

DROIT DU COMMERCE ÉLECTRONIQUE ET NORMES APPLICABLES : L'ÉMERGENCE DE LA *LEX ELECTRONICA*

ELECTRONIC COMMERCE LAW AND APPLICABLE NORMS: THE EMERGENCE OF THE *LEX ELECTRONICA*

Vincent GAUTRAIS*, Guy LEFEBVRE** et Karim BENYEKHFLEF***

I. VERS UNE REVALORISATION DES USAGES DANS LE CYBERESPACE : LA NOTION DE *LEX ELECTRONICA*

I. TOWARDS A REVALUATION OF USAGES IN CYBERSPACE: THE *LEX ELECTRONICA* NOTION

A. La pertinence des usages dans le cadre du commerce électronique

A. The Relevance of Usages in the Context of the Electronic Commerce

1. Les arguments de forme
1. Arguments of Form
2. Les arguments de fond
2. Arguments of Content
3. Une vision appliquée de la *lex electronica*
3. An Applied Vision of the *Lex Electronica*

B. La perception quant à la nature des usages

B. The Perception Relative to the Nature of Usages

1. La perception des usages en droit comparé
1. The Perception of Usages in Comparative Law
 - Les pays de droit civil
– Civil Law Countries
 - Les pays de *common law*
– Common Law Countries
 - Le cas particulier du droit allemand
– The Special Case of German Law
2. La perception des usages en droit commercial international
2. The Perception of Usages in International Commercial Law

* Agent de recherche au Centre de recherche en droit public (C.R.D.P).
LL.M (Montréal), candidat au doctorat à la Faculté de droit de l'Université
de Montréal.

** Professeur et directeur du Centre de droit des affaires et du commerce
international (CDACI) de la Faculté de droit de l'Université de Montréal.

*** Professeur au Centre de recherche en droit public (C.R.D.P) de la Faculté
de droit de l'Université de Montréal.

II. LES SOURCES DE LA LEX ELECTRONICA : TENTATIVE D'IDENTIFICATION

II. THE SOURCES OF THE LEX ELECTRONICA: AN ATTEMPT AT AN IDENTIFICATION

A. Les sources institutionnelles

A. Institutional Sources

1. Les conventions et traités internationaux applicables au commerce électronique

1. International Conventions and Treaties that Apply to Electronic Commerce
 - Le Loi-modèle de la CNUDCI
 - The Model Law Enacted by the UNCITRAL on Electronic Commerce
 - Les conventions internationales
 - Electronic Commerce and International Conventions

2. Les instruments contractuels

2. The Contractual Instruments
 - Les codes de conduite
 - Codes of Conduct
 - Les contrats-types
 - Standard-Form Contracts

3. Les instances arbitrales spécialisées en matière de commerce électronique

3. The Arbitration Instances Specialized in the Electronic Commerce

B. Les sources substantielles

B. The Substantial Sources

1. La pratique contractuelle perceptible en matière de commerce électronique

1. The Perceptible Contractual Practice in the Context of the Electronic Commerce
 - La réalité du commerce électronique
 - The Electronic Commerce Reality
 - La nature des contrats disponibles pour le commerce électronique
 - The Nature of the Contracts Available for the Electronic Commerce
 - La déficience des pratiques contractuelles
 - The Deficiency of the Contractual Practices

2. Les principes généraux du droit et les usages *stricto sensu*

2. The General Principles of Law and the Usages *stricto sensu*

CONCLUSION

The term "usage" is a vague and woolly concept. This is probably due to the polysemic nature of the notion since it is often defined by authors according to their own comprehension of it. The proof is a stream of terminologies that refer to these informal rules and that continue to abound, as in the case of cyberspace, so that the efficiency of the traditional juridical instruments seems to be reduced.

In relation to the electronic commerce, in the proper sense of the term, the appellation *lex electronica* is being used increasingly. This nomenclature is one year old and even though no precise definition has been formulated, one could say that it corresponds to the group of informal juridical rules that apply in the context of the electronic commerce. Indeed, this definition requires some clarification in order to confirm its

Le terme « usage » est un concept vague et flou. La raison première de cette condition est sans doute le caractère polysémique de la notion, les auteurs la définissant souvent selon leur compréhension. La preuve en est une kyrielle de terminologies (1) pour dénommer ces règles informelles qui ne manquent pas de foisonner dès lors, comme c'est le cas dans le cyberspace (2), que l'efficacité des instruments juridiques traditionnels apparaît réduite.

En ce qui concerne à proprement parler le commerce électronique, une appellation tend, de plus en plus, à se répandre, celle de *lex electronica* (3). Ce néologisme est vieux d'un an et sans que personne n'en donne vraiment une définition précise, on peut, sans trop s'avancer, affirmer que la *lex electronica* correspond à l'ensemble des règles juridiques informelles applicables dans le cadre du commerce électronique (4). Certes, une pareille définition

demandera des éclaircissements afin que son utilisation pratique et sa crédibilité puissent être confortées. Les présents développements correspondent à une démarche de ce type, celle d'approfondir la notion en adoptant une vision extensive de celle-ci.

Dans cette quête de précision, nous privilégions deux questions qui nous semblent fondamentales : la première, plus dynamique de par son caractère démonstratif, tente de prouver que les usages sont une donnée juridique incontournable relativement au cyberspace. Il nous paraît que ce concept doit être favorisé et que les inconvénients qui le caractérisent sont négligeables par rapport aux avantages qu'il apporte (I). La deuxième interrogation porte sur l'identification des éléments constitutifs de la *lex electronica* (II).

I. VERS UNE REVALORISATION DES USAGES DANS LE CYBERSPACE : LA NOTION DE LEX ELECTRONICA

Dans le cadre de ce premier paragraphe, nous verrons que la structure du cyberspace incite à favoriser un type alternatif de régulation (5). Si, dans bien des cas, il est possible d'y transposer les règles applicables aux environnements traditionnels, dans d'autres situations, des signes flagrants de dysfonctionnement sont constatés (6). Ces derniers obligent à procéder à des changements d'habitudes dans un domaine, celui du droit, où la fonction sécuritaire est très souvent liée à une certaine stabilité des concepts. Après avoir identifié les raisons pour lesquelles les usages bénéficient d'un terrain propice à leur émergence (A), nous essaierons de constater comment cette notion juridique est appréciée dans les différents systèmes juridiques et en droit international (B).

A. La pertinence des usages dans le cadre du commerce électronique

Prétendre que les usages occupent une place prépondérante en droit du commerce électronique peut apparaître comme une affirmation prématurée. Par contre, un consensus est susceptible de se dessiner lorsque l'on affirme que ce type de normativité informelle est destiné à prendre une place prédominante dans le développement de l'Internet. Ceci s'explique aussi bien par des arguments de forme (1.) que de fond (2.). Nous tenterons ensuite d'examiner, au plan pratique, l'incidence de la *lex electronica* sur les instruments juridiques existants (3.).

practical use and its credibility. The present exposition constitutes a process that aims at going deeper into the notion while adopting an extensive vision of it.

Within this search for precision, we favoured two fundamental questions: the first, more dynamic by its demonstrative character, tries to prove that usages constitute unavoidable juridical facts as far as cyberspace is concerned. We think that this concept should be favoured and that its characteristic drawbacks are insignificant when compared to its advantages (I). The second question concerns the identification of the elements that constitute the *lex electronica* (II).

I. TOWARDS A REVALUATION OF USAGES IN CYBERSPACE: THE LEX ELECTRONICA NOTION

In this first paragraph, we will see that the structure of cyberspace tends to favour an alternative means of regulation. If, in numerous cases, it is possible to transpose the rules that apply to traditional environments, in other situations, clear signs of dysfunctioning can be observed. These impose changes of habits in the legal domain where the security function is very often related to the stability of the concepts. Having identified the reasons why the emergence of usages is favoured (A), we will then try to analyze how this juridical notion is valued in different legal systems and in international law (B).

A. The Relevance of Usages in the Context of the Electronic Commerce

It would seem premature to affirm that usages have a preponderant function in electronic commerce law. However, there is a consensus on the fact that this type of informal normativeness is destined to occupy a leading role in the development of the Internet. This is explained by arguments pertaining to form (1.) as well as to content (2.). We will then try to examine the practical impact of the *lex electronica* on existing juridical instruments (3.).

1. Arguments of Form

First of all, and almost provocatively, a formal reason for the success of usage as a notion is the lack of a precise definition of this notion. Most of the authors working on different aspects of the law of cyberspace introduce the concept of usage because they want to take advantage of this lack of a definition. Without knowing exactly what the concept includes, reference is made to usages. Often incorporated are various "regulating techniques", such as principles, standards, codes of conduct, etc., under different nomenclatures. Usages, in a first meaning, therefore include vague means of normativeness, thus representing a residual concept. In practice, we could even note the emergence of intentionally "vague" clauses aiming at limiting the application of a state's law. Philippe Kahn provides us with an example and notes the existence of frequent stipulations:

"whose general inspiration is not put in doubt. What is in question are clauses of the applicable law that refer to standards as vague as the general principles of law, principles or usages that apply to the economic field being studied, to international law, etc. It is a measure aimed at eliminating the application of the state's law in its double aspect, practical law (the linking of a contract to a specific state's law) and the approaching method (the conflict of laws)".

This leads some authors to evoke the notion of "legislative immunity of multinational contracts".

It would be reasonable to affirm that the significance of usages is also linked to the detachment of other instruments of normativeness. Formal texts, difficult and requiring a long time for their elaboration, frequently do not allow a changing field, like ours, to stay in phase with the "living reality" that they are supposed to govern. We think that these first arguments of form explain the use of usages, but they can hardly justify it. In fact, even if the vague character of usages has its advantages, the imprecision that arises contradicts one of the fundamental functions of law, its previsibility. Arguments of content present a different situation due to their compulsory and non intentional character.

1. Les arguments de forme

D'abord, et de manière presque provocante, il existe une raison plus formelle au succès de la notion d'usage, soit l'absence de définition précise de celle-ci. Il est possible de prétendre que si tant d'auteurs œuvrant dans les divers aspects du droit du cyberspace introduisent le concept d'usage, c'est justement parce qu'ils entendent profiter de cette absence de définition. Sans trop savoir ce que l'on doit y mettre, il est fait référence aux usages. On y intègre indistinctement « des techniques de réglementation » (7) diverses, comme les principes, les standards, les codes de conduite, etc., et ce, sous des appellations elles-mêmes variées (8). Les usages rassemblent alors, dans leur acception première, des modes de normativité flous, constituant ainsi un concept résiduel. En effet, il peut même être constaté, dans la pratique, l'apparition de clauses délibérément « floues » ayant pour dessein d'évacuer l'application d'un droit étatique. L'exemple nous est fourni par Philippe Kahn qui constate la présence fréquente de stipulations

« dont l'inspiration générale n'est pas douteuse. Il s'agit des clauses de droit applicable qui font référence à des standards aussi vagues que principes généraux du droit, principes ou usages suivis dans la branche économique considérée, droit international, etc. C'est un moyen destiné à éliminer l'application du droit étatique sous son double aspect de droit matériel (rattachement du contrat au droit d'un État déterminé) et de méthode d'approche (droit des conflits de lois) » (9).

Ceci amène certains auteurs à évoquer la notion « d'immunité législative des contrats multinationaux » (10).

A ce propos, il est permis de prétendre que l'intérêt des usages est également lié à la désaffection des autres instruments de normativité. Souvent, les textes formels, de par la difficulté et la longue période de temps nécessaire à leur élaboration, ne permettent pas à un domaine mouvant, comme le nôtre, de rester en phase avec la « réalité vivante » (11) qu'ils se doivent de régir (12). Ces premiers arguments de forme sont, selon nous, une explication de l'utilisation des usages, mais constituent difficilement une justification. En effet, même si le caractère vague des usages possède des avantages, l'imprécision qui en découle s'écarte de l'une des fonctions fondamentales du droit, à savoir sa prévisibilité. La situation est différente pour les arguments de fond qui jouissent d'un caractère obligatoire et non délibéré.

2. Les arguments de fond

Voyons donc maintenant les arguments de fond qu'il est possible de constater dans le cas du cyberspace. Ceux-ci sont au nombre de *cinq*.

Premièrement, la nature même des réseaux électroniques implique une portée résolument internationale. Sans frontières nationales, la communication peut s'établir d'un pays à l'autre avec la même facilité qu'à l'intérieur d'une même ville. Cette donnée exige, par conséquent, que la normativité souhaitée tienne compte du facteur international. Or, eu égard aux difficultés d'élaboration de règles internationales, les traités n'étant le fruit que d'un processus fastidieux, il faut donc une norme ayant la souplesse nécessaire pour s'affranchir de ces contingences de formation. Les usages disposent, en l'espèce, d'une reconnaissance toute particulière en droit international du fait de la moindre concurrence des normes plus formelles (13).

Deuxièmement, la lenteur, attachée à l'élaboration d'une loi, s'accorde mal avec la vitesse d'évolution des nouvelles technologies d'information. La nouveauté de la technique implique que la loi ne puisse facilement faire preuve d'adaptation (14). Il est nécessaire d'éviter ici une nouvelle fois un décalage entre la réalité factuelle et le droit (15). Aussi, le risque du neuf est de se démoder plus vite. Une loi qui interviendrait alors pour régir un tel domaine pourrait devenir très vite obsolète car, outre le risque d'avoir été rédigée rapidement, elle aurait le désavantage de demeurer figée dans le temps, le tout ayant pour conséquence de ne pas bien tenir compte du processus d'évolution des techniques. Davantage maintenant que plus tard, les usages devraient donc être une référence normative importante dans le domaine du commerce électronique. Cette nouveauté factuelle a pour effet de créer un état de genèse où il est passionnant d'apercevoir les premiers développements normatifs. Néanmoins, en dépit du caractère difficile de cette situation transitoire due à la nouveauté de la technique, il faudrait que les usages jouissent d'une place de choix dans le processus normatif, et ce, afin de satisfaire au besoin d'adaptation des normes.

Troisièmement, le domaine que nous étudions possède assurément un caractère technique (16) ce qui rend le développement des usages encore plus propice (17). Nous savons, par exemple, que les secteurs bancaire, boursier, agricole et pétrolier, sont effectivement influencés par les usages ; le commerce électronique également. Mais cette

2. Arguments of Content

We now examine the arguments of content that are noticed in the cyberspace context. There are *five* of them.

In the first place, the nature of the electronic networks implies a resolutely international impact. In the absence of national borders, contact can be established between two countries as easily as within the same city. Consequently, this fact requires that the sought normativeness consider the international factor. But considering the difficulties that face the elaboration of international rules, treaties being the outcome of a tedious process, a norm possessing the required flexibility is necessary to get rid of these contingencies. In this case, usages possess a particular acknowledgement in international law due to the lesser competition of more formal norms.

In a second place, the slowness associated with the elaboration of a statute, does not match the speed with which new information technologies evolve. The newness of the technique results in a difficulty for the law to adapt. It is important to avoid, once again, a discrepancy between factual reality and law. Additionally, what is new implies the risk of becoming obsolete more quickly. A statute that governs such a field could very easily fall into disuse because, apart from the danger of being rapidly drafted, it would have the disadvantage of remaining fixed in time, the consequence being that it does not take into account the evolution of the techniques. Therefore, usages should be an important normative reference in the electronic commerce field, even more now than later. This factual novelty creates a genesis state where it is fascinating to observe the first normative developments. Nevertheless, and despite the difficulty of this transitional situation that results from the newness of the technique, usages should enjoy a privileged role in the normative process in order to satisfy the need of adapting the norms.

In a third place, the domain under study holds a definite technical character. This renders usage development even more auspicious. For example, we know that the banking, stock exchange, agriculture and oil sectors are effectively influenced by usages; this also applies to electronic commerce. But this

influence seems to be particular in this case. In fact, the technical nature of the connections is not due to the sector itself, but is rather related to the marketing process and, more specifically, to the communication of commercial data.

In a fourth place, in cyberspace or elsewhere, it seems that, from the moment we are in the commercial field, usages have an area favorable to their development. In fact, business people, mainly, have the perception of the rule of law as a simple support to their negotiations. Therefore, they expect the functionalism and pragmatism that informal norms usually provide.

In a fifth place, we are dealing with an important normative entity, the business community. In fact, bringing up the concept of community worries jurists because it is an entity that is hard to define with precision. Nevertheless, and despite past excesses that gave rise to a lot of mistrust, the idea of community is very often found in the international doctrine. Apart from that, it is also frequently encountered when dealing with the Internet. As one specialist puts it, we encounter a community in cyberspace in the case of:

"social aggregations that emerge from the Net when enough people carry on (...) public discussions long enough, with sufficient human feeling, to form webs of personal relationships in cyberspace".

These five factors combined convince us of the importance, even necessity, to take into consideration the informal norms gradually emerging in electronic environments. As in the homogeneous and specialized domains, a general practice applicable to the electronic commercial exchanges must be elaborated. As we just showed, and due to the difficulties associated with the formal norms, two factors convince us to seriously consider the informal norms.

First of all, these norms help create a better contact between users and the community in which they evolve. This community is a more representative

influence apparaît ici particulière. En effet, la technicité des rapports ne tient pas au secteur d'activité en tant que tel, mais au processus de commercialisation, plus précisément, à la communication des données commerciales.

Quatrièmement, il nous semble que les usages, dans le cyberspace ou ailleurs, disposent d'un champ particulièrement propice à leur développement dès lors que nous œuvrons dans le domaine commercial. En effet, les gens d'affaires, plus que quiconque, perçoivent la règle de droit comme un simple support à leurs opérations de négoce. Ainsi, ils exigent une fonctionnalité et un pragmatisme que les normes informelles sont susceptibles de leur apporter efficacement.

Cinquièmement, nous sommes en présence d'une entité normative, la communauté commerçante, qui occupe une place importante. Certes, évoquer le concept de communauté effraie le juriste qui se trouve face à une entité difficile à circonscrire avec précision. Néanmoins, et en dépit de débordements qui survinrent dans le passé (18) et qui suscitérent une grande méfiance, la notion de communauté apparaît très souvent dans la doctrine internationaliste. Outre ce domaine, on retrouve également fréquemment cette notion dès lors que nous traitons d'Internet. Conformément aux dires d'un spécialiste de la question, une communauté dans le cyberspace se réalise lorsque que l'on constate :

«social aggregations that emerge from the Net when enough people carry on (...) public discussions long enough, with sufficient human feeling, to form webs of personal relationships in cyberspace» (19).

La combinaison de ces cinq arguments est, selon nous, une raison suffisante pour nous faire croire à l'importance, voire à la nécessité, de prendre en considération les normes informelles qui ne manquent pas d'apparaître graduellement dans les environnements électroniques. Au même titre que dans le cas de certains domaines spécialisés, très homogènes, il devrait se dégager une pratique uniforme applicable aux échanges effectués au moyen du commerce électronique. En raison des difficultés afférentes aux normes formelles, ainsi que nous venons de le voir, deux facteurs nous incitent à une sérieuse prise en compte des normes informelles.

D'abord, celles-ci permettent de créer une meilleure interaction entre les usagers et la communauté dans laquelle ils évoluent. Cette dernière est en effet une entité beaucoup

plus représentative que celle de l'État, organe traditionnel de création de normes. Dans le cyberspace, plus qu'ailleurs :

« Custom is to society what law is to the state. Each is the expression and realisation, to the measure of men's insight and ability, of the principles of right and justice. The law embodies those principles as they commend themselves to the incorporate community in the exercise of its sovereign power. Custom embodies them as acknowledged and approved, not by the power of the state, but by the public opinion of the society at large » (20).

Sans reprendre les arguments invoqués ci-dessus, il nous paraît évident que le développement harmonieux du cadre normatif du cyberspace ne pourra se réaliser que par l'implication des utilisateurs eux-mêmes. Ce groupe, érigé en communauté, sera en effet le mieux à même de déterminer les standards juridiques que leurs échanges nécessitent.

Ensuite, comme le prétendent certains auteurs et comme la pratique semble bien l'indiquer (21), le commerce électronique exige une sécurité tant technique que juridique afin que son développement puisse s'amorcer de façon significative (22).

La voie propre à unir ces deux éléments, l'importance de la communauté et le besoin de sécurité, doit passer par un questionnement sur les sources du droit qui sont souvent mal appréhendées et par une réévaluation de celles-ci. Les raisons justifiant le recours à la *lex electronica* répondent donc d'un certain utilitarisme. Il importe ainsi de tenter de cristalliser, au plan juridique, un ensemble de comportements et d'attentes ayant cours dans la communauté du commerce électronique.

3. Une vision appliquée de la *lex electronica*

Nos commentaires jusqu'ici peuvent sembler quelque peu abstraits et éloignés de la pratique juridique susceptible de prévaloir relativement au commerce électronique. Aussi, si les usages, comme nous venons de le montrer, doivent occuper une place de choix parmi les différents instruments normatifs offerts, cela ne pourra se faire qu'à la condition qu'interviennent des critères suffisamment précis.

