'arbitrage non contraignant n'a de force obligatoire pour le cyberconsommateur que si elle est acceptée par ou si elle n'est pas rejetée dans un délai déterminé.

## **Section II. Les principes procéduraux spécifiques à la résolution en ligne des conflits**

Face au besoin de régler de manière pratique, rapide, efficace et économique les différends découlant du grand nombre d'opérations de faible valeur, tout en préservant les droits des cyberconsommateurs, divers acteurs élaborent des principes procéduraux spécifiques ou en partie spécifique à la résolution en ligne des conflits. Elles ne peuvent que favoriser la sécurité juridique des opérations

---

<sup>1149</sup> T. SHULTZ, préc., note 19, p. 429.

<sup>1150</sup> O. CACHARD, préc., note 26, p. 420.

<sup>1151</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1016, p. 255.

commerciales sur Internet. Nous retrouvons des initiatives aussi bien au niveau mondial que régional.

Au niveau mondial, ce cadre procédural n'est pas aussi contraignant et effectif que les normes réglementaires ou légales. Les acteurs tendent, néanmoins, à s'en servir comme cadre de référence en pratique, ce qui confère à ces normes au moins un statut de règles d'inspiration, voire de règles-cadres<sup>1152</sup>. Au niveau régional, ces règles sont mieux étoffées. Ainsi, si les principes procéduraux restent hétéroclites au niveau mondial (1), ces principes tendent à la structuration<sup>1153</sup> de la résolution en ligne des conflits au niveau régional (2).

## **1. Des principes procéduraux hétéroclites au niveau mondial**

Une grande attention est portée, au niveau mondial, aux MARCEL, que ce soit au sein d'organisations internationales qu'au sein de divers forums. Tout d'abord, signalons les efforts de la CNUDCI, qui a initié un important projet, en créant un groupe de travail (le groupe III) qui se penche sur l'élaboration d'un règlement contenant des normes transnationales de pratique de la résolution en ligne de conflits transfrontaliers en matière de commerce électronique et de commerce

---

<sup>1152</sup> K. BENYEKHEF et F. GÉLINAS, préc., note 171, p. 99.

<sup>1153</sup> OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, préc., note 6 : « Processus par lequel des éléments s'intègrent en une organisation. »

mobile<sup>1154</sup>. Le *Projet de Règlement de procédure sur la résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique*<sup>1155</sup> définit dans son projet d'article premier son champ d'application :

« Le Règlement s'applique lorsque les parties à une opération effectuée au moyen de communications électroniques sont expressément convenues [, [au moment de l'opération] [soit au moment de l'opération, soit après la naissance d'un litige],] que les litiges portant sur cette opération et relevant du Règlement sur la résolution des litiges en ligne seront résolus en ligne conformément au Règlement. »<sup>1156</sup>

Le projet de Règlement prévoit un processus à trois niveaux : négociation automatisée et assistée, médiation et arbitrage. Les travaux du groupe III de la CNUDCI, chargé de l'élaboration du règlement et qui regroupe les plus grands spécialistes mondiaux en la matière, sont toujours en cours. La première rencontre s'est tenue en décembre 2010 à Vienne. La dernière rencontre a eu lieu en mai 2013 à New York, mais les travaux du groupe de travail butent encore, lors des

---

<sup>1154</sup> Pour une analyse de ce projet, voir J. HÖRNLE, préc., note 1007, p. 3 : "UNCITRAL's initiative attempts to move away from domestic consumer protection law and embraces a form of transnational consumer protection law (in the shape of the Substantive Legal Principles) yet to be developed."

<sup>1155</sup> COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de Règlement de procédure*, A/CN.9/WG.III/WP.119, disponible à l'adresse : [http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1156</sup> *Id.*, projet d'article 1.

rencontres tenues, sur certains points notamment la répartition des coûts du processus d'arbitrage et la compétence exclusive du forum arbitral<sup>1157</sup>.

Ensuite, l'OCDE, à travers ses *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, prévoit que « les consommateurs devraient disposer d'un accès effectif à des voies alternatives de règlement des litiges et de recours, sans charge ni coût indu »<sup>1158</sup>. Ensuite, citons la *Recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*<sup>1159</sup> du 12 juillet 2007 qui concerne aussi bien les conflits relatifs à des transactions nationales que transfrontalières<sup>1160</sup>.

Cette Recommandation préconise la mise en place de mécanismes de règlement des litiges et de réparation pour les consommateurs agissant individuellement<sup>1161</sup>,

---

<sup>1157</sup> Houda SOUISSI, « La résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales », *Document de travail du Laboratoire de cyberjustice n° 5*, 4 mars 2013, disponible à l'adresse : [http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP005\\_DocumentStrategiqueCNU DCI20130304\\_fr.pdf](http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP005_DocumentStrategiqueCNU DCI20130304_fr.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1158</sup> *Lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, préc., note 785, article IV. B.

<sup>1159</sup> ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*, Paris, 12 juillet 2007, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/fr/internet/consommateurs/38960185.pdf> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1160</sup> *Id.*, Section I : « Cette Recommandation énonce des principes communs aux pays Membres en ce qui concerne les mécanismes à la disposition des consommateurs pour le règlement des litiges et l'obtention de réparations des préjudices économiques qui peuvent résulter de transactions avec des entreprises portant sur des biens ou services, y compris de transactions transfrontières. Elle ne vise à s'appliquer qu'aux plaintes déposées par les consommateurs ou en leur nom, et non aux plaintes déposées par des entreprises contre des consommateurs ou une autre entreprise. »

<sup>1161</sup> *Id.*, section II. A.

de mécanismes de règlement des litiges et de réparation à la disposition des consommateurs agissant collectivement<sup>1162</sup> et de mécanismes permettant aux autorités chargées de la protection des consommateurs d'obtenir des réparations ou d'en faciliter l'obtention pour le compte des consommateurs<sup>1163</sup>.

Nous retrouvons aussi des initiatives privées proposant des standards procéduraux transnationaux qui sont aussi bien le fait d'entités représentant des commerçants que d'associations de consommateurs. Par exemple, nous pourrions citer la collaboration du *Global Business Dialogue on Electronic Commerce*<sup>1164</sup> (*GBDe*) qui regroupe de grandes entreprises au niveau mondial<sup>1165</sup> avec *Consumer International*<sup>1166</sup>, association internationale de protection des consommateurs qui s'intéresse activement au commerce électronique<sup>1167</sup>. Dans l'optique du rapprochement des positions, le *GBDe* et *Consumers International* ont publié conjointement des lignes directrices pour la résolution en ligne des conflits<sup>1168</sup>.

---

<sup>1162</sup> *Id.*, section II . B.

<sup>1163</sup> *Id.*, section II . C.

<sup>1164</sup> THE GLOBAL BUSINESS DIALOGUE ON ELECTRONIC COMMERCE (DIALOGUE MONDIAL DES ENTREPRISES SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE) : <[www.gbde.org/](http://www.gbde.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1165</sup> Bertrand COUSIN, « GBDE, autorégulation, confiance, gouvernance », dans Georges CHATILLON (dir.), *le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 309, à la p. 315 ; J. DREXL, préc., note 633, 412.

<sup>1166</sup> CONSUMERS INTERNATIONAL : <[www.consumersinternational.org/](http://www.consumersinternational.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1167</sup> CONSUMERS INTERNATIONAL, *Disputes in Cyberspace. Update of online dispute resolution for consumer in cross-border disputes*, 2001, disponible à l'adresse : <[www.consumersinternational.org/document store/Doc.35.pdf](http://www.consumersinternational.org/document store/Doc.35.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

Nous pourrions aussi citer *The Transatlantic Consumer Dialogue*<sup>1169</sup> (TACD). Fondé en 1998, il réunit des associations de consommateurs européennes et américaines. *Consumers International* en assure le secrétariat. Le TACD a publié en février 2000 *The TransAtlantic Consumer Dialogue Recommendations on Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce*<sup>1170</sup>. Ce texte a formulé un certain nombre de principes fondamentaux sur lesquels devraient être fondés les MARCEL. La résolution insiste notamment sur la nécessité d'un cadre légal assurant l'équité des procédures. Le recours aux MARCEL devant être volontaire et non imposé par une norme légale ou une stipulation contractuelle.

On notera enfin que les institutions spécialisées comme l'*American Bar Association*<sup>1171</sup> (ABA) ou encore la Chambre de commerce internationale<sup>1172</sup> (CCI), offrent des modèles pour aider les centres de résolution en ligne des conflits dans leurs tâches. L'ABA a élaboré deux modèles : *American Bar Association Task Force on Ecommerce and ADR, Recommended best practices for online dispute*

---

<sup>1168</sup> CONSUMERS INTERNATIONAL et THE GLOBAL BUSINESS DIALOGUE ON ELECTRONIC COMMERCE, *Alternative Dispute Resolution Guidelines. Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, 2003, disponible à l'adresse : <[www.gbd-e.org/pubs/ADR\\_Guideline.pdf](http://www.gbd-e.org/pubs/ADR_Guideline.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1169</sup> THE TRANSATLANTIC CONSUMER DIALOGUE (DIALOGUE TRANSATLANTIQUE DES CONSOMMATEURS) : <[www.tacd.org/](http://www.tacd.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1170</sup> THE TRANSATLANTIC CONSUMER DIALOGUE, *Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce*, disponible à l'adresse : <[http://tacd.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=39&Itemid=65](http://tacd.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=65)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1171</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION : <[www.americanbar.org/](http://www.americanbar.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1172</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE : <<http://www.iccwbo.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*resolution service providers*<sup>1173</sup> et *Final Report and Recommendations of the American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce*<sup>1174</sup>. Ces recommandations non contraignantes sont destinées à orienter aussi bien les centres de résolutions en ligne des conflits que les cyberconsommateurs.

La CCI, de son côté, a publié en 2003 un document intitulé : *Le règlement des litiges en ligne : Meilleures pratiques pour le règlement des litiges en ligne dans les opérations entre entreprises et consommateurs et dans les opérations entre consommateurs*<sup>1175</sup>. Dans ses recommandations, la CCI encourage le règlement extrajudiciaire des conflits résultant de transactions en ligne et propose un processus à trois niveaux : 1- En cas de plainte du consommateur, les parties devraient d'abord tenter dans la mesure du possible d'utiliser les mécanismes internes de l'entreprise, tel que son service client ; 2- Si le différend persiste, les parties devraient recourir aux MARCEL 3- Si le différend n'est toujours pas

---

<sup>1173</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION, *American Bar Association Task Force on Ecommerce and ADR. Recommended best practices for online dispute resolution service providers*, disponible à l'adresse : [http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/best\\_practices\\_final\\_102802.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/best_practices_final_102802.authcheckdam.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1174</sup> AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Final Report and Recommendations of the American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce*, disponible à l'adresse : <http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/FinalReport102802.authcheckdam.pdf> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1175</sup> CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Le règlement des litiges en ligne : Meilleures pratiques pour le règlement des litiges en ligne dans les opérations entre entreprises et consommateurs et dans les opérations entre consommateurs (Resolving disputes online, Best practices for Online Dispute Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions*, 2003, disponible à l'adresse : <http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/> (consulté le 6 juillet 2013).

résolu, les parties peuvent se tourner vers la justice étatique.

## 2. Des principes procéduraux structurants au niveau régional

Dans l'Union européenne, plusieurs textes communautaires envisagent et encouragent la résolution extrajudiciaire des différends<sup>1176</sup>. Par exemple, la *Directive 2000/31/CE* dispose que « les États membres encouragent les organes de règlement extrajudiciaire, notamment en ce qui concerne les conflits en matière de consommation, à fonctionner de manière à assurer les garanties procédurales appropriées pour les parties concernées »<sup>1177</sup>. La Commission européenne a, par ailleurs, publié deux recommandations concernant les MARC.

Si ces textes ne sont pas juridiquement contraignants pour les États membres, ils retiennent néanmoins quelques grands principes que les processus alternatifs devraient respecter dans leur action<sup>1178</sup>. La première, la *Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*<sup>1179</sup> vise les normes applicables aux procédures de résolution

---

<sup>1176</sup> Yves POULLET, préc., note 665, à la page 154.

<sup>1177</sup> *Directive 2000/31/CE*, préc., note 828, article 17.

<sup>1178</sup> P. CORTÉS, préc., note 1011, p. 191.

extrajudiciaire des litiges par l'intervention active d'une tierce personne. Elle énonce, à cet effet, sept principes à respecter : l'indépendance, la transparence, le contradictoire, l'efficacité, la légalité, la liberté et la représentation.

Ensuite, les méthodes alternatives ont fait l'objet d'une seconde Recommandation de la Commission, la *Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation*<sup>1180</sup>. Cette Recommandation a un champ d'application plus large<sup>1181</sup>. Elle fait référence aux MARCEL et

---

<sup>1179</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 115 du 17/04/1998, p. 0031-0034, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:FR:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1180</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 109 du 19/04/2001, p. 0056-0061, disponible à l'adresse : [http://ec.europa.eu/consumers/redress/out\\_of\\_court/adr/acce\\_just12\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_fr.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1181</sup> *Id.*, Considérant n° 9 : « Les principes fixés dans la présente recommandation ne portent pas atteinte à ceux établis dans la recommandation 98/257/CE de la Commission qui devraient être respectés par les procédures extrajudiciaires qui, indépendamment de leur dénomination, mènent à un règlement du litige par l'intervention active d'une tierce personne qui propose ou impose une solution contraignante ou pas à l'égard des parties. Les présents principes devraient être respectés par toute autre procédure menée par une tierce personne qui, indépendamment de sa dénomination, facilite la résolution d'un litige de consommation en rapprochant les parties pour les convaincre de trouver une solution d'un commun accord, par exemple en proposant de manière informelle des possibilités de règlement. Les principes se limitent aux procédures de résolution des litiges de consommation qui sont destinées à remplacer les procédures judiciaires. Sont, par conséquent, exclus les services de réclamation des consommateurs gérés par une entreprise et fournis directement au consommateur ou les cas où une tierce personne assure ce service pour l'entreprise ou en son nom, étant donné qu'ils relèvent des discussions généralement menées entre les parties avant la naissance d'un litige qui serait soumis à un organe tiers responsable de la résolution des litiges ou à un tribunal. »

encourage à poursuivre leur développement<sup>1182</sup>. Cette Recommandation fixe 4 principes essentiels que doivent respecter les organes tiers responsables de procédures de résolution extrajudiciaire des litiges : impartialité, transparence, efficacité et équité. Nous pourrions rapprocher de ces Recommandations, la proposition de *Legislative Guidelines*<sup>1183</sup> par les États-Unis dans le cadre de la *Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law* (CIDIP-VII). Cette proposition préconise le recours à des mécanismes alternatifs pour une résolution effective des conflits entre commerçants et consommateurs des pays membres de l'OEA.

Il y a ensuite la *Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation*<sup>1184</sup>. L'objet de ce réseau, nommé EJE, est d'offrir aux

---

<sup>1182</sup> *Id.*, Considérant n° 6 : « Le commerce électronique facilite les transactions transfrontalières entre les entreprises et les consommateurs. Ces transactions sont souvent de faible valeur et la résolution de tout litige doit être simple, rapide et peu coûteuse. Les nouvelles technologies peuvent contribuer à la conception des systèmes électroniques de résolution des conflits, offrant un mécanisme qui permet de résoudre effectivement des litiges, impliquant des juridictions différentes, sans qu'un face à face soit nécessaire, ce qui devrait donc être encouragé par des principes garantissant des normes cohérents et fiables inspirant confiance à tous les consommateurs ».

<sup>1183</sup> ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Legislative Guidelines and Model Laws on Consumer Redress Mechanism*, US Proposal to the OAS Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VII), disponible à l'adresse : [http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII\\_consumer\\_protection\\_united\\_states.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_consumer_protection_united_states.htm) (consulté le 6 juillet 2013), article 1 par. 2 : “The purpose of these Legislative Guidelines is to encourage the adoption of effective mechanisms that provide effective redress in appropriate cases for consumers suffering economic harm in business-to-consumer transactions, and to provide useful principles, examples, and models”.

<sup>1184</sup> CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation*, Journal officiel n° C 155 du 06/06/2000, p. 0001-0002, disponible à l'adresse : <http://eur->

consommateurs et aux professionnels un mode de règlement de leurs litiges, réduisant les coûts et les formalités<sup>1185</sup>. Ainsi, Il a été mis en place dans chaque État membre, des chambres de compensation de ce réseau. Elles ont pour vocation à traiter les litiges concernant les livraisons, les produits défectueux ou les produits ou services non conformes à leur description. Pour l'essentiel, il s'agit pour chaque État de désigner un organisme central permettant d'informer les consommateurs, de leur apporter une assistance et enfin de les inciter à saisir un organe national de règlement extrajudiciaire<sup>1186</sup>.

Enfin, initiative majeure en matière de structuration de la résolution en ligne des conflits, le Parlement européen a adopté en même temps deux textes relatifs au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation<sup>1187</sup>. Il s'agit de la

---

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0606%2801%29:FR:HTML](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0606%2801%29:FR:HTML)>  
(consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1185</sup> Voir Timothy FENOULHET, « Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen », dans Georges CHATILLON (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 587, à la page 591 ; B. HESS, préc., note 1034, à la page 86.

<sup>1186</sup> Sur le fonctionnement du réseau EJE, voir <[http://europa.eu/legislation\\_summaries/other/132043\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/other/132043_fr.htm)> (consulté le 6 juillet 2013) : « Le réseau EJE fut mis en place le 16 octobre 2001 par le commissaire David Byrne et la présidence belge en tant que projet pilote d'un an. Vu son succès, la Commission européenne demanda au Conseil de Ministres de le proroger d'un an. Le Conseil a approuvé la proposition et étendu la phase pilote jusqu'à la fin de 2003. Ce réseau aide les consommateurs à résoudre les litiges transfrontaliers qui les opposent aux entreprises qui fournissent des biens ou des services défectueux, en dirigeant les consommateurs vers les dispositifs alternatifs de résolution de litiges (DAR). Les fonctions du réseau (pour les différents points de contact nationaux ou "clearing houses") sont : d'informer les consommateurs sur les possibilités d'utiliser les dispositifs alternatifs de résolution de litiges ; de faciliter les plaintes transfrontalières, notamment en les aidant à surmonter les difficultés pratiques relatives aux langues, en fournissant une aide pratique, comme la traduction de formulaires de plainte ; de faciliter la déposition de plaintes en utilisant le modèle approprié de DAR ; d'assurer le suivi de la résolution des plaintes et des opérations effectuées avec les DAR à l'intérieur du réseau. »

*Directive 2013/11/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE*<sup>1188</sup> (ci-après « *Directive relative au RELC* ») et surtout du *Règlement n° 524/2013/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation*<sup>1189</sup> (ci-après « *Règlement relatif au RLLC* »).

Le champ d'application du *Règlement relatif au RLLC* porte spécifiquement sur le règlement extrajudiciaire de conflits en matière contractuelle, nés de la vente de biens ou de la prestation de services transfrontalières en ligne entre consommateurs et professionnels par l'intermédiaire d'un organe de règlement en ligne des conflits, qui est conforme à la *Directive relative au RELC*<sup>1190</sup>. Le

---

<sup>1187</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1007, p. 6.

<sup>1188</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2013/11/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE*, Journal officiel n° L 165 du 18/06/2013, p. 0063-0079, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:FR:PDF>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1189</sup> PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Règlement n° 524/2013/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE*, Journal officiel n° L 165 du 18/06/2013, p. 0001-00012, disponible à l'adresse : <<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/12/pe00/pe00080-re01.fr12.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1190</sup> *Id.*, article 2. par. 1.

Règlement prévoit notamment le recours à une plateforme européenne de règlement des litiges en ligne<sup>1191</sup>.

Ainsi, le nouveau système européen prendra la forme d'une plateforme interactive offrant un guichet unique aux consommateurs et aux commerçants souhaitant régler de manière extrajudiciaire leurs litiges nés de transactions électroniques<sup>1192</sup>.