Même si l'exemple qui suit découle d'un droit national, nous voudrions illustrer la pénétration des usages dans le commerce électronique au moyen de l'exemple de la preuve, précisément à partir de la section du Code civil du Québec (23) portant sur les « Incriptions informatisées ». Celle-ci

entity than the state, which is the traditional context in which usages arise. In cyberspace, more than anywhere else:

“Custom is to society what law is to the state. Each is the expression and realisation, to the measure of men's insight and ability, of the principles of right and justice. The law embodies those principles as they commend themselves to the incorporate community in the exercise of its sovereign power. Custom embodies them as acknowledged and approved, not by the power of the state”.

Without necessarily repeating the above arguments, it is clear that, for the normative framework of cyberspace to develop, the users themselves must be involved. This group, seen as a community, is in a better position to evaluate the legal standards necessary for their exchanges.

As proclaimed by some authors, and being confirmed in practice, electronic commerce requires a security that is both technical and juridical in order for its development to initiate significantly.

The proper way to unite these two elements, the importance of the community and the need for security, must go through an interrogation about the sources of the law that are often misunderstood and that must be reevaluated. Therefore, the use of resorting to the *lex electronica* somewhat relates to the idea of utilitarianism. It is therefore important, on a legal basis, to try to crystallize a group of behaviours and expectations currently existing in the electronic commerce community.

3. An Applied Vision of the *Lex Electronica*

So far, our comments may seem quite abstract and distant from the juridical practice that would prevail in connection to the electronic commerce. Furthermore, if, as we just showed, usages were to have a privileged position among the various normative instruments that are available, this would only occur if certain precise criteria were met.

Even though the following example relates to a national law, we would like to illustrate the establishment of usages in electronic commerce through the example of evidence, and more precisely through the Quebec Civil Code section on “Computerized Records”. We think that it represents a particularly

modern situation where an implicit delegation is found in favour of judges in order to determine the security standards that apply to the various situations found in practice. In accordance with the civil tradition, articles 2837 to 2839 of the Quebec Civil Code establish, in general terms, that any measure used by a party to prove the existence of a juridical act is considered "to be sufficiently guaranteed".

In the absence of formal rules relating to the required reliability and security, reference to usages remains unavoidable. Indeed, the term "usage" is not found in articles 2837 to 2839, but is expressly mentioned in a number of other articles of the Quebec Civil Code. However, we could safely presume that the judge will base his decision on some legitimate criteria, otherwise, there would be a risk that an unmotivated reasoning would appear as an arbitrary assessment. Therefore, these criteria must take into consideration the circumstances leading to the production of the juridical act. One must establish, without trying to be exhaustive, on the one hand, categories of situations (for example consumer contracts – the vulnerability of a party relative to the other – contracts of adhesion – the sums at stake – the level of confidentiality of transmitted data – etc.), and on the other hand, criteria that comply with the security standards required for each of them (for example, archiving conditions – the maintenance and security of the network (encoding and other means) – etc.). This connection between categories and criteria seems, in our opinion, to be one of the possible key solutions in the elaboration of this emerging field.

In this domain related to security of electronic transactions, the problem of evidence is related to that of liability. In fact, how could we, other than by the conformity commercial standard formula, define the requirement level that applies to the various situations? This allows us to make a connection with the notion of "Commercially Reasonable Security", developed by Michael Baum.

B. The Perception Relative to the Nature of Usages

Detailed studies of the usage phenomenon are rare and often outdated. A reason for this is that the term "usage" has a double meaning: it is both a juridical

représente, selon nous, une situation particulièrement moderne où une délégation implicite est attribuée aux juges afin de déterminer les standards de sécurité applicables aux diverses situations qui sont susceptibles de se présenter en pratique. Les articles 2837 à 2839 C.c.Q., conformément à la tradition civiliste, établissent, en toute généralité, qu'est considérée comme comportant «des garanties suffisamment sérieuses pour que l'on puisse s'y fier», toute mesure que l'une des parties aura effectuée afin de prouver l'existence d'un acte juridique (24).

En l'absence de règles formelles quant aux critères de fiabilité et de sécurité requis, la référence aux usages demeure inévitable. Certes, le terme «usages» n'est pas présent dans les articles 2837 à 2839, alors qu'il est expressément mentionné dans bien d'autres dispositions du C.c.Q. Néanmoins, on imagine facilement que le juge cherchera à baser son jugement sur des critères qui disposent d'une certaine légitimité, au risque sinon qu'une argumentation trop peu motivée ne passe pour une appréciation arbitraire (25). Ces critères devront donc prendre en compte les circonstances de création de l'acte juridique (26). Sans chercher à être exhaustif, il faudra chercher à établir, d'une part, des catégories de situations (comme, par exemple, les contrats de consommation – la vulnérabilité des parties l'une par rapport à l'autre – les contrats d'adhésion – les montants en jeu – le niveau de confidentialité des informations transmises – etc.), et, d'autre part, des critères conformes aux standards de sécurité exigés pour chacune d'elles (qui pourraient être, par exemple, les conditions d'archivage – l'entretien du réseau et la sécurité de celui-ci (cryptage et autres moyens) – etc.). Cette relation catégories / critères nous semble être une des clés possibles dans l'élaboration de ce droit en formation.

Toujours dans ce domaine lié à la sécurité des transactions électroniques, la question de la preuve est connexe à celle de la responsabilité. Comment peut-on, en effet, autrement que par cette formule des standards commerciaux de conformité, définir le niveau d'exigence applicable à des situations souvent très différentes ? Cela nous permet de faire un lien avec la notion développée par Michael Baum de «Commercially Reasonable Security» (27).

B. La perception quant à la nature des usages

Les études approfondies du phénomène des usages sont rares (28) et souvent anciennes (29). Une des raisons de ce silence est que le terme «usages» revêt une double

signification : il est à la fois un concept juridique et une donnée factuelle. Cette situation effraie dans la mesure où le rapprochement des deux significations implique une immixtion des faits dans le droit, qui peut même déboucher sur la confusion des deux champs. Or, un tel résultat nous amène à nier une des fonctions essentielles du droit, soit la prévisibilité de la règle. En plus de traiter de l'intérêt spécifique des usages dans les environnements électroniques (30), nous voulons, au préalable, tenter d'en préciser la teneur (31). La présente section se propose donc, d'une part, d'effectuer un survol de la notion d'usage en droit comparé (i), puis, d'autre part, de procéder au même exercice en droit commercial international (ii). La distinction est importante, car on peut percevoir une différence de traitement assez marquée, dans la doctrine, entre ces deux régimes (32). Nous verrons que c'est en droit international que le plus de références textuelles ont été établies.

1. La perception des usages en droit comparé

Nous aborderons la notion d'usages en droit civil et en *common law*. Nous avons aussi jugé utile d'y ajouter brièvement la vision allemande qui représente, selon nous, une perception originale et intéressante en la matière.

– Les pays de droit civil

Le cadre restreint de cette analyse ne nous autorisant qu'à poser des principes, nous dirons donc que, d'une manière générale, le droit civil a tendance à créer un lien assez fort entre usages et contrat (33). A la différence des coutumes qui constituent des normes juridiques à part entière, disposant d'un *opinio juris* que les usages ne possèdent pas (34), ces derniers sont plus souvent considérés comme étant de nature conventionnelle. Il faut comprendre ainsi, et les conséquences pratiques sont importantes, qu'un usage ne sera obligatoire que dans la mesure où un contrat y aura explicitement ou implicitement fait référence. Certes, quelques voix, principalement de commercialistes internationaux (35), s'opposèrent à cette vision des choses. Néanmoins, celles-ci furent et demeurent minoritaires (36).

Nous nous permettons d'être quelque peu critique vis-à-vis de la thèse qui prône le caractère contractuel des usages, et ce, en raison des arguments suivants. D'abord, nous sommes d'avis que cette thèse résulte, en partie, d'une confusion liée au fait que c'est en droit commercial que les usages s'épanouissent le plus, alors que, dans ce même

concept and a factual datum. This is worrisome because bringing together the two meanings implies an interference of facts into law, and that might even lead to a confusion of the two domains. Such a confusion would lead us into denying the foreseeable nature of the rule, which is one of the essential functions of law. In addition to analyzing the specific interest of usages in the electronic environments, first we will try to define their content. This section therefore attempts, on the one hand, to go over the notion of usage in comparative law (1.), and, on the other hand, to go through the same process in international commercial law (2.). There is an important distinction, since we notice a clear difference in the way these two categories are processed by the doctrine. We will show that a higher number of textual references has been found in international law.

1. The Perception of Usages in Comparative Law

We will go through the notion of usage in civil law and in *common Law*. We also thought it would be useful to briefly analyze the German view which represents an original and interesting perception of this notion.

– Civil Law Countries

The limits of this analysis allow us to present only the principles, we will therefore state that, generally, civil law tends to create a rather strong link between usages and the contract. Unlike customs which are juridical norms in the full sense, having an *opinio juris* that usages do not possess, usages are often considered as being of a conventional nature. It is therefore necessary to understand, and the practical implications of this are important, that a usage will not be obligatory unless an implicit or explicit reference is made to it in the contract. Indeed, many voices, mainly from international commerce specialists, were raised to contest this way of seeing things. Nevertheless, these were, and remain, a minority.

We take the liberty of being a bit critical towards the argument supporting a contractual basis for usages, for the following reasons. First of all, we are of the opinion that this argument results partially from a confusion linked to the fact that usages are mainly encountered in commercial law, a field in which contracts are the main instrument in the regularization

of the juridical condition of the parties. A contract/usage assimilation is created, even though the origins of the two concepts are different. Furthermore, it appears that, in a lot of cases, the distinction between usages and customs has a very artificial character. Indeed, it is difficult to distinguish the two notions especially when reference is made to commerce in general.

– *Common Law Countries*

In common law systems, our analysis will proceed through a study of english *common law* and then of the particular dispositions found in the american *Uniform Commercial Code* (U.C.C.)

In countries with an english legal culture, the conventional nature of usages is less characterized, with respect to the normative character of customs, than in civil law countries. This results in a more subtle opposition between custom and usage in old doctrine compilations. In accordance with Anglo-saxon pragmatism, the difference is based more on the way evidence is produced, than on their distinctive conceptual nature. Only later, probably under civil law influence, does the opposition between the two notions become more evident. Thus, a disappearance of customs in the mentioned works is noticed, to be replaced by usages. The ambivalence of the notions becomes clear in Clive Schmitthoff's works, where he deals with "Trade usages". In fact, he is of the opinion that:

"A trade usage may have normative character, like a rule of positive law. But the difference is this. A rule of law, whether founded on the common law or statute, is of general application and has acquired a high degree of abstraction; it is thus independent of and dissociated from its origin. A trade usage, on the other hand, is only of special application and has not yet cut the umbilical cord with its origin. In other words, the distinction between an abstract rule of law and a trade usage is not the normative or non-normative effect of the prescript in question, but it is its inherent character and quality. The concept of the trade usage is thus not restricted to non-normative prescripts".

According to this author, there are suggestions of normativeness in commercial usages. These usages

domaine, ce sont les contrats qui apparaissent comme l'instrument par excellence propre à régulariser la situation juridique des parties. Une assimilation contrat/usages est créée, bien que la source de ces derniers soit différente. Ensuite, il nous paraît que la distinction entre les usages et la coutume, revêt, dans bien des cas, un caractère purement artificiel. Il est, en effet, difficile de différencier ces deux notions notamment lorsque l'on fait référence au commerce en général (37).

– *Les pays de common law*

En ce qui concerne les systèmes de droit de *common law*, l'analyse s'effectuera en étudiant successivement la *common law* anglaise puis les dispositions particulières édictées dans le *Uniform Commercial Code* (U.C.C.) américain.

Dans les pays de culture juridique d'origine anglaise, la nature conventionnelle des usages, par rapport au caractère normatif des coutumes, est moins caractérisée que dans les pays de droit civil. Ceci se traduit par une opposition plus subtile entre la coutume et les usages dans les recueils doctrinaux anciens (38). Conformément au pragmatisme anglo-saxon, la différence se fonde davantage sur la façon dont la preuve est administrée que sur une nature conceptuelle distincte (39). Ce n'est que plus tard, sans doute sous l'influence du droit civil, que l'opposition entre les deux notions se fit sentir davantage (40). L'on constata alors que la coutume semblait moins présente que dans les ouvrages cités précédemment, et ce, au bénéfice des usages. L'ambivalence des notions ressort d'ailleurs, selon nous, dans les écrits de Clive Schmitthoff lorsqu'il traite des « Trade Usages ». Il affirme en effet que :

"A trade usage may have normative character, like a rule of positive law. But the difference is this. A rule of law, whether founded on the common law or statute, is of general application and has acquired a high degree of abstraction ; it is thus independent of and dissociated from its origin. A trade usage, on the other hand, is only of special application and has not yet cut the umbilical cord with its origin. In other words, the distinction between an abstract rule of law and a trade usage is not the normative or non-normative effect of the prescript in question, but it is its inherent character and quality. The concept of the trade usage is thus not restricted to non-normative prescripts » (41).

Il existerait donc, selon cet auteur, des relents de normativité dans les usages commerciaux. Ces derniers seraient le

produit tant d'une norme individuelle que celui d'une communauté (42). En aucun cas, il n'est possible de voir dans ces propos une défense de la vision traditionnelle visant à distinguer la coutume des usages (43).

Quant au droit américain, on peut affirmer qu'en dépit du maintien de la distinction entre coutume et usages, par certains auteurs (44), celle-ci n'est plus utilisée dès lors que l'on œuvre en droit commercial. Alors que les États-Unis sont l'un des rares pays à avoir spécifiquement légiféré sur les règles informelles, la notion de coutume a été littéralement évacuée (45), consacrant ainsi la prédominance du concept d'usages commerciaux (46). L'article 1-205 U.C.C., référence en la matière, est de surcroît assez explicite quant à l'apport normatif que les usages peuvent avoir relativement au rôle de complément des contrats. Plus qu'un simple apport interprétatif, la lettre de cet article laisse clairement entendre que les usages sont susceptibles d'aller au-delà de la simple volonté des parties (47).

– *Le cas particulier du droit allemand*

En guise de conclusion sur ce paragraphe, nous voulons simplement signaler l'attitude particulière du droit allemand qui, en ce qui concerne la question des usages, dispose d'une vision qui lui est propre. Ceci est d'autant plus intéressant que l'influence qu'il exerça sur d'autres systèmes de droit (48), fut assez manifeste.

Sans entrer dans les détails de cette approche, il est commode de la résumer en insistant sur le fait qu'elle accorde une part beaucoup plus grande, que les autres systèmes juridiques, à l'esprit de « communauté », ou plus spécifiquement, au corporatisme commercial. Elle fut mise de l'avant par le courant de l'école historique dont les chefs de file furent notamment Von Savigny et Puchta. Essentiellement, il s'agissait de faire ressortir juridiquement un phénomène sociologique d'appartenance à une « commune conscience du peuple » (49). L'individu, cocontractant, élément traditionnellement puissant dans l'élaboration du contrat, se trouvait donc concurrencé par l'immixtion latente de l'esprit du groupe dans la relation contractuelle (50). Il est facile de comprendre qu'au dix-neuvième siècle, dévoué à la l'autonomie de la volonté, ce courant fut alors vivement critiqué. Cela est d'autant plus vrai en ce qui concerne le domaine juridique où on lui reprocha de surcroît son imprécision. Malgré ces critiques, il n'en demeure pas moins que cette approche a survécu jusqu'à nos jours.

would therefore be the product of an individual norm as well as that of a community. In any case, it is possible to find in these words a defence of the traditional vision that aims at distinguishing customs from usages.

In American law, it is possible to conclude that despite the upholding, by some authors, of the distinction between customs and usages, this distinction is not in use when commercial law is concerned. In the United States, one of few countries to have specific legislations on the informal rules, the notion of custom has been literally eliminated, thus establishing the prominence of the commercial usages concept. Furthermore, article 1-205 of the U.C.C., which constitutes a reference on this question, is explicit enough when dealing with the normative contribution that usages may have relative to the complementary role of contracts. Constituting not only a simple interpretation tool, the wording of this article also clearly suggests that usages could go beyond the simple intention of the parties.

– *The Special Case of German Law*

As a conclusion to this paragraph, we would like to point out the particular attitude of German law which has a distinct view of the question of usages. The clear influence this position had on other systems of law makes its study even more interesting.

It is useful, without going through the details, to sum up this approach while putting the emphasis on the fact that, compared to other systems, it gives more importance to the concept of "community", more specifically, to commercial corporatism. This was put forward by the trends of the historical school, whose leaders were notably Von Savigny and Puchta. Essentially, the idea was to bring out, juridically, a sociological phenomenon of belonging to a "popular common conscience". The individual, party to a contract, a traditionally strong element in the development of a contract, was facing a competition due to the latent interference of the group spirit in the contractual relation. It is not hard to understand why this current was highly criticized in the seventeenth century, devoted to the autonomy of the will. This applied even more in the juridical domain, where this current's imprecision was also criticized. Nevertheless, and despite these criticisms, this approach was maintained until today.

2. The Perception of Usages in International Commercial Law

In international law, the distinction between customs and usages still applies. It is, we might add, frequently quoted. Nevertheless, in international commercial law, the various conventions have, *de facto*, eliminated it from their texts. Therefore, and despite some authors' opinions, usage has apparently had the upper hand because of the overly rigid criteria required for custom recognition. In fact, the speed and informality of negotiations are incompatible with a strict application of the criteria required for the recognition of customs, this notion being used only in more "stable" domains, where the conformity between reality and law is less vigorously evaluated, as for example, in international public law.

It is therefore easy to notice the exclusion of custom in commercial law. In the *United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG) or the *Uniform laws of the Hague 1964* (ULIS and ULF), the notion of usage replaces that of custom.

This does not necessarily mean that the usage concept is agreed upon unanimously. As can be noticed, the contractual or normative nature of usages is hard to evaluate in these texts, the two aspects are found alternatively in each of the conventions. It appears therefore that favouring one of the two available options, contractual or normative nature of usages, relates to a degree of pragmatism, especially that the elaboration of these texts followed acrid and highly discussed negotiations.

Nevertheless, aside from the criticism to the different national approaches already mentioned, we think that the national vision is there to confirm the idea that traces of normativeness are noticeable in the context of commerce usages. Apart from the fact that our thesis keeps more closely to the reality of commerce in general, and of electronic commerce in particular, it contributes to the putting forward of usages, since it accounts for their obligatory force which is necessary for their recognition.

2. La perception des usages en droit commercial international

En droit international, la distinction entre la coutume et les usages demeure applicable. Elle est d'ailleurs fréquemment citée. Néanmoins, en droit commercial international, les différentes conventions l'ont *de facto* balayer de leur texte (51). Il semble, malgré l'opinion de quelques auteurs (52), que l'usage ait tout simplement pris le dessus en raison des critères trop rigides de reconnaissance de la coutume (53). La rapidité et l'informalité du négoce sont en effet incompatibles avec une application stricte des critères nécessaires à la reconnaissance d'une coutume, celle-ci ne trouvant à servir que dans des domaines plus « stables » où la correspondance entre la réalité et le droit s'évalue à un rythme moins effréné, comme c'est le cas, par exemple, en droit international public.

Le constat de l'exclusion de la coutume est donc facile à faire en droit commercial. Que ce soit la *Convention des Nations Unies sur les Contrats de Vente Internationale de Marchandises* (CVIM) (54), ou les *Lois uniformes de La Haye de 1964* (LUVI : Loi uniforme sur la vente internationale des objets mobiliers corporels, et LUFVI : Loi uniforme sur la formation des contrats de vente internationale des objets mobiliers) (55), la notion d'usages est instaurée au détriment de la coutume (56).

Cela ne veut pas dire que le concept d'usages fasse l'unanimité. Comme on peut l'observer, la nature contractuelle ou normative des usages est difficilement appréciable au regard de ces textes, les deux aspects apparaissant tour à tour dans chacune des conventions. Il nous semble que de privilégier l'une des deux options offertes, nature contractuelle ou normative des usages, relève d'un certain dogmatisme, d'autant que l'élaboration des divers textes a fait l'objet de négociations acerbes et fortement discutées.

Néanmoins, en plus des critiques apportées dans les différentes approches nationales précédemment traitées, il nous paraît que la vision internationale est là pour nous conforter dans l'idée que des relents de normativité sont appréciables dans le cadre des usages du commerce. Outre le fait que notre thèse se conforme davantage à la réalité du commerce en général, et du commerce électronique en particulier, elle participe selon nous à la mise en avant des usages dans la mesure où c'est le moyen de leur attribuer une force obligatoire nécessaire à leur reconnaissance (57).

II. LES SOURCES DE LA LEX ELECTRONICA : TENTATIVE D'IDENTIFICATION

Face au caractère volontairement général de la notion de *lex electronica*, il est normal que notre tentative d'identification de ses composantes s'articule autour des sources traditionnelles que l'on associe au modèle qui en est l'inspiration, c'est-à-dire la *lex mercatoria* (58). Il est commun d'intégrer dans cette dernière cinq catégories de normes : les traités et conventions internationales ; les contrats-types appliqués à un domaine d'activité donné ; la jurisprudence arbitrale ; les « usages » émanant de la pratique et, enfin, les principes généraux du droit (59). Alors que les trois premières catégories correspondent à ce que nous pourrions qualifier de sources institutionnelles, c'est-à-dire liées à une organisation habilitée, *de facto* ou de droit, le caractère juridique des deux dernières découle davantage des particularités inhérentes à ces normes. Nous appellerons les trois premières des « sources institutionnelles » (A) tandis que nous qualifierons les deux dernières de « sources substantielles » (B). Chacune de ces deux approches appartient à des courants non classiques : le premier courant apprécie le droit au-delà de la seule production étatique, conformément à une vision pluraliste et, le second tend à atténuer les critères de généralité et « d'impérativité » que l'on associe aux normes juridiques.

A. Les sources institutionnelles

Parler de sources institutionnelles mérite une explication préalable. Sur la base de fondements théoriques, nous dirons que le droit peut être vu avant tout comme le produit d'organismes qui disposent d'une reconnaissance au sein d'une communauté donnée. Conformément à l'approche des pluralistes institutionnels, « ce qui fait qu'un ensemble de règles appartient au droit, c'est qu'elles s'intègrent à un ordre juridique » (60). Or, l'ordre juridique international, en particulier celui du commerce électronique, dispose (61) d'institutions dont la structure et la réputation (62) sont telles qu'elles seront en mesure de produire ce type de normativité. Nous allons donc effectuer un survol en nous intéressant d'abord aux traités et conventions internationales susceptibles d'intervenir dans le cadre du commerce électronique (1.). Ensuite, nous examinons les différents instruments contractuels offerts par des institutions (2.). Enfin, nous donnerons un bref aperçu des instances arbitrales vouées aux questions de commerce électronique (3.).

II. THE SOURCES OF THE LEX ELECTRONICA: AN ATTEMPT AT AN IDENTIFICATION

Confronted with the voluntarily general character of the *lex electronica* notion, it is normal that our attempt to identify its components goes through the traditional sources associated with the model that inspires it, namely the *lex mercatoria*. Usually, five categories of norms are included in this notion: international treaties and conventions; standard contracts that apply to a particular field of activities; the jurisprudence of the courts of arbitration; "usages" arising from practice and finally, the general principles of law. While the first three categories correspond to what we could call institutional sources, meaning those linked to an entitled organization, *de facto* or by law, the juridical character of the last two follows even more from the inherent particularities of these norms. We will call the first three "institutional sources" (A) and we'll qualify the last two as "substantial sources" (B). Each of these two approaches belongs to a non classical current: the first deals with law beyond its only production by the state, in accordance with a pluralist vision, and the second tends to reduce the generality and "imperativeness" criteria associated with juridical norms.

A. Institutional Sources

Dealing with institutional sources requires a prior explanation. On the basis of theoretical foundations, we suggest that law might be seen first of all as the product of organisms possessing a recognition within a given community. In compliance with the approach of institutional pluralists, "what makes a group of rules belong to law is that they combine with a juridical order". Now, the international juridical order, especially that of electronic commerce, has at its disposal institutions whose structure and reputation are such that they are able to produce that type of normativeness. We will therefore go over them, putting the emphasis first on international treaties and conventions that might intervene in the context of the electronic commerce (1.). We will then examine the various contractual instruments made available by these institutions (2.). Finally, We will give a brief summary of the arbitration authorities devoted to the problems of electronic commerce (3.).

1. International Conventions and Treaties that Apply to Electronic Commerce

International conventions and treaties are the first instruments that come to mind when a problem involves nationals of different jurisdictions. These instruments, that have a primary role in the normative hierarchy, often represent the privileged solution to end the incompatibilities that might exist among various national statutes. Nevertheless, and as we have already seen, their formal character and the long period of time required for their development constitute important limits to their efficiency. This observation is even more accurate in the domain of the electronic commerce, one that evolves very rapidly. Evidently, we do not at the present time have such a document. On the other hand, there is a Model law that was enacted by the United Nations Commission for the International Trade Law (UNCITRAL) and that concerns the electronic commerce. It is useful afterwards to briefly enumerate the international conventions that were elaborated in more general domains in order to appreciate their requirements in relation to the form needed for the transactions. We will therefore study their adequacy for the electronic commerce.

– The Model Law Enacted by the UNCITRAL on Electronic Commerce

Before discussing the document itself, it is important to briefly talk about the UNCITRAL. This organism, connected to the United Nations, has the mission of facilitating international commercial exchanges. The UNCITRAL has had a long-standing interest in the precise question of the integration of computer data processing and of electronics in international commerce. Nevertheless, it is since 1991 that an elaborated research on the Electronic Data Interchange (EDI) has been pursued. Through the years, a substantial documentation has been made available to jurists. The output of the UNCITRAL reached its peak with the adoption, by the General Assembly in June 1996, of a document entitled *Model Law on Electronic Commerce*. Having no compulsory force, this law still represents an important step in the process of adapting the law to the new technical developments in communication. The use of such a document is seen clearly on two aspects. First, a model law is being suggested to the States in order for them to adopt it in their jurisdiction. Second,

1. Les conventions et les traités internationaux applicables au commerce électronique

Les conventions et traités internationaux sont les instruments auxquels on pense immédiatement dès qu'une question implique des ressortissants de plusieurs juridictions. Ces instruments, qui occupent la première place dans la hiérarchie normative, constituent souvent la solution privilégiée pour mettre fin aux incompatibilités pouvant exister entre diverses lois nationales. Néanmoins, comme nous l'avons vu précédemment, leur caractère formel et la longue période de temps nécessaire à leur élaboration représentent des limites importantes à leur efficacité. Ce constat est encore plus vrai dans le domaine du commerce électronique qui évolue très rapidement. Évidemment, nous ne bénéficions pas actuellement d'un pareil document. Par contre, il existe une Loi-modèle édictée par la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI) portant sur le commerce électronique. Ensuite, il convient d'énumérer succinctement des conventions internationales élaborées dans des domaines plus généraux pour apprécier les exigences qui y sont énoncées quant à la forme que doivent revêtir les transactions. Nous étudierons donc leur adéquation avec le commerce électronique.

– La Loi-modèle de la CNUDCI sur le commerce électronique

Avant de parler du document lui-même, il importe de dire quelques mots sur la CNUDCI. Cet organisme, rattaché aux Nations-Unies, a pour mission de faciliter les échanges commerciaux internationaux (63). La CNUDCI s'intéresse depuis longtemps au cas précis de l'intégration de l'informatique et de l'électronique dans le commerce international (64). Néanmoins, c'est à partir de 1991 qu'a commencé une recherche approfondie sur les Échanges de documents informatisés (EDI). Au fil des ans, une documentation abondante fut mise à la disposition des juristes (65). Les travaux de la CNUDCI connurent leur aboutissement avec l'adoption, par l'Assemblée générale en juin 1996, du document intitulé *Loi modèle sur le commerce électronique* (66). Sans force obligatoire, cette Loi constitue pourtant une étape importante dans le processus d'adaptation du droit aux techniques nouvelles de communication. L'utilité d'un tel document se manifeste à deux points de vue. D'abord, un modèle de loi est proposé aux États afin qu'ils l'adoptent dans leur juridiction. Ensuite, étant donné la réputation

enviable de l'institution, ce document participe à l'élaboration de principes formant les premiers éléments du droit naissant du commerce électronique (67).

Néanmoins, la première utilité nous semble mieux remplie que la seconde. En effet, la Loi propose surtout aux États un moyen de s'affranchir des dispositions nationales qui obligeaient à certaines exigences de forme. Or, en effectuant cet office de « raccommodage » du droit, le texte de la CNUDCI ne définit pas toujours bien les concepts (68). Ceci est d'autant plus étonnant que les travaux préparatoires étaient assez exhaustifs à cet égard (69).

– Commerce électronique et conventions internationales

Quant aux exigences de forme auxquelles on doit satisfaire, il est possible d'examiner également les conventions internationales édictées dans des domaines plus généraux que celui du commerce électronique. Très souvent, en effet, des critères sont énumérés dans celles-ci pour déterminer les modalités de matérialité exigées pour qu'une opération soit jugée valide. Ce travail, consistant à répertorier les clauses traitant de ce sujet, a justement été effectué par une commission spécialisée des Nations-Unies (70), communément appelée le WP 4 (71). Une autre étude de même nature fut également entreprise relativement aux conventions sur le transport international (72). Ces différentes recherches visent à vérifier comment les exigences formelles, telles que les notions d'écrit, de signature, de documents, d'original, etc., sont appréciées dans les traités.

Il en ressort malheureusement que les conventions ne sont souvent pas adaptées aux nouvelles technologies de l'information. Dans le compte-rendu du WP 4, il est notamment énoncé que :

« that the current rules concerning international trade transactions may not satisfactorily accommodate the reality of EDI. In many instances, under these rules, EDI messages remain potentially unacceptable as legal means of communication » (73).

D'une façon plus optimiste, on peut dire que les conventions anciennes n'étaient évidemment pas en mesure de traiter de supports autre que le papier, étant donné l'absence de modes de communication aussi fiables que ce médium. Une évolution peut certes être observée dans la rédaction des conventions (74) puisque les plus récentes intègrent de plus en plus les nouvelles méthodes de transaction au moyen de

given the enviable reputation of the institution, this document contributes to the elaboration of principles that represent the first elements of a law originating from electronic commerce.

Nevertheless, the first use seems more substantial than the second. In fact, this law essentially sets up a means for the States to rid themselves of national dispositions that impose certain obligations pertaining to form. Now, while accomplishing this law-"repairing" function, the text of the UNCITRAL does not always give a good definition of the concepts. This is even more surprising since the preparatory work was exhaustive with respect to this aspect.

– Electronic Commerce and International Conventions

As to the form requirements that must be met, it is also possible to examine the international conventions enacted in domains that are more general than that of the electronic commerce. In fact, criteria are very often enumerated in these domains in order to determine the materiality modalities required for a valid operation. This work of locating clauses dealing with this subject, has just been completed by a specialized United Nations commission, commonly called the WP 4. Another study of the same nature was equally undertaken with relation to the conventions on international transportation. These various researches aim at verifying the appreciation in treaties of the formal requirements, such as the notions of a written document, signature, document, original, etc.

Unfortunately, we conclude that conventions are not often adapted to the new information technologies. In the WP 4 report, it is mentioned:

"that current rules concerning international trade transactions may not satisfactorily accommodate the reality of EDI. In many instances, under these rules, EDI messages remain potentially unacceptable as legal means of communication".

In a more optimistic way, we could say that the old conventions were evidently not in a position to work with any medium other than paper, given the absence of means of communication that are as reliable. However, an evolution in convention drafting can be noticed, since the more recent conventions incorporate gradually new methods of transacting through tech-

nological media. Nevertheless, and despite this observation, only rarely do they establish precise criteria in relation to the formal requirements that must be met in order to validate a transaction. On this aspect, and in relation with the written document, we find it more logical to substitute it with another requirement, even if it entails defining it, rather than broaden a concept that remains fundamentally based on the paper medium.

2. The Contractual Instruments

Without giving precise definitions, it is possible to distinguish two categories of contractual instruments used in the electronic commerce: codes of conduct and standard-form contracts. Generally, while the first instruments aim at elaborating principles, the second ones rather tend at managing a better established relation between two parties, with a more precise, and especially more practical, distribution of tasks.

— Codes of Conduct

It is through a code of conduct that the first instrument of electronic commerce started. In fact, in 1987, the International Chamber of Commerce (I.C.C.) started drafting a guide on the transmission of electronic messages, the UNCID project. We must however admit the relative timidity of the principles presented by this document, beyond the caution preoccupation that it refers back to throughout its eleven articles. Its influence was yet well known through the drafting of subsequent documents dealing specifically with electronic commerce, and that, as much on the Model law of the UNCITRAL as on some standard-form contracts. Despite the generality of the measures mentioned in this document as well as their minimal character relative to the security obligation, the UNCID rules constitute the first foundations of the *lex electronica*.

More recent, and more related to the information highway are some codes of conduct that we will refer to very briefly. They are the ones found primarily in American universities and they are referred to as "Acceptable Use Policies". Despite their high number, the non commercial character of these codes makes an attempt at using them in the context of the electronic commerce difficult. Finally, it seems that

supports technologiques. Néanmoins, en dépit de cette observation, rares sont celles qui établissent des critères précis quant aux exigences formelles que l'on doit rencontrer pour qu'une transaction soit jugée valide (75). A ce propos, pour ce qui est de l'écrit, il nous paraît plus logique de chercher à lui substituer une autre exigence, quitte à la définir, plutôt que d'élargir un concept qui demeure fondamentalement axé sur le support papier (76).

2. Les instruments contractuels

Sans que des définitions très précises ne soient données, il est possible de distinguer deux catégories d'instruments contractuels utilisés dans le commerce électronique : les codes de conduite et les contrats-types. D'une manière générale, alors que les premiers instruments visent à élaborer des principes, les seconds tendent plutôt à régir une relation mieux établie, entre deux parties, avec une répartition des tâches plus précise et surtout plus pratique.

— Les codes de conduite

C'est par le biais d'un code de conduite que le premier instrument de commerce électronique vit le jour (77). En 1987, en effet, la Chambre de commerce internationale (C.C.I.) entreprend la rédaction d'un guide relatif à la transmission de messages électroniques, le projet UNCID (78). Il faut pourtant reconnaître la relative timidité des principes offerts par ce document, au-delà du souci de prudence qu'il rappelle plusieurs fois tout au long de ses onze articles. Son influence fut néanmoins notoire lors de la rédaction de documents ultérieurs traitant spécifiquement du commerce électronique, et ce, aussi bien sur la Loi-modèle de la CNUDCI que sur certains contrats-types. Malgré la généralité des mesures énoncées dans ce document ainsi que leur caractère minimal relativement à l'obligation de sécurité, les règles UNCID constituent les premiers fondements de la *lex electronica* (79).

Plus récents, et plus attachés à l'inforoute, on note ensuite certains codes de conduite que nous ne ferons qu'évoquer très sommairement. Il s'agit de ceux que l'on trouve principalement dans les universités américaines et qui sont désignés par l'expression « Acceptable Use Policies » (80). Malgré leur nombre élevé, le caractère non commercial de ces codes fait en sorte qu'il est difficile de tenter d'utiliser leur contenu dans le cadre du commerce électronique.

Enfin, il semblerait qu'un processus de coopération internationale visant à établir un code de conduite, notamment en ce qui concerne le commerce électronique, soit en train de se mettre en place. Une initiative a notamment été mise sur pied par le Ministre des télécommunications français (81), incitant les États à élaborer leur propres codes nationaux (82). Il est impossible dans l'état actuel des choses de donner des indices quant à la teneur et la portée de ces travaux.

– Les contrats-types

Lorsque l'on parle de contrats-types dans le domaine des nouvelles technologies de l'information, on se réfère généralement aux contrats spécifiquement prévus pour la communication par Échange de documents informatisés (EDI). L'EDI classique, impliquant une mise en contact de deux intervenants au sein d'une convention fermée, dispose en effet d'une ancienneté suffisante pour en tirer des enseignements importants permettant de discuter de l'élaboration de la *lex electronica*. Ainsi, au cours de l'année 1990, différents États impliqués dans les communications informatisées ont proposé des contrats-types aux gens d'affaires de leur propre pays, afin de sécuriser l'EDI. Sans être totalement exhaustif, il est généralement cité une dizaine de contrats de ce genre, soit les modèles américain (83), anglais (84), canadien (85), français (86), québécois (87), européen (88), australien (89), néo-zélandais (90), allemand (91) et africain du sud (92), auxquels il est possible d'ajouter le contrat Odette applicable au domaine spécialisé de l'automobile en Europe (93).

Sans s'attarder de trop près aux statistiques qui semblent montrer une utilisation modérée des contrats-types d'EDI par les gens d'affaires (94), il faut compter aussi, en dépit de la difficulté à la quantifier, sur l'influence très probable que ceux-ci ne manqueraient sans doute pas d'exercer sur les contrats dits « propriétaires » (95). Au surplus, on ne doit pas ignorer l'influence que les contrats-types ont eu les uns sur les autres, en fonction des systèmes de droit dont ils proviennent et, bien sûr, de leur date d'élaboration respective (96). Nul doute que ces documents constituent des guides eu égard au contexte plus général du commerce électronique, et ce, malgré le fait qu'ils furent prévus pour une communication, l'EDI, qui possède sa nature propre (97).

an international cooperation process aiming at establishing a code of conduct, particularly in relation to the electronic commerce, is being pursued. An initiative has particularly been started by the french Telecommunications Minister, inciting different states to elaborate their own national codes. It is impossible at present to elaborate on the terms and scope of these efforts.

– Standard-Form Contracts

When dealing with standard-form contracts in the domain of new information technologies, we generally refer to the contracts that are specifically designed for the communication by Electronic Data Interchange (EDI). The classical EDI, involving a contact between two intervening parties within a closed convention, has in fact been used for long enough to allow us to draw important lessons in the discussion of the elaboration of the *lex electronica*. Thus, in 1990, various states involved in computerized communications suggested standard-form contracts to their own business people in order to provide a security to the EDI. Without being completely exhaustive, a dozen such contracts are generally mentioned, namely American, English, Canadian, French, Quebec, European, Australian, New-Zealand, German and South African models, to which we could add the Odette contract that applies to the specialized domain of 'Cars in Europe'.

Without going too much into statistics that seem to show a moderate use of EDI standard-form contracts by business people, we must also rely, despite the difficulty involved in quantifying it, on the likely influence that these had on "proprietor" contracts. Furthermore, we must not neglect the influence that standard-form contracts have had on each other, based on the legal systems from which they arise and, evidently, on their respective dates of elaboration. Without a doubt, these documents constitute guides relative to the most general context of the electronic commerce, and that, despite the fact that they were designed for a communication that has its own nature, the EDI.

3. The Arbitration Instances Specialized in the Electronic Commerce

In international commercial law, institutions that deliver arbitration sentences occupy a fundamental place in the process of production of norms. The creative role of these institutions is frequently referred to in the doctrine. In the context of the electronic commerce, even though the legitimacy of such recently-created institutions probably requires a rather important time lapse, we still think it is necessary to have an interest in them. From the arbitration experiences that could be observed in cyberspace, we will focus on two. The first starts in the beginning of march 1996, with a rowdy publicity effort: "the Virtual Magistrate Project". This american project, uniting specialized legal experts, displays "on-line" sentences to all the persons that accept to submit to this forum. It was launched, for the first time, by a few professors at the *Villanova Center for Information Law and Policy*. The *Cyberspace Law Institute* is also involved in the process. Other than these organisms, this new institution is also supported by the *American Arbitration Association (AAA)*, arguably the most influential arbitration court in the United States. It seems that the basic idea was to arouse, by its low costs, the interest of users and thus to create a practice that relates as much to the decision-making content as to the procedure to be followed. While recognizing the swiftness with which this group of Americans created a cyberspace-specific arbitration process, we must unfortunately note that among the submitted requests only one gave rise to a sentence. One of the reasons that could eventually explain the modest success of this project, is the limit that was imposed by the *Virtual Magistrate* relative to its field of application. So, according to what could be read on multiple occasions on the site, among others in its "FAQ", the questions related to the electronic commerce cannot be studied by this forum. That is definitely unfortunate since, in addition to depriving itself of a vast and expanding domain, it does not take into consideration a community of individuals, the business community, that pays a lot of attention to the usages that keep evolving. Therefore, the *Virtual Magistrate* cannot constitute a "usage catalyst" in this domain, as could have been expected. The other criticism that could be mentioned is that this pilot project deliberately uses an "adjudica-

3. Les instances arbitrales spécialisées en matière de commerce électronique

En droit du commerce international, les institutions, rendant des sentences arbitrales, occupent une place primordiale dans le processus de production de normes. Le rôle créateur de ces institutions est largement évoqué par la doctrine (98). Dans le cadre du commerce électronique, même si la légitimité de semblables institutions, créées récemment, demande vraisemblablement qu'un laps de temps assez important se soit écoulé, il nous semble malgré tout indispensable de s'y intéresser. Parmi les expériences d'arbitrage qui peuvent être constatées dans le cyberspace (99), nous en retiendrons deux (100). La première expérience a débuté début mars 1996, avec un effort publicitaire tapageur : « The Virtual Magistrate Project » (101). Ce projet américain, réunissant des experts juridiques spécialisés, émet des sentences « on-line » à toute personne qui accepte de se soumettre à ce forum. Il fut lancé, en premier lieu, par plusieurs professeurs du *Villanova Center for Information Law and Policy*. The *Cyberspace Law Institute* est également impliqué dans le processus. Outre ces organismes, cette nouvelle institution bénéficie également de l'appui de l'*American Arbitration Association (AAA)*, indiscutablement la cour d'arbitrage la plus influente aux États-Unis. Il apparaît que l'idée de départ est de susciter, de par ses faibles coûts (102), l'engouement des usagers et de créer ainsi une pratique portant tant sur le contenu décisionnel que sur la procédure à suivre. Tout en reconnaissant la promptitude de ce groupe d'Américains à créer un arbitrage spécifique au cyberspace, il faut malheureusement constater que parmi les requêtes soumises, une seule donna lieu à sentence (103). Une des raisons qui peut éventuellement expliquer la réussite modeste de ce projet, est la limite imposée par le *Virtual Magistrate* quant à son champ d'application. Ainsi, conformément à ce qu'il est possible de lire à plusieurs reprises sur le site, et notamment dans son « FAQ », les questions afférentes au commerce électronique ne sont pas susceptibles d'être étudiées par ce forum (104). Ceci est sans doute dommage car, en plus de se priver d'un vaste domaine en voie d'expansion, il s'interdit de prendre en considération une communauté d'individus, la communauté commerçante, qui est très à l'écoute des usages qui ne manquent pas d'apparaître. Ainsi, le *Virtual Magistrate* ne peut constituer dans ce secteur d'activité le « catalyseur d'usages » que l'on pouvait attendre de lui. L'autre critique qu'il est également possible d'apporter, est que ce projet

pilote opte délibérément pour une approche « adjudicative ». Même s'il est vrai que l'arbitrage est une procédure moins formelle que celles que l'on retrouve dans les instances judiciaires classiques, il reste pourtant que ce véhicule garde l'opposition d'une partie contre une autre. Ainsi, lorsqu'un demandeur estime faire l'objet d'une atteinte à ses droits quant à l'usage qu'une autre fait du cyberspace, il est souvent difficile d'inciter le défendeur à se rallier au règlement de l'arbitrage (105). N'ayant consenti à rien, celui-ci ne vit que dans la crainte que le plaignant s'adresse à une instance nationale. Or, dans bien des cas, cette menace est presque nulle, eu égard à la modicité des enjeux, le prix d'un procès, le caractère international des différends, les doutes sur la réussite de la cause, etc.