Cette plateforme reliera tous les organes nationaux de règlement extrajudiciaire des conflits. Elle sera offerte gratuitement et les intéressés pourront y déposer leur demande au moyen d'un formulaire électronique. Ensuite, la plateforme se chargera de vérifier la réclamation et s'efforcera d'obtenir l'accord des parties, afin de transmettre la réclamation à l'organe de résolution en ligne des conflits compétent<sup>1193</sup>.

---

<sup>1191</sup> *Id.*, article 1 : « Le présent règlement a pour objectif, en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs, de contribuer au bon fonctionnement du marché intérieur, et notamment de sa dimension numérique, par la mise en place d'une plateforme européenne de RLL (ci-après dénommée «plateforme de RLL») facilitant le règlement indépendant, impartial, transparent, efficace, rapide et équitable, par voie extrajudiciaire, des litiges en ligne entre consommateurs et professionnels. »

<sup>1192</sup> J. HÖRNLE, préc., note 1007, p. 17 : “The functioning of the ODR platform can be best understood by conceptualising its activities into five functions: (i) Clearing House Function, (ii) Referral Function, (iii) Transparency Function, (iv) Transfer Function and (v) Enforcement Function.”

<sup>1193</sup> *Règlement relatif au RLLC*, préc., note 1188, article 5 par. 4 : « La plateforme de RLL a pour fonctions: (a) de fournir un formulaire de réclamation électronique pouvant être rempli par le réclamant; (b) de proposer aux parties, sur la base des informations figurant sur le formulaire électronique de réclamation, un ou plusieurs organes de REL et de communiquer les honoraires de ces derniers, le cas échéant, de donner des informations relatives à la langue ou aux langues de la procédure, à la durée approximative des procédures ou d'informer le réclamant qu'aucun organe de REL n'a pu être déterminé; (c) de transmettre les réclamations à l'organe de REL auquel les parties ont convenu de recourir; (d) de permettre aux parties et à l'organe de REL de suivre la procédure de règlement en ligne des litiges; (e) de fournir produire un formulaire électronique à l'aide duquel les organes de REL transmettent les informations visées à l'article 9, point c); (f) de fournir d'offrir un système de retour d'informations permettant aux parties de donner leur avis sur le fonctionnement de la plateforme de RLL et sur l'organe de REL qui a traité le litige; (g) de publier les informations relatives aux organes de REL notifiés à la Commission conformément à l'article

Le centre disposera ensuite d'un délai de 30 jours, afin de régler la réclamation au moyen de ses propres procédures. De plus, le règlement obligera les cybervendeurs à informer les consommateurs de la possibilité d'avoir recours à cette plateforme. L'information devra être présentée d'une manière simple, directe, évidente et permanente sur leurs sites Internet, ainsi que dans le message électronique ou autre message textuel transmis par des moyens électroniques si l'offre est présentée à l'aide de tels messages. De cette manière, la plateforme servirait de moyen centralisateur des demandes de règlement extrajudiciaire en ligne pour les litiges de consommation et assurerait un registre de suivi des dossiers<sup>1194</sup>.

---

17, paragraphe 2, de la directive du Parlement européen et du Conseil relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et qui traitent les litiges relevant du présent règlement; (h) de fournir des informations à caractère général sur le règlement extrajudiciaire des litiges en tant que moyen de résolution de litige par voie extrajudiciaire; (i) de mettre à disposition des statistiques sur l'issue des litiges traités par les organes de REL auxquels les réclamations ont été transmises via la plateforme de RLL. »

<sup>1194</sup> Antoine GUILMAIN, « FAQ: Règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (Règlement relatif au RLLC) », *Document de travail du Laboratoire de cyberjustice n° 6*, février 2013, disponible à l'adresse : [http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP006\\_RLLC2013\\_fr.pdf](http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP006_RLLC2013_fr.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

## Conclusion de la seconde partie

C'est par un processus d'harmonisation que des principes transnationaux pour le commerce électronique global émergent progressivement. L'harmonisation se fait souvent par la persuasion<sup>1195</sup>, par la mise en place de principes communs qui s'adressent aussi bien aux États qu'aux opérateurs privés. Il est clair que, si ces principes réduisent les dissonances, ils sont néanmoins confrontés à des problèmes de compatibilité entre des actions multiples<sup>1196</sup>.

Le succès du commerce électronique global repose sur la capacité des cybercommerçants de susciter l'acte d'achat. Ces derniers sont progressivement conduits à renouveler les concepts relatifs à l'échange, car ils doivent établir un réel lien avec les consommateurs afin de gagner leur confiance. Nous assistons à un incontournable mouvement des entreprises opérant dans ce domaine, vers un comportement éthique<sup>1197</sup> perçu comme un facteur de confiance pour ces entreprises<sup>1198</sup>.

---

<sup>1195</sup> M. DELMAS-MARTY, préc., note 210, à la page 74 ; Marie-Laure DJELIC et Kerstin SAHLIN-ANDERSON, "Introduction: A world of governance. The rise of transnational regulation", dans Marie-Laure DJELIC et Kerstin SAHLIN-ANDERSON (ed.), *Transnational Governance. Institutional Dynamics of regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1, à la page 3.

<sup>1196</sup> L. RAPP, préc., note 824, à la page 39. Une piste intéressante serait une « charte internationale du commerce électronique ».

<sup>1197</sup> J. BERLEUR, préc., note 158, 70 ; M. MASSCHALCK et T. DEDEURWAERDERE, préc., note 563, à la page 77.

<sup>1198</sup> Pascal DIENER, « Éthique et droit des affaires », (1993) *D. Chr.* 17, 18. L'auteur souligne que : « L'éthique des affaires fait appel à l'intelligence coûteuse à court terme ; c'est la poursuite

Internet s'étend au niveau global ; ce qui conduit à une transnationalité des conflits transfrontaliers qui, portant sur des sommes d'argent modestes, souffrent le plus d'une absence d'accès à la justice. Les MARCEL constituent une solution possible et intéressante pour assurer le développement de la confiance dans le commerce électronique global. Pourtant, si des modèles économiques semblent émerger pour les MARCEL, il paraît difficile d'envisager un mode de financement exclusivement privé. L'aide des États devrait être orientée en priorité vers des initiatives respectant les principes procéduraux internationaux.

---

méthodique d'un intérêt bien compris qui rapporte à moyen terme. Conjuguer éthique et stratégie dans les entreprises les plus performantes du monde devient la condition d'une réussite durable. C'est la redécouverte fracassante d'une vérité aussi vieille que le monde des marchands : la confiance produits de la valeur ajoutée ! »

## CONCLUSION

L'étude n'avait pas vocation à participer à une promotion militante de la régulation. Il s'agissait plutôt de prendre un certain recul par rapport aux faits et à l'aspect technique de la question abordée, en replaçant ce phénomène contemporain dans son contexte d'origine et en élargissant le champ d'investigation, afin d'examiner ou tenter d'expliquer les causes d'une certaine mutation globale de la normativité. La remise en cause des fondements caractéristiques de la régulation juridique classique<sup>1199</sup>, en raison de la perte des repères, engendre la naissance de nouvelles méthodes de régulation et de nouveaux instruments apparaissent qui complètent les modes traditionnels d'intervention de l'État.

Par-delà le débat sur la pertinence du concept de régulation, il a semblé que s'interroger sur la constitution de nouvelles grilles de lecture pouvait permettre d'aborder l'encadrement du commerce électronique global sous un angle complémentaire, mais plus proche de sa nature. Le choix ne se situe pas entre réglementation et régulation. La question est plutôt de définir où doit-on placer le curseur entre contrainte et volontariat, entre application générale d'une norme contraignante et flexibilité. Trouver la bonne combinaison reste un exercice délicat.

---

<sup>1199</sup> A.-J. ARNAUD, préc., note 15, p. 32. Comme l'explique l'auteur, la mondialisation « menace de remettre en question d'une manière assez radicale la régulation juridique de type classique ».

La déterritorialisation a pour conséquence essentielle de placer le débat sur la régulation des échanges en ligne dans une perspective globale. Il ne s'agit pas de la fin de la notion de territoire, mais d'une transnationalité renforcée, soit de nouveaux contextes socio-économiques<sup>1200</sup>, qui demeurent, néanmoins, pour l'essentiel, régulés par les États-nations, directement ou relayés par des acteurs privés et des organisations internationales ou supranationales<sup>1201</sup>. Les droits étatiques restent présents dans la régulation mais sont relayés par de nouveaux pôles de normativité, dans une configuration plus apte à susciter la confiance dans le commerce électronique global par l'instauration progressive de normes communes.

La diminution des capacités régulatrices des États et le renforcement de celles des acteurs privés et des organisations internationales et supranationales dans le cadre des échanges globalisés à une incidence certaine sur les normes édictées et traduit de ce fait un changement profond dans la pensée juridique positiviste. Cette reconfiguration des pôles de normativité révèle les grandes tendances ou les

---

<sup>1200</sup> Serge LATOUCHE, *Les dangers Du Marché Planétaire*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1998, p. 21 : « L'idée et une certaine réalité du marché mondial font partie intrinsèque du capitalisme. Dès l'origine, le fonctionnement du marché est un fonctionnement transnational, voire mondial » ; voir aussi Peter BEHRENS, « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », (2003) 1 *RIDE* 339.

<sup>1201</sup> J. CHEVALLIER, préc., note 49, 840 : « Ce processus d'éclatement reste à première vue canalisé et contrôlé par l'État : c'est l'État qui accepte de renoncer à certaines prérogatives de souveraineté au profit d'organisations internationales ; c'est à son initiative que certaines attributions vont se trouver déléguées à des entités autonomes ».

caractéristiques principales de la transformation du droit dont l'action se situe désormais entre modernisme et postmodernisme<sup>1202</sup>.

Les droits étatiques sont ébranlés par une autre philosophie donnant naissance à une normativité éclatée, molle et désordonnée. Lorsque l'on parle de postmodernisme en droit, c'est reconnaître que les racines modernes de la conception de l'État et du droit, que nous connaissons, sont déstabilisées, et que la réflexion sur la redéfinition des racines philosophiques susceptibles de permettre l'instauration d'une régulation pertinente des sociétés contemporaines de plus en plus complexes<sup>1203</sup> est bien amorcée.

---

<sup>1202</sup> Patrice IBANEZ, « Le concept de droit dans tous ses états », (2004) 1 *RRJ* 75 ; Benoît FRYDMAN, « Le droit, de la modernité à la postmodernité », (2000) 88-89 *Réseaux* 67, disponible à l'adresse : <[http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite\\_postmodernite.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite_postmodernite.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

<sup>1203</sup> K. BENYEKHLEF, préc., note 21, p. 55 : « Cette complexité nous invite ainsi à rompre avec nos tropismes positivistes et à imaginer des solutions juridiques inédites pour encadrer les phénomènes contemporains. Se dégager du paradigme du droit moderne, sans, encore une fois, rejeter toute son armature conceptuelle, pour offrir un droit en phase avec son époque. »

# BIBLIOGRAPHIE

## Monographies et ouvrages collectifs

ADAMS, F. G., *The E. Business Revolution & The New Economy Economics after the dot com crash*, Mason, Thomson South-Western, 2004.

ADDA, J., *La mondialisation de l'économie*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, La Découverte, 2004.

AMBLARD, P., *Régulation de l'Internet : l'élaboration des règles de conduite par le dialogue internormatif*, Bruxelles, Bruylant, 2004.

ANTAKI, N. N., *Le règlement amiable des litiges*, Cowansville, Yvon Blais, 1998.

ARCANGELI, V., *Les notions d'arbitrabilité, d'ordre public et de public policy comme moyens de contrôle de l'arbitrage commercial international au Canada*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 1999.

ARNAUD, A.-J., *Entre modernité et mondialisation. Leçons d'histoire de la philosophie du droit et de l'État*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2004.

ASSIER-ANDRIEU, L., *Le droit dans les sociétés humaines*, Paris, Nathan, 1996.

AUBY, J. B., *La globalisation. Le droit et l'État*, Paris, Montchrestien, 2003.

AUDIT, B., *Droit international privé*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 2000.

BADIE, B., *La fin des territoires*, Paris, Fayard, 1996.

BAEHLER, J., *Les origines du capitalisme*, Paris, Gallimard, 1971.

BARBET, P. et I. LIOTARD, *Société de l'information : enjeux économiques et juridiques*, Paris, L'Harmattan, 2006.

BATTIFOL, H. et P. LAGARDE, *Traité de droit international privé*, 8<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993.

- BECK, U., *La Société du risque : Sur la voie d'une autre modernité*, Paris, Flammarion, 2008.
- BÉLANGER, M., *Institutions économiques internationales : la mondialisation et ses limites*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1997.
- BELL, D., *Vers la société post-industrielle*, Paris, Robert Laffont, 1976.
- BELLEIL, A., *e-Privacy. Le marché des données personnelles : protection de la vie privée à l'âge d'Internet*, Paris, Dunod, 2001.
- BÉNICHI, R., *Histoire De La Mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Vuibert, 2006.
- BENYEKHLEF, K., *Une possible histoire de la norme. Les normativités émergentes de la mondialisation*, Montréal, Thémis, 2008.
- BENYEKHLEF, K. et F. GÉLINAS, *Le règlement en ligne des conflits. Enjeux de la cyberjustice*, Paris, Romillat, 2003.
- BENYEKHLEF, K., *La protection de la vie privée dans les échanges internationaux d'informations*, Montréal, Thémis, 1992.
- BERGER, K. P., *The creeping Codification of the Lex Mercatoria*, La Haye, Kluwer, 1999.
- BERLIOZ, J., *Le contrat d'adhésion*, Paris, L.G.D.J., 1973.
- BERNERS-LEE, T. et M. FISCHETTI, *Weaving the Web: the past, present and future of the World Wide Web by its inventor*, Londres, Texere, 2000.
- BIBEAU, J.-P., *Introduction à l'économie internationale*, 5<sup>e</sup> éd., Montréal, Gaëtan Morin Éditeur, 2004.
- BIEGEL, S., *Beyond Our Control? Confronting the Limits of Our Legal System in the Age of Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 2001.
- BITOUZET, C., *Le commerce électronique. Création de valeur pour l'entreprise*, Paris, Hermès Science, 1999.
- BLANCHETON, B., *Histoire de la mondialisation*, Bruxelles, De Boeck, 2008.
- BLIN, O., *L'Organisation mondiale du commerce*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Ellipse, 2004.
- BLUNDELL, J. et C. ROBINSON, *Regulation without the state*, Londres, Institute of Economic Affairs, 1999.

- BOCHURBERG, L., *Internet et commerce électronique*, Paris, Dalloz, 2001.
- BONNEY, R., *L'absolutisme*, Paris, P.U.F., 1989.
- BORN, G. B., *International Commercial Arbitration*, La Hague, Kluwer Law International, 2009.
- BOUCHET, M.-H., *La globalisation. Introduction à l'économie du nouveau monde*, Paris, Pearson Education, 2005.
- BOURGOIGNIE, T., *Éléments pour une théorie du droit de la consommation, au regard des développements du droit belge et du droit de la communauté économique européenne*, Bruxelles, Story-Scientia, 1988.
- BRAUDEL, F., *Civilisation matérielle, économie et capitalisme XV<sup>e</sup>-XVIII<sup>e</sup> (Tome III. Le temps du monde)*, Paris, Armand Colin, 1979.
- BRAWLEY, M. R., *The Politics of globalization. Gaining Perspective, assessing consequences*, Toronto, Broadview Press, 2003.
- BREESE, P., *Guide juridique de l'Internet et du commerce électronique*, Paris, Vuibert, 2001.
- BRUNELLE, D., *Dérive globale*, Boréal, Montréal, 2003.
- BUREAU, H., *Le droit de la consommation transfrontière*, Paris, Litec, 2000.
- CABLE, V., *Globalization and Global Governance*, London, Chatham house papers, 1999.
- CACHARD, O., *Droit du commerce international*, Paris, L.G.D.J., 2008.
- CACHARD, O., *La régulation internationale du marché électronique*, Paris, L.G.D.J., 2002.
- CALAIS-AULOY, J. et F. STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000.
- CANAL-FORGUES, É., *Le règlement des différends à l'OMC*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles, Bruylant, 2004.
- CAPRIOLI, É. A., *Droit international de l'économie numérique*, Paris, Litec, 2007.
- CARBONNIER, J., *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 10<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 2001.

- CARREAU, D. et P. JUILLARD, *Droit international économique*, 3<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2007.
- CARROUÉ, L., *Géographie de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002.
- CASTELLS, M., *La galaxie Internet*, Paris, Fayard, 2002.
- CASTELLS, M., *L'ère de l'information. Vol. 2 : Le pouvoir de l'identité*, Paris, Fayard, 1999.
- CASTELLS, M., *L'ère de l'information. Vol. 3 : Fin de millénaire*, Paris, Fayard, 1999.
- CASTELLS, M., *L'ère de l'information Vol. 1 : La société en réseaux*, Paris, Fayard, 1998.
- CHASSIGNEUX, C., *L'encadrement juridique du traitement des données personnelles sur les sites de commerce en ligne*, Thèse de doctorat, Montréal, Faculté des études supérieures, Université de Montréal, 2003.
- CHESNAIS, F., *La mondialisation du capital*, Paris, Syros, 1994.
- CHEVALLIER, J., *L'État post-moderne*, Paris, L.G.D.J./MSH, 2003.
- CHEVALLIER, J., *L'État*, Paris, Dalloz, 1999.
- COHEN, D., *Trois leçons sur la société post-industrielle*, Paris, Seuil, 2006.
- COHEN, E., *La tentation hexagonale. La souveraineté à l'épreuve de la mondialisation*, Paris, Fayard, 1996.
- COHEN, S., *La résistance des États : les démocraties face aux défis de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003.
- COIPEL-CORDONNIER, N., *Les conventions d'arbitrage et d'élection de for en droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- COMBE, E., *L'Organisation Mondiale du Commerce*, Paris, Armand Colin, 1999.
- CONSTANT, J.-M., *Naissance des États modernes*, Paris, Belin, 2008.
- CORNETTE, J., *L'Affirmation de l'État absolu, 1498-1652*, Paris, Hachette, 2006.
- CORNETTE, J., *Absolutisme et Lumières, 1652-1787*, Paris, Hachette, 2005.

COSANDEY, F. et R. DESCIMON, *L'absolutisme en France, histoire et historiographie*, Paris, Seuil, 2002.

CORTÉS, P., *Online Dispute Resolution for Consumers in the European Union*, Londres/New York, Routledge, 2011.

COURBE, P., *Droit international privé*, Paris, Hachette Supérieur, 2007.

COURET, A., J. IGALENS et H. PENAN, *La Certification*, Paris, P.U.F., 1995.

CROTEAU, N., *Le contrat d'adhésion : de son émergence à sa reconnaissance*, Montréal, Wilson & Lafleur, 1996.

CRUQUENAIRE, A., *Le règlement extrajudiciaire des litiges relatifs aux noms de domaine. Analyse de la procédure UDRP*, Bruxelles, Bruylant, 2002.

DABIN, J., *Théorie générale du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1969.

DALLENNE, P. et A. NONJON, *Les mutations de l'économie mondiale du début du 20<sup>e</sup> siècle aux années 1970*, Paris, Ellipse Éditions Marketing, 2004.

DAVIDSON, A., *The Law of electronic commerce*, Melbourne, Cambridge University Press, 2009.

DE BECHILLON, D., *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Paris, Odile Jacob, 1997.

DE SENARCLENS, P., *La mondialisation : théories, enjeux et débats*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2005.

DECAUX, E., *Droit international public*, Paris, Dalloz-Sirey, 2008.

DEHOUSSE, F., T. VERBIEST et T. ZGAJEWSKI, *Introduction au droit de la société de l'information*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007.

DELMAS-MARTY, M., *Le pluralisme ordonné : les forces imaginantes du droit (II)*, Paris, Seuil, 2006.