Fort de ces exemples, une deuxième expérience en matière de règlement des différends dans le cyberspace doit être signalée : le Cybertribunal (106). Amorçée par le Centre de recherche en droit public, de la Faculté de droit de l'Université de Montréal, en septembre 1996, cette expérience utilisa en effet, nous le verrons, l'exemple du *Virtual Magistrate* pour guider sa démarche. Mais, d'abord, le Cybertribunal bénéficie de particularités intéressantes : en premier lieu, il présente la spécificité d'offrir un service en français et en anglais. En second lieu, le Cybertribunal est le produit d'une institution située dans un pays de droit mixte, rassemblant des juristes confrontés, de près ou de loin, à un certain biculturalisme juridique. Nul doute que cette double influence, droit civil et *common law*, est d'une importance manifeste dans un domaine largement enclin à la comparaison et à l'internationalisme. Ces deux particularités ne sont pas sans importance, conformément au lieu commun qui est d'affirmer que si les frontières géographiques n'existent plus, elles sont désormais remplacées par des frontières culturelles. La langue et le droit constituent sans aucun doute des exemples de ces nouvelles barrières qu'il importe de prendre en considération. Outre ces données plus conjoncturelles, il en existe d'autres qui permettent de marquer les distinctions majeures avec *Virtual Magistrate* que nous venons d'évoquer. D'abord, le champ d'application sur lequel le Cybertribunal entend être compétent, est beaucoup plus large. Même s'il existe des limites inévitables, celles-ci sont minimales : en premier lieu, une sentence ne sera rendue que dans l'hypothèse où toutes les parties auront été consentantes à se soumettre à ce forum (107). Ensuite, le Cybertribunal ne tranchera pas les questions d'ordre public (108). Enfin, il ne traitera que

«*tive*» approach. Even if we agreed that arbitration is a less formal procedure than those found in the classical juridical instances, it is nonetheless true that this vehicle maintains the opposition of one party relative to another. When a plaintiff estimates that his rights were affected by the use that another person made of cyberspace, it is often difficult to incite the defendant to join in the arbitration ruling. Not having consented to anything, he lives in the fear of seeing the plaintiff apply to a national instance. Now, in a lot of cases, this threat is almost inexistant, considering the moderateness of what is at stake, the cost of a trial, the international character of the disputes, the doubts as to the success of the case, etc.

Following these examples, a second experience in the domain of dispute settlement in cyberspace must be mentioned: the Cybertribunal. Started in the Centre de recherche en droit public, at the Faculty of Law of the University of Montreal, in September 1996, this experience used, as we will see, the example of the *Virtual Magistrate* to guide the process. But first of all, the Cybertribunal possessed interesting characteristics: first, it offers the specificity of making the service available in both French and English. Second, the Cybertribunal is the product of an institution that is situated in a dual country, gathering jurists who face, closely or from far, a certain juridical biculturalism. Without a doubt, this double influence, of both civil law and *common law*, is of great importance in a domain that is highly disposed to comparison and internationalism. These two characteristics are not without importance, in compliance with the idea which states that if geographical borders were no longer existant, they would be replaced by cultural frontiers. Language and law constitute, without any doubt, examples of these new barriers that have to be taken into consideration. Other than these economic facts, there are others that allow the marking of major distinctions with the *Virtual Magistrate* previously mentioned. First of all, the field of application over which the Cybertribunal is supposedly competent, is much larger. Even if there are unavoidable limits, these are still minimal. First, a sentence will only be rendered if all parties consent to submit to this forum. Also, the Cybertribunal will not settle questions related to public order. Finally, it deals only with questions that

concern the law of new information technologies. Another important distinction with the American project is that the Cybertribunal opted for a more cooperative attitude by favouring mediation over all other adjudicative procedures. Even though numerous specific arbitration procedures are in fact available, these are all preceded by a mediation phase where, in addition to trying to appreciate the conflict between the parties, it works on starting a dialogue between them. In many cases, it is even predictable that the settlement of the disputes will not reach the arbitration stage. In accordance with this approach, the Cybertribunal therefore opts, at least prior to each case that is presented to it, for an approach that is not very juridical. It rather tries to examine the conflict as well as the cyberspace community involved in the dispute, in order to come up with an answer that responds as much as possible to the needs of each party. This suggestion of "cyber-justice" is therefore attentive to the cybernetics space that it tries, not only to regulate, but also to render more efficient. According to this approach, it is only by avoiding the intrusion of the juridical, which irritates Internet users who call for auto-regulation, that the cyberspace will find an appropriate organism that will offer the best possible service; a service that is close to those who are administered.

B. The Substantial Sources

Having studied the norms while emphasizing their origins, now we have to target the normative phenomenon in its entirety. In fact, the community produces tendencies that, due to their repetitive nature, become normative guides that are more or less compulsory, depending on each case. We will successively study the tendencies put forward by the contractual practice (1.), we will then research the more general principles of law (2.).

1. *The Perceptible Contractual Practice in the Context of the Electronic Commerce*

This paragraph aims at appreciating the contractual stipulations that are usually found in, or are surprisingly absent from contracts on the Internet. In order to do so, we have located, without worrying about representativeness, hundreds of contracts. This random indexing was done using the "Alta Vista" search tool.

des questions touchant au droit des nouvelles technologies de l'information (109). Autre distinction importante avec le projet américain, le Cybertribunal a choisi une attitude plus coopérative en favorisant la médiation à toutes les procédures adjudicatives. Si plusieurs procédures spécifiques d'arbitrage sont en effet prévues (110), elles sont toutes précédées d'une phase de médiation où, davantage que de chercher à apprécier la relation conflictuelle entre les parties, il s'agit d'instaurer un dialogue entre les parties. Dans bien des cas, il est même prévisible que le règlement des différends ne parviendra pas à l'étape de l'arbitrage. Conformément à cet esprit, le Cybertribunal opte donc, au moins comme préalable à toute affaire qui lui est proposée, vers une approche assez peu juridique. Il tente plutôt de sonder la relation conflictuelle ainsi que la communauté du cyberspace impliquée dans le différend, afin de donner une réponse qui soit le plus possible en accord avec les besoins de chacun. Cette proposition de « cyber-justice » se veut donc à l'écoute de l'espace cybernétique qu'elle essaie, non seulement de régler, mais aussi de rendre plus efficient. Selon cette approche, ce n'est qu'en évitant l'intrusion du juridique, qui agace les usagers d'Internet qui réclament de l'autorégulation, que le cyberspace trouvera un organisme susceptible de lui offrir les meilleurs services ; un service proche des administrés (111).

B. Les sources substantielles

Après avoir étudié les normes en insistant sur leur origine, il s'agit ici de cibler le phénomène normatif dans sa globalité. La communauté produit en effet des tendances qui, de par leur répétition, parviennent à constituer des guides normatifs plus ou moins contraignants, selon les cas. Nous verrons successivement les tendances proposées par la pratique contractuelle (1.), pour ensuite rechercher des principes de droit plus généraux (2.).

1. *La pratique contractuelle perceptible en matière de commerce électronique*

Le présent paragraphe a pour objet d'apprécier les stipulations contractuelles que l'on retrouve habituellement, ou qui sont étonnamment absentes, dans les contrats présents sur Internet. Pour ce faire, nous avons repéré, sans soucis de représentativité, une centaine de contrats. Ce repérage aléatoire a été effectué grâce à l'outil de recherche « Alta-vista » (112).

– *La réalité du commerce électronique*

Le commerce électronique est en pleine expansion. Il est surprenant de constater l'évolution exponentielle du nombre de sites créés depuis 1993 (113). La même effervescence doit être observée au niveau des prévisions de la valeur des transactions commerciales à court et à long termes (114). Pourtant, cet énorme potentiel économique ne peut se concrétiser du fait d'une crainte réelle de la part des usagers. Là encore, des études ont été effectuées, et on découvre que la sécurité est l'empêchement premier à la réalisation de contrats « on-line » (115). Les usagers regardent mais achètent peu (116). Ceci est d'autant plus vrai dès lors que la transaction impose la communication d'informations concernant le paiement (117). Une véritable psychose existe alors, pas toujours justifiée d'ailleurs, les personnes interrogées faisant davantage confiance à des modes de communication aussi peu sûrs que le télécopieur ou le téléphone (118). Relativement à la pratique commerciale utilisant les nouveaux environnements électroniques, une étude traite particulièrement du type de sites qu'il est possible de mettre à la disposition des consommateurs. Celle-ci, intitulée « Commercial Scenario for the Web : Opportunities and Challenges » (119), classe six types de sites commerciaux (120), qu'il faut scinder en deux groupes. Alors que les trois premiers correspondent à la catégorie des « integrated destination site », les trois autres s'intègrent dans les « web traffic control ». Dans cette dernière situation, sans qu'on puisse parler de sollicitation, l'on voit les commerçants tenter de s'organiser afin de rendre le médium plus pénétrant auprès des consommateurs potentiels (121). La réalité commerciale est donc bien là, et les tentatives d'intrusion des vendeurs dans les habitudes des acheteurs sont de plus en plus efficaces (122). Les techniques de vente s'affinent et la place du monétaire s'affirme de plus en plus dans les réseaux pour atteindre le grand public (123).

Une fois ce constat fait, nous avons tenté d'apprécier la teneur juridique des « contrats » trouvés sur Internet. Or, étonnamment, la place du droit, comme outil participant à la quête sécuritaire pourtant recherchée, est assez discrète. S'il est difficile de donner des pourcentages à l'appui de notre affirmation, il est possible de dire que la plupart des contrats qui se forment sur Internet contiennent très peu de stipulations ayant un caractère juridique. En effet, très souvent un seul bon de commande est rempli par le client qui l'envoie en cliquant sur une icône prévue à cet effet ou en adressant un courrier électronique par le biais d'un lien

– *The Electronic Commerce Reality*

The electronic commerce is in full expansion. It is surprising to note the exponential evolution of the number of sites created since 1993. The same effervescence must be observed at the level of the estimates relative to the values of commercial transactions over both short and long terms. Still, this enormous economic potential cannot take shape because of a real fear from the users. Again, studies were done, and we could note that security was the main obstacle to the "on-line" conclusion of contracts. Users do look but they rarely buy. This applies even more when the transaction requires the communication of information related to the payment. In that case, a real obsession is encountered, although not always justifiably, the concerned persons having more confidence in modes of communication as insecure as the fax and the telephone. Relative to the commercial practice that uses the new electronic environments, a study concerned specifically the kind of sites that can be put at the consumers' disposition. This study, called "Commercial Scenario for the Web: Opportunities and Challenges", classified six types of commercial sites, that should be divided in two groups. The first three correspond to the "Integrated destination site" category, while the other three are part of the "web traffic control". In this last situation, without necessarily speaking of sollicitation, one could see the tradespeople trying to get organized in order to make the medium more interesting and available to potential consumers. The commercial reality can therefore be found here, and the intrusion attempts by vendors in the habits of the buyers are increasingly efficient. The selling techniques are becoming more refined and the importance of the financial questions is constantly increasing in the networks in order to reach the general public.

Once that was noted, we tried to appreciate the juridical content of the "contracts" that are found on the Internet. Surprisingly, the role of law as a participating tool in the heavily sought quest for security is quite discreet. Even if it is hard to give percentages to confirm this statement, it is possible to say that most of the contracts formed on the Internet contain very few stipulations with any juridical character. In fact, very often only one purchase order is filled by the client who sends it by clicking on an icon that serves that purpose or by sending an electronic mail

through a predetermined hypertext link. The experts in the business community, on the Internet or elsewhere, forget that the convention thus formed is a juridical act. The trivial nature of the exchange, the moderateness of the engagement and the user-friendliness of the communication, are removing the sacred aura surrounding the operation. We get closer to a sale between people who are in the presence of each other and where the transfer of the good is the formal element of the agreement.

– *The Nature of the Contracts Available for the Electronic Commerce*

Three important types of contracts can be isolated in the new electronic environments: contracts involving the sale of material assets, contracts for services (or contracts of *entreprise*) and users' licenses. The contracts involving the sale of material assets are distinguished by the ease by which they are recognized. It is a well known concept that could be illustrated by the sale of a CD, of a book, etc. The new communication networks only represent the communication medium (and not the mode of exchange of the asset). We have also found an isolated case involving the rental of material goods. Notwithstanding the type of contract, in such cases, the Internet only plays the role of information transmitter for the contract's conclusion. On the other hand, we have the contract for services. For example, this is defined in the article 2098 of the Quebec *Civil Code* as the contract "by which a person, the contractor or the provider of services, as the case may be, undertakes to carry out physical or intellectual work for another person, the client or to provide a service, for a price which the client binds himself to pay". We think, for example, of the publicity contract or that which gives access to a user. Finally, and in the third case, we find users' licenses that concern intellectual creations. We mention, for example, the case of a user who pays a determined amount in order to have access to a text, to a photograph, to a sound or to multimedia, etc. However, this notion of license is problematic insofar as we are facing a conception of copyright that is not included in the common law. A license that is generally considered as a right to use (without any transfer of rights), increasingly encompasses partial assignment of rights. While the classical doctrine was of the opinion that a distinction should be made between license (concession) and assignment of rights (thereby getting closer to the concept of sale). More contemporary authors do not

hypertexte prédéterminé. Les praticiens du monde des affaires, que ce soit sur Internet ou ailleurs, oublient que la convention ainsi effectuée constitue un acte juridique. La trivialité de l'échange, la modicité de l'engagement et la convivialité de la communication, désacralisent l'opération. On se rapproche d'une vente entre personnes présentes où la tradition du bien est le simple élément formel de l'entente.

– *La nature des contrats disponibles pour le commerce électronique*

Il est possible d'isoler trois grands types de contrats disponibles dans les nouveaux environnements électroniques : les contrats de vente de biens matériels, les contrats de services (ou les contrats d'*entreprise*) et les licences d'utilisation. Le contrat de vente de biens matériels se reconnaît par sa facilité d'appréciation. Il s'agit d'un concept bien connu qui pourrait s'illustrer par la vente d'un CD, d'un livre, etc. Les nouveaux réseaux de communication ne sont que le médium de communication (et non le moyen d'échange du bien). Nous avons trouvé également un cas isolé de location de biens matériels (124). Peu importe le type de contrat, en pareil cas, Internet ne joue que le seul rôle de transmetteur d'information pour la réalisation du contrat. En deuxième lieu, on trouve des contrats de service. Celui-ci est, par exemple, défini à l'article 2098 du *Code civil du Québec* comme étant le contrat « par lequel une personne, selon le cas l'entrepreneur ou le prestataire de services, s'engage envers une autre personne, le client, à réaliser un ouvrage matériel ou intellectuel ou à fournir un service moyennant un prix que le client s'oblige à lui payer ». On songe, par exemple, au contrat de publicité ou à celui par lequel un accès est donné à un utilisateur (125). En troisième lieu, enfin, on remarque des licences d'utilisation qui portent sur les œuvres de l'esprit. On note, par exemple, le cas d'un utilisateur qui paye une somme déterminée pour avoir un droit d'accès à un texte, à une photo, à un son, à du multimédia, etc. Cette notion de licence pose, par contre, quelques problèmes dans la mesure où on est en présence d'une conception de droit d'auteur qui ne rentre pas dans le droit commun. Une licence généralement considérée comme un droit d'utilisation (sans qu'il y ait cession des droits), englobe de plus en plus les cessions de droits partiels. Alors que la doctrine classique estimait que l'on devait faire une distinction entre licence (concession) et cession de droits (se rapprochant ainsi du concept de la vente) (126),

les auteurs plus contemporains estiment que la distinction n'est pas pertinente (127). Une solution fut proposée pour qu'une assimilation soit faite entre vente et licence dès lors que toutes deux s'adressent au grand public (128).

L'intérêt d'une telle qualification peut s'avérer fondamental dans la mesure où certains textes de protection du consommateur, comme par exemple la *Loi sur la protection du consommateur* du Québec, établissent exhaustivement la liste des contrats auxquels ils s'appliquent (article 34 de la L.P.C.) (129). Il importe néanmoins d'observer que cette question demeure dans bien des cas assez théorique, dans la mesure où les régimes couverts par ces textes tendent à se rapprocher.

– La déficience des pratiques contractuelles

Si la pratique contractuelle est souvent une source importante de renseignements dans le domaine du commerce en général, il convient encore, en matière de commerce électronique, d'être prudent. En effet, le caractère nouveau de ce processus de communication ne donne pas toujours lieu à la maturité qu'il est loisible d'attendre de la pratique. Au contraire, il faut constater l'inconsistance de certaines clauses, ainsi que le manque de stipulations spécifiques à la communication électronique.

Parmi les contrats que nous avons répertoriés, la grande majorité sont des contrats susceptibles d'intéresser le grand public. Nous sommes donc face à des contrats de consommation, c'est-à-dire largement dépendant de l'ordre public national auquel ils sont rattachés. Évidemment, ces contrats, plus que ceux entre commerçants, doivent répondre à des impératifs imposés par des dispositions nationales. Sans faire état des inconsistances spécifiques au droit de la consommation, nous soulevons ici deux exemples où le contrat risque d'être en conflit direct avec les normes « extra-contractuelles » applicables en l'espèce.

Le premier exemple porte sur les clauses de droit applicable dans les contrats de consommation (130). Même si l'on ne trouve de telles clauses que dans une minorité de cas répertoriés dans le cyberspace, certains contrats, rédigés par le commerçant, précisent que le droit applicable sera le droit du pays de ce dernier. Il est loisible de s'interroger sur la légalité d'une telle stipulation, puisque les traités, les lois ou la jurisprudence les interdisent. Relativement aux textes formels sur la question, il est possible de citer, par exemple, l'article 3117 du *Code civil du Québec* (131) et l'article 5 de

find this distinction relevant. A solution was put forward in order to assimilate sale and license from the moment the two apply to the general public.

The interest of such qualification may be fundamental insofar as some consumer protection texts, as for example the Quebec Consumer Protection Act, establish exhaustive lists of the contracts they apply to (article 34 C.P.A.). Nevertheless, it is important to note that, in a lot of cases, this question remains quite theoretical, since the concerned systems tend to be similar.

– The Deficiency of the Contractual Practices

Even though the contractual practice often represents an important source of informations in the commercial domain in general, when the electronic commerce is concerned, one should be prudent. In fact, the new character of this communication process does not always result in the maturity that would be expected from the practice. On the contrary, we should note the inconsistencies of some clauses, as well as the lack of stipulations that deal specifically with the electronic commerce.

Among the contracts that we have located, the vast majority are contracts that would potentially concern the general public. We are therefore dealing with consumer contracts, who depend greatly on the national public order to which they are connected to. Evidently, these contracts, more so than those between tradespeople, must meet requirements prescribed by national dispositions. Without taking into account the inconsistencies that are specific to the consumer law, we will raise two examples dealing with contracts that risk being in conflict with the "extra-contractual" norms that apply in that case.

The first example concerns legal clauses that apply to consumer contracts. Even though such clauses are only found in a small number of the cases found in cyberspace, some contracts, drafted by the tradesman, specify that the applicable law is that of the latter. We feel at liberty to question the legality of such a stipulation, since treaties, laws and the jurisprudence forbid them. As of formal texts on this question, one could quote, for example, article 3117 of the *Quebec Civil Code* and article 5 of the 1980

Rome Convention. These two texts, to which the Bruxelles Convention and the Lugano Convention may be added, mention that we could deprive the consumer of his national law's dispositions if one of three specified conditions was met. If a literal analysis is done of these conditions, their application to the Internet would definitely not be obvious. In that case, the legal clauses that apply to a consumer contracts would be totally valid. Still, from a more teleological point of view, it is clear that these texts aimed at protecting the situations in which the vulnerability of the consumer is most evident. The world of the electronic commerce needs the security; and not submitting the consumer to his own system of law is an additional element against him. Now, the applicable texts that were mentioned earlier result in a doubt that increases this insecurity.

Another example of clauses that are not compatible with the applicable law that are often found in the located contracts, is that of limitation or exoneration of liability clauses. We'll study this example according to american law. The practice, in many cases, is to interpret this clause, drafted by the tradesman (or provider of services), as excluding all liability for damages that could result from the use of the product that was sold. It is important to know that, no matter what the situation is, the Uniform Commercial Code articles that relate to the notions of "fitness", "merchantability", "express warranties" or "conscionability" will apply. It is also impossible in american law to contractually question "the obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care...". Except these cases of public order, the seller will still be able to limit his liability in relation to the implied warranties. Therefore, we must take into account the *Magnuson-Moss Warranty Act* (1975) which constitutes a reference in american consumer law. This federal text can apply specifically to protect the consumers in relation with the obligations of the warrantors of products.

Apart from these incompatibilities, we must equally note that, in a lot of cases, there are not many specific clauses relative to the communication that is established using new electronic environments. Thus, we

la Convention de Rome de 1980 (132). Ces deux textes, auxquels on peut rajouter la Convention de Bruxelles (133) et la Convention de Lugano (134), prévoient que l'on ne peut priver le consommateur des dispositions de son droit national lorsque l'une des trois conditions mentionnées (135) est présente. Si l'on fait une analyse littérale de celles-ci, il est loin d'être évident que ces conditions s'appliquent à la situation d'Internet (136). Dans ce cas, les clauses de droit applicable dans un contrat de consommation seraient pleinement valides. Pourtant, d'un point de vue plus téléologique, il est clair que ces textes avaient pour objectif de protéger les situations où la vulnérabilité des consommateurs est la plus évidente. Le monde du commerce électronique a besoin de sécurité ; ne pas soumettre le consommateur à l'épreuve de son propre droit est un élément supplémentaire en sa défaveur. Or, les textes applicables mentionnés précédemment entraînent un doute qui alimente cette insécurité.

Un autre exemple de clause incompatible avec le droit applicable et que l'on retrouve souvent dans les contrats répertoriés, est celui des clauses de limitation ou d'exonération de responsabilité. Étudions cet exemple au regard du droit américain (137). La pratique, dans bien des cas, est de voir cette clause, rédigée par le vendeur (ou le prestataire de services), exclure toute responsabilité pour les dommages qui pourraient survenir lors de l'utilisation du produit vendu. Il faut savoir, et ce, peu importe la situation, que les articles du *Uniform Commercial Code* relatifs aux notions de « fitness », de « merchantability » (138), d'« express warranties » (139) ou de « conscionability » (140) s'appliqueront (141). Également, il est impossible en droit américain de remettre contractuellement en cause « the obligations of good faith, diligence, reasonableness, and care... » (142). Hormis ces cas d'ordre public, le vendeur sera néanmoins en mesure de limiter sa responsabilité quant aux garanties implicites (implied warranties) (143). Il faut aussi tenir compte du *Magnuson-Moss Warranty Act* (1975) (144) qui est une référence de base en matière de droit américain de la consommation. Ce texte fédéral s'applique spécifiquement pour protéger les consommateurs relativement aux obligations de garantie des vendeurs (warrantors of products) (145).

Outre ces incompatibilités, on doit également constater que, dans bien des cas, il existe assez peu de clauses spécifiques relativement à la communication par le biais des nouveaux environnements électroniques. Ainsi, on remarque

parfois que le contrat offert aux usagers d'Internet a été simplement «scanné» (ou balayage électronique), et donc certainement repris d'une version papier qui ne visait pas les transactions électroniques.

De plus, comme nous le disions précédemment, assez rares sont les contrats qui contiennent une clause sur le droit applicable. L'absence de limites géographiques dans le cadre d'Internet autorise pourtant la formation de contrats internationaux. En dépit de nos interrogations sur la validité de telles stipulations en ce qui concerne les contrats de consommation, il s'agit incontestablement d'une précaution bien simple qui permet d'éviter des conflits parfois compliqués à résoudre dans les contrats entre commerçants (146).

Il n'existe pas non plus de procédure «formelle» appropriée relativement à la formation du contrat. Certes, le contrat ne réclame généralement pas ou peu de conditions particulières de forme. Il pourrait pourtant être préconisé, comme en matière d'EDI, un processus d'accusé de réception et de confirmation de la commande. Ceci est d'autant plus vrai que le médium permet des communications très rapides (147).

Autre absence, les contrats ne mentionnent pas comment résoudre la situation où un dommage interviendrait à la suite d'une erreur ou d'un problème de transmission de l'information. De même, on ne retrouve pas ou peu de clauses de responsabilité en cas de non-communication de l'information transmise (148).

Enfin, rares sont les contrats qui font mention de la spécificité des signatures et des écrits électroniques. Or, ceux-ci ne bénéficient pas du même accueil selon les systèmes de droit. Il serait donc pertinent d'insérer une clause selon laquelle un acte particulier équivaut à une signature ou à un écrit. Ceci peut notamment être important en matière de droit de la consommation où de nombreux droits nationaux imposent ces exigences (149). Outre ces éléments de validité du contrat, il serait utile de prévoir une clause relative à l'organisation de la preuve de la transaction entre les parties, et ce, surtout lorsque la transaction implique des commerçants.

2. Les principes généraux du droit et les usages stricto sensu

Nous avons vu, dans la section précédente, des normes qui étaient le produit d'institutions bien déterminées (Loi-modèle de la CNUDCI, conventions internationales, etc.). Ici, le problème est différent. Il s'agit d'apprécier le pouvoir de la

sometimes notice that the contract that is presented to the Internet users has simply been scanned, and therefore was simply reproduced from a paper version that was not aimed at electronic transactions.

Furthermore, and as we said before, rare are the contracts that contain a clause relative to the applicable law. However, the absence of geographical limitations when the Internet is concerned allows the conclusion of international contracts. Despite our interrogations on the validity of such stipulations as far as consumer contracts are involved, it is undoubtedly a simple precaution that helps to avoid conflicts that are sometimes hard to solve in the contracts between tradespeople.

Also, there is no "formal" procedure that is appropriate relative to the formation of the contract. Indeed, the contract generally does not require any or few form related conditions. However, one could recommend, as in the case of EDI, a process involving an acknowledgment of the reception and confirmation of the order. This is more the case since the medium permits very fast communications.

Another omission, the contracts do not deal with how to solve the situations where damage occurs following an error or a problem resulting from the transmission of the information. We also have no or few clauses of liability in the case of non-communication of the transmitted information.

Finally, the contracts that deal with the specificity of signatures and of electronic written documents are rare. Now, these enjoy the same reception, depending on the systems of law. It would therefore be relevant to insert a clause according to which a particular act is equivalent to a signature or to a written document. This could especially be the case in consumer law where numerous national laws impose these requirements. Other than these elements related to the validity of the contract, it would be useful to include a clause on managing the evidence concerning the transaction between the parties, and that, especially when this transaction involves tradespeople.

2. The General Principles of Law and the Usages stricto sensu

In the previous section, we saw norms that were the product of well determined institutions (Model law of the UNCITRAL, international conventions, etc.). Here, things are different. What's in question is an

appreciation of the ability of the Internet community to create principles that apply specifically to the electronic commerce. In the beginning, and as we saw, it might seem presumptuous to talk about the principles that concern a domain whose existence is very limited. Indeed, the principles often correspond to a crystallizing action that requires time and acknowledgment. For example, in international commercial law, only a few principles were identified despite the breadth of the domain.

But first of all, it is important to try to define the general principles of law as a notion. According to Emmanuel Gaillard, there are two fundamental approaches. The first is that in which usages "no matter what the applicable law is, allow only an interpretation of the will of the parties. Their role is therefore, at most, suppletory". The second conception is larger and while it includes "the contractual practices that are usually followed, it also includes the real rules of law that arise from the observation of comparative law or of other international sources. Usages would therefore be partly confounded with the general principles of international commercial law". The opposition brings out a heavily discussed question, whether the scope of usages is "voluntary" or "normative". In our opinion, it seems that a median line could be drawn. First, Emmanuel Gaillard's description of the first conception, concerning the role of usages as a means of interpreting contracts, seems to differ from the examples that he gives. Thus, he describes a sentence of the I.C.C. where reference is made to the Incoterms of 1953 without any specific reference as to their application in the contract. Furthermore, it is clear that the foreseeability of the negotiation requires some assurance as to the criteria that are necessary for the determination of the usages in force. Faced with the silence of the parties, which will often be the case, an examination "of what is being done" in the business community, seems to be the sound and "right" attitude. The constant imbrication among intervening parties and the power of the cybernetics order are the reasons that justify an integration of the community in the contractual context.

But beyond these theoretical discussions, as much on the content of usages as on their origin, it is possible to notice, in addition to the previously mentioned institutional sources, norms produced by the community itself. In cyberspace, these rules as a "secretion" are often named the "Netiquette" concept. As would be suspected, this expression is not well

communauté de l'Internet de créer des principes propres au commerce électronique. Au départ, et tel que nous l'avons vu, il peut paraître présomptueux de parler de principes concernant un domaine qui ne dispose que d'une existence fort limitée. En effet, les principes correspondent souvent à une action de cristallisation qui exige du temps et de la reconnaissance. Par exemple, en droit du commerce international, seuls quelques principes parvinrent à être isolés en dépit de l'ampleur de la matière (150).

Mais, avant toute chose, il importe d'essayer de circonscrire la notion de principes généraux du droit. Selon Emmanuel Gaillard, il existe deux approches fondamentales. La première est celle où les usages «permettent seulement, quelle que soit la loi applicable, d'interpréter la volonté des parties. Leur rôle est donc, au mieux, purement supplétif» (151). La seconde conception est plus large et tout en comprenant «les pratiques contractuelles habituellement suivies, elle inclurait aussi les véritables règles de droit dégagées de l'observation du droit comparé ou d'autres sources internationales. Les usages se confondraient alors pour partie avec les principes généraux du droit du commerce international» (152). L'opposition fait apparaître une question souvent traitée, à savoir la portée des usages est-elle «volontaire» ou «normative» (153) ? Pour notre part, il nous semble qu'une voie médiane peut se dessiner (154). D'abord, la description d'Emmanuel Gaillard quant à la première conception, soit le rôle des usages comme moyen d'interprétation des contrats, paraît différente des exemples qu'il donne. Ainsi, il décrit une sentence de la C.C.I. où il est fait référence aux Incoterms de 1953 sans que le contrat ne spécifie l'application de ceux-ci (155). Ensuite, il est clair que la prévisibilité du négoce impose une certaine assurance quant aux critères nécessaires à la détermination des usages en vigueur. Devant le silence des parties, ce qui sera très souvent le cas, un examen «de ce qui se fait» dans la communauté commerçante, nous semble une attitude saine et «juste». L'imbrication constante des intervenants entre eux et la force de l'ordre cybernétique sont des raisons motivant une intégration du communautaire dans la sphère contractuelle (156).

Mais au-delà de ces discussions théoriques, tant sur le contenu des usages que sur leur origine, il est possible d'apercevoir, en plus des sources institutionnelles précitées, des normes produites par la communauté elle-même. Ces règles, en tant que «sécrétion» (157), sont souvent dénommées dans le cyberspace par le concept de «Netiquette» (158). Comme il est possible de s'en douter, l'expression

est mal appréhendée. Non seulement, et nous venons de le voir, la pratique est pour le moment peu convaincante, et le droit est quelque peu réfractaire à l'informalité des normes mais, au surplus, la nouveauté de notre domaine ne facilite pas la cristallisation de celles-ci. Malgré ces sérieuses limites, la « Netiquette » fait généralement référence à des règles substantielles que les réseaux créent dans leur globalité (159). Ces secrétions sont le produit de différents ordres, qui disposent de leurs propres moyens de coercition sur une communauté donnée (160). Mais ce sentiment de contrainte est-il nécessaire à la constitution d'une règle relevant de la « Netiquette » ? Là encore, une grande variété d'approches apparaît selon les auteurs ; certains n'y intégrant que des normes davantage reliées à la politesse, à une forme de morale communicationnelle (161). Selon nous, le caractère flou de ces normes informelles ne doit pas servir à dénigrer l'utilité et l'efficacité qu'elles peuvent avoir, en fait, dans les communautés du cyberspace.

Une nouvelle fois, si, dans notre quête de juridicité, l'idée de faire interférer le concept de communauté nous semble intéressante, encore faut-il délimiter les contours de celle-ci afin de créer un lien entre elle et les individus la constituant. Sans doute, Internet n'est pas un groupe monolithique. Aussi, plus on parviendra à définir les contours d'un groupe, plus il sera simple d'en déterminer les normes. Pour cette raison, la notion de « Netiquette » demeure difficilement utilisable. Nous devons donc constater que le fruit des sources étudiées demeure encore pour le moment insuffisant. Néanmoins, dans le domaine du commerce électronique, il est peut être plus facile que dans d'autres de déterminer les acteurs et leurs intérêts. De plus, l'esprit de coopération propre au négoce oblige les intervenants à reconnaître les intérêts de groupes concurrents, comme les consommateurs ou les utilisateurs finaux. Cet esprit de conciliation, cette identification plus aisée des groupes et des intérêts en jeu sont autant d'éléments favorables à la « sécrétion » de règles efficaces dans une communauté commerçante. Les éléments sont là. Une maturité manque pourtant.

CONCLUSION

Le droit, instrument de régulation sociale, fait face à un défi de taille lorsqu'il est confronté au commerce électronique. Les données nouvelles et propres aux communications par réseaux rendent moins efficaces les instruments traditionnels de régulation, obligeant, dans bien des cas, à une révision

apprehended. As we saw, for the time being, the practice is not very convincing, and the law is quite refractory to the informality of the norms, and in addition, the newness of our domain does not make the cristallization of these norms easy. Despite these important difficulties, the "Netiquette" refers generally to substantial rules that networks create globally. These secretions are the product of different orders, that have their own ways of convincing a given community. But is this feeling of restraint necessary to the constitution of a rule that relates to the "Netiquette"? Again, a wide variety of approaches appears depending on the authors; some only include norms more related to politeness, to a form of communication moral. We think that the vague character of these informal norms must not help disintegrate the use and efficiency that they might have in the cyberspace communities.

If, in our quest for an appropriate legal basis, the idea of allowing the interference of the concept of community seems to interest us, we must define the outlines of this community in order to link it with the individuals that form it. Without a doubt, Internet is not a monolithic group. Also, the more we succeed in defining the outlines of a group, the easier it becomes to determine its norms. For that reason, the notion of "Netiquette" remains hard to use. We must therefore admit that the result of the sources that were studied remains unsatisfactory for the moment. Nevertheless, in the electronic commerce domain, it might be easier than in others to determine the actors and their interests. Furthermore, the idea of cooperation associated with negotiation, forces the intervening parties to recognize the interests of the concurrent groups, such as the consumers or the final users. This idea of conciliation, this easily accomplished identification of the groups and of the interests at stake are also elements that are favourable to the "secretion" of efficient rules in the business community. The elements are there. A certain maturity is missing, though.

CONCLUSION

Law, an instrument of social regulation, is facing a considerable challenge when confronted with the electronic commerce. The new facts that belong to the communications by networks make the traditional instruments of regulation less efficient, forcing, in many cases, a revision of the concepts and of the

process of normative creation. Despite all that, we could not speak of a "juridical vacuum". Therefore, it seems necessary to create a powerful link between practice and theory, between the business community and the juridical community, between the living thing and law. Numerous authors draw a parallel between cyberspace and a living organism.

Usages, that we have tried to valorize, would indeed constitute solutions that help to establish this link and to avoid a hiatus between law, in its traditional conception, and the new factual data that cyberspace represents.

In any case, the electronic commerce will go on with or without law. The external pressures, economical and technological, are such that the cybernetics need is being established in our modern societies. It is still evident that law and jurists can contribute to this domain, among other things in order to accelerate the security process of computerized transactions. Law must allow the growth of the available techniques rather than stand in the way of development. This article is therefore part of this process, even though, at this stage that is characterized by the newness of the phenomenon, this only constitutes a prerequisite. In fact, what is in question is not the identification of the usages that are in force, but rather the search for what could be at their origin.

des concepts et du processus de création normative. En dépit de tout cela, on ne saurait parler d'un « vide juridique ». Il apparaît donc nécessaire de créer un lien puissant entre la pratique et la théorie, entre la communauté d'affaires et la communauté juridique, entre la chose vivante et le droit. Plusieurs auteurs font le lien entre le cyberspace et un organisme vivant (162).

Les usages, que nous avons essayé ici de valoriser, seraient en effet une des solutions pour établir cette liaison et pour éviter un hiatus entre le droit, dans sa conception traditionnelle, et la donnée factuelle nouvelle qu'est le cyberspace.

De toute façon, le commerce électronique se fera avec ou sans le droit. Les pressions extérieures, économiques et technologiques, sont telles que le besoin cybernétique est en train de s'établir dans nos sociétés modernes. Il est pourtant évident que le droit et les juristes peuvent apporter leur contribution dans ce domaine, notamment pour accélérer le processus de sécurité des transactions informationnelles. Le droit doit permettre l'épanouissement des techniques offertes plutôt que de gêner la marche du progrès. Cet article s'inscrit donc dans cette démarche, et ce, même si, à cette étape caractérisée par la grande nouveauté du phénomène, cela ne constitue qu'un préalable. Il s'agit, en effet, non pas d'identifier les usages en vigueur, mais plutôt de rechercher ce qui en pourrait être les sources.

Notes

La publication de cet article a été rendue possible grâce à la générosité du Fonds Georg Stellari. Nous remercions M. Joseph Jarjour pour sa précieuse collaboration relativement à la version anglaise de cet article.

1. En droit interne, mais surtout en droit commercial international, on voit apparaître de nouvelles appellations pour qualifier des phénomènes de normativité non traditionnelle. Pour ne citer que certaines de ces terminologies, nous évoquerons bien sûr la *lex mercatoria* et la *lex electronica* que nous verrons plus tard, mais aussi les termes mal définis et plus ou moins synonymes de droit des marchands, de principes généraux du commerce international, de droit commercial transnational ou supranational. Voir : Carlo Croff, « The Applicable Law in an International Commercial Arbitration : is it still a Conflict of Laws Problem? », (1982) 16 *Int'l Lawyer* 613, 623. Gounot utilise également l'expression *lex corporative*. Voir : Edmond Gounot, *Le principe de l'autonomie de la volonté en droit privé*, Paris, Rousseau, 1912, pp. 215, 223 et 436. En matière électronique, Lavenue se sert du terme *jus communicationis*. Voir : Jean-Jacques Lavenue, « Cyberspace et droit international : pour un nouveau *jus communicationis* », (1996) 3 *R.R.J.* 811.

2. Dans cet article, nous utiliserons indifféremment les termes cyberspace et Internet.

3. David Post, « Anarchy, State, and the Internet: An Essay on Law-Making in Cyberspace », <http://www.law.cornell.edu/ol/post.html>; Trotter Hardy, « The Proper Legal Regime for Cyberspace », (1994) 55 *Pittsburgh Law Review* 993; Pierre Trudel, « L'introduction au droit du commerce électronique sur Internet », (1995) 55 *R. du B.* 521.

4. On peut se demander si l'ensemble des règles informelles du cyberspace ne se développe que dans le seul domaine du commerce. Sans doute que non. Néanmoins, dans le cadre de l'étude de la *lex electronica*, « copiant » les développements de la *lex mercatoria*, nous limitons nos investigations à ce seul secteur.