DELMAS-MARTY, M., *Trois défis pour un droit mondial*, Paris, Seuil, 1998.

DELMAS-MARTY, M., *Pour un droit commun*, Paris, Seuil, 1994.

DEMERS, V., *Le contrôle des fumeurs. Une étude d'effectivité du droit*, Montréal, Thémis, 1996.

DENEAULT, A., *Gouvernance, le management totalitaire*, Paris, Lux, 2013.

DESROCHES, A., A. LEROY et F. VALLÉE, *La gestion des risques : principes et pratiques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Lavoisier, 2007.

DICKIE, J., *Producers and Consumers in EU E-commerce Law*, Oxford and Portland, Hart Publishing, 2005.

DOLLFUS, O., *La mondialisation*, Paris, Presses de Sciences Po., 1997.

DRAETTA, U., *Internet et commerce électronique en droit international des affaires*, Bruxelles, Bruylant, 2003.

DUBOUIS, L. et C. BLUMANN, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Litec, 2005.

DUFOUR, A. et S. GHERNAOUTI-HELIE, *Internet*, 9<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2002.

DU MARAIS, B., *Droit public de la régulation économique*, Paris, Dalloz, 2004.

DUROUSSET, M., *La mondialisation de l'économie*, Paris, Éditions Marketing, 1994.

EMANUELLI, C., *Droit international privé québécois*, 3<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2011.

FARRAGI, B., *Commerce électronique et moyens de paiement*, Paris, Dunod, 2000.

FAU, J., *Acteurs et fonctions économiques dans la mondialisation*, Paris, L'Harmattan, 2002.

FAYON, D., *Web 2.0 et au-delà : nouveaux internautes : du surfeur à l'acteur*, Paris, Economica, 2008.

FELLENSTEIN, C. et R. WOOD, *Exploring E-commerce. Global E-business and E-societies*, Upper Saddle River, Prentice Hall PTR, 2000.

FENOLL-TROUSSEAU, M.-P. et G. HASS, *Internet et protection des données personnelles*, Paris, Litec, 2000.

FÉRAL-SCHUHL, C., *Cyberdroit. Le droit à l'épreuve de l'Internet*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, Praxis Dalloz, 2010.

FERRIER, D., *La protection des consommateurs*, Paris, Dalloz, 1996.

FLORIDI, L., *Internet. Un exposé pour comprendre. Un essai pour réfléchir*, Paris, Flammarion, 1998.

- FORRESTER, V., *L'horreur économique*, Paris, Fayard, 1996.
- FOUCHARD, P., E. GAILLARD et B. GOLDMAN, *Traité de l'arbitrage commercial international*, Paris, Litec, 1996.
- FRIEDMAN, T., *The Lexus and the Olive Tree*, Glasgow, HarperCollins, 2000.
- FUKUYAMA, F., *La fin de l'histoire et le dernier homme*, Paris, Flammarion, 1992.
- FUKUYAMA, F., *La confiance et la puissance. Vertus sociales et prospérité économique*, Paris, Plon, 1997.
- FUSARO, M., *Commerce électronique : comment créer la confiance*, Québec, Isabelle Quentin Editeur, 2002.
- GADREY, J., *Nouvelle économie, nouveau mythe ?*, Paris, Flammarion, 2001.
- GAUDEMET-TALLON, H., *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano, Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1996.
- GAUDIN, J.-P., *Pourquoi la gouvernance ?*, Paris, Presses de la FNSP, 2002.
- GAUTRAIS, V., *Neutralité technologique: rédaction et interprétation des lois face aux technologies*, Montréal, Thémis, 2012.
- GAUTRAIS, V., *Le contrat électronique international. Encadrement juridique*, Bruxelles, Bruylant, 2000.
- GÉLINAS, J. B., *La globalisation du monde. Laisser faire ou faire ?*, Montréal, Les Éditions Écosociété, 2000.
- GIBSON, W., *Neuromancer*, New York, ACE, 1986.
- GILLIES, L. E., *Electronic Commerce and International Private Law: A Study of Electronic Consumer Contracts*, Aldershot, Ashgate, 2008.
- GIRAUD, P.-N., *La mondialisation. Émergences et fragmentations*, Paris, Éditions Sciences Humaines, 2008.
- GIRAUD, P.-N., *L'inégalité du monde. Économie du monde contemporain*, Paris, Gallimard-Folio, 1996.
- GOURION, P.-A., G. PAYRARD et N. SOUBEYRAND, *Droit du commerce international*, 4<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2008.

- GRAZ, J.-C., *La gouvernance de la mondialisation*, Paris, La Découverte, 2004.
- GUILLEMARD, S., *Le droit international privé face au contrat de vente cyberspatial*, Montréal/Bruxelles, Yvon Blais/Bruylant, 2006.
- HAFNER, K. et M. LYON, *Les Sorciers du Net. Les origines de l'Internet*, Paris, Calmann-Lévy, 1999.
- HAGEN, S., *IPv6 essentials*, Sebastopol, O'Reilly, 2002.
- HASSID, O., *La gestion des risques*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dunod, 2008.
- HAUFLER, V., *A Public role for the private sector. Industry Self-Regulation in a Global Economy*, Washington, Carnegie Endowment for International Peace, 2001.
- HERVIER, G., *Le commerce électronique. Vendre en ligne et optimiser ses achats*, Paris, Éditions d'Organisation, 2001.
- HELD, D. et al., *Debating globalization*, Cambridge, Polity Press, 2005.
- HELD, D., *Democracy and the Global Order. From the Modern State to Cosmopolitan Governance*, Stanford, Stanford University Press, 1995.
- HINSLEY, F. H., *Sovereignty*, 2<sup>e</sup> éd., Cambridge, Cambridge University Press, 1986.
- HOEKMAN, B. M., *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, Toronto, Oxford University Press, 1996.
- HÖRNLE, J., *Cross-border Internet Dispute Resolution*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009.
- IMHOFF-SCHEIER, A.-C., *Protection du consommateur et contrats internationaux*, Genève, Librairie de l'Université Georg & Cie, 1981.
- JACCARD, M., *La conclusion de contrats par ordinateur : aspects juridiques de l'échange de données informatisées (EDI)*, Berne, Éditions Staempli, 1996.
- JARROSSON, C., *La notion d'arbitrage*, Paris, L.G.D.J., 1987.
- JOLY, C.-R., *Le paiement en ligne : sécurisation juridique et technique*, Paris, Hermès sciences publications, 2005.
- KATSH, E. et J. RIFKIN, *Online Dispute Resolution: Resolving Conflicts in Cyberspace*, San Francisco, Jossey-Bass, 2001.

- KELSEN, H., *Théorie pure du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 1962.
- KOGUT, B., *The Global internet economy*, Cambridge, MIT Press, 2003.
- KRAEMER, K. L., J. DEDRICK, N. P. MELVILLE et K. ZHU, *Global e-Commerce*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006.
- KRASNER, S. D., *Sovereignty. Organized Hypocrisy*, Princeton, Princeton University Press, 1999.
- L'HEUREUX, N., *Droit de la consommation*, 5<sup>e</sup> éd., Cowansville, Canada, Yvon Blais, 2000.
- LAFAY, G., *Initiation à l'économie internationale*, Paris, Économica, 2004.
- LANDRY, B., A. PANET-RAYMOND et D. ROBICHAUD, *Le commerce international. Une approche nord-américaine*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Chenelière Éducation, 2008.
- LATOUCHE, S., *Les dangers Du Marché Planétaire*, Paris, Presses de la Fondation nationale des sciences politiques, 1998.
- LE TOURNEAU, P., *Contrats informatiques et électroniques*, Paris, Dalloz, 2005.
- LÉON, A. et T. SAUVIN, *De l'économie internationale à l'économie globale. À la recherche éperdue d'un monde Lisse*, Paris, Ellipses édition Marketing, 2005.
- LESSIG, L., *Code and Other Laws of Cyberspace*, New-York, Basic Books, 1999.
- LEVET, J.-L. et J.-C. TOURRET, *La Révolution Des Pouvoirs. Les patriotismes économiques à l'heure de la mondialisation*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Economica, 1992.
- LEVY, P., *Qu'est-ce que le virtuel?*, Paris, La Découverte, 1995.
- LEW, J. M., L. A. MISTELIS et S. M. KRÖLL, *Comparative International Commercial Arbitration*, La Hague, Kluwer Law International, 2003.
- LINANT DE BELLEFONDS, X., *Le droit du commerce électronique*, Paris, P.U.F., 2005.
- LINANT DE BELLEFONDS, X. et A. HOLLANDE, *L'arbitrage et la médiation*, Paris, P.U.F., 2003.
- MACAREZ, N. et F. LESLÉ, *Le commerce électronique*, Paris, P.U.F., 2001.

- MACKAAY, E. et S. ROUSSEAU, *Analyse économique du droit*, Montréal, Thémis et Dalloz, 2008.
- MAIRET, G., *Le principe de souveraineté. Histoires et fondements du pouvoir moderne*, Paris, Gallimard, 1997.
- MARTIN, D., J.-L. METZGER, P. PIERRE, *Les métamorphoses du monde : sociologie de la mondialisation*, Paris, Seuil, 2003.
- MATHIEU, J.-L., *L'Union européenne*, 6<sup>e</sup> éd., Paris, P.U.F., 2005.
- MICHALET, C.-A., *Les multinationales face à la crise*, Lausanne, IRM, 1985.
- MICHAUD, Y. (dir.), *Qu'est-ce que la globalisation ?*, Paris, Odile Jacob, 2004.
- MIFSUD BONNICI, J. P., *Self-Regulation In Cyberspace*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2008.
- MINC, A., *La mondialisation heureuse*, Paris, Plon, 1997.
- MINC, A., *Le Nouveau Moyen Âge*, Paris, Gallimard, 1993.
- MORAND, C.-A., *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris, L.G.D.J., 1999.
- MOREAU-DESFARGES, P., *La mondialisation*, Paris, P.U.F., 2008.
- MOREAU-DESFARGES, P., *La Gouvernance*, Paris, P.U.F., 2003.
- MUCCHIELLI, J.-L., *Multinationales et Mondialisation*, Paris, Le Seuil, 1998.
- MULLER, A., *La Net économie*, Paris, P.U.F., 2001.
- NAMMOUR, F., *Droit et pratique de l'arbitrage interne et international*, 2<sup>e</sup> éd., Bruxelles/Paris, Bruylant/L.G.D.J., 2006.
- NIBOYET, M. L. et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- NYAHOHO, E. et P.-P. PROULX, *Le commerce international : Théories, politiques et perspectives industrielles*, Québec, PUQ, 2006.
- OHMAE, K., (éd.), *The Evolving Global Economy. Making Sense of the New World Order*, Cambridge, Harvard University Press, 1995.

- OHMAE, K., *The Borderless World*, Londres/New York, Collins, 1990.
- OPPETIT, B., *Droit et modernité*, Paris, P.U.F., 1998.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 2002.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, P.U.F., 1988.
- OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, *Jalons pour une théorie critique du droit*, Bruxelles, F.U.S.L., 1987.
- PANTZ, D., *Institutions et politiques commerciales internationales : du GATT à l'OMC*, Paris, Armand Colin, 1998.
- PAQUET, G., *Gouvernance : une invitation à la subversion*, Montréal, Liber, 2005.
- PARISIEN, S. et P. TRUDEL, *L'identification et la certification dans le commerce électronique*, Montréal, Yvon Blais, 1996.
- PAULET, J.-P., *La Mondialisation. Synthèse*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, Armand Colin, 2002.
- PAYET, M.-S., *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Paris, Dalloz, 2001.
- PELLET, A. et H. LESAFFRE, *Le règlement des différends au sein de l'OMC et le droit de la responsabilité internationale*, Paris, L.G.D.J., 2007.
- PERRIN, J.-F., *Sociologie empirique du droit*, Bâle, Helbing et Lichtenhahn, 1997.
- POLANSKI, P. P., *Customary Law of the Internet. In the Search for a supranational Cyberspace Law*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2007.
- PRICE, M. E. et S. G. VERHULST, *Self-Regulation and the Internet*, La Hague, Kluwer Law International, 2005.
- PRUJINER, A. et B. COLAS, *Traité et documents internationaux usuels en droit du commerce international*, 2<sup>e</sup> éd., Montréal, Wilson & Lafleur, 2005.
- RACINE, J.-B. et F. SIIRIAINEN, *Droit du commerce international*, Paris, Dalloz, 2007.

- RANOUIL, V., *L'autonomie de la volonté, naissance et évolution d'un concept*, Paris, P.U.F., 1980.
- RAYMOND-BOUGIE, S., *L'arbitrage des différends en droit de la consommation : Une nouvelle approche*, Cowansville, Yvon Blais, 2005.
- RAYPORT, J. F. et B. J. JAWORSKI, *Commerce électronique*, Montréal/Toronto, Chenelière/MC Graw Hill, 2003.
- REDFERN, A. et M. HUNTER, *Law and Practice of International Commercial Arbitration*, 3<sup>e</sup> éd., Londres, Sweet & Maxwell, 1999.
- REICH, R., *L'économie mondialisée*, Paris, Dunod, 1993.
- RENS, J.-G. et G. TOCCO, *Le cybercommerce au Québec*, St-Hyacinthe, Isabelle Quentin éditeur, 2001.
- RIGAUX, F., *Droit public et droit privé dans les relations internationales*, Paris, Pedone, 1977.
- RIJGERSBERG, R. W., *The state of interdependence. Globalization, Internet and Constitutional Governance*, La Haye, T.M.C. Asser Press, 2010.
- ROCHER, G., *Études de sociologie du droit et de l'éthique*, Montréal, Thémis, 1996.
- ROMANO, S., *L'ordre juridique*, Paris, Dalloz, 1975.
- ROSENAU, J. N. et E.-O. CZEMPIEL, *Governance without Government*, Cambridge, Cambridge University Press, 1992.
- ROSENAU, J. N., *Along the Domestic-Foreign Frontier: Exploring governance in a turbulent world*, Cambridge, Cambridge University Press, 1997.
- RULE, C., *Online Dispute Resolution for Business: B2B, ECommerce, Consumer, Employment, Insurance, and other Commercial Conflicts*, San Fransisco, Jossey-Bass, 2002.
- SALAH, M. M., *Les contradictions du droit mondialisé*, Paris, P.U.F., 2002.
- SAMPSON, G., *The anatomy of electronic business*, Oxford, Butterworth-Heinemann, 2004.
- SCASSA, T., *Electronic commerce and Internet law in Canada*, Toronto, CCH, 2004.

SCHAUB, M. Y., *European Legal Aspects of E-commerce*, Groningen, Europa Law Publishing, 2004.

SCHELLEKENS, M. H. M., *Electronic Signatures Authentication Technology from a Legal Perspective*, La Hague, T.M.C. Asser Press, 2004.

SCHULTZ, T., *Réguler le commerce électronique par la résolution des litiges en ligne. Une approche critique*, Bruxelles, Bruylant, 2005.

SCHONBERGER, V. M. et K. CUKIER, *Big Data: A Revolution That Will Transform How We Live, Work, and Think*, Boston, Eamon Dolan/HMH, 2013.

SEHELLART, M., *Les arts de gouverner. Du regimen médiéval au concept de gouvernement*, Paris, Seuil, 1995.

SHIRM, S. A., *Globalization and the new regionalism*, Cambridge, Polity Press, 2002.

SCHULTZ, T., *Information Technology and Arbitration. A Practitioner's guide*, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law international, 2006.

SILVER, N., *The Signal and the Noise: Why So Many Predictions Fail — but Some Don't*, New York, The Penguin press HC, 2012.

SIROËN, J.-M., *La régionalisation de l'économie mondiale*, Paris, La Découverte, 2004.

STALDER, F., *Manuel Castells. The Theory of the Network Society*, Cambridge, Polity Press, 2006.

STIGLITZ, J., *La grande désillusion*, Paris, Fayard, 2002.

STRANGE, S., *The retreat of the state*, Cambridge, Cambridge University Press, 1996.

TERRÉ, F., *Introduction générale au droit*, 5<sup>e</sup> éd., Paris, Dalloz, 2000.

THIBAUT, J., *Les procédures de règlement amiable des litiges au Canada*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2000.

THIEFFRY, P., *Commerce électronique : Droit international et européen*, Paris, Litec, 2002.

TIMSIT, G., *Archipel de la norme*, Paris, P.U.F., 1997.

- TOURAINÉ, A., *La société post-industrielle. Naissance d'une société*, Paris, Denoël, 1969.
- TREBILCOCK, M. J. et R. HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3<sup>e</sup> éd., New York, Routledge, 2005.
- TRUDEL, P., F. ABRAN, K. BENYEKHFLEF et S. HEIN, *Droit du cyberspace*, Montréal, Thémis, 1997.
- VAN CUTSEM, J.-P., A. VIGGRIA et O. GUTH (coord.), *E-commerce in the World. Aspects of comparative Law*, Bruxelles, Bruylant, 2003.
- VAREILLES-SOMMIÈRES, P., *La compétence internationale de l'État en matière de droit privé*, Paris, L.G.D.J., 1997.
- VERBIEST, T., *Le nouveau droit du commerce électronique. La loi pour la confiance dans l'économie numérique et la protection du cyberconsommateur*, Bruxelles, Larcier, 2005.
- VERBIEST, T. et É. WÉRY, *Le droit de l'internet et de la société de l'information : Droits européen, belge et français*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2001.
- VILLEY, M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, P.U.F., 2003.
- VIRALLY, M., *La pensée juridique*, Paris, L.G.D.J., 1960.
- VIVANT, M., *Les contrats du commerce électronique*, Paris, Litec, 1999.
- WALLERSTEIN, I., *Le système du monde du XV<sup>e</sup> siècle à nos jours*, Paris, Flammarion, 1984.
- WANG, F. F., *Law of Electronic Commercial Transactions. Contemporary issues in the EU, US and China*, New York, Routledge, 2010.
- WÉRY, E., *Paiements et monnaie électroniques : droits européen, français et belge*, Bruxelles, De Boeck & Larcier, 2007.
- WHITMAN, J., *The Limits of Global Governance*, Londres/New-York, Routledge, 2005.
- WILLIAMSON, J. G., *Globalization and Inequality then and now: The Late 19th and Late 20th Centuries Compared*, Cambridge, NBER, 1996.

XAVER PERREZ, F., *Cooperative Sovereignty: From Independence to Interdependence in the Structure of International Environmental Law*, La Haye, Kluwer Law International, 2000.

ZHAO, Y., *Dispute Resolution in Electronic Commerce*, Leiden/Boston, Martinus Nijhoff Publishers, 2005.

ZIEGLER, J., *Les nouveaux maîtres du monde et ceux qui leur résistent*, Paris, Fayard, 2002.

ZOLLER, É. (dir.), *La liberté d'expression aux États-Unis et en Europe*, Paris, Dalloz, 2008.

### **Articles de revues et études d'ouvrages collectifs**

ABDEL WAHAB, M. S., "The Global Information Society and Online dispute resolution: A New Dawn for dispute resolution", (2004) 21:2 *J. Int. Arb.* 143.

ALLBEURY, K., « La place du règlement des différends au sein de l'Organisation mondiale du commerce », dans FRISON-ROCHE, M.-A. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 163.

AMSELEK, P., « L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales », (1982) 1 *RDP* 275.

AMSELEK, P., « Norme et loi », (1980) 25 *Arch. phil. droit* 89.

ANCEL, M. É., « Un an de droit international privé du commerce électronique », (2007) 1 *Comm. com. électr.* 20.

ANTOINE, M., D. GOBERT et A. SALAÜN, « Le développement du commerce électronique : les nouveaux métiers de la confiance », dans MONTERO, É., (dir.), *Droit des technologies de l'information : regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 3.

ARNAUD, A.-J., « La force normative, pierre angulaire d'une intelligence juridique », dans THIBIERGE, C. *et al.* (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 13.