5. Raj Bhala, «Self-Regulation Global Electronic Markets Through Reinigorated Trade Usages», (1995) 31 *Idaho Law Review* 863, 866-867 : «In order to meet the needs of participants in global electronic markets, the concept of a usage of trade should be reinigorated. No longer should a usage be regarded as a mere interpretive device trotted out by a court to resolve a dispute about a contractual term. It should be seen as a legal foundation for a practice engaged in by market participants. As such, it should confer legitimacy and authority on that practice, and be a source of obligation for the participants. In short, trade usages should be seen as a means of self-regulation. In this reinigorated role, a trade usage can reduce uncertainty, protect expectations, provide flexibility, and foster efficiency. Alternatives to reinigorated usages do not offer these advantages. First, express statutory rules of contract fail to address adequately the pressing needs of participants in global electronic markets [...]. Application of statutory rules may generate uncertainty and not yield potential Pareto improvements. Second, the process of reforming contract law is too cumbersome and reactive to anticipate and meet the participants needs. Changes wrought may help in the long run but cannot possibly meet their needs in the short-term» (les notes de bas de pages ont été omises). Cet article porte plus précisément sur les relations entre les différentes institutions bancaires dans le monde et le transfert «d'argent» plutôt que sur l'échange de biens matériels. Les points communs sont néanmoins très nombreux avec le domaine de l'inforoute. Les deux sont internationaux, commerciaux, techniques, nouveaux et décentralisés. Simplement, la communauté commerçante ne dispose peut-être pas, dans le second domaine, de l'homogénéité que l'on trouve dans le premier. Cela est dû en partie, selon nous, au fait que le secteur bancaire est animé par des «joueurs très puissants», et, somme toute, peu nombreux, ce qui n'est pas encore le cas du commerce électronique.
6. Pierre Trudel, «Le cyberspace : réseaux constituants et réseau de réseaux», dans Jacques Frémont et Jean-Paul Ducasse (Dir.), *Les autoroutes de l'information : enjeux et défis – Actes du colloque*, t. 39, Montréal, Centre de recherche en droit public, 1996, p. 137, à la page 144 : «Dans les environnements électroniques, la règle de droit ne peut pas toujours être posée en prenant appui sur des repères spatio-temporels stables et constants. La réglementation doit donc se concevoir à partir de paradigmes différents de ceux qui étaient jusqu'ici tenus pour acquis dans les domaines de l'audiovisuel, de l'informatique et de la télécommunication».
7. Pierre Trudel et Robert Gérin-Lajoie, «La protection des droits et des valeurs dans la gestion des réseaux ouverts», <http://www.droit.umontreal.ca/CRDP/Conferences/AE/TrudelGerinlajoie.html>, à la page 4.
8. *Supra*, note 1.
9. Philippe Kahn, «Droit international économique, droit du développement, *Lex mercatoria* : concept unique ou pluralisme des ordres juridiques ?», dans *Études offertes à Berthold Goldman*, Paris, Litec 1982. L'auteur cite, à cet égard, un jugement français où il est prétendu qu'en l'absence de rattachement précis à un État déterminé, l'affaire devait être soumise à la *Lex mercatoria*. Voir : *Tribunal de grande instance de Paris du 4 mars 1981*, (1981) *Clunet* 836 (note de P. Kahn). Par la suite, cette notion a fait l'objet d'une littérature abondante. Pour une excellente synthèse de la question, voir : Filali Osman, *Les principes généraux de la Lex Mercatoria : contribution à l'étude d'un ordre juridique anational*, Paris, L.G.D.J., 1992.
10. Wilhelm Wengler, «Immunité législative des contrats multinationaux», (1971) *R. crit. de d. i.* p. 637. En ce sens, «l'exemple le plus frappant d'une volonté commune d'écarter l'application d'un droit national déterminé figure sans doute dans le contrat de construction du tunnel sous la Manche : le maître de l'ouvrage franco-anglais et les deux groupements d'entreprises, l'un français, l'autre anglais, agissant ensemble sous forme de *joint venture* y ont en effet convenu que leur contrat sera régi par les principes communs aux droits anglais et français, et, en l'absence de tels principes, par les principes généraux du droit du commerce international tels qu'ils ont été appliqués par les tribunaux nationaux et internationaux». Voir : Philippe Foucher, «Rapport français», dans *La responsabilité des constructeurs*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées égyptiennes, t. XLII, année 1991, Paris, Litec, 1993, p. 293, à la page 317.
11. Jacques Ghestin, «L'utile et le juste dans les contrats», (1981) 26 *Archives de philosophie du droit* 35, 57 : «Que la construction ainsi posée présente une part de schématisation non dépourvue d'arbitraire, cela n'est pas contestable. La réalité vivante et complexe des relations contractuelles se laisse difficilement enfermer dans des concepts».
12. Un exemple nous est offert par Serge Parisien lorsqu'il évoque les difficultés d'application de la loi américaine du Utah sur la signature électronique. Cette loi établit un mode de signature sans tenir compte des nouveaux procédés d'identification et de certification qui permettent des niveaux de sécurité tout au moins identiques. Voir : Serge Parisien, «Un essai sur le mode de formation des normes dans le commerce électronique», (1996) 2 *CyberNews* <http://www.droit.umontreal.ca/CRDP/CyberNews/Art3.No296.html>.
13. Dans l'histoire du droit, les coutumes et les usages se développèrent principalement à l'échelle locale et internationale, soit des cadres d'évolution fermés à l'immixtion de normes concurrentes, notamment nationales. Il s'agit d'un phénomène sociologique simple à comprendre, selon lequel, en l'absence de normes formellement établies, un processus spontané tend à combler le «vide» alors constaté. Internet n'étant pas un instrument délimité au niveau national, il y a fort à parier que les normes nationales le réglementant ne seront pas les instruments les mieux appropriés pour intervenir dans les relations du commerce électronique. Quant à l'échelon international, il est aisé de constater les difficultés auxquelles les pays doivent faire face afin d'harmoniser leurs prétentions.
14. Karl Llewellyn, père spirituel du *U.C.C.* américain, préconisait que la flexibilité soit une des fonctions centrales de ce code. Celle-ci se retrouve indiscutablement dans la section (1-205) relative aux usages, comme l'affirme Carroll. Voir : David W. Carroll, «Harpooning Whales, of which Karl N. Llewellyn is the Hero of the Piece : or Searching for more Expansion Joins in Karl's Crumbling Cathedral», (1970) 12 *Boston College Industrial and Commercial Law Review* 139, 154.
15. Louis Maquis, «Les usages commerciaux en droit québécois», dans *Développements récents en droit commercial* (1992), Cowansville, Éditions Yvon Blais, 1992, p. 131, pp.134-135 : «La raison de cette place particulière de l'usage en matière commerciale tient à la transformation incessante et rapide du monde des affaires. Celui-ci, plus que tout autre cherche constamment à tirer avantage des innovations techniques et scientifiques susceptibles de favoriser une croissance de l'activité économique. Or la loi par sa stabilité peut difficilement suivre la cadence de ces développements». Voir aussi P. Trudel et R. Gérin-Lajoie, *loc. cit.*, note 7 : «Pour garantir un équilibre entre les impératifs contradictoires qui se manifestent dans les environnements de réseaux ouverts, on ne peut se fonder sur des démarches fondées sur la quête sw «règles» de droit précises. Ce genre de démarche est d'ailleurs difficile car on fait face à un univers en mutation constante. Comment alors énoncer, de façon claire, précise et définitive ce qui est permis et ce qui est interdit alors que l'environnement des réseaux est appelé à des mutations continues».
16. Par normes à caractère technique, nous ne voulons pas ici parler des «normes techniques» *stricto sensu* comme, par exemple, les normes EDI. L'EDI fait référence à des codes, Ansi ou Edifact, qui font office de langage et non de droit.
17. Sur l'autonomie grandissante des secteurs d'activités ayant un haut degré de technicité et sur, l'incompétence des droits étatiques à régler ces questions, voir : Masaichiro Ishizaki, «De la récente évolution du droit corporatif dans le commerce des soies», dans *Introduction à l'étude du droit comparé – Recueil d'études en l'honneur d'Édouard Lambert*, Paris, L.G.D.J., 1938, p. 495, cité par F. Osman, *op. cit.*, note 9, p. 304.

18. Le corporatisme fut notamment largement critiqué au dix-huitième siècle en France, de par l'indépendance de ces corps et la difficulté pour des éléments extérieurs d'y entrer pour y opérer un certain contrôle. La fracture s'effectua en 1790 avec la *Loi Le Chapelier* qui diminua fortement les prérogatives des corporations. Cet exemple ne doit pas nous empêcher de croire à la pertinence de pareille institution. Voir : Pierre Tiercer, « Rapport général », dans Travaux de l'Association Henri Capitant, *Le rôle de la pratique dans la formation du droit (Journées suisses)*, t. 34, Paris, Economica, 1983, p. 21. Cet auteur affirme à la page 33 : « la réapparition d'une forme de corporatisme peut inquiéter au premier abord ; il serait malavisé de s'y opposer sous prétexte qu'il rétablit les excès d'antan. Il est beaucoup plus sage d'empêcher ses débordements et d'encourager ses bienfaits ».

19. Howard Rheingold, *The Virtual Community: Homesteading the Electronic Frontier*, Dallas, Addison-Wesley, 1993, p. 5.

20. Glanville Williams, *Salmond on Jurisprudence*, 11^{ed.}, Londres, Sweet & Maxwell, 1957, p. 234.

21. Voir : *Infra*, 2, paragraphe B, les développements relatifs à *La pratique contractuelle perceptible en matière de commerce électronique*.

22. Debora SPAR et Jeffrey Bussgang, « Ruling Commerce in the Network », (1996) *Journal of Computer-Mediated Communication* <http://www.usc.edu/dept/annenber/vol2/issue1/commerce.html>. Voir aussi : Debora SPAR et Jeffrey Bussgang, « Ruling the Net », (1996) *Harvard Bus. R.* (à paraître).

23. Ci-après cité « C.c.Q. ».

24. Article 2837 : « Lorsque les données d'un acte juridique sont inscrites sur support informatique, le document reproduisant ces données fait preuve du contenu de l'acte, s'il est intelligible et s'il présente des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier. Pour apprécier la qualité du document, le tribunal doit tenir compte des circonstances dans lesquelles les données ont été inscrites et le document reproduit ».

Article 2838. « L'inscription des données d'un acte juridique sur support informatique est présumée présenter des garanties suffisamment sérieuses pour qu'on puisse s'y fier lorsqu'elle est effectuée de façon systématique et sans lacunes, et que les données inscrites sont protégées contre les altérations. Une telle présomption existe en faveur des tiers du seul fait que l'inscription a été effectuée par une entreprise ».

Article 2839. « Le document reproduisant les données d'un acte juridique inscrites sur support informatique peut être contredit par tous moyens ».

Pour une étude plus approfondie sur le sujet, voir : Pierre Trudel, Guy Lefebvre et Serge Parisien, *La signature et la preuve dans l'échange de documents informatisés au Québec*, Québec, Les Publications du Québec, 1993 et Guy Lefebvre, « La preuve en matière d'échange de documents informatisés », (1995) 74 R. du B. can. 619.

25. Marc Gold, « La rhétorique des droits constitutionnels », (1988) 22 *R.J.T.* 1. Dans une analyse certes basée sur les décisions de la Cour suprême, l'auteur identifie l'interaction qui existe entre cette institution et différents groupes d'intérêts ayant un regard particulier sur sa jurisprudence. Cette vigilance des « auditeurs » et les « attentes » de ces derniers, ne sont d'ailleurs pas sans influence sur la façon dont sont rendues les décisions du tribunal. Nul doute que les premières décisions sur ces articles du C.c.Q. seront attendues avec impatience par la communauté liée au commerce électronique.

26. Jérôme Huet « Aspects juridiques de l'EDI, Échange de données informatisées (Electronic data interchange) », (1991) *Dalloz* 181, 186 : « La variété des situations dans lesquelles le stockage ou la transmission d'informations de l'entreprise sous forme électronique est en cause amène à revenir à l'idée, déjà soulignée, que le degré de sécurité souhaitable dans l'échange électronique de données ne sera pas nécessairement le même dans tous les cas : il variera d'une situation à l'autre. [...] Dans cette optique, on devrait réfléchir à la possibilité de réaliser, à l'échelle internationale, une normalisation portant sur la détermination de classes de sécurité auxquelles il serait possible de se référer lors de l'utilisation de l'EDI. Car, si une telle classification existait, on pourrait se référer dans un message à la classe de sécurité choisie (et demander ainsi, par exemple, un accusé de réception de la part du destinataire : niveau de sécurité qui serait par hypothèse attaché à une classe définie de messages). On mesure, d'ailleurs, tout l'intérêt d'une normalisation de cet ordre pour la communication en réseau ouvert : cela permettrait, à un destinataire potentiel de messages (guichet unique de central d'achat, plate-forme d'interconnectivité...), de déterminer l'usage des procédures de communication imposant le respect d'un certain niveau de sécurité ».

27. Michael Baum, « Commercially Reasonable Security: A Key to EDI Enforceability », (1989) 6 *Computer Law & Practice* 52, 53 : « [i]n most cases reasonable prudence is in fact common prudence; but strictly it is never its measure; a whole calling may have unduly lagged in the adoption of new and available devices. It never may set its own tests, however persuasive be its usages ». A l'appui de ses prétentions, l'auteur cite l'affaire du *T. J. Hooper* ((1932) 60 F. 2d 737) où la responsabilité du propriétaire d'un navire est engagée, à l'égard des propriétaires des marchandises, car le premier ne possédait pas le niveau suffisant de sécurité nécessaire à la navigation. Même si la présence d'une radio météorologique n'était requise par aucun texte, les juges ont considéré, conformément à ce que nous appellerons un usage, que la négligence du propriétaire du bateau pouvait être déduite de la modicité du coût que représentait l'achat d'une telle radio.

28. Voir : Antoine Kassis, *Théorie générale des usages du commerce*, Paris, L.G.D.J., 1984 ; Filip De Ly, *International Business Law and Lex Mercatoria*, The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1992 ; Filali Osman, op. cit., note 9 ; Clive M. Schmitthoff, *International Trade Usages*, Paris, ICC Publishing, 1987.

29. Voir : François Gény, *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, 2^e éd., vol. 1, Paris, L.G.D.J., 1954 ; Jean Escarra, *De la valeur juridique de l'usage en droit commercial*, Paris, Arthur Rousseau, 1910. En *common law*, on peut citer J. H. Balfour Browne, *The Law of Usages and Customs*, Jersey City (N.J.), Law Publishers and Booksellers, 1881. Le fait que les usages furent discutés plus intensément autrefois se comprend aisément dans la mesure où les autres instruments normatifs, lois et traités, n'étaient pas aussi nombreux et omnipotents.

30. *Supra*, 1, paragraphe A.

31. J. Escarra, op. cit., note 29, p. 4 : « L'usage estompe les contours de la loi et de la convention, tenant entre eux le rôle d'une valeur de transition, zone de clair obscur dans le tableau, où toutes les oppositions viennent s'atténuer et se fondre. Il apporte le trouble dans les notions géométriques des jurisconsultes ».

32. Voir : *contra*, A. Kassis, op. cit., note 28, p. 287 et suiv. L'auteur affirme en effet que la nature des usages, en l'occurrence leur portée contractuelle, est présente tout autant en droit interne qu'en droit international. D'une manière générale, nous allons montrer que les internationalistes sont beaucoup plus disposés à donner une valeur normative aux usages que les spécialistes du droit national.

33. F. Gény, op. cit., note 29, p. 322 et suivantes ; p. 418 et suivantes.

34. *Id.*, p. 320. C'est en effet cet auteur qui fit ressortir cette notion provenant du droit romano-canonique.

35. Il faut en effet constater que l'un des chantres de la *lex mercatoria* fut le professeur français Berthold Goldman, « Frontières du droit et *lex mercatoria* », (1964) *Archives de philosophie du droit* 177. Afin de reconnaître l'autonomie d'un droit transnational par rapport aux différents droits nationaux, on devait automatiquement passer par une certaine reconnaissance de la réalité et donc de la différence entre les notions de coutume et d'usages. L'absence à la notion de coutume dans le U.C.C. est celle que l'on peut trouver à l'article 1-102 intitulé « Purposes; Rules of Construction; Variation by Agreement ».

46. Section 1-205, intitulée « Course of Dealing and Usage of Trade », du *Uniform Commercial Code* :

« (1) A course of dealing is a sequence of previous conduct between the parties to a particular transaction which is fairly to be regarded as establishing a common basis of understanding for interpreting their expressions and other conduct.

(2) A usage of trade is any practice or method of dealing having such regularity of observance in a place, vocation or trade as to justify an expectation that it will be observed with respect to the transaction in question. The existence and scope of such a usage are to be proved as facts. If it is established that such a usage is embodied in a written trade code or similar writing the interpretation is for the court.

(3) A course of dealing between parties and any usage of trade in the vocation or trade in which they are engaged or of which they are or should be aware give particular meaning to and supplement or qualify terms of an agreement.

[...] ».

47. Amy Kastely, « Stock Equipment for the Bargain in Fact : Trade Usage, « Express Terms », and Consistency under Section 1-205 of the Uniform Commercial Code », (1986) *North Carolina L. R.* 777. L'auteur met particulièrement l'emphase sur l'influence de la « communauté » dans le contrat même. Reprenant les commentaires de Patrick Atiyah, *An Introduction to the law of Contract*, 3^e éd., Clarendon Press, 1981, p. 182, Amy Kastely, pages 814-815, écrit que : « Some commentators argue that it is no longer necessary to treat usage as a part of the parties' expectations and that trade usage should instead be viewed as an external source of law. Although provocative, this critique oversimplifies the communal character of trade usage and overlooks a fundamental innovation in section 1-205. [...] Because section 1-205 recognizes this communal element in human character, it acknowledges the inevitably public nature of contract law ». Contra, Elisabeth Warren, « Trade Usage and Parties in the Trade: an Economic Rationale for an Inflexible Rule », (1981) 42 *U. of Pittsburgh L. R.* 515.

48. L'influence du droit allemand se fit sentir tant en droit français, par l'intermédiaire de François Gény, qu'en droit américain, précisément dans le U.C.C. modelé par Karl Llewellyn.

49. Pour une présentation de la doctrine allemande, voir : F. Gény, *op. cit.*, note 29, p. 325. Les auteurs allemands les plus généralement cités sont : Von Savigny, *Traité de droit romain*, §§ XII – XIV, traduction Guenoux, t. 1, p. 32 et suiv. ; et G. F. Puchta, *Das Gewohnheitsrecht*, t. 1, 1828, p. 133 et suiv.

50. Raphael Powell, « Good Faith in Contracts », (1956) 9 *Current Legal Problems* 16, 31. Cet auteur explique que comparativement au droit français qui fait référence à une notion morale de la bonne foi, difficilement interprétable par les juges, le point de vue allemand, plus objectif, permet un développement plus harmonieux du concept. Cela correspond à l'article 242 BGB, qui retranscrit une vieille tradition germanique, initiée par Herder, qui écrit, en 1774, que la raison universelle instituée par les philosophes des lumières n'existe pas. Avec cet article du Code civil allemand, un lien est institué entre le contrat et les usages communs.

51. Philippe Fouchard, « L'État face aux usages du commerce international », dans *Travaux du Comité français de droit international privé – 1973-1975*, Paris, Dalloz, 1977, p. 74 : « Aujourd'hui, la coutume proprement dite a perdu presque toute sa consistance en droit privé, et c'est le terme d'usage qui est employé pour désigner l'ensemble du phénomène coutumier ».

52. Alina Kaczorowska, « Les usages commerciaux dans les conventions relatives à la vente internationale », (1995) 29 *R.J.T.* 427 ; A. Kassis, *op. cit.*, note 28, p. 269 et suiv.

53. Pour jauger les différences qui existent entre les termes usages et coutume relativement aux critères de réalisation, il est possible de lire le commentaire 5 de l'article 1-205 du U.C.C.

54. Article 9 : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Sauf convention contraire des parties, celles-ci sont réputées s'être tacitement référées dans le contrat et pour sa formation à tout usage dont elle avaient connaissance ou auraient dû avoir connaissance et qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats de même type dans la branche commerciale considérée ».

55. Article 9 de la Luvi : « 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles se sont référées expressément ou tacitement et par les habitudes qui se sont établies entre elles. 2) Elles sont également liées par les usages que des « personnes raisonnables » de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicable à leur contrat. En cas de contradiction avec la présente Loi, ces usages l'emportent, sauf volonté contraire des parties ». Selon l'article 13 (1) de la Luvi : « On entend par usages les manières de faire que des personnes raisonnables de même qualité placées dans leur situation considèrent normalement comme applicables à la formation de leur contrat ».

56. Même constat dans les principes Unidroit (UNIDROIT, *Principes relatifs aux contrats du commerce international*, Rome, Unidroit, 1994, article 1.8) :

« 1) Les parties sont liées par les usages auxquels elles ont consenti, ainsi que les pratiques qu'elles ont établies entre elles.

2) Elles sont aussi liées par tout usage qui, dans le commerce international, est largement connu et régulièrement observé par les parties à des contrats dans la branche commerciale considérée, à moins que son application ne soit déraisonnable ».

57. Pierre Trudé, *op. cit.*, note 3, 521, 541 : « Pour être crédible, l'autoréglementation suppose la mise en place de règles significatives, c'est-à-dire imposant de véritables obligations aux acteurs [...]. Il faut généralement énoncer avec le plus de précision les droits et obligations qui seront reconnus aux participants à une transaction ».

58. Il est impossible de citer l'immense doctrine qui ne manqua pas de susciter bien des commentaires depuis 1964, date à laquelle la notion de *lex mercatoria* fut inventée par Berthold Goldman, *loc. cit.*, note 35. Selon un choix qui sera forcément arbitraire, en plus des références déjà citées, voir notamment : Jacques Béguin, « Le développement de la *lex electronica* menace-t-il l'ordre juridique international ? », (1984) 30 *McGill Law Journal* 478 ; Clive M. Schmitthoff, « The Law of International Trade, its Growth. Formulation and Operation », dans *The Sources of the Law of International Trade*, New York, Éd. Frederick A. Praeger, 1964, p. 5 ; L. E. Trakman, *The Law Merchant. The Evolution of Commercial Law*, Littleton (Colorado), F. B. Rothman, 1983 ; C. William O. Stoecker, « The *lex mercatoria*: to what extent does it exist? », (1988) *Journal of International Arbitration* 101 ; Sir Michael Mustill, « The New *lex mercatoria*: The First Twenty Five Years », dans *Études Wilberforce*, Oxford, 1987, p. 149 ; Jan Paulsson, « La *Lex Mercatoria* dans l'arbitrage C.C.I », (1990) *Revue de l'arbitrage* 55.

59. Cette énumération est celle proposée par J. Béguin, *loc. cit.*, note 58, 485. Pour une étude plus détaillée, voir: Philip De Ly, *op. cit.*, note 28, p. 133, où sept catégories ont été créées pour décrire le « International Business Law and Substantive Law ». Ce nombre plus important de catégories est dû à une distinction que nous ferons également entre les contrats-types, les codes de conduite et l'autoréglementation des organisations professionnelles.

60. Guy Rocher, « Pour une sociologie des ordres juridiques », (1988) 29 *C. de D.* 91, 105.

61. Nous pourrions utiliser également le futur, voire le conditionnel, la nouveauté du commerce électronique faisant que les institutions d'aujourd'hui ne seront pas forcément celles de demain.

62. G. Rocher, *loc. cit.*, note 60, 105. L'auteur, dans le passage clé de son article, élabore des critères nécessaires à la reconnaissance d'une institution susceptible de production normative. Nous en retiendrons trois : « 2) des agents ou des appareils sont reconnus dans l'unité sociale comme étant spécialisés pour : – élaborer de nouvelles règles ou modifier celles qui existent ; – interpréter les règles existantes ; – les appliquer et les faire respecter ; 3) l'intervention des appareils ou agents est fondée sur une légitimité. [...] ; 5) les règles et les agents ou appareils doivent faire preuve de stabilité dans le temps, d'une relative permanence. [...] ».

63. Plusieurs conventions bien connues furent élaborées par cet organisme. On peut citer, par exemple, la Convention de Vienne de 1980, la Loi-modèle sur l'arbitrage commercial, la Loi-modèle sur les transferts de crédits, etc.

64. Voir, par exemple : UNCITRAL, « Report by the Secretariat, Legal Value of Computer Records », A/CN.9/269 (1985).

65. Parmi les documents les plus importants, voir : CNUDCI, *Guide juridique de la CNUDCI sur les transferts électroniques de fonds*, DOC. A/CN.9/SER B/1, New York, 1987. UNCITRAL, « Legal Issues of Electronic Data Interchange », A/CN.9/333 (1990), cité dans le Yearbook of United Nations Commission on International Trade Law, vol. XXI, 1990, p. 253. UNCITRAL, « Provisional Agenda of the Working Group on International Payments for its 24th Session », A/CN.9/WG.4/WP.52 (1991). UNCITRAL, « Electronic Data Interchange: Possible Issues to be Included in the Programme of Future Work on the Legal Aspects of EDI », A/CN.9/WG.4/WP.53 (1992). UNCITRAL, « Report by the Secretariat, Legal Value of Computer Records », A/CN.9/269 (1985). UNCITRAL, « Report for the United Nations Commission on International Trade Law: Electronic Data Interchange », A/CN.9/350. UNCITRAL, « Report of the Working Group on International Payments on the Work of its 24th Session », A/CN.9/360 (1992).

66. UN. Doc./A/51/1 (1996).

67. A titre d'exemple, en ce qui concerne la rétention de messages, des critères, certes larges, sont offerts à la communauté comme guide pour établir un standard de « raisonabilité ».

68. Quant à l'écrit, par exemple, la définition donnée pour le caractériser est la suivante : « if the information contained therein is accessible so as to be usable for subsequent reference ». Certes, une définition aussi extensive permet d'inclure une inscription informatisée (pour reprendre l'expression du *Code civil du Québec*) dans le concept d'écrit. Une éventuelle exigence nationale est donc bien contournée dès lors qu'intervient un document informatisé. Par contre, aucun critère n'est apporté pour déterminer, et sans doute pour définir, une inscription informatisée à proprement parler.

69. Voir notamment : CNUDCI, « Rapport du groupe de travail sur les échange de données informatisées sur les travaux de la vingt-cinquième session », A/CN.9/373 (1993).

70. Doc. UN/trade/WP.4/R.1096, « Review of definitions of « writing », « signature » and « document » employed in multilateral conventions and agreements relating to international trade » (1994).

71. Le « Work Party 4 » est un comité affilié à la Commission économique pour l'Europe. En dépit de la limitation géographique de l'organisme dans « l'arborescence » onusienne, il comprend des membres du monde entier et entretient d'ailleurs des liens privilégiés avec la CNUDCI (dans bien des cas, les représentants des États que l'on retrouve à la CNUDCI, sont également des membres du WP 4, mais cette fois, davantage comme experts). Sans aucun doute, cette institution participe à l'avancement de la réflexion sur ces sujets particuliers. Parmi les nombreuses références qui proviennent de cet organisme, citons : UN. Doc./Trade/WP.4/R.872 (1992), « Aspects juridiques de l'échange de données commerciales – Actes sur la promotion de l'automatisation des transactions commerciales » ; UN. Doc./Trade/WP.4/R.836 (1992), « Aspects juridiques de l'échange de données commerciales – Examen des définitions des termes « écrit/par écrit », « signature » et « documents » employés dans des conventions et accords multilatéraux relatifs au commerce international – communication de la FIATA/AFI » ; UN. Doc./Trade/WP.4/R.818 et 819 (1992), « Legal aspects of trade Data Interchange: Review of Definitions of « Writing », « Signature », and « Document » employed in Multilateral Conventions and Agreements Relating to International Trade ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.835 (1992), « Aspects juridiques de l'échange de données commerciales – Programme d'actions relatif aux aspects juridiques et commerciaux de la facilitation du commerce » ; UN. Doc./Trade/WP.4/GE.2/R.123 (1978), « Legal Problems and ADP Systems in International Trade ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.99 (1980), « Trade Data Interchange Restraints ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.159 (1981), « Legal Aspects of Trade Data Interchange: Bills of Lading and Automatic Data Processing ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.398 (1985), « Legals aspects of Trade Data Interchange: Signature and Formal Requirements in Connection with the Replacement of International Trade Documentation by Computer Printouts ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.405 (1986), « Dispensing with a Handwritten Signature in Invoices by Means of Computer Printouts ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.479 (1987), « Studies Concerning the Replacement of the CIM Consignment Note by an Instrument Suitable for Automatic data Transmission – Docimel Project ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.649 (1989), « Electronic Document ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.697 (1990), « Legal Aspects of Trade Data Interchange ». UN. Doc./Trade/WP.4/R.740 (1991)/Add.2/Rev.1.

72. Judith Y. Gliniecki et Ceda G. Ogada, « The Legal Acceptance of Electronic Documents, Writings, Signatures, and Notices in International Transportation Conventions: A Challenge in the Age of Global Electronic Commerce », (1992) 13 *Northwestern J. of Int'l Law & Bus.* 117.

73. Doc./Trade/WP.4/R.1096, *précité*, note 70, p. 2. Selon la même tendance, on peut lire que : « as is evident the survey of rules concerning international trade transactions, the current patchwork does not satisfactorily accommodate the migration of international business to electronic commerce. The conventions we have examined in this article all contain various rigidities in their definitions of applicable legal requirements that are inhibitive of electronic commerce ». Voir : J. Y. Gliniecki et C. G. Ogada, *loc. cit.*, note 72, 141.

74. J. Y. Gliniecki et C. G. Ogada, *loc. cit.*, note 72, 126. Dans cet article, une courbe laisse clairement voir l'acceptation progressive des supports dématérialisés par les conventions. Une exception notoire subsiste toutefois : la Convention de Bâle sur les « Hazardous Waste » de 1989, où l'exigence de l'écrit est clairement affirmée.

75. Relativement à la signature, par exemple, plusieurs conventions acceptent « any means of signatures ». Une telle définition ne fait pas avancer la quête de critères précis, la validité de la formalité étant sujette à l'acceptation d'institutions tierces. C'est le cas notamment dans la Convention de Hambourg de 1978, la Convention sur le transport multimodal (1980), la Convention interaméricaine sur le transport de marchandises (1989), etc.

76. Dans la Convention de Hambourg de 1978, par exemple, l'article 1 (8) établit que «writing includes, *inter alia*, telegram or telex».

77. Michael S. Baum, «Secure Electronic Commerce: The Next Wave», dans *Actes de la Conférence : Faire des affaires en toutes sécurité sur les autoroutes de l'information*, Montréal les 30 et 31 août 1995, Institut Mondial de l'EDI et Centre de recherche en droit public, Montréal, 1995, p. 1. À la page 10, il qualifie ces règles comme étant «the grand-father of the electronic rules».

78. UNCID (The Uniform Rules of Conduct for Interchange of Trade Data by Teletransmission), Données commerciales par télétransmission – Chambre de commerce internationale, 22 septembre 1987. Ce code est notamment disponible dans Michel Vivant, Christian Le Stanc, Lucien Rapp et Michel Guibal, *Lamy droit de l'informatique*, Paris, Lamy, 1992, p. 1318.

79. Jérôme Huet «Aspects juridiques de l'EDI, Échange de données informatisées (Electronic Data Interchange)», (1989) *Dalloz* 180, 183 : «c'est par contrat que les parties à l'EDI déclare se soumettre à de telles règles, mais il n'est pas impossible que, petit à petit, celles-ci prennent la valeur de véritables usages du commerce». Dans le même sens, voir : Richard A. Schiffer, «The Use of «Alternative Dispute Resolution» in Resolving Disputes Involving EDI», dans Ian Walden (Dir.), *EDI and the Law*, Londres, Blenheim Online Publications, 1989, p. 177, à la page 179 : parlant des règles UNCID, l'auteur affirme «while these rules are not law in the senses that they have not been promulgated by any governmental or judicial authority, they can nevertheless be expected to become within the very near future as important industry guide posts as the International Chamber of Commerce's Incoterms».

80. Pour obtenir le texte des principaux codes de conduite universitaires, aux États-Unis, consulter la page suivante : <http://music.phlab.missouri.edu/policy/copies/>.

81. Le Code français de l'Internet : <http://www.planete.net/code-internet/>.

82. <http://www.planete.net/code-internet/Explic.html> : «Ce code d'autorégulation s'inscrit également dans le cadre des initiatives internationales en cours et notamment la Charte de coopération internationale sur l'Internet lancée également par Monsieur François Fillon lors du Conseil des Ministres de l'O.C.D.E de Bologne du 24 avril 1996, ainsi que les nombreuses initiatives de l'Union Européenne». Pour consulter cette proposition, visiter le site suivant : <http://www.telecom.gouv.fr/francais/activ/techno/charteint.htm>.

83. Electronic Messaging Services Task Force, «The Commercial Use of Electronic Data Interchange – A Report and Model Trading Partner Agreement», (1990) *Business Lawyer* 1717.

84. EDI Association, *EDI Association Standard Electronic Data Interchange Agreement*, Londres, 1990.

85. Legal and Audit Issues Committee Electronic Data Interchange Council of Canada, *Electronic Data Interchange Trading Partner Agreement and Commentary*, Ottawa, EDICC, 1990.

86. CIREdit, «Contrat-type d'échange EDI», cité dans Michel Vivant, Christian Le Stanc, Lucien Rapp et Michel Guibal, *Lamy droit de l'informatique, Formulaire*, Paris, Lamy, 1990, III-141.

87. Karim Benyekhlef, *Échange de documents informatisés, contrat-type commenté*, Québec, Publications du Québec, 1991. Voir la mise à jour de 1995 par Karim Benyekhlef et Vincent Gautaris, *Échange de documents informatisés : Contrat type commenté Mise à jour 1995*, <http://www.droit.umontreal.ca/Nouveautes/contratType.html#Art1>.

88. Commission C.E.E., Tedis Program: the European Model EDI Agreement (mai 1991), DG XIII-D-5. Voir la version finale de ce document dans la *Recommandation de la Commission du 19 octobre 1994 concernant les aspects juridiques de l'échange de données informatisées (texte présentant de l'intérêt pour l'EEE)*, 94/820/CE, Journal officiel des Communautés Européennes N° L 338/98 du 28 décembre 1994. Ce document est également répertorié à (1995) 3 *D.I.T.* 94.

89. Ce contrat-type peut être retrouvé dans Amelia H. Boss et Jeffrey B. Ritter, *Electronic Data Interchange Agreements: A guide and Sourcebook*, Paris, International Chamber of Commerce, 1993. Voir également : Amelia H. Boss, «Electronic Data Interchange Agreements: Private Contracting Toward a Global Environment», (1992) *Northwestern Journal of International Law & Business* 31.

90. *Id.*

91. Basic Electronic Data Interchange (EDI) Agreement, (non publié). Pour davantage d'informations, voir Rolf Bleschschmidt, «The German Basic Electronic Data Interchange Agreement versus the European Model EDI Agreement: Some Reflections on German Law», (1996) *EDI Law Review* 1.

92. Organisation pour la Simplification des Procédures du Commerce International en Afrique du Sud, *Projet d'accord type d'échange de données (SITPROSA)*, 1991 (non publié).

93. Amelia H. Boss et Jeffrey B. Ritter, *op. cit.*, note 89, p. 233.

94. Deux études datant de 1996 furent effectuées au Canada et au Québec. Pour le Canada, voir : Carla Botting, Gordon R. Jenkins et Yvan Lauzon, *Survey on the Implementation of Electronic Data Interchange (EDI) and Electronic Commerce (EC) in Canada*, non édité, p. 13 : «In January 1996 the majority of EDI users 60.5 % (54.6 %, 1996) of Canadian EDI users did not have an EDI Legal and audit Agreement with their trading partners». Pour le Québec, voir : Institut EDI, *L'utilisation de l'échange de documents informatisés (EDI) et du commerce électronique (CE) au Québec*, Montréal, Bibliothèque nationale du Québec, 1996, p. 15 : plus de la moitié des utilisateurs de l'EDI (54,0 %) effectue des échanges sans avoir conclu d'entente contractuelle avec leurs partenaires. Cependant, une forte proportion d'utilisateurs a quand même choisi de communiquer sur une base formelle d'entente».

95. Par contrat propriétaire, il faut entendre les accords de communication que des entreprises préfèrent élaborer elles-mêmes afin d'y intégrer des vœux ou des spécificités qui leurs sont propres.

96. Un exemple de cette influence bien légitime peut se trouver dans le cas du contrat-type européen qui, alors que les contrats français et anglais n'en possédaient pas, va intégrer une clause de responsabilité. Il existait à cet égard une distinction entre les contrats européens et, notamment, le contrat américain. Alors que les premiers étaient assez nettement limités à l'aspect technique et communicationnel, le contrat américain ajoutait des stipulations d'ordre juridique relatives aux droits et obligations des parties. C'est cette dernière tendance que le contrat européen a suivi.

97. Sans renier l'importance de ces exemples, il faut néanmoins constater qu'ils furent prévus pour l'EDI de type classique et, par conséquent, dans le cadre de relations de réseaux fermés. La généralisation des «réseaux de réseaux» impliquerait quelques modifications.

98. Voir, par exemple, F. De Ly, *op. cit.*, note 28, pp. 202-203. F. OSMAN, *op. cit.*, note 28, p. 309 et suivantes.

99. Plusieurs projets s'apparentant à l'arbitrage dans le cyberspace ne feront l'objet que d'une brève mention, et ce, pour des raisons diverses. D'abord, il existe certains organismes de portée juridique mais sur lesquels nous n'avons que trop peu d'informations pour les évoquer plus avant. C'est le cas, par exemple, de la Commission arbitrale du CIREDT (Centre International de Recherches et d'Études en Droit de l'Informatique et des Télécommunications), celle-ci ayant simplement été mentionnée à l'article 17 de la convention cadre de cet organisme français, document disponible à la suite d'un article de Thierry Piette-Coudol, « Convention cadre pour le commerce électronique : commentaires et contrat », (1996) 2-2 *CyberNews* <http://www.droit.umontreal.ca/CRDP/CyberNews/>. Il existe certains autres sites offrant des services de médiation et donc, avec un caractère juridictionnel bien moins affirmé. Voir : (<http://www.ombuds.org/>). Enfin, nous trouvons des organismes dont le caractère prétendument juridique semble quelque peu effacé face à la teneur commerciale de l'entreprise. Voir, par exemple : Netlex <http://www.netlex.com/index.html>.

100. Même s'il en existe d'autres. L'on peut par exemple penser à l'*Online Ombuds Office*, dirigé par Ethan Katsh (<http://www.ombuds.org>). Sans doute moins en vue que le projet d'arbitrage de *Virtual Magistrate*, il semble pourtant que l'expérience donna lieu à une étude de cas assez fournie. Nous délaissions cet intéressant projet dans la présente étude dans la mesure où il semble correspondre à une tentative assez comparable au Cybertribunal. Il est néanmoins important de connaître son existence. L'autre raison est que l'OOO, n'établissant pas de sentence basée sur des arguments de droit, sa participation à l'élaboration de la *lex electronica* est de moindre importance.

101. <http://vmag.law.vill.edu:8080/>.

102. Le *National Center for Automated Information Research* (NCAIR) engagea 75 000\$ pour que ce projet puisse se réaliser.

103. <http://vmag.law.vill.edu:8080/doksys/96-0001/>.

104. On peut lire en effet : « The Virtual Magistrate Project accepts complaints about messages, postings, or files allegedly involving copyright or trademark infringement, misappropriation of trade secrets, defamation, fraud, deceptive trade practices, inappropriate (obscene, lewd, or otherwise violative of system rules) materials, invasion of privacy, and other wrongful content. The Virtual Magistrate will decide whether it would be reasonable for a system operator to delete or otherwise restrict access to a challenged file or posting. Other cases may call for decisions about the disclosure of the identity of an individual to a person other than the government. In extreme cases, the Virtual Magistrate may rule on whether it is appropriate for a system operator to deny a person access to an online system. The Virtual Magistrate project will not decide questions about billing or financial obligations as between users and system operators ».

105. *Ombuds Online Office*, <http://www.ombuds.org/narrative1.html>, page 2 : « Much time was spent contacting the respondent and securing its cooperation. This will probably continue to be a component of most cases presented to us. Originally, this process of contacting the respondent seemed to us to represent a pre-mediation or intake phase. It may, just as easily, however, be considered to be the first phase of mediation, where the process is explained, ground rules are laid out, and the tone for future conversations is set. In the electronic environment, the boundary between intake and mediation may blur even more than it sometimes does in the physical world. All communication online takes place in the same place and some cues that suggest different stages of a process are lacking ».

106. *Cybertribunal*, <http://www.Cybertribunal.org>. Notons que deux des auteurs du présent article sont impliqués dans ce projet d'arbitrage et de médiation en ligne.

107. *Id.* : « Dans un premier temps, comme nous l'avons signalé dans l'introduction, les décisions rendues par nos arbitres n'auront une force contraignante que dans la mesure où les deux parties sont prêtes à s'y soumettre. Il n'est ni de notre pouvoir, ni de notre intention, de forcer qui que ce soit à suivre les décisions rendues par le Cybertribunal ». Cela dit, le Cybertribunal s'autorise dans certaines circonstances à rendre une sentence en dépit du manque de consentement des parties. Évidemment, la décision rendue ne sera alors pas contraignante et ne servira qu'à participer au processus d'élaboration des normes dans le cyberspace.

108. *Id.* : « Dans un second temps, nous ne pourrions traiter des cas où des questions d'ordre public sont mises en cause. Il sera par exemple impossible de statuer sur des conflits impliquant le droit des personnes, le droit criminel, etc. ».