ARNAUD, A.-J., « La régulation par le droit en contexte globalisé », dans COMMAILLE, J. et B. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 147.

ARNAUD, A.-J., et J. P. BONAFE-SCHMITT, « Alternatif (Droit) – alternative (Justice) », dans ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, 2<sup>e</sup> éd, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 11.

ARNAUD, A.-J., « Repenser un droit pour l'époque post-moderne », (1990) 75 *Le courrier du CNRS* 81.

AUBY, J.-B., « Prescription juridique et production juridique », dans CHAZEL, F. et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 159.

AUDIT, M., « Les autorités de régulation. La confrontation des autorités nationales de régulation à la transnationalité des marchés », dans AUDIT, M., H. MUIR WATT et É. PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J., 2008, p. 3.

AZZABI, S., « Les noms de domaine », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 46.

BADIE, B. et G. DEVIN, « Avant-propos », dans BADIE, B. et G. DEVIN (dir.), *Le multilatéralisme, nouvelles formes de l'action internationale*, Paris, La Découverte, 2007, p. 7.

BAILLEUX, A., « A la recherche des formes du droit : de la pyramide au réseau », (2005) 55 *R.I.E.J.* 91.

BARON, C., « La gouvernance : débats autour d'un concept polysémique », (2003) 54 *Droit et société* 329.

BEAUD, M., « Présentation », dans BEAUD, M. *et al.* (coord.), *Mondialisation : Les mots et les choses*, Paris, Karthala, 1999, p. 7.

BEAUD, O., « La notion d'État », (1990) 35 *Arch. phil. droit* 119.

BECK, U., « Risque et société », dans MESURE, S. et P. SAVIDAN (dir.), *Le dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadriga, P.U.F., 2006, p. 1022.

BÉDARD, S., « Gestion des risques d'entreprises et les processus d'affaires », dans ELBEKKALI, A., *Gouvernance, audit et sécurité des TI*, Brossard, CCH, 2008, p. 43.

BEHRENS, P., « L'établissement des règles du marché mondial : de l'ouverture des marchés territoriaux aux règles communes des marchés globalisés », (2003) 1 *RIDE* 339.

BELLEY, J.-G., « Le pluralisme juridique de Roderick Macdonald : une analyse séquentielle », dans LAJOIE, A., R. A. MACDONALD, R. JANDA et G. ROCHER, *Théories et émergence du droit : pluralisme, surdétermination et effectivité*, Montréal/Bruxelles, Thémis/Bruylant, 1998, p. 57.

BELLEY, J.-G., « Pluralisme juridique », dans ARNAUD, A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1988, p. 300.

BELLEY, J.-G., « L'État et la régulation juridique des sociétés globales. Pour une problématique du pluralisme juridique », (1986) 13:1 *Sociologie et Sociétés* 27.

BENABOU, V. L., « La confiance dans l'économie numérique », dans BENABOU, V. L. et M. CHAGNY (dir.), *La confiance en droit privé des contrats*, Paris, Dalloz, 2008, p. 65.

BENABOU, V. L., « Faut-il une harmonisation minimale du droit », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 177.

BENYEKHLEF, K. et N. W. VERMEYS, "ODR and the courts", dans ABDEL WAHAB, M. S. et E. KATSH, *Online Dispute Resolution: theory and practice*, La Haye, Eleven International Publishing, 2012, p. 295.

BENYEKHLEF, K., « La résolution en ligne des différends de consommation : un récit autour (et un exemple) du droit postmoderne », dans LAFOND, P.-C. (dir.), *L'accès des consommateurs à la justice*, Cowansville, Yvon Blais, 2010, p. 89.

BENYEKHLEF, K., « Réflexions pour une approche pragmatique des conflits de juridictions dans le cyberspace », dans GAUTRAIS, V. (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 137.

BENYEKHLEF, K., « L'Internet : un reflet de la concurrence des souverainetés », (2002) 8:32 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v8-1/benyekhlef.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

BERLEUR, J., « Éthique et régulations dans la société de l'information », (2004) 6:2 *Éthique publique* 69.

BERLEUR, J. et Y. POULLET, « Réguler Internet », (2002) 3975 *Études* 463.

BERLEUR, J et T. EWBank DE WESPIN, « Gouvernance de l'Internet : réglementation, autorégulation, corégulation ? », dans BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 38.

BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK, « Enjeux à débattre » dans BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 12.

BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK, « Synthèse des débats », dans BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 153.

BERMAN, P. S., "The Globalization of Jurisdiction", (2002) 151 *U. Pa L. Rev.* 311.

BITAN, H., « La signature électronique : comment la technique répond-elle aux exigences de la loi ? », (2000) 301 *Gaz. Pal.* 10.

BORROMEI, V., et J.-M. FURT, « L'évolution de la réglementation de la qualité : une contribution à la théorie du droit souple », (2006) 123 *LPA* 6.

BOUCHARD, C. et M. LACOURSIÈRE, « Les enjeux du contrat de consommation en ligne », (2003) 33 *R.G.D.* 376.

BOUKHARI, R., « La qualification en droit international privé », (2010) 51 *C. de D.* 159.

BOURREAU, M. et M. GENSOLLEN, « L'impact d'Internet et des Technologies de l'Information et de la Communication sur l'industrie de la musique enregistrée », (2006) 116 *Revue d'économie industrielle* 31.

BOY, L., « Réflexions sur « le droit de la régulation » (à propos du texte de M.-A. Frison-Roche) », (2001) *D. chron.* 3031.

BOY, L., « Normes », (1998) *RIDE* 115.

BOYER, R., « Les mots et les réalités », dans CORDELLIER, S. (éd.), *La mondialisation au-delà des mythes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 13.

BRIAND-MELEDON, D., « Autorités sectorielles et autorités de concurrence : acteurs de la régulation », (2007) 3 *RIDE* 345.

BRULARD, Y. et P. FERNANDEZ, « Signature électronique : la réforme aura-t-elle accouché d'une "souris" ? (2<sup>e</sup> partie et fin) », (2001) 214 *LPA* 4.

BURIN DES ROZIERS, A., « Économie et commerce électronique », (2004) 27 *LPA* 32.

CAFAGGI, F., « Le rôle des acteurs privés dans les processus de régulation. Participation, autorégulation et régulation privée », (2004) 109 *RFAP* 23.

CAFAGGI, F., « Gouvernance et responsabilité des régulateurs privés », (2005) 1 *RIDE* 111.

CAMOUS, É., « Les modes alternatifs de règlement des conflits constituent-ils une justice de proximité ? », (2003) *Gaz. Pal.* 5.

CAPELLER, W. et V. SIMOULIN, « La gouvernance : du programme de recherche à la transdisciplinarité », (2003) 54 *Droit et société* 301.

CAPRIOLI, É. A. et R. SORIEUL, « Le commerce électronique : vers l'émergence de règles juridiques transnationales », (1997) 2 *JDI* 323.

CASTETS-RENARD, C., « Proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 (Rome I) - Conséquences pratiques sur les contrats du commerce électronique et la propriété intellectuelle », (2006) 22 *D.* 1522.

CERNY, P. G., "Globalization and the Changing Logic of Collective Action", (1995) 49:4 *International Organization* 595.

CHABERT, C., « Contrat type de commerce électronique, ce fameux droit de rétractation », (2006) 3 *Comm. com. électr.* 47.

CHAMPAUD, C., « Régulation et droit économique », (2002) 1 *RIDE* 21.

CHANTEPIE, G., « Les codifications privées », dans *Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, p. 39.

CHAPUT, Y., « Médiation et contentieux des affaires », dans CADIET, L., T. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 93.

CHARLES-LE BIHAN, D., « La protection du consommateur dans un marché unique du commerce électronique », dans BLANDIN-OBERNESSER, A. (dir.), *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 43.

CHARLIER, C. et M. RAINELLI, « Politique commerciale et recours au mécanisme de règlement des différends de l'OMC », (2009) 3 *RIDE* 253.

CHASE, O. G., "ADR and the culture of litigation. The example of the United States of America", dans CADIET, L., T. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 135.

CHASSIGNEUX, C., « La confiance, instrument de régulation des environnements électroniques », (2007) 34 *R.D.U.S.* 441.

CHASSIGNEUX, C., « La protection des informations à caractère personnel », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 257.

CHASSIGNEUX, C., « La protection des données personnelles en France », (2001) 6:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_159.htm](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_159.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

CHEVALLIER, J., « Le modèle politique du contrat dans les nouvelles conceptions des régulations économiques », dans FRISON-ROCHE, M.-A. (dir.), *Les engagements dans les systèmes de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po/Dalloz, 2006, p. 143.

CHEVALLIER, J., « La gouvernance et le droit », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 189.

CHEVALLIER, J., « La gouvernance : un nouveau paradigme étatique », (2003) 105/106 *RFAP* 203.

CHEVALLIER, J., « Mondialisation du droit ou droit de la mondialisation », dans MORAND, C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 37.

CHEVALLIER, J., « La régulation juridique en question », (2001) 49 *Droit et Société* 827.

CHEVALLIER, J., « Vers un droit post-moderne ? Les transformations de la régulation juridique », (1998) 3 *RDP* 659.

CHEVALLIER, J., « De quelques usages du concept de régulation », dans MIAILLE, M. (dir.), *La régulation entre droit et politique*, Paris, L'Harmattan, 1995, p. 71.

CLOUTIER, J.-C., « Éthique, réglementation et bien public », (1999) 1:2 *Éthique publique* 78.

CIOCCHETTI, C. A., "E-Commerce and Information Privacy: Privacy Policies as Personal Information Protectors", (2007) 44:1 *American Business Law Journal* 55.

COIPEL, M., « Quelques réflexions sur le droit et ses rapports avec d'autres régulations de la vie sociale », dans BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 43.

COMMAILLE, J., « Normes juridiques et régulation sociale, retour à la sociologie générale », dans CHAZEL, F. et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p. 13.

CONA, F. A., "Application of Online Systems in Alternative Dispute Resolution", (1997) 45 *Buffalo L. Rev.* 975.

COUSIN, B., « GBDE, autorégulation, confiance, gouvernance », dans CHATILLON, G. (dir.), *le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 309.

COX, N., "The extraterritorial enforcement of consumer legislation and the challenge of the Internet", (2004) 8:1 *Edinburgh Law Review* 60.

COX, N., "The regulation of cyberspace and the loss of national sovereignty", (2002) 11:3 *Information and Communications Technology Law* 241.

CRAMIER, P., « Essai sur la protection du contractant professionnel », (2000) 1 *LPA* 116.

CRÉPEAU, P.-A., « Contrat d'adhésion et contrat type », dans POPOVICI, A. (dir.), *Mélanges Louis Baudouin. Problèmes de droit contemporain*, Montréal, PUM, 1974, p. 67.

CROCHET, A., « Le concept de globalisation : mythes et réalités », dans AZUELOS, M. (dir.), *Le monde économique anglo-saxon à l'épreuve de la globalisation*, Paris, Presses de Sorbonne Nouvelle, 1996, p. 31.

CROCHET, A., « Mondialisation et régionalisation : les déterminants exogènes de l'ALENA », dans AZUELOS, M., M. E. COSIO-ZAVALA et J.-M. LACROIX (dir.), *Intégration dans les Amériques, dix ans d'ALENA*, Paris, Presses Sorbonne Nouvelle, 2004, p. 143.

D'ALBERTI, M., « La régulation économique en mutation », (2006) 1 *RDP* 231.

DAGUZAN, J.-F., « L'État et l'entreprise face à la mondialisation », (1997) 1 *Revue française de géo-économie* 14.

DAGUZAN, J.-F., « Vers une mutation du rôle de l'État : mondialisation et technologie », (2002) 2758 *Problèmes économiques* 20.

DASGUPTA, P., "Trust as a commodity", dans GAMBETTA, D. (dir.), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 59.

DAVIS, B. G., "The New New Thing. Uniform Domain-Name Dispute Resolution Policy of the Internet Corporation of Assigned Names and Numbers", (2000) 17 *J. Int. Arb.* 115.

DE COSTER, T., « Le cas d'eBay », dans DE COSTER, T *et al.* (dir.), *Les pratiques du commerce électronique*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 129.

DECOCQ, G., « Directive sur le commerce électronique », (2000) 8 *Comm. com. électr.* 22.

DE LAMBERTERIE, I., « Le règlement en ligne des petits litiges de consommation », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 631.

DELEBECQUE, P., « Arbitrage et droit de la consommation », (2002) 104 *Droit et patrimoine* 46.

DELMAS-MARTY, M., « Le pluralisme ordonné et les interactions entre ensembles juridiques », (2006) 14 *D.* 951.

DELMAS-MARTY, M., « La mondialisation du droit », dans BAECHLER, J. et R. KAMRANE (dir.), *Aspects de la mondialisation politique*, Paris, P.U.F., 2003, p. 67.

DELMAS-MARTY, M., « Les processus de mondialisation du droit », dans MORAND, C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 64.

DELMAS-MARTY, M., « La mondialisation du droit : chances et risques », (1999) *D. chron.* 43.

DELMAS-MARTY, M., « Le mou, le doux et le flou sont-ils des garde-fous ? Introduction aux nouveaux lieux et aux nouvelles formes de régulation des conflits », dans CLAM, J., et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 209.

DELMAS, R., « Internet : une gouvernance imparfaite », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 279.

DEMBOUR, M.-B., « Le pluralisme juridique une démarche parmi d'autres, et non plus innocente », (1990) 24 *R.I.E.J.* 43.

DESBARATS, I., « De la normalisation en matière sociale », (2003) 140 *LPA* 4.

DESBARATS, I., « Codes de conduite et chartes éthiques des entreprises privées. Regard sur une pratique en expansion », (2003) 9 *La semaine juridique* 112.

DESBARATS, I., « L'arbitrage est-il un mode alternatif de résolution des conflits? (contribution à la définition du terme "alternatif") », (2001) 105 *LPA* 16.

DE SOUSA SANTOS, B., « Droit : une carte à la lecture déformée. Pour une conception post-moderne du droit », (1988) 10 *Droit et société* 363.

DESCOINGS, R., « La nécessité d'une réflexion générale et croisée sur la régulation », (2003) 17 *LPA* 4.

DESWARTE, Y. et S. GAMBS, « Protection de la vie privée : principes et technologies », dans LE MÉTAYER, D. (dir.), *Les technologies de l'information au service des droits : opportunités, défis, limites*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109.

DE PATOUL, F., « La responsabilité des intermédiaires sur Internet : les plateformes de mise en relation, les forums et les blogs », (2007) 27 *R.D.T.I.* 85.

DIENER, P., « Éthique et droit des affaires », (1993) *D. Chr.* 17.

DINANT, J.-M., « Les traitements invisibles sur Internet », dans MONTERO, É. (dir.), *Droit des technologies de l'information : Regards prospectifs*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p. 271.

DITCHEV, A., « Le « contrat d'arbitrage ». Essai sur le contrat ayant pour objet la mission d'arbitrer », (1981) *Rev. arb.* 395.

DJELIC, M.-L. et K. SAHLIN-ANDERSON, "Introduction: A world of governance. The rise of transnational regulation", dans DJELIC, M.-L. et K. SAHLIN-ANDERSON (éd.), *Transnational Governance. Institutional Dynamics of regulation*, Cambridge, Cambridge University Press, 2006, p. 1.

DONAHEY, M. S., "Divergence in the UDRP and the Need for Appellate Review", (2000) 5:11 *J. Internet L.* 1.

DREXL, J., « Mondialisation et société de l'information : le commerce électronique et la protection des consommateurs », (2002) 1 *RIDE* 405.

DUBUISSON, E. « La personne virtuelle : propositions pour définir l'être juridique dans un échange télématique », (1995) 3 *Droit de l'informatique et des télécoms* 5.

DUMORTIER, F., « Les ambiguïtés de la gouvernance de l'Internet. A propos du sommet mondial sur la société de l'information », (2006) 25 *R.D.T.I.* 143.

DUPLESSIS, I., « Le vertige de la *soft law* : réactions doctrinales en droit international », (2007) *R.Q.D.I.* 245.

DUPONT, N., « Le droit non professionnel d'initiative privé, quel intérêt pour les consommateurs ? » (2009) 3 *RRJ* 1201.

EDWARDS, L., "Consumer Privacy, On-Line Business and the Internet: Looking for Privacy in all the Wrong Places", (2003) 11:3 *Int. J. Law Info. Tech.* 226.

EIJLANDER, P., "Possibilities and constraints in the use of self-regulation and co-regulation in legislative policy: Experiences in the Netherlands - Lessons to be learned for the EU?" (2005) 9:1 *Electronic Journal of Comparative Law*, disponible à l'adresse : <<http://www.ejcl.org/91/art91-1.txt>> (consulté le 6 juillet 2013).

ESPAGNON, M., « Le paiement d'une somme d'argent sur Internet : évolution ou révolution du droit des moyens de paiement », (1999) *JCP éd. G* 787.

EVANS, P., "The Eclipse of the State? Reflections on Stateness in an Era of Globalization", (1997) 50:1 *World Politics* 62.

FALAISE, M., « Réflexions sur l'avenir du contrat de commerce électronique », (1998) 94 *LPA* 4.

FALLON, M. et J. MEEUSEN, « Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé », (2002) 91:3 *Rev. crit. DIP* 444.

FARJAT, G., « Propos critiques et utopiques sur l'évolution du droit économique et la mondialisation », (2003) 1 *RIDE* 511.

FARJAT, G., « Nouvelles réflexions sur les codes de conduite privés », dans CLAM, J. et G. MARTIN (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 151.

FAUVARQUE-COSSON, B., « Le droit international privé à l'épreuve des réseaux », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruyant, 2002, p. 55.

FENOULHET, T. R., « La corégulation : une piste pour la régulation de la société de l'information », (2002) 38 *LPA* 9.

FENOULHET, T., « Introduction aux activités de résolution en ligne des litiges de la société de l'information dans le cadre européen », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 587.

FÉRAL-SCHUHL, C., « La mise en application des décisions de justice », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 539.

FOUCHARD, P., « Où va l'arbitrage international ? », (1989) 34 *R.D. McGill* 442.

FRANCO, S., « Le droit international privé comme outil de régulation du marché intérieur : la consommation », dans AUDIT, M., H. MUIR WATT et E. PATAUT (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2008, p. 115.

FRASELLE, N. et M.-P. KESTEMONT, « Le marketing éthique : vecteur de responsabilité pour les entreprises et pour les consommateurs – Les codes de conduite et les labels ne sont-ils que des faire-valoir ? », (2004) 1:2 *RED consom.* 271.

FRAYSSINET, J., « la protection des données personnelles est-elle assurée sur l'Internet ? », dans CHATILLON, G. (dir.), *le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 435.

FRAYSSINET, J., « L'Union européenne et la protection des données personnelles circulant sur l'Internet », dans BLANDIN-OBERNESSER, A. (dir.), *L'Union européenne et Internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 123.

FRAYSSINET, J., « Le transfert et la protection des données personnelles en provenance de l'Union européenne vers les États-Unis : l'accord dit "sphère de sécurité" (ou *safe harbor*) », (2001) *Comm. com. électr.* 12.

FRIEDMAN, G. H., "Alternative dispute resolution and emerging online technologies: Challenges and Opportunities", (1997) 19 *Hasting Comm. & Ent. L. J.* 695.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Définition du droit de la régulation économique », (2004) *D. Chron* 126.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les nouveaux champs de la régulation », (2004) 109 *RFAP* 53.

FRISON-ROCHE, M.-A., « La régulation, objet d'une branche du droit », (2002) 110 *LPA* 3.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le droit de la régulation », (2001) 7 *D.* 610.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les bouleversements du droit par Internet », dans CHEVALIER, J.-M., I. EKELAND, M.-A. FRISON-ROCHE et M. KALIKA (dir.), *Internet et nos fondamentaux*, Paris, P.U.F., 2000, p. 36.

FRISON-ROCHE, M.-A., « L'immatériel à travers la virtualité », (1999) 43 *Arch. phil. droit* 139.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Le contrat et la responsabilité : consentements, pouvoirs et régulation économique », (1998) *RTD Civ.* 43.

FRISON-ROCHE, M.-A., « Les difficultés françaises face à la notion de régulation », (1998) 82 *LPA* 24.

FROOMKIN, A. M., "Wrong Turn in Cyberspace: Using ICANN to Route Around the APA and the Constitution", (2000) 50 *Duke L.J.* 17.

FROOMKIN, M. A., "The Internet as a source of regulatory arbitrage", dans KAHIN, B. et C. NESSON (dir.), *Borders in Cyberspace*, Cambridge, MIT Press, 1996, p. 129.

FRYDMAN, B., « Stratégies de responsabilisation des entreprises à l'ère de la mondialisation », dans BERNS, T. *et al.*, *Responsabilités des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 1.

FRYDMAN, B., « Quel droit pour l'Internet ? », dans MONTERO, É. (dir.), *Internet sous le regard du droit*, Bruxelles, Éditions du jeune barreau de Bruxelles, 1997, p. 279.

FRYDMAN, B., « Le droit, de la modernité à la postmodernité », (2000) 88-89 *Réseaux* 67, disponible à l'adresse : <[http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite\\_postmodernite.pdf](http://www.philodroit.be/IMG/pdf/modernite_postmodernite.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

GALVES, F., "Virtual Justice as Reality: Making the Resolution of E-Commerce Disputes More Convenient, Legitimate, Efficient and Secure", (2009) *U. Illinois. J. L. Tech. & Pol'y* 1.

GARCIA CARDENAS, L., « La gouvernabilité : une aspiration ancienne, des approches nouvelles », (2000) 94 *RFAP* 201.

GAUDEMET-TALLON, H., « Les frontières extérieures de l'espace judiciaire européen : quelques repères », dans BORRAS, A. *et al.* (dir.), *Liber amicorum Georges A. L. Droz*, La Haye, Martinus Nijhoff Publishers, 1996, p. 85.

GAUTRAIS, V. et A. PORCIN, « Les 7 péchés de la L.P.C. : Actions et omissions applicables au commerce électronique », (2009) 43:3 *RJT* 559.

GAUTRAIS, V., « Le vouloir électronique selon l'affaire Dell computer : dommage! », (2007) 37:2 *R.G.D.* 407.

GAUTRAIS, V., « La couleur du consentement électronique », (2003) 16:1 *Les Cahiers de la propriété intellectuelle* 61.

GAUTRAIS, V., « La formation des contrats en ligne », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 145.

GAUTRAIS, V., « Les relations entre les partenaires », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 167.

GAUTRAIS, V., « L'encadrement contractuel du cyberconsommateur québécois », dans GAUTRAIS, V. (dir.), *Droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 261.

GAUTRAIS, V., « Labellisation des sites sur Internet et protection des consommateurs : vision comparée », (2001) *Contrats-Concurrence-Consommation* 4.

GAUTRAIS, V. et E. MACKAAY, « Les contrats informatiques », dans LAMONTAGNE, D.-C. (dir.), *Droit spécialisé des contrats*, Cowansville, Yvon Blais, 2001, p. 279.

GAUTRAIS, V., « La certification de qualité des sites Internet : un sésame voué à la sécurité du consommateur », (1999) 3 *Ubiquité* 91.

GAUTRAIS, V., K. BENYEKHFLEF et P. TRUDEL, « Cybermédiation et cyberarbitrage : l'exemple du "CyberTribunal" », (1998) 4 *D.I.T.* 46.

GAUTRAIS, V., G. LEFEBVRE et K. BENYEKHFLEF, « Droit du commerce électronique et normes applicables : l'émergence de la *Lex electronica* », (1997) 5 *RDAI* 547.

GAUTRAIS, V., « Une approche théorique des contrats : application à l'échange de documents informatisé », (1996) 37:1 *Les C. de D.* 121.

GEIST, M., "The Reality of Bytes: Regulating Economic Activity in the Age of the Internet", (1998) 73 *Wash. L. Rev.* 521.

GEIST, M., "Fair.Com? An Examination of the Allegations of Systemic Unfairness in the ICANN UDRP", (2002) 27:3 *Brooklyn Journal of International Law* 903.

GEIST, M., "CyberLaw 2.0", (2003) 44 *Boston College L. Rev.* 323.

GÉLINAS, F., « U.D.R.P. : Utopie de la Décision Rapide et Pondérée ou Univers du Droit Réduit au Pragmatisme ? », dans GAUTRAIS, V. (dir.), *Le droit du commerce électronique*, Montréal, Thémis, 2002, p. 577.

GÉLINAS, F., « Le point sur l'ODR: du concept à la réalité commerciale », dans *La technologie au service du règlement des différends commerciaux, Supplément spécial - Bulletin de la Cour International d'arbitrage de la CCI*, 2004, p. 7.

GENTOT, M., « Les repères du droit de la régulation », (2002) 110 *LPA* 48.

GOLDMAN, B., « La volonté des parties et le rôle de l'arbitre dans l'arbitrage international », (1981) *Rev. arb.* 469.

GOLDMAN, B., « Frontières du droit et « lex mercatoria » », (1964) *Arch. phil. droit* 177.

GOLDSTEIN, G., « Trois petits pas et un grand saut dans Internet : du nouveau en droit international québécois », (2012) 46 *RJT* 187.

GOLDSTEIN, G., « La protection du consommateur : nouvelles perspectives de droit international privé dans le code civil du Québec », dans *Service de la formation permanente, Barreau du Québec. Développement récents en droit de la consommation*, Cowansville, Yvon Blais, 1994, p. 143.

GOTTENBERG, J., « Internet et la protection du consommateur dans la résolution des litiges contractuels », (2002) 3 *Revue du droit de l'Union européenne* 518.

GOUDREAU, M., « À propos de l'affaire Dell : l'ordre public incompris », (2007) 37:2 *R.G.D.* 379

GRAU, E. R., « Révolution juridique sous pression de la globalisation économique ? » dans RIBOT, C. et J.-L. AUTIN (dir.), *Environnements*, Grenoble, Presses Universitaires de Grenoble, 2004, p. 133.

GRAVISSE, C., « L'environnement juridique du commerce et des services virtuels », (1999) 14 *LPA* 14.

GRIFFITHS, J., “What is legal pluralism”, (1986) 24 *Journal of Legal Pluralism* 1.

GROLLEAU, G., N. MZOUGHFI et L. THIÉBAUT, « Les instruments volontaires : un nouveau mode de régulation de l’environnement », (2004) 1 *RIDE* 461.

GRYNBAUM, L., « La directive commerce électronique ou l’inquiétant retour à l’individualisme juridique », (2001) 7 *Comm. com. électr.* 9.

GUILLEMARD, S., O. ONGUENE et É. DIEUDONNÉ, « Le contrat d’adhésion : actualités et droit international privé », (2007) 48 *C. de D.* 635.

GUILLEMARD, S., « Le « cyberconsommateur » est mort, vive l’adhérent », (2004) 1 *J.D.I.* 5.

GUIMOND, A., « La notion de confiance et le droit du commerce électronique », (2008) 12:3 *Lex Electronica*, disponible à l’adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_15.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_15.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

GOODMAN, J. W., “The Pros and Cons of Online Dispute Resolution: An Assessment of Cyber-Mediation Websites”, (2003) 2 *Duke Law & Technology Review* 1 ou disponible à l’adresse : <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1073&context=dltr>> (consulté le 6 juillet 2013).

HABER, S., « Modernité, postmodernité et surmodernité », dans MESURE, S. et P. SAVIDAN (dir.), *Dictionnaire des sciences humaines*, Paris, Quadrige/ P.U.F., 2006, p. 786.

HACHEZ, I., « Balises conceptuelles autour des notions de « source de droit », « force normative » et « soft Law » », (2010) 65 *R.I.E.J.* 1.

HANG, L. Q., “Online dispute resolution systems: the future of cyberspace law”, (2001) 41 *Santa Clara L. Rev.* 837.

HELPER, L. R. et G. B. DINWOODIE, “Designing Non-National Systems: The Case of the Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy”, (2001) 43 *Wm. & Mary L. Rev.* 199.

HENNEBEL, L. et G. LEWKOWICZ, « Corégulation et responsabilité sociale des entreprises », dans BERNIS, T. et *al.*, *Responsabilité des entreprises et corégulation*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 147.

HESS, B., « Médiation et contentieux de la consommation », dans CADIET, L., T. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 69.

HIRST, P., “Democracy and Governance”, dans PIERRE, J. (éd.), *Debating Governance: Authority, Steering and Democracy*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 13.

HOUX, N., « La protection des consommateurs dans la Convention de Rome du 19 juin 1980 : Pour une interprétation cohérente des dispositions applicables (1<sup>ère</sup> partie) », (2001) 43 *LPA* 9.

HUET, J., « Aspects juridiques du commerce électronique : approche internationale », (1997) *LPA* 6.

HUET, J. et S. VALMACHINO, « Réflexions sur l'arbitrage électronique dans le commerce international », (2000) 1 *Gaz. Pal. Numéro spécial* 5.

HUET, J., « Le droit applicable dans les réseaux numériques », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 71.

IAVARONE-TURCOTTE, C., « Et s'il était possible d'obtenir justice en ligne ? » (2012) 17:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : [http://www.crdp.umontreal.ca/docs/articles\\_314.pdf](http://www.crdp.umontreal.ca/docs/articles_314.pdf) >.

IBANEZ, P., « Le concept de droit dans tous ses états », (2004) 1 *RRJ* 75.

ISLA, A., « Pour une économie institutionnelle et organisationnelle du droit : la gouvernance dans l'Union européenne », (2003) 54 *Droit et société* 377.

ISSALYS, P., « Figures et avenir de la déréglementation », (1999) 1:2 *Éthique publique* 83.

JACQUOT, F., et B. WEITZEL, « Le règlement des litiges », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 309.

JARROSSON, C., « Médiation et droit des contrats », dans CADIET, L., T. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 33.

JARROSSON, C., « Réflexions sur l'imperium », dans *Études offertes à Pierre BELLET*, Paris, Litec, 1991, p. 245.

JEAMMAUD, A., « Introduction à la sémantique de la régulation : Des concepts en jeu », dans CLAM, J., et G. MARTIN (dir.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 47.

JEAMMAUD, A., « La règle de droit comme modèle », (1990) 25 *R.I.E.J.* 125.

JESTAZ, P., « La sanction ou l'inconnue du droit », (1986) 26 *D.* 197.

JOBART, J.-C., « Essai de définition du concept de régulation : de l'histoire des sciences aux usages de droit », (2004) 1 *RRJ* 33.

JOHNSON, D. R. et D. POST, "Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace", (1996) 48 *Stan. L. Rev.* 1367.

JUBAULT, C., « Les codes de conduite privés », dans *Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 27.

KABLAN, S. et A. OULAI, « L'essence des approches du droit cyberspatial et l'opportunité de la co-régulation », (2009) 39 *R.G.D.* 5.

KAHN, P., « La modélisation au service de la fonction normative de la CNUDCI : la modélisation comme instrument », (2003) 252 *LPA* 59.

KAMDEM, I. F., « Harmonisation, unification et uniformisation. Plaidoyer pour un discours affiné sur les moyens d'intégration juridique », (2009) 43:3 *RJT* 609.

KATSH, E., "Online Dispute Resolution: Some Implications for the Emergence of Law in Cyberspace", (2006) 10:3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_65.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_65.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

KATSH, E., "Online Dispute Resolution: the Next Phase", (2002) 7:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v7-2/katsh.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

KATSH, E., J. RIFKIN et A. GAITENBY, "E-Commerce, E-Dispute, and E-Dispute Resolution: In the Shadow of "eBay Law"", (2000) 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 705.

KATSH, E., "Dispute resolution in Cyberspace", (1996) 28 *Conn. Law Rev.* 953.

KAUFMANN-KOHLER, G., « Internet : mondialisation de la communication - mondialisation de la résolution des litiges ? », dans BOELE-WOELKI, K. et C.

KESSEDJIAN (éd.), *Internet : Quel tribunal décide ? Quel droit s'applique ?*, La Haye, Kluwer Law International, 1998, p. 89.

KAZANCIGIL, A., « La gouvernance et la souveraineté de l'État », dans HELMET, G., A. KAZANCIGIL et J.-F. PRUD'HOMME, (dir.), *La gouvernance, un concept et ses applications*, Paris, Karthala, 2005, p. 49.

KEBABDJIAN, G., « Mondialisation et « déperissement » de l'État-nation », dans HUGON, P. et C.-A. MICHALET (coord.), *Les nouvelles régulations de l'économie mondiale*, Paris, Karthala, 2005, p. 17.

KLEIN, F.-E., « La convention de New York pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères », (1961) 57 *Revue Suisse de Jurisprudence* 229.

KLUDZE, H. et W. G. ROWE, « Le rôle de la confiance dans le commerce électronique : une analyse stratégique », (2002) 27 *Gestion* 80.

KOOPS, B. J., M. LIPS, S. NOUWT, C. PRINS et M. SCHELLEKENS, "Should Self-régulation Be the starting point?" dans KOOPS, B. J., M. LIPS, C. PRINS et M. SCHELLEKENS (éd.), *Starting Points for ICT regulation. Deconstructing Prevalent Policy One-Liners*, La Haye, T.M.C Asser Press, 2005, p. 109.

KOUBI, G., « La notion de « charte » : fragilisation de la règle de droit », dans CLAM, J. et G. MARTIN, *Les transformations de la régulation juridique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 165.

KRONKE, H., "From International Uniform Conventions to Model Laws – From Guides to Principles: The Choice of Approach", dans PERRET, L. et A. F. BISSON (dir.), *Évolution des systèmes juridiques, bijuridisme et commerce international*, Montréal, Wilson et Lafleur, 2002, p. 285.

LACHAPELLE, G., "Globalization and Governance: Aspiring to a fairer globalization", (2005) 48:1 *Development* 52.

LACOURSIÈRE, M. et E. VÉZINA, « La sécurité des opérations bancaires par Internet », (2007) 41:1 *RJT* 89.

LAFFONT, J.-J. et J. TIROLE, "The politics of government decision making. A theory of regulatory capture", (1991) 106:4 *Quarterly Journal of Economics* 1089.

LAFOND, P.-C., « L'arrêt Dell Computer et l'avenir du recours collectif au Québec : un pavé dans la marre de l'accès des consommateurs à la justice », (2007) 37:2 *R.G.D.* 357.

LAGARDE, P., « Remarques sur la proposition de règlement de la commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I) », (2006) 2 *Rev.crit. DIP* 330.

LAJOIE, A., « Contributions à une théorie de l'émergence du droit. 1- Le droit, l'État, la société civile, le public, le privé : de quelques définitions interreliées », (1991) 25 *RJT* 103.

LALIVE, P., « Avantages et inconvénients de l'arbitrage "ad hoc" », dans *Études offertes à Pierre Bellet*, Paris, Litec, 1991, p. 301.

LAQUIÈZE, A., « Sanction » dans ALLAND, D. et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy/P.U.F., 2003.

LASCOUMES, P., « Effectivité », dans ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, Paris, L.G.D.J., 1993, p. 217.

LASTENOUSE, P., « Le Règlement ICANN de résolution uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine », (2001) *Rev. arb.* 95.

LAVALLÉE, S. et G. PARENT, « Qu'y a-t-il derrière l'étiquette « bio »? Une étude de l'encadrement juridique de l'agriculture et de la certification biologiques au Canada », (2005) 50:89 *R.D. McGill* 89.

LAVENUE, J.-J., « Cyberspace et droit international : pour un nouveau jus communicationis », (1998) *RRJ* 811.

LAWSON, P. et C. R. DE LIMA, "Browse-Wrap Contracts and Unfair Terms: What the Supreme Court Missed in Dell Computer Corporation v. Union des consommateurs et Dumoulin", (2007) 37:2 *R.G.D.* 445.

LE CLAINCHE, J., « Libertés et sécurité : équilibrer les régimes de responsabilité », dans LACOUR, S. (dir.), *La sécurité aujourd'hui dans la société de l'information*, Paris, L'Harmattan, 2007, p. 37.

LEAUTE, J., « Les contrats-types », (1953) *RTD civ.* 429.

LECOURT, D., « Positivism », dans LECOURT, D. (dir.), *Dictionnaire d'histoire et philosophie des sciences*, Paris, Quadrige/P.U.F., 1999, p. 745.

LEIBLE, S., "Negotiation and Conclusion of the Contract: Formal and Substantive Validity, Choice of Court and Choice-of-Law Clauses – An introduction", dans SCHULZ, A. (éd.), *Legal Aspects of an E-Commerce Transaction*, Munich, Sellier, 2006, p. 57.

LEMYRE, P.-P., « Le contexte des technologies de l'information », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 11.

LEMYRE, P.-P., « Le paiement électronique », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 228.

LEROUGE, L., « L'utilisation licite des cookies en droit commercial (2<sup>ème</sup> partie) », (2005) *Gaz. Pal.* 48.

LESSIG, L., "The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach", (1999) 113 *Harvard Law Review* 514.

LEVELL, P., « L'arbitrabilité », (1992) *Rev. arb.* 213.

LEVINE, M.E. et J. L. FORRENCE, "Regulatory capture, public interest, and the public agenda. Toward a synthesis", (1990) 6 *Journal of Law Economics & Organization* 167.

LEVITT, T., "The Globalization of Markets", (1983) *Harvard Business Review* 92.

LOQUIN, E., « Les rapports avec la lex mercatoria », (2003) 252 *LPA* 53.

LOUNGNARATH, V., « Le mécanisme de règlement des différends », dans DEBLOCK, C. (dir.), *L'Organisation mondiale du commerce : où s'en va la mondialisation?*, Montréal, Fides, 2002, p. 56.

LUHMANN, N., "Familiarity, Confidence, Trust: Problems and Alternatives", dans GAMBETTA, D. (dir.), *Trust. Making and Breaking Cooperative Relations*, Oxford, Basil Blackwell Ltd., 1988, p. 95.

MCAFEE, A. and E. BRYNJOLFSSON, "Big Data: The Management Revolution", (2012) *Harvard Business Review*, disponible à l'adresse : <<http://hbr.org/2012/10/big-data-the-management-revolution/ar>> (consulté le 6 juillet 2013).

MACDONALD, R. A., « Pour la reconnaissance d'une normativité juridique implicite et « différentielle » », (1986) 28:1 *Sociologie et sociétés* 47.

MAESSCHALCK, M. et T. DEDEURWAERDERE, « Autorégulation, éthique procédure et gouvernance de la société de l'information », dans BERLEUR, J., C. LAZARO et R. QUECK (dir.), *Gouvernance de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 75

MAISANI, P. et F. WIENER, « Réflexions autour de la conception post-moderne du droit », (1994) 27 *Droit et Société* 443.

MALAURIE, P., « Le marché et l'État à l'heure de la mondialisation. (Réglementations contraignantes et libertés économiques : la quadrature du cercle) », (2008) 14 *LPA* 9.

MANSFIELD, E. D. et E. REINHARDT, "Multilateral Determinants of Regionalism: The Effects of GATT/WTO on the Formation of Preferential Trading Arrangements", (2003) 57 *International Organization* 829.

MARAIS, B., « Autorégulation, régulation et co-régulation des réseaux », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 293.

MARCOU, G., « La notion juridique de régulation », (2006) *AJDA Droit administratif* 347.

MARINO, L. et R. PERRAY, « Les nouveaux défis du droit des personnes : la marchandisation des données personnelles », dans ROCHFELD, J. (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso éditions, 2010, p. 55.

MARTEL, L., et R. ST-GERMAIN, « La certification de conformité des sites Web », (2002) 27 *Gestion* 91.

MARTIN, S. et A. TESSALONIKOS, « La signature électronique, premières réflexions après la publication de la directive du 13 décembre 1999 et de la loi du 13 mars 2000 », (2000) *Gaz. Pal.* 4.