109. *Id.* : « Dans un troisième temps, il faut également préciser que le champ d'expertise de nos arbitres sera strictement lié au cyberspace. Aussi, nous croyons que notre forum ne pourra offrir une qualité de service que dans ces seuls domaines. Il n'est donc pas de notre intention de traiter par exemple des problèmes liés à l'achat d'un ordinateur dès lors que le conflit ne touche pas une communication à distance. Le Cybertribunal s'octroie donc le droit de refuser de traiter un cas qui lui est présenté, notamment sur la base de sa non pertinence avec son domaine d'expertise ». Une limite à cette limite doit être apportée : en effet, dans l'hypothèse de clause compromissoire, et donc d'un différend futur, il est prévu que des parties non liées au domaine du cyberspace décident pourtant de porter leurs éventuels litiges devant le Cybertribunal. Dans ce cas, la motivation des cocontractants réside davantage dans la fonctionnalité du médium que dans la spécialisation des arbitres.

110. Quatre procédures d'arbitrage doivent être distinguées. Il y a d'abord la procédure concernant, en général, les différends nés. Ensuite, une démarche particulière est prévue pour les différends nés impliquant un consommateur. Encore, a-t-on trouvé pertinent de distinguer des mesures applicables aux différends nés concernant les petites créances. Enfin, une procédure indépendante est créée pour les différends à naître. Même dans cette dernière situation, en dépit du fait que l'approche coopérative, incitative, est moins utile dans la mesure où les deux partenaires sont liés par contrat, une tentative de médiation est néanmoins envisagée (au même titre, par exemple, que dans les règlements d'arbitrage de la CCI).

111. Notons que ce rapprochement des administrés au processus de normativité est donc présent tant dans l'arbitrage que dans la médiation. Dans le premier, il ressort qu'un lien privilégié est élaboré avec les usages. Arbitrage et normes informelles, usages, sont en effet des associations faciles à faire et que nous avons d'ailleurs favorisées dans chacune des procédures applicables au Cybertribunal. Or ces usages sont le produit d'une communauté qui est plus proche de l'individu que de l'État avec ses lois et ses traités. Pour la médiation, le rapprochement constaté se change même en implication. Les administrés gèrent eux-mêmes leurs différends, sous la supervision éclairée certes, plus ou moins distante, d'un médiateur. C'est là que l'apport du Cybertribunal devient fondamental : cela devient un outil de création normative, dans le cas de l'arbitrage, offrant un gain à la communauté du cyberspace. Cela devient aussi un outil de coopération individuelle, permettant la participation des internautes, dans le cas de la médiation. Dans les deux situations, un dialogue de bas en haut se met en place, à la différence de la perception classique du droit qui va de haut en bas.

112. <http://altavista.digital.com/>.

113. De 130 sites en juin 1993, on est passé à plus de 23 000 sites en juillet 1995. Voir : Donna L. Hoffman, Thomas P. Novak, et Patrali Chatterjee, « Commercial Scenarios for the Web: Opportunities and Challenges », <http://shum.huji.ac.il/jcmc/vol1/issue3/hoffman.html>.

114. En ce qui concerne le commerce impliquant les consommateurs, une récente dépêche de l'AFP faisait mention du fait qu'en 1996 aux États-Unis, 5,4 milliards de dollars de produits auront été consommés par le biais d'Internet. Ce montant est encore minime comparative-

ment aux 75 milliards de dollars provenant de la vente par correspondance en général (catalogue, télévision et téléphone). Par contre, les prévisions estiment qu'en l'an 2000, plus de 100 milliards de dollars de produits seront achetés sur l'infornoute. Voir également une étude réalisée par Georgia Tech Research Corporation (GTRC) et le Graphic Visualization & Usability Center (GVUC) à l'automne 1996 sur près de 15 000 personnes quant aux pratiques des usagers d'internet: <http://www.aui.fr/Groupes/GT-IUD/www-survey.htm> (version anglaise) ou <http://www.cc.gatech.edu/gvu/user-surveys/survey-10-1996/> (version anglaise).

115. «Online Transactions: Risks and Options» à l'adresse suivante : <http://www-personal.umich.edu/~sgupta/hermes/servey3/transact.html>. Voir notamment la page 1 où il y est indiqué que 56 % des personnes interrogées considèrent le problème de la sécurité comme une raison primordiale pour ne pas acheter.

116. «Information Sources and Buying Channels: Consumer Survey of WWW Users», page 2, à l'adresse suivante : <http://www-personal.umich.edu/~sgupta/hermes/servey3/sourcas.html>.

117. «Online Transactions: Risks and Options», note 115, page 1. 60 % des usagers considèrent qu'il n'est pas raisonnable de communiquer de tels renseignements.

118. *Id.*, page 1.

119. <http://shum.huji.ac.il/jcmc/vol1/issue3/hoffman.html>.

120. Les six groupes répertoriés sont les suivants : 1) les «online storefront», 2) les «Internet presences» (qu'il faut partager entre «flat ads», «image», «information»), 3) les sites de contenu (alliance de contenu informationnel avec de la publicité), 4) les «malls» (soit des groupements de commerçants), 5) les «incentive sites» (afin d'attirer les consommateurs sur un site de vente), 6) les «search agents» (moteurs de recherche spécialisés sur les points de vente).

121. *Id.*, p. 9. La même étude établit un certain nombre de barrières à la commercialisation sur le web. Outre la facilité d'accès qui reste un empêchement important, la facilité d'utilisation, le prix et le risque (confidentialité et sécurité) sont les empêchements secondaires. Il nous faut aussi croyons nous ajouter le caractère peu intrusif du médium. Ce dernier élément oblige les marchands à organiser et à faciliter la visite des acheteurs sur leurs sites.

122. Parmi ces techniques qui permettent une intrusion de plus en plus grande auprès des consommateurs potentiels, apparaît depuis peu le procédé de «mode push» (ou webcasting) qui permettra, d'ici peu, d'inverser le processus classique où l'acheteur accède à l'information en initiant lui-même la recherche. Un commentaire donné par Joel de Rosnay (<http://www.france2.fr>) sur cette nouveauté précise : «Avec le webcasting, c'est l'information qui vient à vous. Vous remplissez un formulaire précisant vos centres d'intérêt. L'émetteur va vous envoyer ces informations qui vous sont spécifiques. Elles sont gratuites car payées par une publicité très ciblée puisque l'on connaît précisément votre profil. Personnellement la publicité que j'ai actuellement en haut à droite de mon écran m'intéresse à 80 % car elle est faite pour moi».

123. Dan Schiller, «Les marchands à l'assaut d'Internet», (mars 1997) *Le monde diplomatique* <http://www.monde-diplomatique.fr/md/1997/03/index.html>.

124. Il existe bien d'autres sortes de contrats sur le Net ; nous avons, par exemple, constaté plusieurs contrats de dépôt, ventes aux enchères (plusieurs exemples), contrats d'échange, etc.

125. Il n'est pas clair en droit américain s'il est possible de faire une distinction entre un contrat de service et un contrat de licence. Selon Michael Ristad et Lori E. Eischmidt, «The Commercial Law of Internet Security», (1995) 10-2 *High Technology Law Journal* 213, 270, la vente couvrirait les produits tangibles et la licence les produits intangibles. À notre connaissance, le contrat de service semblerait correspondre à cette deuxième catégorie.

126. Voir, notamment : Henri Desbois, *Le droit d'auteur en France*, 3^e éd., Paris, Dalloz, 1978, p. 491.

127. André Lucas et Henri-Jacques Lucas *Traité de la propriété littéraire et artistique*, Paris, Litec, 1994, pp. 395-396.

128. Ejan Mackaay, «Le marché du progiciel – licence ou vente», (1994) 6 C.P.I. 401. La situation est loin d'être claire : aux États-Unis, selon une jurisprudence constante, les cours distinguent «vente» (régie par le U.C.C.) et «services» (régis par la *common law*), et a fortiori «licence». Voir M. Rustad et L. E. Eischmidt, *loc. cit.*, note 125, 267-268. De plus, une nouvelle version du U.C.C. (version B) édicte expressément des dispositions sur les licences (10 février 1995 (non encore en vigueur)). Un statut particulier est alors prévu afin de les distinguer clairement des ventes de biens. En France, une tentative de cette notion a été lancée par Robert Savatier, «La vente de services», (1971) Dalloz 223. L'auteur tenta en effet d'élaborer ce rapprochement afin de conformer la réalité juridique à la réalité économique et en insistant sur l'unité des phénomènes. La tentative, en dépit de la clairvoyance de ses objectifs, a été unanimement rejetée.

129. Article 34 L.P.C. : «La présente section s'applique au contrat de vente ou de louage de biens ou de services ainsi qu'au contrat mixte de vente et de louage». Notons que cette loi précède le *Code civil du Québec*.

130. Voir Vincent Gautrais et Pierre-Emmanuel Moysé, «Droit des auteurs et droit de la consommation dans le cyberspace : la relation auteur/utilisateur», (1996) 9-1 *Cahiers de propriété intellectuelle* 9, 56.

131. Article 3117 C.c.Q. : «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».

132. Article 5 : «[...] 2. [...] le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi du pays dans lequel il a sa résidence habituelle :

- 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.

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».

133. *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 27 septembre 1968*, citée dans Hélène Gaudemet-Tallon, *Les Conventions de Bruxelles et de Lugano – Compétence internationale, reconnaissance et exécution des jugements en Europe*, « Coll. Droit des affaires », Paris, L.G.D.J., 1993, p. 330. Voir les articles 13 à 15 de cette Convention.

134. *Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 16 septembre 1988*, cité dans H. Gaudemet-Tallon, *id.*, p. 370. Voir les articles 13 à 15 de cette Convention.

135. Pour l'étude de ces trois conditions, voir, notamment : C.G.J. MORSE, « Consumer Contracts, Employment Contracts and the Rome Convention », (1992) 41 *International and Comparative Law Quarterly* 1. Brièvement, et conformément aux articles précédemment cités, les trois conditions sont : 1) une publicité faite par le commerçant et si le contrat est réalisé dans le pays du consommateur ; 2) la commande est reçue dans le pays du consommateur ; 3) la vente nécessite un déplacement du consommateur et le voyage fut organisé par le vendeur.

136. V. Gautrais et P.-E. Moyses, *loc. cit.*, note 130, 61. La première condition à la remise en cause d'une clause de droit applicable est qu'il y ait eu « offre spécifique » ou publicité. Il n'existe pas de clauses spécifiques dans la majeure partie des cas qui nous intéressent (sauf sollicitation par courrier électronique). Quant à la publicité, certains auteurs exigent que le vendeur ait eu « l'intention » de faire du commerce dans le pays du consommateur. Or, avec Internet, il n'existe plus de limites géographiques. L'intention devra par conséquent être universelle, ce qui a simplement pour effet de nier cette exigence d'intention. La deuxième condition est que la commande du consommateur ait été reçue par le vendeur dans le pays du consommateur. Ceci ne semble pas possible dans le cas de l'inforoute où la commande sera reçue dans la boîte aux lettres électronique du vendeur, soit dans son propre pays. Enfin, la troisième condition exige que le vendeur ait incité le consommateur à se rendre dans un État étranger pour y conclure le contrat. Outre l'absence de déplacement géographique que l'on retrouve dans ces textes, il n'y a pas eu en ce qui concerne le commerce électronique de « sollicitation » de la part d'un vendeur, qui n'a fait que mettre à la disposition de tous une offre d'achat. Internet, précisément une page « web », n'est pas un médium intrusif qui permet d'entrer dans l'univers des clients potentiels. C'est au contraire aux consommateurs de faire une démarche active pour activer le processus de vente. Ceci reste vrai avec les procédés qui ne manquent pas d'apparaître pour augmenter la pénétration des messages publicitaires (moteurs de recherche spécialisés, mail, publicités réciproques entre différents sites, etc.).

137. Notons que des dispositions très similaires existent dans chaque droit national. Sans parler des textes spécialisés, le C.c.Q., au Québec, prévoit un certain nombre de mesures afin de réglementer les situations où un risque de déséquilibre est susceptible d'intervenir. (Voir par exemple les articles 1432, 1435, 1436, 1437, 1458 et suivants, etc., du C.c.Q.)

138. 2-314 UCC. : « (1) Unless excluded or modified (Section 2-316), a warranty that the goods shall be merchantable is implied in a contract for their sale if the seller is a merchant with respect to goods of that kind. Under this section the serving for value of food or drink to be consumed either on the premises or elsewhere is a sale. (2) Goods to be merchantable must be at least such as a) pass without objection in the trade under the contract description; and (b) in the case of fungible goods, are of fair average quality within the description; and (c) are fit for the ordinary purposes for which such goods are used; and (d) run, within the variations permitted by the agreement, of even kind, quality and quantity within each unit and among all units involved; and (e) are adequately contained, packaged, and labeled as the agreement may require; and (f) conform to the promise or affirmations of fact made on the container or label if any ».

139. 2-313 UCC. : « (1) Express warranties by the seller are created as follows: (a) Any affirmation of fact or promise made by the seller to the buyer which relates to the goods and becomes part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the affirmation or promise. (b) Any description of the goods which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the goods shall conform to the description. (c) Any sample or model which is made part of the basis of the bargain creates an express warranty that the whole of the goods shall conform to the sample or model. (2) It is not necessary to the creation of an express warranty that the seller use formal words such as « warrant » or « guarantee » or that he have a specific intention to make a warranty, but an affirmation merely of the value of the goods or a statement purporting to be merely the seller's opinion or commendation of the goods does not create a warranty ».

140. 2-302 UCC. : « (1) If the court as a matter of law finds the contract or any clause of the contract to have been unconscionable at the time it was made the court may refuse to enforce the contract, or it may enforce the remainder of the contract without the unconscionable clause, or it may so limit the application of any unconscionable clause as to avoid any unconscionable result. (2) When it is claimed or appears to the court that the contract or any clause thereof may be unconscionable the parties shall be afforded a reasonable opportunity to present evidence as to its commercial setting, purpose and effect to aid the court in making the determination ».

141. Voir M. Rustad et L. E. Eisenschmidt, *loc. cit.*, note 125, 267.

142. Article 1-102 (3) (1990) U.C.C. : « The effect of provisions of this Act may be varied by agreement, except as otherwise provided in this Act and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this Act may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured if such standards are not manifestly unreasonable ».

143. 2-315 UCC. : « Where the seller at the time of contracting has reason to know any particular purpose for which the goods are required and that the buyer is relying on the seller's skill or judgment to select or furnish suitable goods, there is unless excluded or modified under the next section an implied warranty that the goods shall be fit for such purpose ».

144. 15 U.S.C. § 2301, 88 Stat. 2183 (1975). Ce texte n'est évidemment pas le seul en vigueur pour protéger le consommateur, une série de dispositions précises ayant été adoptées après la mise en vigueur du U.C.C. Ce dernier n'est pas en effet très prompt à assurer une protection à cette catégorie de personnes, très peu de dispositions spécifiques y étant prévues. Voir D. W. Carroll, *loc. cit.*, note 14, 139, 141.

145. Voir, pour des exemples de clauses applicables dans le cyberspace, Fred M. Greguras Trudy A. Golobic, Robert A. Mesa et Rebecca Duncan, « Electronic Commerce: on-line Contract Issues », http://www.batnet.com/oikoumene/ec_contracts.html, p. 12 et suivantes.

146. En l'absence de stipulation expresse, une fois encore en dehors d'un contrat impliquant un consommateur, le critère généralement utilisé est celui du lien de connexité existant entre le contrat et le droit applicable. Une analyse pratique, circonstanciée, est alors effectuée. Voir, par exemple, l'article 4 de la Convention de Rome de 1980.

147. Vincent GAUTRAIS, « Contrats internationaux dans le cyberspace : les éléments du changement », dans Congrès Annuel du Barreau du Québec (1997), Montréal, Bibliothèque nationale du Québec, 1997, à paraître.

148. Si ce n'est que par une clause très générale d'exemption de responsabilités.

149. En droit québécois, la question de la signature a été expressément prévue par l'article 2827 C.c.Q. La définition alors donnée est la suivante : « La signature consiste dans l'apposition qu'une personne fait sur un acte de son nom ou d'une marque qui lui est personnelle et

qu'elle utilise de façon courante, pour manifester son consentement». Notre question est la suivante : le fait de cliquer sur une icône prévue à cet effet a-t-il pour effet de constituer signature ? Un tel acte remplit-il les conditions d'identification et de consentement que l'on reconnaît habituellement à la signature ? En droit américain, si le U.C.C. est assez strict en ce qui concerne la notion de signature et d'écrit (Statute of Frauds), la jurisprudence leur a donné une interprétation très extensive.

150. Michael Mustill, «The New Lex Mercatoria: the First Twenty Five Years», dans *Études Wilberforce*, Oxford, 1987, . Voir aussi : Michael Mustill, «The New *Lex Mercatoria*: the First Twenty Five Years», (1988) 4 *Arbitration International* 86.

151. Emmanuel Gaillard, «La distinction des principes généraux du droit et des usages du commerce international», dans *Études Pierre Bellet*, Paris, 1993, p. 203, à la page 206. Voir aussi Emmanuel Gaillard, «Trente ans de *Lex Mercatoria*. Pour une application sélective de la méthode des principes généraux du droit», (1995) 1 *J.D.I.* 5, 9.

152. *Id.*, pp. 206-207. Cette conception est notamment soutenue par des auteurs tels que Berthold Goldman ou Yves Derains, bien connus pour leurs positions en faveur d'une *lex mercatoria* forte.

153. Par «portée», il faut comprendre ce sur quoi la force obligatoire des usages se fonde. Certains prétendent que les usages ne sont le fruit que d'une volonté individuelle. D'autres, considèrent que la norme est le produit d'un groupe, extérieur à la seule relation contractuelle. Dans le premier camp, voir : A. Kassis, *op. cit.*, note 28 ; Alina Kaczorowska, *loc. cit.*, note 52, etc. Dans le second camp, P. Fouchard, *op. cit.*, note 51, etc.

154. E. Gaillard, *loc. cit.*, note 151, p. 212 et suivantes, défend quant à lui la première position, soit celle, semble-t-il, de la nature contractuelle de l'usage.

155. *Id.*, p. 206 : «à propos de l'exécution d'une vente FOB conclue entre un vendeur yougoslave et un acheteur français, un tribunal arbitral constitué sous l'égide de la CCI, fondant sa décision sur les Incoterms promulgués par la CCI en 1953 bien que les parties ne se s'y soient pas expressément référées, [...]».

156. Vincent Gautrais, «Une approche théorique des contrats : application au mode de communication EDI (Échange de Documents Informatisé)», (1996) 37 *C. de D.* 121, 137 relativement l'auteur américain Ian R. Macneil, «The Many Futures of Contracts», (1974) 47 *Southern California Law Review* 691, 731 : «the great sea of custom forms the main structure of contract».

157. Anne Penneau, *Règles de l'art et normes techniques*, Bibliothèque de droit privé, t. 203, Paris, L.G.D.J., 1989, p. 179. Cet auteur fait, en effet, une distinction entre les règles de l'art qui sont une «secrétion» de la pratique et qui existent indépendamment de toute formalisation et les normes techniques qui nécessitent, pour avoir une force contraignante, une référence expresse au contrat.

158. Dee Pridgen, «How Will Consumers be Protected on the Information Superhighway?», (1997) *Land and Water Law Review* 237, 239, note 14 : «Netiquette is the unwritten rules of proper behavior on the internet». Voir aussi, pour des exemples de guides de conduite, Arlene H. Rinaldi, *The Net : User Guidelines and Netiquette*, <http://www.fau.edu/rinaldi/net/index.html>.

159. Joel Reidenberg, «Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace», (1996) *Emory Law Journal* 911, 919 : «In addition to the new geography of borders, networks may now even supplant substantive national regulation with their own rules of citizenship and participation».

160. George B. Trubow, «Internetiquette: Fact or Fiction», (1996) 2-2 *CyberNews* <http://www.droit.umontreal.ca/CRDP/CyberNews/>.

161. «Règles de politesse qui permettent de cimenter cette communauté très largement hétérogène», Hervé Le Crosnier, «La déontologie du réseau : garde-fou des citoyens du «cyberespace»», dans *L'Internet professionnel*, Paris, CNRS Éditions, 1995, p. 312.

162. Voir par exemple : Pierre Lévy, *L'intelligence collective, pour une anthropologie du cyberespace*, Paris, La découverte, 1994, p. 137. Cet auteur évoque la possibilité de faire un lien entre cyberespace et chose vivante. Vivante, existante, mais pas vraiment né. Parlant du cyberespace, il affirme : «Il n'est réalisé nulle part. Mais s'il n'est pas réalisé, il est déjà virtuel, en attente de naître. Ou plutôt déjà présent, mais enfoui, dispersé, travesti, même, poussant des rhizomes ici et là».