MARTIN-SERF, A., « La modélisation des instruments juridiques », dans LOQUIN, É. et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 179.

MATTELART, A., « La nouvelle idéologie globalitaire », dans CORDELLIER, S. (éd.), *Mondialisation. Au-delà Des Mythes*, Paris, La Découverte, 1997, p. 81.

MAYER, R. C., J. H. DAVIS et F. D. SCHOORMAN, "An integrative model of organisational Trust", (1995) 20:3 *Academy of Management Review* 709.

MAYER, P., « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », (1979) 11 *Rev. Crit. DIP* 1.

MAYER, P., « La protection de la partie faible en droit international privé », dans GHESTIN, J. (dir.), *La protection de la partie faible dans les rapports contractuels, comparaison franco-belge*, Paris, L.G.D.J., 1996, p. 513.

MAYER-SCHONBERGER, V., "The authority of Law in Times of cyberspace", (2001) 1 *Journal of Law Technology and Policy* 1.

MAZEAUD, D., « L'attraction du droit de la consommation », (1998) *RTD Com.* 95.

MEKKI, M., « Propos introductifs sur le droit souple », dans *Association Henri Capitant. Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 1.

MERCIER, S., « Les chartes et codes éthiques - Quel contenu pour quelle utilité ? », (2000) 2 *Cah. jur. fisc. exp.* 295.

MERCURE, D., « Une société monde ? », dans MERCURE, D. (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Ste-Foy, PUL, 2000, p. 10.

MERLE, M. « Le concept de transnationalité », dans *Mélanges René-Jean Dupuy, Humanité et droit international*, Paris, Pédone, 1991.

MICHALET, C.-A., « Les métamorphoses de la mondialisation, une approche économique », dans LOQUIN, É. et C. KESSEDJIAN (dir.), *La mondialisation du droit*, Paris, Litec, 2000, p. 17.

MIE, A.-L., « La place de l'internet et du commerce électronique dans le cadre des négociations multilatérales », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 363.

MINCKE, C., « Effets, effectivité, efficience et efficacité du droit : le pôle réaliste de la validité », (1998) 40 *R.I.E.J.* 115.

MIREZE, P., « Where is everyone going with online dispute resolution (ODR) – Où en est la résolution des litiges en ligne ? », (2002) 2 *RDAI* 167.

MOCKLE, D., « La gouvernance publique et le droit » (2006) 47:1 *C. de D.* 89.

MOCKLE, D., « L'évincement du droit par l'invention de son double : les mécanismes néo-réglementaires en droit public », (2003) 44:3 *C. de D.* 297.

MOCKLE, D., « Gouverner sans le droit ? Mutation des normes et nouveaux modes de régulation », (2002) 43:2 *C. de D.* 143.

MOCKLE, D. « Mondialisation et État de droit », (2000) 41 *C. de D.* 237.

MOCKLE, D., « Crise et transformation du modèle légicentrique », dans BOULAD-AYOUB, J., B. MELKEVIK et P. ROBERT (dir.), *L'amour des lois :*

*La crise de la loi moderne dans les sociétés démocratiques*, Québec/Paris, PUL/L'Harmattan, 1996, p. 17.

MONCAYO VON HASE, A., « Litiges relatifs au commerce électronique et à l'arbitrage : obstacles juridiques et enjeux », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 595.

MORAND, C.-A., « La contractualisation du droit dans l'état providence », dans CHAZEL, F. et J. COMMAILLE (dir.), *Normes juridiques et régulation sociale*, Paris, L.G.D.J., 1991, p.139.

MORAND, C.-A., « Régulation, complexité et pluralisme juridique », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 615.

MORNY, J.-P. et B. DE GROOTE, « « Cyber consommation » et droit international privé », (2009) 37 *R.D.T.I.* 5.

MUIR WATT, H., « Économie de la justice et arbitrage international (Réflexions sur la gouvernance privée dans la globalisation) », (2008) 3 *Rev. arb.* 389, 406.

MUNOZ, S., « Quelques interrogations sur le paiement électronique », (2000) 171 *LPA* 3.

NARIMAN, F. S., « La contribution de la Convention à la mondialisation de l'arbitrage commercial international », dans *Journée de la Convention de New York. L'exécution des sentences arbitrales en vertu de la Convention de New York. Expérience et perspectives*, New York, Nations Unies, 1999, p. 11, disponible à l'adresse : [http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing\\_Arbitration\\_Awards\\_F.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/Enforcing_Arbitration_Awards_F.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

NIMMER, R. T., "Internationally interactive law. Perspectives on trans-border data control from the U.S", dans PÉREZ-ASINARI, M. V. et P. PALAZZI (éd.), *Défis du droit à la protection de la vie privée. Perspectives du droit européen et nord-américain*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 415.

ORLEAN, A., « Sur le rôle respectif de la confiance et de l'intérêt dans la constitution de l'ordre marchand », (1994) 4 *Revue du MA.U.S.S.* 22.

OSMAN, F., « Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexions sur la dégradation des sources privées du droit », (1995) *RTD civ.* 509.

OSMAN, F., « Vers un droit mondial du commerce ? » dans OSMAN, F. (dir.), *The World Trade Organization : towards world trade law?*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 263.

OST, F., « Mondialisation, globalisation, universalisation : s'arracher, encore et toujours, à l'état de nature », dans MORAND, C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 5

OST, F., « Le temps virtuel des lois postmodernes ou comment le droit se traite dans la société de l'information », dans CLAM, J. et G. MARTIN (éd.), *Les transformations de la régulation juridique*, Paris. L.G.D.J., 1998, p. 423.

OST, F. et M. VAN DE KERCHOVE, « De la pyramide au réseau ? Vers un nouveau mode de production du droit ? », (2000) 44 *R.I.E.J.* 1.

PARINI, L., « Introduction », dans PARINI, L. (dir.), *États et mondialisation : stratégies et rôles*, Paris, L'Harmattan, 2001, p. 11.

PARISIEN, S., « La protection accordée aux consommateurs et le commerce électronique », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 177.

PASSA, J., « Commerce électronique et protection du consommateur », (2002) *D. aff.* 555.

PECH, L., « Le droit à l'épreuve de la gouvernance », dans CANET, R. et J. DUCHASTEL (dir.), *La régulation néolibérale : Crise ou ajustement ?*, Outremont, Éditions Athéna, 2004, p. 51.

PENNEAU, A., « Contrat électronique et protection du cybercontractant », (2004) 96 *LPA* 3.

PÉREZ-ASINARI, M. V., « International aspects of personal Data protection Quo vadis EU? », dans PÉREZ-ASINARI, M. V. et P. PALAZZI (éd.), *Défis du droit à la protection de la vie privée. Perspectives du droit européen et nord-américain*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 381.

PERRET, L., « La Convention interaméricaine sur la Loi applicable aux contrats internationaux adoptée par la C.I.D.I.P.-V avec des notes explicatives », (1994) 25 *R.G.D.* 625.

PERRITT, H. H., « Towards a Hybrid Regulatory Scheme for the Internet », (2001) *U. Chi. Legal F.* 215.

PERRITT, H. H., « Dispute resolution in cyberspace: demand for new forms of ADR », (2000) 15 *Ohio St. J. on Disp. Resol.* 675.

PERROT, R., « L'arbitrage, une autre justice ? » (2003) 197 *LPA* 32.

PHILPOTT, D., "Sovereignty : An Introduction and Brief History", (1995) 48 *J. Int'l L. & For. Aff.* 353.

PIRONON, V., « Les nouveaux défis du droit international privé : site actif, site passif, activité dirigée ? », dans ROCHFELD, J. (dir.), *Les nouveaux défis du commerce électronique*, Paris, L.G.D.J./Lextenso, 2010, p. 94.

PIRONON, V., « L'Internet et la mondialisation », (2007) 307 *Gaz. Pal.* 11.

PITSEYS, J., « Le concept de gouvernance », (2010) 65 *R.I.E.J.* 207.

POILLOT-PERUZZETTO, S., « Les méthodes de la C.N.U.D.C.I., le choix de l'instrument », (2003) 252 *LPA* 43.

PONTIER, J.-M., « La certification, outil de la modernité normative », (1996) *D.* 355.

POULLET, Y., « Tunis et société de l'information : ouverture ou clôture d'un débat », (2006) 24 *R.D.T.I.* 3.

POULLET, Y., « Les aspects juridiques des systèmes d'information », (2006) 10:3 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v10-3/poullet.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

POULLET, Y., « Technologies de l'information et de la communication et « co-régulation » : une nouvelle approche ? », dans POULLET, Y., P. WERY et P. WYNANTS (dir.), *Liber amicorum Michel Coipel*, Bruxelles, Kluwer, 2004, p. 167.

POULLET, Y., "How to regulate Internet : New paradigms for Internet governance self-regulation : value and limits", dans BURKERT, H. *et al.*, *Variations sur le droit de la société de l'information*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 79.

POULLET, Y., « Vers la confiance : vues de Bruxelles, un droit européen de l'Internet ? Quelques considérations sur la spécificité de l'approche réglementaire européenne du cyberspace », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 133.

POULLET, Y. et M. ANTOINE, « Vers la confiance ou comment assurer le développement du commerce électronique », dans VIER, C., (dir.), *L'internet et le droit : droit français, européen et comparé de l'internet*, Paris, Victoires, 2001, p. 443.

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

POULLET, Y., « Quelques considérations sur le droit du cyberspace », dans FUENTES-CAMACHO, T. (dir.), *Les dimensions internationales du droit du cyberspace*, Paris, UNESCO/Economica, 2000, p. 185.

PRICE, M. E. et S. G. VERHULST, "In search of the self: charting the course of self-regulation on the Internet in a global environment", dans MARDSEN, C. (éd.), *Regulating the global information society*, New York, Routledge, 2000, p. 58.

PRIEST, M., "The Privatisation of Regulation: Five models of Self-Regulation", (1998) 2 *Ottawa Law Review* 233.

PRINS, C., "Should ICT régulation be under taken At an international Level?" dans KOOPS, B.-J., M. LIPS, C. PRINS et M. SCHELLEKENS, (éd.), *Starting Points for ICT regulation*, La Haye, T.M.C. Asser press, 2006. p. 151.

PROULX, S. et G. LATZKO-TOTH, « La virtualité comme catégorie pour penser le social : l'usage de la notion de communauté virtuelle », (2000) 32 *Sociologie et sociétés* 2.

PUTMAN, E., « L'éthique de la lex mercatoria », (2008) 12:4 *RRJ* 1855.

RACHLINE, F., « Économie mondialisée et souveraineté étatique », (1998) 600 *Les temps modernes* 173.

RALLET, A. « Commerce électronique ou électronisation du commerce » (2002) 106 *Réseaux* 17.

RANGEON, F., « Réflexions sur l'effectivité du droit », dans LOCHAK, D., (dir.), *Les usages du droit*, Paris, P.U.F., 1989, p. 126.

RAPP, L., « Observations sur l'initiative communautaire en matière de commerce électronique », dans BLANDIN-OBERNESSER, A. (dir.), *L'Union européenne et internet : entre logique de marché et préoccupations citoyennes*, Paris, Apogée, 2001, p. 33.

RAYNARD, J., « De la particularité de certaines sources internationales : l'exemple des lois types de la CNUDCI », (1998) *RTD civ.* 1015.

REIDENBERG, J. R., "Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace", (1996) 45 *Emory L. J.* 911.

REIDENBERG, J. R., "Lex Informatica: The Formulation of Information Policy. Rules Through Technology", (1998) 76 *Tex. Law Review* 553.

REMICHE, B., « Droit économique, marché et intérêt général », dans *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat, Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 253.

REVET, T. et J. ROCHFELD, « Droit des contrats, loi, régulation, autorégulation et corégulation », (2004) 4 *Revue des contrats* 915.

RIFFARD, J.-F., « Mondialisation de l'économie et internationalisation du droit des affaires : une abdication de l'État de droit ? » dans MOCKLE, D. (dir.), *Mondialisation et État de droit*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 275.

RIGAUX, F., « Examen de quelques questions laissées ouvertes par la Convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles », (1988) *Cah. dr. eur.* 306.

RUIZ-FABRI, H., « Immatérialité, territorialité et État », (1999) 43 *Arch. phil. droit* 187.

ROCHFELD, J., « Les rapports entre la régulation et le contrat renouvelés par l'Internet », dans FRIZON-ROCHE, M.-A. (dir.), *Les risques de régulation*, Paris, Presses de Sciences Po et Dalloz, 2005, p. 209.

ROCHER, G., « La mondialisation : un phénomène pluriel », dans MERCURE, D. (dir.), *Une société-monde ? Les dynamiques sociales de la mondialisation*, Ste-Foy, PUL, 2000, p. 17.

ROCHER, G., « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91.

ROCHER, G., « Les « phénomènes d'« internormativité » : faits et obstacles », dans BELLEY, J.-G. (dir.), *Le droit soluble : Contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, Paris, L.G.D.J., 1995, p. 25.

ROJINSKY, C., « Cyberspace et nouvelles régulation technologiques », (2001) 10 *D.* 844.

SALAH, M. M., « La mise en concurrence des systèmes juridiques nationaux, réflexions sur l'ambivalence des rapports du droit et de la mondialisation », (2000) 1 *RIDE* 251.

SALAH, M. M., « Les transformations de l'ordre public économique. Vers un ordre public régulateur ? », dans *Mélanges en l'honneur de Gérard Farjat*.

*Philosophie du droit et droit économique. Quel dialogue ?*, Paris, Éditions Frison-Roche, 1999, p. 26.

SALUDJIAN, A., « Critiques du Régionalisme Ouvert à partir de l'économie géographique appliquée au Mercosur », (2005) 4 :2 *Journal of Latin American Geography* 77.

SAUMIER, G., « La sphère d'application de l'article 3149 C.c.Q. et le consommateur québécois », (2007) 37 *R.G.D.* 463.

SCHELLEKENS, M. H. M., « les collèges d'arbitrage et le commerce électronique », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 619.

SCHMIDT, D., « Vers l'émergence d'un droit mondial ? », (2000) 139 *LPA* 10.

SCHULTZ, T., D. PROTOPSALTOU et N. MAGNENAT-THALMANN, "Taking the fourth party further? Considering a shared virtual workspace for arbitration", (2006) 15:2 *Information & Communications Technology Law* 157.

SCHULTZ, T., « eBay : un système juridique en formation ? » (2005) 22 *R.D.T.I.* 27.

SCHULTZ, T., « Online Dispute Resolution (ODR) : résolution des litiges et *ius numericum* », (2002) 48 *R.I.E.J.* 153.

SENDEN, L., "Soft law, self-regulation and co-regulation in european law: Where Do They Meet?", (2005) 9:1 *Electronic Journal of Comparative Law* 1, disponible à l'adresse : <<http://www.ejcl.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

SÉVÉRINO, J.-M., « Déréglementation et régulation », dans BARRET-DUCROCQ, F. (dir.), *Quelle Mondialisation ?*, Paris, Bernard Grasset, 2001, p. 300.

SERVET, J.-M., « Le chapeau », dans BERNOUX, P. et J.-M. SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, AEF/Montchrestien, 1997, p. 17.

SERVET, J.-M., « Paroles données : le lien de confiance », (1994) 4 *Revue du M.A.U.S.S.* 37.

SIBRA, B., « La notion de réseau : questions pour une réflexion juridique », (2004) 3 *RRJ* 1671.

SIEMS, M. M., "The EU directive on electronic signatures: a worldwide model or a fruitless attempt to regulate the future?", (2002) 16 *International Review of Law, Computers & Technology* 7.

SIMOULIN, V., « La gouvernance et l'action publique : le succès d'une forme simmélienne », (2003) 54 *Droit et société* 307.

SIROËN, J.-M., « Négociations commerciales multilatérales et cycle de Doha : les leçons d'un échec annoncé », (2011) 2:16 *Négociations* 9.

SLAWSON, D. W., "New Meaning of Contract: The Transformation of Contracts Law by Standard Forms", (1984-1985) 46 *U. Pitt. L. Rev.* 21.

SORIEUL, R., « La loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques (2001) », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le Droit International de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 403.

STUBBS, R., "Asia-Pacific regionalism versus globalization", dans COLEMAN, W. D. et G. R. D. UNDERHILL (éd.), *Regionalism and global economic integration*, Londres/New York, Routledge, 1998, p. 68.

THIBIERGE, C., « Conclusion. Le concept de force normative », dans THIBIERGE C. et al. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 813.

THIBIERGE, C., « Synthèse. Le concept de force normative », dans THIBIERGE, C. et al. (dir.), *La force normative. Naissance d'un concept*, Paris/Bruxelles, L.G.D.J./Bruylant, 2009, p. 741.

THIBIERGE, C., « Rapport de synthèse », dans *Association Henri Capitant, Journées nationales Tome XIII/Boulogne-sur-Mer, Le droit souple*, Paris, Dalloz, 2009, p. 141.

THIBIERGE, C., « Le droit souple. Réflexion sur les textures du droit », (2003) 4 *RTD civ.* 599.

THOENIG, J.-C., « L'usage analytique du concept de régulation », dans COMMAILLE, J. et B. JOBERT (dir.), *Les métamorphoses de la régulation politique*, Paris, L.G.D.J., 1998, p. 35.

TILMAN, V., « Arbitrage et nouvelles technologies : Alternative Cyberdispute Resolution », (1999) 2 *Ubiquité* 47.

TIMSIT, G., « La régulation - La notion et le phénomène », (2004) 109 *RFAP* 5.

TIMSIT, G., « Les deux corps du droit - Essai sur la notion de régulation », (1996) 78 *RFAP* 375.

TIMSIT, G., « Sur l'engendrement du droit », (1988) *RDP* 39.

THIVEAUD, J.-M., « Des formes complexes de la confiance : confiance, alliance, pacte, serment, etc. », dans BERNOUX, P. et J.-M. SERVET (dir.), *La construction sociale de la confiance*, Paris, Montchrétien, 1997, p. 5.

THOUMYRE, L., « L'échange des consentements dans le commerce électronique », (1999) 5:1 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <<http://www.lex-electronica.org/articles/v5-1/thoumfr.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

THUDEROZ, C., « Introduction au propos : la confiance en question », dans MANGEMATIN, V. et C. THUDEROZ (dir.), *Des mondes de confiance. Un concept à l'épreuve de la réalité sociale*, Paris, CNRS, 2003, p. 19.

TORRE, D. et É. TOSI, « Nouvelle économie et nouveaux modes de coordination », dans BEN YOUSSEF, A. et L. RAGNI (coord.), *Nouvelle économie, organisations et modes de coordination*, Paris, L'Harmattan, 2004, p. 45.

TRAKMAN, L. E., "From the Medieval Law Merchant to E. Merchant Law", (2003) 53 *U.T.L.J.* 265.

TROPER, M., « Souveraineté », dans ARNAUD A.-J. (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de sociologie et de théorie du droit*, 2<sup>e</sup> éd., Paris, L.G.D.J., 1993, p. 580.

TRUDEL, P., « La régulation du web 2.0 », (2008) 32 *R.D.T.I.* 283.

TRUDEL, P., « L'influence d'Internet sur la production du droit », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 89.

TRUDEL, P., « L'élaboration des règles de conduite pour les environnements Internet : éléments de méthode », dans POULIN, D., É. LABBÉ, F. JACQUOT et J.-F. BOURQUE (dir.), *Guide juridique du commerçant électronique*, Montréal, Thémis, 2003, p. 287.

TRUDEL, P., « Les mutations du droit à l'âge numérique », dans FISCHER, H. (dir.), *Les défis du cybermonde*, Québec, PUL, 2003, p. 51.

TRUDEL, P., « Le droit d'Internet au Canada », dans VIER, C. (dir.), *L'internet et le droit : Droit français, européen et comparé de l'Internet*, Paris, Victoires, 2001, p. 157.

TRUDEL, P., « La Lex Electronica », dans MORAND, C.-A. (dir.), *Le droit saisi par la mondialisation*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 221.

TRUDEL, P., « Quel droit et quelle régulation dans le cyberspace ? », (2000) 32:2 *Sociologie et sociétés* 190.

TRUDEL, P., « Introduction au droit du commerce électronique sur l'Internet », (1995) *R. du B.* 521.

TRUDEL, P., « Les effets juridiques de l'autoréglementation », (1988) 19:1 *R.D.U.S.* 247.

ULLRICH, H., « La mondialisation du droit économique : vers un nouvel ordre public économique. Rapport introductif », (2003) 3 *RIDE* 291.

VALENDUC, G., « Nouvelles technologies, nouvelle économie et cycles longs », dans PEETERS, A. et D. STOKKINK (dir.), *Mondialisation. Comprendre pour agir*, Bruxelles, Éditions GRIP, 2002, p. 76.

VALLÉE, P.-H. et E. MACKAAY, « La confiance Sa nature et son rôle dans le commerce électronique », (2006) 11:2 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_47.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_47.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

VAN DE KERCHOVE, M., « La pyramide est-elle toujours debout ? », dans *Mélanges Paul Amselek*, Bruxelles, Bruylant, 2005, p. 471.

VAN OVERSTRAETEN, T., « Droit applicable et juridiction compétente sur Internet », (1998) 3 *RDAl* 387.

VANDELLI, L., « La fin de l'Etat-nation ? », (2003) 105/106 *RFAP* 183.

VANDERLINDEN, J., « Vers une nouvelle conception du pluralisme juridique », (1993) 2 *RRJ* 573.

VEEDER, V. V., « l'indépendance et l'impartialité de l'arbitre dans l'arbitrage international », dans CADIET, L., T. CLAY et E. JEULAND (dir.), *Médiation et arbitrage. Alternative Dispute Resolution. Alternative à la justice ou justice alternative ? Perspectives comparatives*, Paris, Lexis Nexis, 2005, p. 219.

VERMEYS, N. W., K. BENYEKHEF et V. GAUTRAIS, « Réflexions juridiques autour de la terminologie associée aux places d'affaires électroniques », (2004) 38:3 *RJT* 641.

VICENTE, A., « La convergence de la sécurité informationnelle et la protection des données à caractère personnel : Vers une nouvelle approche juridique », (2004) 9:1 *Lex Electronica*, disponible à l'adresse : <[http://www.lex-electronica.org/docs/articles\\_114.pdf](http://www.lex-electronica.org/docs/articles_114.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

VIRALLY, M., « Un tiers-droit ? Réflexions théoriques », dans *Études offertes à Berthold Goldman. Le droit des relations économiques internationales*, Paris, Litec, 1982, p. 373.

VIVANT, M., « Internet et modes de régulation », dans MONTERO, É. (dir.), *Internet face au droit*, Bruxelles, Story Scientia, 1997, p. 215.

WARUSFEL, B., « Aspects juridiques de la dématérialisation des échanges dans le commerce électronique », (2004) *27 LPA* 17.

WALLIS, D., « Qu'est-ce qui lie droit européen et droit international - Au-delà des principes du pays d'origine et du pays de destination », dans CHATILLON, G. (dir.), *Le droit international de l'Internet*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 115.

YU, H.-L. et M. NASIR, "Can Online Arbitration Exist Within the Traditional Arbitration Framework", (2003) *20 Journal of arbitration* 455.

ZANOBETTI, A., « Le droit des contrats dans le commerce électronique international », (2000) *5 RDAI* 533.

## Articles et lettres électroniques

BARLOW, J. P., « Déclaration d'indépendance du Cyberspace », Davos, 8 février 1996, disponible à l'adresse : <<http://www.cairn.info/libres-enfants-du-savoir-numerique--9782841620432-p-47.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

CALLIESS, G.-P., "Transnational consumer law: co-regulation of B2C-e-commerce", (2007) 3:3 *CLPE Research Paper*, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=988612](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=988612)> (consulté le 6 juillet 2013).

CAPRIOLI, É. A., « Aperçus sur le droit du commerce électronique international », disponible à l'adresse : <<http://www.caprioli-avocats.com/commerce-electronique-et-internet/68-aperçu-droit-commerce-electronique>> (consulté le 6 juillet 2013)

CHASSIGNEUX, C., « Guide pour l'élaboration d'une politique de confidentialité », Chaire L.R. Wilson sur le droit des technologies de l'information et du commerce électronique, 2008, disponible à l'adresse :

<[http://www.chairelrwilson.ca/documents/guide\\_pol\\_conf.pdf](http://www.chairelrwilson.ca/documents/guide_pol_conf.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

CORTÉS, P., “The Potential of Online Dispute Resolution as a Consumer Redress Mechanism”, juillet 2007, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=998865](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=998865)>, (consulté le 6 juillet 2013).

DELMAS-MARTY, M., « La dimension sociale de la mondialisation et les transformations du champ juridique », Organisation internationale du travail, Institut international d'études sociales, 2007, disponible à l'adresse : <<http://www.ilo.org/public/french/bureau/inst/download/delmas.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

DELMAS-MARTY, M., « Les nouveaux lieux et les nouvelles formes de régulation des conflits », disponible à l'adresse : <<http://www.reds.msh-paris.fr/communication/textes/cplx01.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

ESSERS, L., “ICANN keeps control over IANA Internet root”, *Computer World*, 6 juillet 2012, disponible à l'adresse : <<http://cw.com.hk/news/icann-keeps-control-over-iana-internet-root>> (consulté le 6 juillet 2013).

FARRELL, H., “Regulating Information Flows: States, Private Actors and E-Commerce”, (2006) *CLPE Research Paper n° 01-4*, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=885376](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=885376)> (consulté le 6 juillet 2013).

GUILMAIN, A., « FAQ: Règlement relatif au règlement en ligne des litiges de consommation (Règlement relatif au RLLC) », *Document de travail du Laboratoire de cyberjustice n° 6*, février 2013, disponible à l'adresse : <[http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP006\\_RLLC2013\\_fr.pdf](http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP006_RLLC2013_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

HÖRNLE, J., “Encouraging Online Dispute Resolution in the EU and Beyond - Keeping Costs Low or Standards High?”, (2012) *Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper n° 122/2012*, disponible à l'adresse : <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2154214](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2154214)> (consulté le 6 juillet 2013).

HUYNH-QUAN-SUU, C., « Étymologie du terme « gouvernance » », disponible à l'adresse : <[http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/governance/docs/doc5_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

IZAWA, E., “The Word Wide Web for the Clueless”, (2004) *Massachusetts Institute for Technology*, disponible à l’adresse :  
<<http://www.mit.edu/~rei/wwwintro.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

KESAN, J. P. et A. A. GALLO, “Optimizing regulation of electronic commerce”, (2003) *Illinois Law and Economics Working Papers Series, Working Paper n° LE02-001*, disponible à l’adresse :  
<[http://www.researchgate.net/publication/228231552\\_Optimizing\\_Regulation\\_of\\_Electronic\\_Commerce/file/79e41510298ba875ef.pdf](http://www.researchgate.net/publication/228231552_Optimizing_Regulation_of_Electronic_Commerce/file/79e41510298ba875ef.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

LACROIX, D., “Governance of Top Level Domains (TLDs): a failed revolution?”, (2013), disponible à l’adresse :  
<[http://internetscienceconference.files.wordpress.com/2013/04/internet\\_science\\_conference\\_proceedings.pdf](http://internetscienceconference.files.wordpress.com/2013/04/internet_science_conference_proceedings.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

LAPOINTE, A. et C. GENDRON, *Vers un nouveau partage des pouvoirs de régulation*, Chaire de responsabilité sociale et de développement durable, Université du Québec à Montréal, 2003, disponible à l’adresse :  
<<http://www.dhdi.free.fr/recherches/gouvernance/articles/lapointegendronregulation.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

O'REILLY, T., “What Is Web 2.0 Design Patterns and Business Models for the Next Generation of Software”, 2005, disponible à l'adresse :  
<<http://oreilly.com/web2/archive/what-is-web-20.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

PAQUET, G., *Le droit à l'épreuve de la gouvernance*, Centre d'études en gouvernance de l'Université d'Ottawa, 2000, disponible à l’adresse :  
<[http://gge.unb.ca/Research/GEG/OceanGov/documents/ledroit\\_lepreuve.pdf](http://gge.unb.ca/Research/GEG/OceanGov/documents/ledroit_lepreuve.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

RIEGEBAUER, R., “Self-Regulation of E-commerce in Europe – Time to think small. Building SMEs trust and confidence in the electronic marketplace”, mai 2004, disponible à l’adresse :  
<[http://www.estig.ipbeja.pt/~ac\\_direito/Timetothinksmall.pdf](http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/Timetothinksmall.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

SOUISSI, H., « La résolution des litiges en ligne dans les opérations électroniques internationales », *Document de travail du Laboratoire de cyberjustice n° 5*, 4 mars 2013, disponible à l’adresse :  
<[http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP005\\_Document\\_StrategiqueCNUDCI20130304\\_fr.pdf](http://www.laboratoiredecyberjustice.org/Content/documents/WP005_Document_StrategiqueCNUDCI20130304_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

THIBAUDEAU, L., « L’entrée en vigueur des dispositions du Projet de loi 48 modifiant la Loi sur la protection du consommateur et les hyperliens », 2007, disponible à l’adresse : <<http://www.lavery.ca/publications/nos-publications/fiche->

juridique/l-entree-en-vigueur-des-dispositions-du-projet-de-loi-48-modifiant-la-loi-sur-la-protection-du-consommateur-et-les-hyperliens/?newLang=fr#.UcxD0tgXcmU> (consulté le 6 juillet 2013).

TRUDEL, P., « La régulation d'Internet : gestion de risques et normativités en réseaux », disponible à l'adresse : <<http://www.chairelrwilson.ca/cours/drt6906/RegulInternetmodelereso.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

## **Table des instruments légaux**

### **Canada**

*Loi sur la protection des renseignements personnels et les documents électroniques*, L.C. 2000, c. 5, disponible à l'adresse : <<http://lois-laws.justice.gc.ca/fra/lois/p-8.6/index.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

### **Provincial (Québec)**

*Loi sur la protection des renseignements personnels dans le secteur privé*, L.R.Q., Ch. P-39.1, disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P\\_39\\_1/P39\\_1.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_39_1/P39_1.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

*Loi sur la protection du consommateur*, L.R.Q., c. P-40.1, disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P\\_40\\_1/P40\\_1.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=/P_40_1/P40_1.html)> (consulté le 6 juillet 2013)

*Règlement d'application de la Loi sur la protection du consommateur*, R.R.Q., c. P-40.1, r. 1, disponible à l'adresse : <[http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=%2F%2FP\\_40\\_1%2FP40\\_1R3.html](http://www2.publicationsduquebec.gouv.qc.ca/dynamicSearch/telecharge.php?type=2&file=%2F%2FP_40_1%2FP40_1R3.html)> (consulté le 6 juillet 2013)

## **Provincial (Colombie-Britannique)**

*Civil Resolution Tribunal Act*, Bill 44-2012, disponible à l'adresse : <[http://www.leg.bc.ca/39th4th/1st\\_read/gov44-1.htm](http://www.leg.bc.ca/39th4th/1st_read/gov44-1.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

## **Internationaux et régionaux**

*Accord général sur le commerce des services de 1994* [AGCS], Annexe 1B de l'Accord instituant l'OMC.

*Accord sur les aspects des droits de propriété intellectuelle qui touchent au commerce de 1994* [ADPIC], Annexe 1C de l'Accord instituant l'OMC.

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur le commerce électronique et Guide pour son incorporation*, (avec article 5 bis tel qu'ajouté en 1998), Nations Unies, 1999, disponible à l'adresse :

<[http://www.cnudci.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451\\_Ebook.pdf](http://www.cnudci.org/pdf/french/texts/electcom/05-89451_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur les signatures électroniques et Guide pour son incorporation 2001*, Nations Unies, 2002, disponible à l'adresse : <<http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/ml-elecsign-f.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention des Nations Unies sur l'utilisation de communications électroniques dans les contrats internationaux*, Nations Unies, 2007, disponible à l'adresse :

<[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/electcom/06-57453_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013)

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international 1985 avec les amendements adoptés en 2006*, Nations Unies, 2008, disponible à l'adresse :

<[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999\\_Ebook.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/ml-arb/07-86999_Ebook.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Convention des Nations Unies pour la reconnaissance et*

*l'exécution des sentences arbitrales étrangères*, Nations Unies, 1958, disponible à l'adresse :

<[http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII\\_1\\_f.pdf](http://www.uncitral.org/pdf/french/texts/arbitration/NY-conv/XXII_1_f.pdf)>

(consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL, *Résolution des litiges en ligne dans les opérations internationales de commerce électronique: projet de Règlement de procédure*, A/CN.9/WG.III/WP.119, disponible à l'adresse :

<[http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working\\_groups/3Online\\_Dispute\\_Resolution.html](http://www.uncitral.org/uncitral/fr/commission/working_groups/3Online_Dispute_Resolution.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Décision de la Commission du 26 juillet 2000 conformément à la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil relative à la pertinence de la protection assurée par les principes de la «sphère de sécurité» et par les questions souvent posées y afférentes, publiés par le ministère du commerce des États-Unis d'Amérique*, Journal officiel n° L 215 du 25/08/2000, p. 0007-0047, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000D0520:FR:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 97/489/CE de la Commission du 30 juillet 1997 relative aux opérations effectuées au moyen d'instruments de paiement électronique, en particulier la relation entre émetteur et titulaire*, Journal officiel n° L 208 du 02/08/1997, p. 0052-0058, disponible à l'adresse : <[http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997H0489&model=guichett](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&lg=FR&numdoc=31997H0489&model=guichett)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 98/257/CE de la Commission du 30 mars 1998 concernant les principes applicables aux organes responsables pour la résolution extrajudiciaire des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 115 du 17/04/1998, p. 0031-0034, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998H0257:FR:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Recommandation 2001/310/CE de la Commission du 4 avril 2001 relative aux principes applicables aux organes extrajudiciaires chargés de la résolution consensuelle des litiges de consommation*, Journal officiel n° L 109 du 19/04/2001, p. 0056-0061, disponible à l'adresse :

<[http://ec.europa.eu/consumers/redress/out\\_of\\_court/adr/acce\\_just12\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/redress/out_of_court/adr/acce_just12_fr.pdf)>

(consulté le 6 juillet 2013).

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, *Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Journal officiel n° L 266 du 9/10/1980, p. 0001-0019, disponible à l'adresse : <[402](http://eur-</a></p></div><div data-bbox=)

[lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:FR:HTML](http://lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:41980A0934:FR:HTML)>  
(consulté le 6 juillet 2013).

COMMUNAUTÉ ÉCONOMIQUE EUROPÉENNE, *Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel n° L 299 du 31/12/1972, p. 0032-0042, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:1972:299:0032:0045:FR:PDF>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

CONFÉRENCE DE LA HAYE DE DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ, *Convention sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporels*, 15 juin 1955, disponible à l'adresse : <http://www.hcch.net/upload/conventions/txt03fr.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*, Journal officiel n° L 012 du 16/01/2001 p. 0001-0023, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:2001R0044:20070101:FR:PDF>> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Résolution du Conseil du 25 mai 2000 relative à un réseau au niveau communautaire d'organes nationaux chargés du règlement extrajudiciaire des litiges de consommation*, Journal officiel n° C 155 du 06/06/2000, p. 0001-0002, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000Y0606%2801%29:FR:HTML>> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSEIL DE L'EUROPE, *Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel*, Strasbourg, 28 janvier 1981, disponible à l'adresse : <http://conventions.coe.int/treaty/fr/treaties/html/108.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

COOPÉRATION ÉCONOMIQUE DE LA ZONE ASIE-PACIFIQUE, *Privacy framework*, 2004, disponible à l'adresse : <http://www.apec.org/Glossary.aspx>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection des consommateurs dans le contexte du commerce électronique*, 9 décembre 1999, C(99)184/FINAL, disponible à l'adresse : <http://www.oecd.org/fr/internet/consommateurs/34023530.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation de l'OCDE relative à la coopération transfrontière dans l'application des législations protégeant la vie privée*, 12 juin 2007, disponible à l'adresse :

<<http://www.oecd.org/fr/internet/ieconomie/38876531.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013)

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux Lignes directrices régissant la protection des consommateurs contre les pratiques commerciales transfrontières frauduleuses et trompeuses*, 11 juin 2003, disponible à l'adresse :

<<http://www.oecd.org/internet/consumer/2956464.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation du Conseil relative aux lignes directrices régissant la protection de la vie privée et les flux transfrontières de données de caractère personnel*, 23 septembre 1980, disponible à l'adresse :

<<http://www.oecd.org/fr/sti/ieconomie/lignesdirectricesdelocdesurlaprotectiondela viepriveeetlesfluxtransfrontieresdedonneesdecaracterepersonnel.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Recommandation sur le règlement des litiges de consommation et leur réparation*, Paris, 12 juillet 2007, disponible à l'adresse :

<<http://www.oecd.org/fr/internet/consommateurs/38960185.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Convention interaméricaine sur la loi applicable aux contrats internationaux*, 17 mars 1994, disponible à l'adresse :

<[http://www.oas.org/dil/CIDIPV\\_convention\\_internationalcontracts.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIPV_convention_internationalcontracts.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DES ÉTATS AMÉRICAINS, *Legislative Guidelines and Model Laws on Consumer Redress Mechanism*, US Proposal to the OAS Seventh Inter-American Specialized Conference on Private International Law (CIDIP-VII), disponible à l'adresse :

<[http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII\\_consumer\\_protection\\_united\\_states.htm](http://www.oas.org/dil/CIDIP-VII_consumer_protection_united_states.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT, CONSEIL ET COMMISSION EUROPÉENNE, *Accord interinstitutionnel : « Mieux légiférer »*, 16 décembre 2003, Journal officiel n° C 321 du 31/12/2003, p. 0001-0005, disponible à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/c\\_321/c\\_32120031231fr00010005.pdf](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/site/fr/oj/2003/c_321/c_32120031231fr00010005.pdf) (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Journal officiel n° L 177 du 04/07/2008, p. 0006-0016, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32001R0044:FR:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 1999/93/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 1999 sur un cadre communautaire pour les signatures électroniques*, Journal officiel n° L 13 du 19/01/2000, p. 0012-0020, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31999L0093:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur*, Journal officiel n° L 178 du 17/07/2000, p. 0001-0016, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32000L0031:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance*, Journal officiel n° L 144 du 04/06/1997, p. 0019-0027, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0007:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPEEN ET CONSEIL, *Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la Directive 93/13/CEE du Conseil et la Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la Directive 85/577/CEE du Conseil et la Directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil*, Journal officiel n° L 304 du 22/11/2011, p. 0064-0088, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2011:304:0064:0088:FR:PDF> > (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil du 24 octobre 1995 relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, Journal officiel n° L 281 du 23/11/1995, p. 0031-0050, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31995L0046:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 97/66/CE du Parlement européen et du Conseil du 15 décembre 1997 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des télécommunications*, Journal officiel n° L 024 du 30/01/1998, p. 0001-0008, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31997L0066:fr:HTML> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques*, Journal officiel n° L 201 du 31/07/2002, p. 0037-0047, disponible à l'adresse : [http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga\\_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=fr](http://eur-lex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexapi!prod!CELEXnumdoc&numdoc=32002L0058&model=guichett&lg=fr) (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Proposition de Règlement du Parlement Européen et du Conseil du 25 janvier 2012 relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données*, COM(2012) 11 final, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0010:FIN:FR:PDF> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Directive 2013/11/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relative au règlement extrajudiciaire des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE*, Journal officiel n° L 165 du 18/06/2013, p. 0063-0079, disponible à l'adresse : <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2013:165:0063:0079:FR:PDF> (consulté le 6 juillet 2013).

PARLEMENT EUROPÉEN ET CONSEIL, *Règlement n° 524/2013/UE du parlement européen et du Conseil du 21 mai 2013 relatif au règlement en ligne des litiges de consommation et modifiant le règlement (CE) n° 2006/2004 et la directive 2009/22/CE*, Journal officiel n° L 165 du 18/06/2013, p. 0001-00012, disponible à l'adresse :

<<http://register.consilium.europa.eu/pdf/fr/12/pe00/pe00080-re01.fr12.pdf>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

*Traité de Rome instituant la Communauté européenne*, 25 mars 1957, disponible à l'adresse : <<http://eur-lex.europa.eu/fr/treaties/dat/11957E/tif/11957E.html>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

## Documents des organismes publics et rapports

AFFAIRES ÉTRANGÈRES, COMMERCE ET DÉVELOPPEMENT CANADA, *Négociations en vue d'un accord économique et commercial global entre le Canada et l'Union européenne. État des négociations*, disponible à l'adresse : <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/eu-ue/negotiations-negociations.aspx?lang=fra>> (consulté le 6 juillet 2013).

AUSTRALIAN COMPETITION AND CONSUMER COMMISSION, *Guidelines for developing effective voluntary industry codes of conduct*, disponible à l'adresse : <<http://transition.accc.gov.au/content/item.phtml?itemId=658186&nodeId=8c401ba4a594710cd4cb4bcd45c13340&fn=Guidelines%20for%20developing%20effective%20voluntary%20industry%20codes%20of%20conduct.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

BANQUE MONDIALE, *The Worldwide Governance Indicators (WGI) project*, disponible à l'adresse : <<http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.asp>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

CLINTON, W. J. et A. GORE Jr., "A framework for global electronic commerce", Memorandum de la Maison Blanche, World Wide Web Consortium, 1<sup>er</sup> juillet 1997, disponible à l'adresse : <<http://www.w3.org/TR/NOTE-framework-970706.html>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION EUROPÉENNE, *Négociations UE/États-Unis sur le commerce et l'investissement*, disponible à l'adresse : <[http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index\\_fr.htm](http://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ttip/index_fr.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSARIAT GÉNÉRAL DU PLAN, *L'intégration régionale. Une nouvelle voie pour l'organisation de l'économie mondiale ?*, Bruxelles, De Boeck Université, 2001.

COLLIN, P., et N. COLIN, *Mission d'expertise sur la fiscalité de l'économie numérique*, Rapport au Ministre de l'économie et des finances, au Ministre du redressement productif, au ministre délégué chargé du budget et à la Ministre déléguée chargée des petites et moyennes entreprises, de l'innovation et de l'économie numérique, Paris, janvier 2013, disponible à l'adresse : <[http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique\\_2013.pdf](http://www.redressement-productif.gouv.fr/files/rapport-fiscalite-du-numerique_2013.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

FORUM DES DROITS SUR L'INTERNET, *Commerce entre particuliers sur l'internet. Quelles obligations pour les vendeurs et les plates-formes de mise en relation ?*, 8 nov. 2005, disponible à l'adresse : <<http://www.foruminternet.org/telechargement/documents/reco-pap-20051108.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

GEIST, M., *Y a-t-il un « là » là ? Pour plus de certitude juridique en rapport avec la compétence judiciaire à l'égard d'Internet*, étude commandée par la Conférence pour l'harmonisation des lois au Canada et Industrie Canada, disponible à l'adresse : <[http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist\\_fr.pdf/\\$FILE/geist\\_fr.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/geist_fr.pdf/$FILE/geist_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

GROUPEMENT EUROPÉEN D'INTÉRÊT ÉCONOMIQUE, LEX FORI, *La meilleure pratique dans le recours à des normes juridiques « douces » et son application aux consommateurs au sein de l'Union Européenne* [Ressource électronique], disponible à l'adresse : <[http://www.lexfori.net/soft-law\\_fr.htm](http://www.lexfori.net/soft-law_fr.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, *La détermination de la compétence juridictionnelle dans les transactions transfrontalières entre marchands et consommateurs: un document de consultation*, disponible à l'adresse : <[http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/ca01862f.pdf/\\$FILE/ca01862f.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/ca01862f.pdf/$FILE/ca01862f.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Code canadien de pratiques pour la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, disponible à l'adresse : <[http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003\\_fr.pdf/\\$FILE/EcommPrinciples2003\\_fr.pdf](http://cmcweb.ca/eic/site/cmc-cmc.nsf/vwapj/EcommPrinciples2003_fr.pdf/$FILE/EcommPrinciples2003_fr.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LA CONSOMMATION ET LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Principes régissant la protection des consommateurs dans le commerce électronique*, disponible à l'adresse : <[http://strategis.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/h\\_ca01194f.html](http://strategis.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwGeneratedInterF/h_ca01194f.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, LE BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Un cadre d'évaluation pour les codes volontaires*, disponible à l'adresse : <[http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/\\$FILE/evaluf.pdf](http://strategis.ic.gc.ca/epic/internet/inoca-bc.nsf/vwapj/evaluf.pdf/$FILE/evaluf.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013)

INDUSTRIE CANADA, LE BUREAU DE LA CONSOMMATION, *Les codes volontaires: Guide d'élaboration et d'utilisation*, disponible à l'adresse : <<http://www.ic.gc.ca/eic/site/oca-bc.nsf/fra/ca00963.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, GROUPE DE TRAVAIL SUR LE COMMERCE ÉLECTRONIQUE, *Politique cadre en matière de cryptographie aux fins du commerce électronique : Pour une économie et une société de l'information au Canada*, février 1998, disponible à l'adresse : <[http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/vwapj/cryptographie.pdf/\\$file/cryptographie.pdf](http://www.ic.gc.ca/eic/site/ecic-ceac.nsf/vwapj/cryptographie.pdf/$file/cryptographie.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

JACQUET, P., J. PISANI-FERRY et L. TUBIANA, *Gouvernance mondiale*, Paris, La Documentation française, 2002.

L'UNION DES CONSOMMATEURS, *Le commerce d'informations personnelles profite-t-il au consommateur ?*, Rapport final du projet de recherche présenté au Commissariat à la protection de la vie privée, Juin 2007, disponible à l'adresse : <<http://uniondesconsommateurs.ca/docu/telecom/06-informations-personnelles-f-F.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

MADDISON, A., *L'économie mondiale : Une perspective millénaire*, Centre de développement économique de l'OCDE, Paris, OCDE, 2001.

NATIONAL CONSUMER COUNCIL, *Models of self-regulation, An overview of models in business and the professions*, disponible à l'adresse : <[http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc\\_models\\_self\\_regulation.pdf](http://www.talkingcure.co.uk/articles/ncc_models_self_regulation.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, DIRECTION DE LA GOUVERNANCE PUBLIQUE ET DU DÉVELOPPEMENT TERRITORIAL, *Principaux éléments de la bonne gouvernance*, disponible à l'adresse : <[http://www.oecd.org/document/48/0,2340,fr\\_2649\\_33735\\_1814576\\_1\\_1\\_1\\_1,00.html](http://www.oecd.org/document/48/0,2340,fr_2649_33735_1814576_1_1_1_1,00.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Un monde sans frontières : réaliser le potentiel du commerce électronique global*, Conférence interministérielle d'Ottawa, 7-9 novembre 1998, disponible à l'adresse :

<<http://www.ottawaoecdconference.org/french/information/summary.html>>  
(consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Déclaration des Ministres relative à la protection de la vie privée sur les réseaux mondiaux*, 8 octobre 1998, disponible à l'adresse :  
<<http://acts.oecd.org/Instruments/ShowInstrumentView.aspx?InstrumentID=109&Lang=fr&Book=False>> (consulté le 6 juillet 2013)

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES, *Déclaration sur les flux transfrontières de données*, 11 avril 1985, disponible à l'adresse :  
<<http://www.oecd.org/fr/internet/ieconomie/declarationsurlesfluxtransfrontieresde donnees. htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Déclaration sur le commerce électronique mondial*, Conférence ministérielle, 20 mai 1998, disponible à l'adresse : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/ecom\\_f/mindecl\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/mindecl_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Programme de travail sur le commerce électronique*, Conseil général, 25 septembre 1998, disponible à l'adresse : <[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/ecom\\_f/wkprog\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/ecom_f/wkprog_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Accords commerciaux régionaux*, disponible à l'adresse :  
<[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/region\\_f/region\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/region_f/region_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Système d'information sur les Accords Commerciaux Régionaux (SI-ACR)*, disponible à l'adresse :  
<<http://rtais.wto.org/UI/PublicMaintainRTAHome.aspx>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION MONDIALE DU COMMERCE, *Cycle de Doha* :  
<[http://www.wto.org/french/tratop\\_f/dda\\_f/dda\\_f.htm](http://www.wto.org/french/tratop_f/dda_f/dda_f.htm)> (consulté le 6 juillet 2013).

PAUL, C., *Du droit et des libertés sur l'Internet. La corégulation, contribution française pour une régulation mondiale*, Paris, La Documentation française, 2001.

THERY J.-F. et I. FALQUE PIERROTIN, *Internet et les réseaux numériques*, étude adoptée par l'Assemblée générale du Conseil d'État le 2 juillet 1998, Paris, La documentation française, 1998.

## Documents des organismes privés

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *American Bar Association Task Force on Ecommerce and ADR. Recommended best practices for online dispute resolution service providers*, disponible à l'adresse :

<[http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011\\_build/dispute\\_resolution/best\\_practices\\_final\\_102802.authcheckdam.pdf](http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/2011_build/dispute_resolution/best_practices_final_102802.authcheckdam.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

AMERICAN BAR ASSOCIATION, *Final Report and Recommendations of the American Bar Association's Task Force on Electronic Commerce and Alternative Dispute Resolution, Addressing Disputes in Electronic Commerce*, disponible à l'adresse :

<<http://www.americanbar.org/content/dam/aba/migrated/dispute/documents/FinalReport102802.authcheckdam.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

BUREAU EUROPÉEN DES UNIONS DE CONSOMMATEURS, *eConfidence Project*, 22 octobre 2001, disponible à l'adresse :

<[http://ec.europa.eu/consumers/cons\\_int/e-commerce/e-conf\\_working\\_annexe.pdf](http://ec.europa.eu/consumers/cons_int/e-commerce/e-conf_working_annexe.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

CHAMBRE DE COMMERCE ET D'INDUSTRIE DE PARIS, *Contrat-type de commerce électronique*, dernière mise à jour au 27 mars 2012, disponible à l'adresse :

<<http://www.etudes.cci-paris-idf.fr/telecharger?lien=sites%2Fwww.etudes.cci-paris-idf.fr%2Ffiles%2Fupload%2Fdossiers%2Fcommerce-electronique-contrat-type-1203.pdf>> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSUMERS INTERNATIONAL, *Disputes in Cyberspace. Update of online dispute resolution for consumer in cross-border disputes*, 2001, disponible à l'adresse :

<[www.consumersinternational.org/documentstore/Doc.35.pdf](http://www.consumersinternational.org/documentstore/Doc.35.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSUMERS INTERNATIONAL et THE GLOBAL BUSINESS DIALOGUE ON ELECTRONIC COMMERCE, *Alternative Dispute Resolution Guidelines. Agreement reached between Consumers International and the Global Business Dialogue on Electronic Commerce*, 2003, disponible à l'adresse : <[www.gbd-e.org/pubs/ADR\\_Guideline.pdf](http://www.gbd-e.org/pubs/ADR_Guideline.pdf)> (consulté le 6 juillet 2013).

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE, *Le règlement des litiges en ligne : Meilleures pratiques pour le règlement des litiges en ligne dans les opérations entre entreprises et consommateurs et dans les opérations entre consommateurs (Resolving disputes online, Best practices for Online Dispute*

*Resolution (ODR) in B2C and C2C transactions*, 2003, disponible à l'adresse : <<http://www.iccwbo.org/about-icc/policy-commissions/>> (consulté le 6 juillet 2013).

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, « les 12 conseils de l'EFF pour protéger votre vie privée en ligne », disponible à l'adresse : <[http://www.bugbrother.com/eff/eff\\_privacy\\_top\\_12.html](http://www.bugbrother.com/eff/eff_privacy_top_12.html)> (consulté le 6 juillet 2013).

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION, *Trans Pacific Partnership Agreement*, disponible à l'adresse : <<https://www.eff.org/issues/tpp>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS, *New Generic Top-Level Domain*, disponible à l'adresse : <<http://newgtlds.icann.org/en/>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS, *Principes directeurs régissant le règlement uniforme des litiges relatifs aux noms de domaine – Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* : <<http://www.icann.org/udrp/udrp.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS, *Règles d'application des principes directeurs – Rules for Uniform Domain Name Dispute Resolution Policy* : <<http://www.icann.org/dndr/udrp/uniform-rules.htm>> (consulté le 6 juillet 2013).

THE TRANSATLANTIC CONSUMER DIALOGUE, *Alternative Dispute Resolution in the context of electronic commerce*, disponible à l'adresse : <[http://tacd.org/index.php?option=com\\_content&task=view&id=39&Itemid=65](http://tacd.org/index.php?option=com_content&task=view&id=39&Itemid=65)> (consulté le 6 juillet 2013).

## **Jurisprudence**

### **Canada**

*Dell Computer Corp. c. Union des consommateurs*, [2007] 2 R.C.S. 801.

## **États-Unis**

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

## **Sites Web**

*Amazon* : <<http://www.amazon.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

AMERICAN BAR ASSOCIATION : <[www.americanbar.org/](http://www.americanbar.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION : <[www.adr.org/](http://www.adr.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

*Apple* : <<http://www.apple.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

ASSOCIATION DE LIBRE-ÉCHANGE NORD-AMÉRICAINNE, disponible à l'adresse : <[www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp](http://www.dfait-maeci.gc.ca/nafta-alena/agree-fr.asp)> (consulté le 6 juillet 2013).

ASSOCIATION OF SOUTH EASTERN ASIAN NATIONS : <[www.asean.org/](http://www.asean.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

BANQUE MONDIALE : <<http://www.banquemondiale.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*BBB Accredited Business Seal for the Web* : <<http://www.bbb.org/us/bbb-online-business/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*BBB Code of Online Business Practices* : <<http://www.newyork.bbb.org/bbb-code-of-online-business-practices/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*BBBOnLine* : <<http://www.bbbonline.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*BBB Online Complaint Forum* : <<https://www.bbb.org/file-a-complaint/>> (consulté le 6 juillet 2013)

BETTER BUSINESS BUREAU : <<http://www.bbb.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

CENTRE DE RECHERCHE EN DROIT PUBLIC : <<http://www.crdp.umontreal.ca/fr/>> (consulté le 6 juillet 2013).

CHAMBRE DE COMMERCE INTERNATIONALE : <<http://www.iccwbo.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

COMMISSION DES NATIONS UNIES POUR LE DROIT COMMERCIAL INTERNATIONAL : <<http://www.uncitral.org/>> (consulté le 6 juillet 2013)

COMPUTER PROFESSIONNALS FOR SOCIAL RESPONSABILITY: <[cpsr.org/](http://www.cpsr.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

COMUNIDAD DE ESTADOS LATINOAMERICANOS Y CARIBEÑO : <<http://www.sela.org/view/index.asp?pageMs=97495>> (consulté le 6 juillet 2013).

CONSUMERS INTERNATIONAL : <[www.consumersinternational.org/](http://www.consumersinternational.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

*Cybersettle* : <[www.cybersettle.com](http://www.cybersettle.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

*eBay* : <[www.ebay.com/](http://www.ebay.com/)> (consulté le 6 juillet 2013).

*eConsumer* : <<http://www.econsumer.gov/>> (consulté le 6 juillet 2013).

ELECTRONIC CONSUMER DISPUTE RESOLUTION : <[www.ecodir.org/](http://www.ecodir.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

ELECTRONIC FRONTIER FOUNDATION : <[http://www.eff.org](http://www EFF.org)> (consulté le 6 juillet 2013).

ELECTRONIC PRIVACY INFORMATION CENTER : <<http://www.epic.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

<[escrow.com](http://www.escrow.com)> (consulté le 6 juillet 2013)

EUROCHAMBRES : <<http://www.eurochambres.eu/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Facebook* : <<https://www.facebook.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

FEDERATION OF DIRECT MARKETERS : <<http://www.fedma.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

FEDERAL TRADE COMMISSION : <<http://www.ftc.gov>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Google* : <<http://www.google.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET ASSIGNED NUMBERS AUTHORITY : <[www.iana.org/](http://www.iana.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET CORPORATION FOR ASSIGNED NAMES AND NUMBERS : <<http://www.icann.org>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET ENGINEERING TASK FORCE : <<http://www.ietf.org>> (consulté le 6 juillet 2013).

INDUSTRIE CANADA, BUREAU DE LA CONCURRENCE : <<http://www.bureaudelaconcurrence.gc.ca/eic/site/cb-bc.nsf/fra/Accueil>> (consulté le 6 juillet 2013).

INTERNET SOCIETY : <<https://www.internetsociety.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*MasterCard SecureCode* : <<http://www.mastercard.ca/securecode.html>> (consulté le 6 juillet 2013).

MERCADO COMÚN DEL SUR : <[www.mercosur.int/](http://www.mercosur.int/)> (consulté le 6 juillet 2013).

NATIONAL SCIENCE FOUNDATION : <<http://www.nsf.gov/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Netiquette* : <<http://www.albion.com/netiquette/>> (consulté le 6 juillet 2013).

ORGANISATION DE COOPÉRATION ET DE DÉVELOPPEMENT ÉCONOMIQUES : <<http://www.oecd.org/fr/>> (consulté le 6 juillet 2013).

OFFICE DE LA LANGUE FRANÇAISE, « Le grand dictionnaire terminologique » : <[www.granddictionnaire.com](http://www.granddictionnaire.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

*Paypal* : <<https://www.paypal.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Platform for Privacy Preferences Project* : <<http://www.w3.org/P3P/>> (consulté le 6 juillet 2013).

RÉSEAU INTERNATIONAL DE CONTRÔLE ET DE PROTECTION DES CONSOMMATEURS : <<https://icpen.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Securepay, 3D Secure* : <<http://www.securepay.com.au/products-services/3d-secure/>> (consulté le 6 juillet 2013).

*Secure Sockets Layer* : <<http://www.ssl.com/>> (consulté le 6 juillet 2013).

SOCIETE INTERNATIONALE DE TELECOMMUNICATIONS AERONAUTIQUES : <[www.sita.aero](http://www.sita.aero)> (consulté le 6 juillet 2013).

SOCIETY FOR WORLD WIDE INTERBANK FINANCIAL TRANSACTION : <[www.swift.com](http://www.swift.com)> (consulté le 6 juillet 2013).

THE GLOBAL BUSINESS DIALOGUE ON ELECTRONIC COMMERCE (DIALOGUE MONDIAL DES ENTREPRISES SUR LE COMMERCE ELECTRONIQUE) : <[www.gbde.org/](http://www.gbde.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

THE TRANSATLANTIC CONSUMER DIALOGUE (DIALOGUE TRANSATLANTIQUE DES CONSOMMATEURS) : <[www.tacd.org/](http://www.tacd.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

*TRUSTe* : <<http://www.truste.org/>> (consulté le 6 juillet 2013).

UNIÓN DE NACIONES SURAMERICANAS : <[www.unasursg.org/](http://www.unasursg.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

*Verified by Visa (VbV) Service* : <<http://www.visa.ca/merchant/products-and-services/vbv/index.jsp>> (consulté le 6 juillet 2013).

WORLD WIDE WEB CONSORTIUM : <[www.w3.org/](http://www.w3.org/)> (consulté le 6 juillet 2013).

ZONE DE LIBRE-ECHANGE DES AMERIQUES : <[http://www.ftaa-alca.org/view\\_f.asp](http://www.ftaa-alca.org/view_f.asp)> (consulté le 6 juillet 2013).